

KAI AMBOS

Derecho Penal Internacional, Justicia de Transición y JEP

— Ensayos Varios —



Asociación de Göttingen



DERECHO PENAL INTERNACIONAL, JUSTICIA
DE TRANSICIÓN Y JEP

— Ensayos Varios —

I.S.B.N 978-958-5134-08-9

I.S.B.N Digital 978-958-5134-09-6

© Kai Ambos

© Universidad Santiago de Cali 2020
editor@usc.edu.co

© Editorial Diké S.A.S. 2020
www.editorialdike.com

Editorial Diké S.A.S.

Calle 35 No 66 A 44 Sector Unicentro - Tel.: (4) 351 6161
Cel.: 318 291 2943 e-mail: dikesascomercial@gmail.com
Medellín - Colombia

Bogotá D.C. Librería

Calle 23 sur # 27- 41 Barrio Santander - Tel.: 704 682
Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

San José de Costa Rica

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23
e-mail: jadguzman@yahoo.com
editorialdike@hotmail.com

Caracas-Venezuela

Av. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19, Caracas 1010 /
info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 / 563-55-90/06-04
RIF: J-30797099-5

Panamá

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón, Ciudad
de Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

Diseño y diagramación

Lucio F. Chunga Cheng
e-mail: cmya.disenoydiagramacion@gmail.com

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

KAI AMBOS

DERECHO PENAL INTERNACIONAL, JUSTICIA
DE TRANSICIÓN Y JEP

— Ensayos Varios —



Asociación de Göttingen



EDITORIAL

Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia

Ambos, Kai, 1965-

Derecho penal internacional, justicia de transición y JEP : ensayos varios / Kai Ambos. -- 1a. ed. -- Medellín : Editorial Diké : Universidad Santiago de Cali, 2020.

492 p.

ISBN 978-958-5134-08-9 -- 978-958-5134-09-6 (digital)

1. Derecho penal internacional - Ensayos, conferencias, etc.
2. Jurisdicción especial para la paz - Ensayos, conferencias, etc.
3. Justicia transicional - Ensayos, conferencias, etc. I. Título

CDD: 345 ed. 23

CO-BoBN-

Editorial Diké S.A.S.

Eduardo Quiceno Álvarez
Presidente Honorario del Comité Editorial

Sebastián Quintero Ocampo
Director Editorial

**CUERPO DIRECTIVO DE LA
EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD
SANTIAGO DE CALI**

CARLOS ANDRÉS PÉREZ GALINDO
Rector

ROSA DEL PILAR COGUA ROMERO
Directora General de Investigaciones

JENNIFER STELLA MARIN ORDOÑEZ
Decana Facultad de Derecho

EDWARD JAVIER ORDÓÑEZ
Editor en jefe

COMITÉ EDITORIAL

ROSA DEL PILAR COGUA ROMERO

MÓNICA CHÁVEZ VIVAS

EDWARD JAVIER ORDÓÑEZ

LUISA MARÍA NIETO RAMÍREZ

SERGIO MOLINA HINCAPIE

SAÚL RICK FERNÁNDEZ HURTADO

SERGIO ANTONIO MORA MORENO

FRANCISCO DAVID MOYA CHÁVES

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	17
PRESENTACIÓN USC	19
PRESENTACIÓN CEDPAL	25

PRIMERA PARTE

CONTRIBUCIONES ACADÉMICAS

-I-

ESTADO Y FUTURO DEL DERECHO PENAL COMPARADO	29
1. <i>Fundamentación: Concepto e historia</i>	29
1.1. <i>Concepto</i>	29
1.2. <i>Historia</i>	32
2. <i>Importancia y funciones del derecho penal comparado</i>	36
2.1. <i>Importancia</i>	36
2.2. <i>Funciones</i>	42
3. <i>Objetivos, métodos y fundamento normativo</i>	46
3.1. <i>Objetivos</i>	46
3.2. <i>Métodos</i>	48
3.3. <i>Fundamento normativo</i>	67
4. <i>Situación de la investigación y enseñanza del derecho penal comparado</i>	71
5. <i>Perspectivas</i>	74

-II-

DERECHO PENAL Y CONSTITUCIÓN: ¿EXISTE UNA PRETENSIÓN AL ESTABLECIMIENTO DE LEYES PENALES, PERSECUCIÓN PENAL E IMPOSICIÓN DE PENA?	77
1. <i>Ius puniendi</i> y Constitución.....	77
2. <i>¿Derechos de defensa y deberes jurídico-penales de protección? la dicotomía de la espada y el escudo</i>	80
2.1. <i>El Tribunal Constitucional Alemán y el marco jurídico-constitucional del aborto</i>	80
2.2. <i>El “afilarse” la espada</i>	84
2.3. <i>Ius y obligatio puniendi: pretensiones de protección jurídico penal y los derechos humanos</i>	90
3. <i>Valoración crítica y conclusiones</i>	97
3.1. <i>Cuestiones previas</i>	97
3.2. <i>Deficiencias de la jurisprudencia constitucional y de derechos humanos</i>	98
3.3. <i>La combinación entre una argumentación orientada a la víctima y la efectiva garantía de justicia</i>	101

-III-

¿UN DERECHO HUMANO A LA PENA? REFLEXIONES SOBRE LOS ALCANCES DEL LLAMADO DERECHO A LA JUSTICIA	113
1. <i>Introducción</i>	113
2. <i>El problema en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	116
3. <i>El derecho a la justicia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	124
4. <i>¿Un derecho humano a la pena?</i>	131
5. <i>Conclusiones</i>	137

-IV-

EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL Y LA POLÍTICA DE SELECCIÓN DE LA PERSECUCIÓN	141
1. <i>El sistema de justicia penal internacional</i>	142

2.	<i>Estrategia, política y selección de la persecución</i>	143
2.1.	<i>Sistema de justicia penal ideal y sistema de justicia penal real</i>	143
2.2.	<i>Situaciones y casos</i>	145
2.3.	<i>Gran estrategia y política modesta: ¿Alguna utilidad para la selección y priorización?</i>	148
2.4.	<i>Gravedad y selección</i>	156

-V-

SISTEMAS NACIONALES DE JUSTICIA, PERSECUCIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES Y PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD. ESPECIAL REFERENCIA A ALGUNAS EXPERIENCIAS LATINOAMERICANAS	161
---	------------

1.	<i>Persecución de crímenes internacionales en latinoamérica</i>	161
1.1.	<i>La dimensión institucional</i>	163
1.2.	<i>La dimensión estratégica</i>	168
1.3.	<i>La dimensión jurídica</i>	172
2.	<i>Evaluación de la práctica del nivel nacional respecto al principio de complementariedad</i>	179
3.	<i>Superación de las deficiencias identificadas y la genuinidad del compromiso con el sistema de justicia penal internacional</i>	188
4.	<i>Conclusión</i>	191

-VI-

FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DE LAS EMPRESAS	193
--	------------

1.	<i>Cuestiones sobre la responsabilidad jurídica</i>	193
1.1.	<i>Cuestión previa: enfoque en la empresa como tal («corporate approach»)</i>	193
1.2.	<i>Modelo de organización versus modelo de atribución</i>	202
2.	<i>Formas de intervención punible</i>	219
2.1.	<i>Responsabilidad en calidad de autoría</i>	220

2.2. <i>Complicidad punible versus comportamientos «neutrales»</i>	224
2.2.1. <i>Ámbito objetivo</i>	224
2.2.2. <i>Ámbito subjetivo</i>	232
3. <i>Resumen</i>	237

-VII-

EL CRIMEN DE GENOCIDIO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SEGÚN EL ARTÍCULO 7 DE LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS	241
--	------------

1. <i>Resumen de los argumentos de la mayoría y de la opinión disidente: aspectos legales relevantes</i>	241
2. <i>Análisis crítico</i>	249
2.1. <i>La estructura peculiar del genocidio y el artículo 7</i>	249
2.2. <i>Previsibilidad y genocidio</i>	251
2.3. <i>Resistencia armada y el concepto de “grupo nacional”</i>	254
2.4. <i>Interpretación judicial y legalidad</i>	257
2.5. <i>¿Cuál es el rol del Tribunal en casos como este o cuál es el rol que razonablemente debería cumplir?</i>	258

-VIII-

CASO RWABUKOMBE: INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL ALEMÁN DE LA (CO)AUTORÍA Y LA INTENCIÓN DE DESTRUIR EN EL GENOCIDIO	263
---	------------

1. <i>Antecedentes fácticos</i>	263
2. <i>Proceso de asilo y condena de primera instancia en Alemania</i>	266
3. <i>Decisión de apelación del Tribunal Supremo Federal alemán</i>	269
4. <i>Análisis crítico</i>	272
4.1. <i>La forma correcta de intervención</i>	272
4.2. <i>La destrucción social del grupo étnico de los Tutsi</i>	276
4.3. <i>La intención (especial) de destruir</i>	277
4.3.1. <i>Enfoque volitivo (purpose-based) o cognitivo (knowledge-based approach)</i>	277
4.3.2. <i>Objetivos finales e intermedios</i>	280

4.3.3. Irrelevancia de los motivos.....282

-IX-

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO EICHMANN 285

1. *Introducción*..... 285
2. *Outsiders vs. insiders y juicio justo*..... 286
3. *El tipo de responsabilidad aplicada a Eichmann: autor principal, cómplice u otra figura de imputación más?*..... 289

-X-

TRASFONDOS POLÍTICOS Y JURÍDICOS DE LA SENTENCIA CONTRA EL EX-PRESIDENTE PERUANO ALBERTO FUJIMORI 301

1. *Introducción*..... 301
2. *Impunidad en las violaciones de Derechos Humanos durante la presidencia de Fujimori*..... 302
3. *Importancia e influencia de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Perú y de la jurisprudencia interamericana en el proceso penal contra Fujimori* 307
4. *El procedimiento de extradición contra Fujimori* 313
5. *Los procesos penales por los casos Barrios Altos/La Cantuta y sótanos SIE*..... 317
 5.1. *La clasificación penal de los hechos comprobados desde la perspectiva del derecho internacional y nacional* 318
 5.2. *El papel de Fujimori en la comisión de los delitos comprobados* 322
 5.2.1. *La importancia de la prueba indiciaria* 322
 5.2.2. *Valoración de los indicios en la investigación sobre la responsabilidad penal de Fujimori* 325
 5.2.3. *Valoración dogmática-penal del comportamiento de Fujimori como autor mediato por dominio por organización* 329
 5.2.3.1. *Marco teórico con respeto a la autoría mediata* 329
 5.2.3.2. *Los requisitos para la existencia de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados* 332

5.2.3.2.1. <i>La estructura jerárquica de la organización</i>	332
5.2.3.2.2. <i>El poder de mando</i>	333
5.2.3.2.3. <i>La desvinculación de la organización del derecho</i>	338
5.2.3.2.4. <i>La fungibilidad</i>	339
5.2.3.2.5. <i>La predisposición del autor directo a la realización del hecho</i>	343
6. <i>Conclusión</i>	344

-XI-

LA LEY DE AMNISTÍA (LEY 1820 DE 2016) Y EL MARCO INTERNACIONAL.....	347
1. <i>El marco internacional: amnistías absolutas versus condicionadas.</i>	347
1.1. <i>Las amnistías absolutas (inadmisibles)</i>	348
1.2. <i>Las amnistías condicionadas (admisibles)</i>	352
2. <i>La Ley de Amnistía colombiana y el marco internacional</i>	357
2.1. <i>Consideraciones generales</i>	358
2.2. <i>Delitos amnistiabiles y no amnistiabiles</i>	361
2.3. <i>¿El narcotráfico como delito conexo y por lo tanto amniable?</i>	368
2.4. <i>La implementación efectiva de la Ley 1820</i>	372
3. <i>Conclusión</i>	375

-XII-

JURISTAS EXTRANJEROS EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ: ¿UN NUEVO CONCEPTO DE <i>AMICUS CURIAE</i> ?	379
1. <i>Introducción</i>	379
2. <i>De jueces extranjeros a amici curiae</i>	380
3. <i>¿Consultores o jueces de facto?</i>	386
4. <i>Un giro inesperado</i>	390
5. <i>Conclusiones</i>	393

-XIII-

LA RESPONSABILIDAD DE MANDO Y EL PROCESO DE PAZ COLOMBIANO	395
1. <i>El proceso de paz y la Jurisdicción Especial para la Paz</i>	395
2. <i>La responsabilidad de mando en el contexto colombiano</i>	401
2.1. <i>La responsabilidad de mando en el Acuerdo Final de Paz.....</i>	404
2.2. <i>La responsabilidad de mando en la legislación interna</i>	408
2.2.1. <i>En relación con la fuerza pública (Acto Legislativo 01/2017).....</i>	409
2.2.2. <i>Respecto a las FARC-EP (Ley estatutaria de la JEP).....</i>	412
3. <i>El enfoque de Colombia a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional</i>	413
3.1. <i>El control efectivo (Actus reus)</i>	415
3.1.1. <i>El control sobre la conducta respectiva y la limitación a los subordinados inmediatos.....</i>	416
3.1.2. <i>La capacidad legal y material para dar órdenes</i>	417
3.1.3. <i>La capacidad para llevar a cabo operaciones militares en una zona geográfica limitada.....</i>	420
3.1.4. <i>La posición de la fiscal de la CPI</i>	422
3.2. <i>La causalidad</i>	423
3.3. <i>El conocimiento (Mens rea).....</i>	428
4. <i>Observaciones finales</i>	432

SEGUNDA PARTE

REFLEXIONES COYUNTURALES

PAZ: HACER DE LA NECESIDAD UNA VIRTUD	437
AMNISTÍA Y NARCOTRÁFICO.....	439
AMNISTÍA Y “HABEAS CORPUS”	443
EL CÓDIGO PROCESAL DE LA JEP	447
LA RESPONSABILIDAD DEL COMITÉ DE ESCOGENCIA.....	449
LA ABSOLUCIÓN DE JEAN PIERRE BEMBA Y LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR.....	451

EL ATAQUE A LA VERDAD Y LA MEMORIA (HISTÓRICA).....	457
TRATAMIENTO DIFERENCIADO AGRAVADO	459
MAGISTRADOS DE SEGUNDA CATEGORÍA Y PRUEBA TASADA.....	463
AMNISTÍA, RECONCILIACIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL.....	465
COLOMBIA: ¿SERÁ EL MOMENTO DE LA FISCALÍA DE LA CPI PARA ACTUAR?	469
¿QUÉ RESPONSABILIDAD TIENEN LOS GOBIERNOS QUE VENDEN ARMAS EN LOS CRÍMENES DE GUERRA?	479
EL ASESINATO DE SOLEIMANI COMO PRUEBA DE FUEGO PARA EL DERECHO INTERNACIONAL	483
EL TERRORISTA COMO “PELIGROSO EN POTENCIA”	493

PRESENTACIÓN

Este libro reúne en su primera parte varios artículos académicos recientes, en su gran mayoría inéditos en Colombia (en cuanto a la publicación de la versión original el lector puede consultar la lista de mis publicaciones en: <https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/abteilung/kai-ambos>); en la segunda parte, conjuntamente con los editores hemos decidido agregar algunas de mis columnas publicadas en El Espectador y Semana por su relevancia para el tema del libro.

Agradezco a mi doctorando Diego Fernando Tarapués Sandino, profesor de la USC y Magistrado Auxiliar de la JEP, la iniciativa de publicar este libro y de asumir la coordinación. También agradezco a Susann Aboueldahab por la ayuda en confeccionar el libro. Finalmente, agradezco a la USC y la editorial Díké la pronta publicación.

Kai Ambos

Göttingen, Alemania, mayo de 2020

PRESENTACIÓN USC

El Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos es uno de los expertos más importantes del derecho penal internacional en el mundo y, sin duda, el jurista que en este ámbito más conoce sobre la situación de Colombia y en el resto de América Latina. Aparte de ser un reconocido profesor de la Georg-August-Universität Göttingen en Alemania, ha sido juez del Tribunal Provincial de Göttingen, del Tribunal Superior de Braunschweig y, actualmente, es juez del Tribunal Especial para Kosovo (*Kosovo Specialist Chambers*, La Haya), así como *amicus curiae* del Tribunal para la Paz (JEP, Bogotá).

A esta trayectoria judicial se le debe sumar su activa participación en diferentes escenarios prácticos asociados con el desarrollo contemporáneo del derecho penal internacional y bajo diferentes roles, por ejemplo, en el proceso de gestación del Estatuto de Roma, en el equipo de defensa judicial de *Gotovina* y *Markač* en la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, así como en el caso de *Bemba* en la fase de apelación ante la Corte Penal Internacional o su intervención a través de *amicus curiae* *briefs* en tribunales híbridos como en el Tribunal Especial para el Líbano. Es decir, Kai Ambos es un científico del derecho penal internacional con suficiente autoridad práctica y experiencia judicial, que ha cimentado puentes entre los avances teóricos y los desarrollos prácticos de esta disciplina.

Desde el plano académico, Kai Ambos no solo dirige el Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen, sino también su *Lehrstuhl*, es decir, el Departamento de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal In-

ternacional, así como el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL). Igualmente, es uno de los cofundadores del Instituto Colombo-Alemán para la Paz (CA-PAZ), una institución financiada por el gobierno alemán dirigida a fomentar la cooperación alemana en los temas relacionados con la paz en Colombia.

Por su trayectoria y el impacto de sus publicaciones, como universidad nos sentimos honrados por su voto de confianza con nuestra casa de estudios por permitirnos publicar esta obra y, en lo personal, por permitirme coordinar este trabajo académico que compila algunas de sus más recientes contribuciones académicas y de sus reflexiones coyunturales sobre temas relacionados con el derecho penal internacional, la justicia transicional y la Jurisdicción Especial para la Paz.

El contacto de Kai Ambos con la Universidad Santiago de Cali ha perdurado a través de las dos últimas décadas. En 2003 el Instituto de Criminología lo invitó a departir sobre la Corte Penal Internacional y el conflicto armado colombiano en una época en la que justamente iniciaba funciones la CPI, luego de haber entrado en vigor el Estatuto de Roma en 2002; en ese entonces, yo era estudiante de quinto semestre de Derecho y tuve la oportunidad de asistir a los eventos llevados a cabo en la que sería su primera visita a nuestra *alma mater*. En los años 2007 y 2008, Kai Ambos estaría de vuelta en Cali para presentar su libro sobre el “Marco Jurídico de la Justicia Transicional” y para dar un taller sobre derecho penal internacional que tuve la oportunidad de coordinar y que fue organizado por el Grupo de investigación Gicpoderi de la USC y su *Lehrstuhl*; en ese momento, ya era docente investigador en la Universidad Santiago de Cali y me preparaba para irme en 2009 a estudiar a Alemania bajo su tutoría.

Posteriormente, entre 2015 y 2018, luego de estar seis años estudiando y trabajando con el Prof. Ambos en Göttingen, los víncu-

los de la USC con este experto pasarían a una nueva fase a partir de un convenio de cooperación académica suscrito entre la USC y el CEDPAL. En estos años –en los que me desempeñé como Director de Maestría y luego como Decano de la Facultad de Derecho– hicimos diferentes eventos académicos en temas relacionados, principalmente, con la justicia transicional y el proceso de paz colombiano. Kai Ambos también nos acompañó un par de ocasiones como profesor invitado a nuestros posgrados y, además, participó como coautor en la obra académica conmemorativa a los 60 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali.

Este libro es un reflejo de esos vínculos entre Kai Ambos y la Universidad Santiago de Cali. Con esta publicación, la USC y el CEDPAL buscan difundir estudios recientes sobre un tema de significativa relevancia académica nacional, e incluso internacional, como lo es el derecho penal internacional y la justicia transicional en Colombia. Este libro agrupa, por una parte, un conjunto de artículos científicos producto de diferentes procesos investigativos del autor en sus últimos años (inéditos en Colombia) y, por otra parte, recopila columnas de opinión que permiten ver análisis coyunturales del autor sobre lo que ha sido el proceso de implementación del componente de justicia acordado en La Habana y sobre sucesos recientes relacionados con el derecho penal internacional en general.

En la primera parte, la relacionada con las contribuciones académicas, se han sistematizado temáticamente trece artículos que parten, a modo de introducción, con un estudio que da cuenta sobre el estado del arte del Derecho Penal Comparado y que sostiene interesantes planteamientos de cara a los nuevos retos que trae consigo la globalización y la internacionalización del derecho. A continuación, se presentan dos estudios titulados: “Derecho penal y Constitución: ¿existe una pretensión al establecimiento de leyes penales, persecución penal e imposición de pena?” y “¿Un derecho humano a la pena? Reflexiones sobre los alcances del llamado derecho a la justicia” que sirven como preámbulo a los análisis es-

pecíficos sobre justicia transicional y derecho penal internacional, ya que estos sugieren importantes discusiones epistemológicas en torno al *ius puniendi*, a partir de una mirada crítica tanto en el plano constitucional, como en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

Seguidamente, dos textos sobre persecución penal de crímenes internacionales y sistemas de justicia penal nos adentran al estudio concreto del derecho penal internacional a partir de reflexiones generales y regionales sobre el papel que desarrolla el sistema multinivel (nacional-internacional) de persecución criminal. En ese sentido, se abordan y entrelazan diferentes aspectos relacionados con el principio de complementariedad, los criterios de selección y de priorización, haciendo especial énfasis en algunas experiencias latinoamericanas.

Luego se encuentran un conjunto de artículos que comprenden temas relacionados con fórmulas de atribución de responsabilidad penal internacional. En primer lugar, se presenta un estudio muy completo sobre los fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas. Consecutivamente, se abordan tres análisis casuísticos de juicios en los que, para atribuir responsabilidad penal individual por graves violaciones a los derechos humanos, se han aplicado las figuras de autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder (*Eichmann* y *Fujimori*) y de coautoría (*Rwabukombe*). En este último, también se aborda un análisis dogmático sobre “la intención de destruir” en el crimen de genocidio, lo cual se complementa con un estudio subsiguiente sobre la parte especial del DPI que se titula: “El crimen de genocidio y el principio de legalidad según el artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos”.

Finalmente, esta primera parte recoge tres artículos específicos sobre la Jurisdicción Especial para la Paz, estos son: “La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el Marco Jurídico Internacional”,

un estudio que analiza el primer instrumento normativo que se expidió tras la suscripción del Acuerdo Final, donde se plantean los diferentes beneficios temporales y definitivos que se pueden brindar en el sistema tras la finalización del conflicto armado no internacional que tuvo lugar entre las partes firmantes del acuerdo; “Juristas extranjeros en la Jurisdicción Especial para la Paz: ¿Un nuevo concepto de *Amicus Curiae*?”, en el cual se detalla en el carácter *sui generis* que tiene esta figura dentro de la arquitectura constitucional colombiana, explicando cómo funciona el *amicus* en el derecho comparado y revisando la regulación en el caso colombiano; por último, “Responsabilidad de mando y el proceso de paz colombiano”, un artículo muy reciente en el que se aborda un tema bastante complejo y polémico, en donde el mismo autor advierte que “no solo tiene consecuencias de gran alcance para la posible responsabilidad penal de los mayores responsables, sino que también tiene una importancia simbólica respecto a la credibilidad y el poder de persuasión de la rendición de cuentas dentro del proceso de justicia transicional colombiano en su conjunto”.

En la segunda parte del libro, reflexiones coyunturales, se han recogido cronológicamente una serie de columnas de opinión que, desde una visión propia del momento, pero siempre jurídica, dan cuenta de la postura del Prof. Kai Ambos sobre sucesos que han marcado la implementación del componente de justicia del Acuerdo Final de Paz suscrito entre el Gobierno Nacional y la otrora guerrilla de las Farc-EP. Asimismo, estas reflexiones versan sobre sucesos y temas trascendentales del ámbito internacional que directa o indirectamente se relacionan con la comprensión y aplicación del derecho penal internacional en la situación colombiana.

Esperamos que este libro sea un referente académico para la discusión y comprensión de diferentes figuras del derecho penal internacional que inciden en el estudio y puesta en marcha del modelo de justicia transicional adoptado en Colombia. Recordemos que este modelo se implementó a través del Acto Legislativo 01

de 2017, el cual creó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y que, dentro de este sistema, la Jurisdicción Especial para la Paz ha sido diseñada como el componente de justicia, atendiendo a obligaciones internacionales ratificadas por Colombia y aprendiendo de experiencias propias, así como comparadas, en materia de justicia transicional y de aplicación de DPI, DIH y DIDH.

Por último, sea este el espacio para agradecer a todos los involucrados en el proceso de publicación de este libro. Ante todo, al autor, al Prof. Kai Ambos. Asimismo, en el plano institucional agradecemos el aporte realizado por las editoriales USC y Diké, el Cedpal y la Asociación de Göttingen para el Fomento de las Ciencias Criminales y la Criminología.

Diego Fernando Tarapués Sandino
Profesor Titular de la Universidad Santiago de Cali
Investigador adscrito del CEPAL
Bogotá, febrero de 2020

PRESENTACIÓN CEDPAL

El Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) es una entidad autónoma del Instituto de Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Universidad Georg-August de Göttingen y parte integrante del Departamento para Derecho Penal Extranjero e Internacional. Fue fundado por la resolución del Rectorado de la Universidad de fecha 10 de diciembre de 2013 con base en la decisión del Consejo de la Facultad de Derecho de fecha 6 de noviembre de 2013. Su objetivo es promover la investigación en ciencias penales y criminológicas en América Latina y fomentar, a través de diferentes modalidades de oferta académica, la enseñanza y capacitación en esas áreas. El Centro está integrado por una Dirección, una Secretaría Ejecutiva y un Consejo Científico, así como por investigadores adscriptos y miembros externos.

La Asociación de Göttingen para el fomento de las Ciencias Criminales y la Criminología, así como de su aplicación práctica (*Göttinger Verein zur Förderung der Strafrechtswissenschaft und Kriminologie sowie ihrer praktischen Anwendung e.V.* / *Associação de Göttingen para o Fomento das Ciências Criminais e da Criminologia, assim como a sua aplicação prática* / *Göttingen Association for Criminal Law, Criminal Justice and Criminology and their application*) fue creada en 2014 por iniciativa del Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos. Los y las miembros de la Asociación incluyen numerosos académicos y profesionales nacionales y extranjeros de renombre. La Asociación tiene como objetivo promover la investigación y la docencia en el campo del Derecho Penal extranjero e internacional, así como de la Criminología internacional. La Asociación apoya en

particular el trabajo del CEDPAL, haciendo un énfasis especial en el fomento del debate internacional e interdisciplinario y del intercambio de opiniones entre ciencia y praxis.

En este libro presentamos los resultados de varios proyectos de investigación sobre Justicia Transicional, el Proceso de Paz colombiano y la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), coordinado conjuntamente con Diego Fernando Tarapués Sandino (Universidad Santiago de Cali). Deseamos agradecer en este lugar a todos quienes han hecho posible la publicación de esta obra. En especial, queremos agradecer a Diego Fernando Tarapués Sandino, sin cuyo enorme esfuerzo este proyecto de investigación no habría tenido lugar. Adicionalmente queremos agradecer a la Universidad Santiago de Cali, a su Rector Carlos Andrés Pérez Galindo y a Díké por auspiciar la publicación de este libro y por su valiosa colaboración en el proceso editorial.

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos Prof. Dr. Ezequiel Malarino
Göttingen – Buenos Aires, febrero de 2020

PRIMERA PARTE

CONTRIBUCIONES ACADÉMICAS

- I. Estado y Futuro del Derecho Penal Comparado.
- II. Derecho penal y Constitución: ¿existe una pretensión al establecimiento de leyes penales, persecución penal e imposición de pena?
- III. ¿Un derecho humano a la pena? Reflexiones sobre los alcances del llamado derecho a la justicia (con Leandro Dias).
- IV. El sistema de justicia penal internacional y la política de selección de la persecución.
- V. Sistemas nacionales de justicia, persecución de crímenes internacionales y principio de complementariedad. Especial referencia a algunas experiencias latinoamericanas (con Gustavo Urquizo).
- VI. Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas.
- VII. El crimen de genocidio y el principio de legalidad según el artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos.
- VIII. Caso Rwabukombe: Interpretación del Tribunal Supremo Federal alemán de la (co)autoría y la intención de destruir en el genocidio.

- IX. Algunas consideraciones sobre el caso Eichmann.
- X. Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex-presidente peruano Alberto Fujimori.
- XI. La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el Marco Jurídico Internacional.
- XII. Juristas extranjeros en la Jurisdicción Especial para la Paz: ¿Un nuevo concepto de Amicus Curiae? (con Susann Aboueldahab).
- XIII. Responsabilidad de mando y el proceso de paz colombiano (con Susann Aboueldahab).

ESTADO Y FUTURO DEL DERECHO PENAL COMPARADO*

1. FUNDAMENTACIÓN: CONCEPTO E HISTORIA

1.1. Concepto

Por “derecho penal comparado” se debe entender, al menos en sentido programático y si se toma en serio este concepto, la investigación comparativa del derecho penal extranjero,¹ lo cual, en sentido amplio, debe comprender también al derecho procesal penal, así

* Las opiniones expresadas en el presente trabajo corresponden a la condición de investigador del autor. Agradezco a mis estudiantes asistentes M. Nißle y J. Schlake por su apoyo en la investigación y formateo del texto. Traducción del alemán a cargo de Gustavo Emilio Cote Barco.

Nota del traductor: las citas textuales en alemán tanto del texto principal como de los pies de página han sido traducidas y la versión original se encuentra entre corchetes. Asimismo, las citas textuales en inglés que se encuentran en el texto principal también se han traducido, no así las que se encuentran en los pies de página, dada la extensión de los mismos. Tampoco han sido traducidas las citas textuales en francés. Adicionalmente, se debe advertir que el término “*Strafrechtsvergleichung*” podría ser traducido de forma literal más exactamente como “comparación del derecho penal”, lo cual permitiría expresar con mayor claridad que la expresión “derecho penal comparado”, que dicho término no designa una “rama” del derecho penal, sino más bien una aproximación metodológica a su estudio. Sin embargo, se ha mantenido la expresión “derecho penal comparado”, dado que ésta resulta más común en el ámbito hispanohablante.

1 Para un concepto de derecho comparado de esta clase ver en general por ejemplo *E. Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, en: K. Zweigert/H.-J. Putfarken (ed.), *Rechtsvergleichung*, Darmstadt 1978, p. 86 (“derecho comparado significa que las disposiciones jurídicas de un Estado son discutidas junto con las disposiciones de otro ordenamiento jurídico o con todos, pasados o presentes, los que sea posible. Nosotros investigamos qué preguntas son formuladas aquí y allá y cómo se responden, luego, cómo se relacionan las respuestas entre ellas” [“*Rechtsvergleichung bedeutet, daß die Rechtssätze eines Staates ... mit den Rechtssätzen einer anderen Ordnung auseinandergesetzt werden oder auch mit*”).

como a la administración de justicia –en el sentido de una comparación integral de la justicia penal (“*comparative criminal justice*”).² Solo de esta manera es posible una comparación estructural tal y como se explicará más adelante. En lo que a la comparación se refiere, ésta puede tomar como base el ordenamiento jurídico propio, para valorarlo teniendo en cuenta el derecho penal extranjero; aunque los ordenamientos jurídicos objeto de análisis simplemente pueden compararse sin llevar a cabo ninguna valoración.³ En todo caso, es difícil establecer un único concepto de “derecho penal comparado”, dado que éste se adapta de forma dinámica de acuerdo con los fines u objetivos que se persiguen con cada comparación.⁴ En este sentido, es posible afirmar que el derecho penal comparado se dirige de cierta manera a un “*moving target*”, por lo cual “captarlo en una definición global pero que al mismo tiempo sea específica y tenga validez general” parece “casi imposible”.⁵ Además, el obje-

möglichst vielen anderen aus Vergangenheit und Gegenwart. Wir untersuchen, welche Fragen da und dort gestellt und wie sie beantwortet werden, sodann, wie sich die Antworten zueinander verhalten.]); ver también A. Junker, *Rechtsvergleichung als Grundlagenfach*, JZ 1994, p. 921 (922) (Comparación como “proceso” [“Vorgang”]).

- 2 Fundamental D. Nelken, *Comparative Criminal Justice: Making Sense of Difference*, Los Angeles: Sage 2010. Este concepto es empleado con frecuencia para referirse a la comparación normativa del derecho penal sustancial y procesal, ver por ejemplo E. Grande, *Comparative Criminal Justice: a Long Neglected Discipline on the Rise*, en: M. Bussani/U. Mattei (ed.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge 2012, p. 191-204; también P. Roberts, *On Method: The Ascent of Comparative Criminal Justice*, *Oxford Journal of Legal Studies* 22 (2002), p. 539-561 (revisando D. Nelken, *Contrasting Criminal Justice: Getting from Here to There*, Aldershot, Hants, England; Vermont, Vt.: Ashgate/Dartmouth 2006).
- 3 Ver A. Eser, *Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung*, en: H.-J. Albrecht (ed.), *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht – Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag*, Berlin 1998, p. 1499 (1501).
- 4 Ver A. Eser, *Strafrechtsvergleichung: Entwicklung – Ziele – Methoden*, en: A. Eser/W. Perron (ed.), *Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa*, Berlin 2015, p. 929 (941) con más referencias en el pie de página 7 (“el concepto depende decisivamente de la finalidad que se persiga con la comparación” [wonach das Verständnis des Begriffs “offenbar entscheidend davon” abhängt, “welcher Zweck damit gerade verfolgt wird.”]).
- 5 [“*fast aussichtslos*”], [“*in einem sowohl allumfassenden wie gleichermaßen spezifischen und dabei auch noch allgemeingültigen Begriff zu erfassen*”] Eser, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1500.

to de la comparación puede variar considerablemente.⁶ es posible comparar solamente el derecho positivo –en el sentido del antiguo derecho comparado legalista (dogmático-conceptual y normativo)– o incluir también los valores que le son subyacentes; asimismo, es posible ir más allá de lo normativo y tomar como punto de referencia problemas concretos para investigar las respuestas que estos han generado –en el sentido del método funcional, aún hoy dominante–, para lo cual es posible concentrarse en los problemas sociales concretos (“*problem-solving approach*”) o incluir también en el análisis las instituciones jurídicas que se han implementado para solucionarlos (“*functional-institutional approach*”). De hecho, las condiciones socioculturales de los ordenamiento jurídicos particulares también pueden ser objeto de comparación (“*Kulturvergleich*”). Sobre esto se volverá más adelante.⁷ En consecuencia, siguiendo la definición de *Rheinstens* aún hoy válida, es posible afirmar que el derecho comparado es “una ciencia del derecho (entendido como producto social) empírica, que investiga la correspondencia de la vida en sociedad con las normas legales”,⁸ o, según una definición más reciente de *Eser*, “una comparación de diferentes derechos, científica y sistemáticamente dirigida a un objetivo específico y de acuerdo con esto metodológicamente adaptada”.⁹ Por otro lado, el derecho comparado, en cuanto comparación de la justicia penal tal y como se ha entendido sobre todo en el ámbito angloamericano, se pregunta de manera más general y decididamente más empírica (en contraste con las anteriores definiciones), sobre cómo “las per-

6 Ver también *Eser*, Funktionen (nota al pie 3), p. 1501; *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1050-1056 con más referencias.

7 Al respecto ver más adelante apartado C.II.

8 [“*empirische, Gesetzmäßigkeiten des Soziallebens erforschende Wissenschaft vom Recht als allgemeiner Kulturerscheinung*”] *M. Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, München 1987, p. 21.

9 [“*ein wissenschaftlich-systematisch auf ein bestimmtes Ziel ausgerichtet und dementsprechend methodisch angepasstes Vergleichen verschiedener Rechte*”] *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 962; más sencillo *J. Pradel*, Droit pénal comparé, Paris: Dalloz 2008, p. 3 (“*l’étude des différences et des ressemblances entre deux (ou plusieurs) ensembles juridiques pénaux*”).

sonas e instituciones en diferentes lugares” tratan con “problemas de delincuencia”,¹⁰ para lo cual la atención se centra la mayoría de las veces en la ejecución penal y en los operadores judiciales.¹¹ Este tipo de comparación parece más adecuada que la propuesta por los enfoques tradicionales para abordar los retos a los que se ha hecho referencia.

1.2. Historia

La importancia del derecho penal comparado fue descubierta desde principios del siglo XIX.¹² Anselm von Feuerbach (1775-1833) no solo se sirvió teóricamente del empirismo del método comparativo con miras a la creación de una –también histórica-

10 [“*people and institutions in different places*”] , [“*crime problems*”] Nelken, *Comparative* (nota al pie 2), p. 1.

11 Nelken, *Comparative* (nota al pie 2), p. 1 (“... *links between crime, social order and punishment, and explores the roles played by police, prosecutors, courts, prisons and other actors and institutions in the wider context of various forms of social control.*”).

12 Ver H.-H. Jescheck, *Entwicklung, Aufgaben und Methode der Strafrechtsvergleichung*, Tübingen 1955, p. 10 (10-24); Pradel, *Droit* (nota al pie 9), p. 16 ff.; Eser, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1503 s.; Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 943 s., 949. – en general sobre la historia del derecho comparado H. Jung, *Zu Theorie und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, en: R. De Giorgi (ed.), *Il diritto e la differenza: scritti in onore di Alessandro Baratta*, Vol. 1, Lecce: Pensa multimedia 2002, p. 361; Grande, *Comparative* (nota al pie 2), p. 193; W. Heun, *Die Entdeckung der Rechtsvergleichung*, en: W. Heun/F.Schorkopf (ed.), *Wendepunkte der Rechtswissenschaft: Aspekte des Rechts in der Moderne*, Göttingen 2014, p. 9 (10 ss.) (quien ubica este desarrollo alrededor del año 1800, pero ve un auge en la primera mitad del siglo XIX con Feuerbach); J. Basedow, *Comparative Law and its Clients*, *American Journal of Comparative Law* (AJCL) 62 (2014), p. 821, 827 ss. (“*not before the end of the nineteenth century*”, 829; diferencia seis niveles de desarrollo); M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 10 (“*traditional comparative law*” a principios del siglo XX). Sobre la importancia, incluso más temprana, de los estudios comparados en otras áreas (etnología, lingüística, religión, etc.) como “*scientific method*” ver N. Jansen, *Comparative Law and Comparative Knowledge*, en: M. Reimann/R. Zimmermann (ed.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 305 (318 ss.).

mente orientada¹³– “jurisprudencia universal”,¹⁴ sino que de esta misma manera utilizó el derecho procesal penal comparado en su lucha por la reforma al proceso penal, para lo cual tuvo en cuenta especialmente los desarrollos que habían tenido lugar en Francia.¹⁵ Posteriormente, Karl Joseph Anton *Mittermaier* (1787-1867) y Heinrich Albert *Zachariä* (1806-1875), discípulos de Feuerbach, también se inspiraron en la perspectiva comparada con este mismo objetivo.¹⁶ Así pues, el proceso penal alemán (reformado) liberal

-
- 13 Sobre la relación entre derecho comparado e historia del derecho, primero durante la República de Weimar, ver S. *Vogenaier*, *Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung um 1900: Die Geschichte einer anderen “Emanzipation durch Auseinanderdenken”*, *RabelsZ* 76 (2012), 1122 ss.; también H. *Kötz*, *Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?*, *JZ* 1992, p. 20 (21 s.) (“madera del mismo tronco” [*“Holz vom gleichen Stamm”*]); *Junker*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), p. 923 (“la misma raíz” [*“dieselbe Wurzel”*]); *Heun*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 12) p. 15 s., 19; para un enfoque decididamente histórico ver A. *Watson*, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 1. edición, Edinburgh: Scottish Academic Press 1974, p. 1 (3) (derecho comparado como “*Legal History concerned with the relationship between systems*”, p. 6); al contrario, resaltando las diferencias U. *Kischel*, *Rechtsvergleichung*, München 2015, § 1 notas marginales (nm.) 27 ss. (en el marco de la investigación histórica no se discute sobre la interpretación correcta del derecho extranjero por medio de entrevistas con juristas prácticos, de manera que la comparación estructural a la que se hace referencia más abajo (nota al pie 119 ss.) no es posible).
- 14 *P.J.A. von Feuerbach*, *Blick auf die deutsche Rechtswissenschaft. Vorrede zu Unterholzners juristischen Abhandlungen* (1810), en: *Anselms von Feuerbach kleine Schriften vermischten Inhalts*, 1. Abteilung, Nürnberg 1833, p. 152 (163).
- 15 *P.J.A. von Feuerbach*, *Über die Gerichtsverfassung und das richterliche Verfahrens Frankreichs, in besonderer Beziehung auf die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Aalen 1825. Con relación a Feuerbach también *Jescheck*, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 11 f.; *Eser*, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1503; *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 943 s.; *M. D. Dubber*, *Comparative Criminal Law*, en: *Reimann/Zimmermann* (ed.), *Handbook* (nota al pie 12), p. 1287 (1292 ss.: “*good place to start*”). Sobre la importancia especial del desarrollo en Francia ver *T. Vormbaum*, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2. edición, Berlin 2011, p. 88 ss.
- 16 Vgl. *C. J. Mittermaier*, *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschwornengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder geprüft*, Stuttgart und Tübingen 1845; *Mittermaier*, *das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren im Zusammenhang mit den politischen, sittlichen und sozialen Zuständen und in den Einzelheiten der Rechtsausübung dargestellt*, Erlangen 1851; *H. A. Zachariä*, *Die Gebrechen und die Reform des deutschen*

no hubiera sido posible sin los modelos francés y angloamericano.¹⁷ A principios del siglo XX *Franz von Liszt*, “el gran impulsor y promotor del derecho comparado en el área del derecho penal”,¹⁸ presentó su teoría, de orientación empírica, según la cual el derecho comparado debía informar sobre la “dirección del desarrollo” de la vida en sociedad, para permitir al legislador la “intervención decidida” en dicho desarrollo o la “proposición consciente de objetivos”¹⁹ y así identificar los “rasgos del ‘derecho correcto’”.²⁰ Además, bajo la influencia decisiva de Liszt, apareció a principios del siglo XX (1905-1909) en 16 tomos la “Presentación comparativa del derecho penal alemán y extranjero”,²¹ la cual traía consigo los primeros lineamientos del derecho penal comparado legislativo²² y ha sido definida por *Leon Radzinowicz* como un “hito en la historia de los

Strafverfahrens, dargestellt auf der Basis einer konsequenten Entwicklung des inquisitorischen und des accusatorischen Prinzips, Göttingen 1846; al respecto también *E. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Göttingen 1965, p. 288 ss., 292 s., 297.

17 *Eser*, Funktionen (nota al pie 3), p. 1512.

18 [“*der große Förderer und Anreger der Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Strafrechts*”] *Jescheck*, Entwicklung (nota al pie 12), p. 10.

19 [“*Entwicklungsrichtung*”] ... [“*zielbewußtes Eingreifen*”] ... [“*die bewusste Zwecksetzung*”] *F. v. Liszt*, Tötung und Lebensgefährdung (§§ 211-217, 222 RStGB), en *K. Birkmeyer* entre otros (ed.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, Berlin 1905-1909, BT Bd. V, 1905, p. 1 (4 s.).

20 [“*Kennzeichen des ‘richtigen Rechts’*”] *F. v. Liszt*, Das „richtige Recht“ in der Strafgesetzgebung. II., ZStW 27 (1907), p. 91 (95) (“en la tendencia empírica existente de la vida social organizada en el Estado visualizo la marca del ‘derecho correcto’; solo de esta manera es posible construir un sistema científico de la política” [“*In der empirisch gegebenen Entwicklungsrichtung des im Staat organisierten gesellschaftlichen Lebens erblicke ich als das Kennzeichen des ‘richtigen Rechts’; nur auf dieser Grundlage lässt sich ein wissenschaftliches System der Politik aufbauen*”]); *ders.*, Das „richtige Recht“ in der Strafgesetzgebung, ZStW 26 (1906), p. 553 (556). Sobre *v. Liszt* también *Jescheck*, Entwicklung (nota al pie 12), p. 10 s.; *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 949.

21 [“*Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*”] *Birkmeyer* entre otros (ed.), nota al pie 19.

22 Sobre el origen histórico del derecho comparado legislativo ver *Heun*, Rechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 13 ss., el cual es visto por este autor -junto con el derecho comparado científico y jurídico-práctico- como una de las raíces del derecho comparado moderno.

estudios penales comparados”;²³ con esto, el derecho penal comparado debería haberse erigido como una disciplina autónoma.²⁴ De hecho, incluso antes se comenzó con la “Edición de Códigos Penales no alemanes en traducción alemana”,²⁵ la cual, aunque en forma diferente, subsiste hasta hoy.²⁶

Paralelamente se dio una cierta *institucionalización* del derecho comparado, por medio de la creación de varias asociaciones,²⁷ de las cuales se deben mencionar dos en especial: en primer lugar, en 1888 fue fundada la *Internationale Kriminalistische Vereinigung* por Liszt, van Hamel und Prins,²⁸ y luego, como su sucesora, en el año 1924 y por iniciativa francesa la AIDP.²⁹ En el ámbito del *common law*, aunque considerablemente después (1989), se estableció la *Society for the Reform of Criminal Law* con sede en Canadá.³⁰ A nivel científico el trabajo de estas asociaciones ha sido complementado por organizaciones especializadas dedicadas a la investigación, especialmente por el Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional de la ciudad de Friburgo, el cual

23 [“landmark in the history of comparative penal studies”] L. Radzinowicz, *International Collaboration in Criminal Science*, *The Law Quarterly Review* 58 (1942), p. 110 (128).

24 Ver también Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 943 (ningún método sistemático o disciplina especial del derecho comparado hasta finales del siglo XIX).

25 [“Edition außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung”] Jescheck, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 13, 15 (de 1888 a 1942 54 tomos, después otra vez a partir de 1952). La sección extranjera de la revista ZStW fue fundada solo hasta 1953 como boletín informativo (Jescheck, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 15 con pie de página 19).

26 Vgl. <https://www.mpicc.de/de/forschung/publikationen/uebersetzungen.html>.

27 Jescheck, *Entwicklung* (nota al pie 12), 16 ss.; Pradel, *Droit* (nota al pie 9), p. 21 ss.; Eser, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1504 s.; Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 949 s..

28 Jescheck, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 12 s., 17; Eser, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1505.

29 Jescheck, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 18 s., sobre el grupo alemán [Landesgruppe] de Adolf Schönke fundado en 1951 ver p. 24.

30 Eser, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1505. La revista oficial de esta sociedad es la “Criminal Law Forum”, Springer, cuyo editor “in-chief” es el autor de este texto.

hace parte de la Sociedad Max-Planck desde 1965.³¹

2. IMPORTANCIA Y FUNCIONES DEL DERECHO PENAL COMPARADO

2.1. Importancia

Si bien aquí no se pretende sobredimensionar la relevancia del derecho (penal) comparado al punto de llegar a considerarlo como el “oficio de la época”,³² su importancia difícilmente puede ser exagerada en tiempos de globalización e internacionalización del derecho.³³ La globalización ha conducido a una institucionalización

31 *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 947 s. con más referencias (el cual surgió de un instituto fundado por Adolf Schönke en el año 1938 en la Universidad de Friburgo); ver también *Pradel*, *Droit* (nota al pie 9), p. 24 s.

32 Así A. von Bogdandy, *Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum*, JZ 2011, p. 1; *del mismo autor*, *Internationalisierung der deutschen Rechtswissenschaft. Betrachtungen zu einem identitätswandelnden Prozess*, en: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (ed.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Tübingen 2015, p. 145; similar *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 950 s. (“... probablemente no ha habido época en la que el llamado al derecho comparado haya sido tan fuerte como hoy en día” [“... wahrscheinlich gab es noch keine Zeit, in welcher der Ruf nach Strafrechtsvergleichung lauter als heutzutage erschallt wäre.”]).

33 Sobre el incremento en general de la importancia debido a cinco factores ver U. Sieber, *Strafrechtsvergleichung im Wandel – Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft*, en: U. Sieber/H.-J. Albrecht (ed.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, Berlin 2006, p. 78 (80 ss.); sobre cuatro fenómenos en particular *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 951-953 (de un “mercado de oferta a uno de demanda” [von “Angebots- zu einem Nachfragemarkt”]); *del mismo autor*, *Zum Stand der Strafrechtsvergleichung: eine literarische Nachlese*, en: Ch. Safferling entre otros (ed.), *FS Streng*, Heidelberg 2017, p. 669 (672 s.); ver también H. Jung, *Grundfragen der Strafrechtsvergleichung*, JuS 1998, p. 1 (“importancia creciente” [“Bedeutungszuwachs”]), 7 (“nueva era...” [“neue Ära ...”]); *del mismo autor*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 380 (“efecto estimulante de la europeización e internacionalización” [“stimulierende Wirkung von Europäisierung und Internationalisierung”]); *del mismo autor*, *Wertende (Straf-) Rechtsvergleichung. Betrachtungen über einen elastischen Begriff*, GA 2005, p. 1 (2 s.) (derecho comparado como “ganador” de la internacionalización [“Strafrechtsvergleichung als ‘Gewinner’ der Internationalisierung”]); T. Weigend, *Criminal Law and Criminal Procedure*, en: J. M. Smits, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham: Elgar 2006, p. 214 (215 ss.) (“increase of its relevance”); S. Beck, *Strafrecht im interkulturellen Dialog*, en: S. Beck/C. Burchard/B. Fateh-Moghadam (ed.), *Strafrechtsvergleichung*

masiva en forma de organizaciones y asociaciones supranacionales –las cuales operan a nivel mundial o regional, como instituciones públicas o privadas–, que generan³⁴ una enorme demanda de estudios legales comparados y en las que miles de juristas procedentes de varias naciones día a día deben realizar análisis comparativos, dando lugar a una “*comparación viva de sistemas jurídicos*”.³⁵

Para el *derecho penal supranacional* la importancia del derecho comparado surge de las mismas fuentes legales primarias,³⁶ especialmente de los derechos fundamentales europeos, derivados desde tiempo atrás de las “tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”.³⁷ Adicionalmente, la “aproximación de las legislaciones penales”,³⁸ propuesta en el marco del *derecho penal de la Unión Europea (EU)*, así como la creación de “normas mínimas” tanto en el campo del derecho penal procesal como material,³⁹ su-

als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011, p. 65 (66) (“reactivación” [“*Wiederbelebung*”]); F. Meyer, *Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung*, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 87 (87-89) (“mayor impulso” [“*ungeheurer Auftrieb*”]). – respecto a la influencia de la globalización sobre el derecho comparado ver Basedow, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 825 s., 837, 857; sobre “*global comparative law*” en este sentido Siems, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 187 ss. (quien diferencia entre “*hegemonic and counter-hegemonic globalisation*” así como “*globalised localism*” y “*localised globalism*”), sobre el debilitamiento de las fronteras estatales (“*fading state borders*”) a través de convergencia de normas jurídicas, regionalización y transnacionalización p. 222 ss.

34 Para un enfoque basado en la demanda ver Basedow, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 837 ss. (quien diferencia entre “*clients*” de la academia, “*legal professions*”, “*legislature*” y las “*unification agencies*”).

35 [“*living comparison of laws*”] ver Basedow, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 854-6, 857 (“*massive institutional foundation for comparative law*”, “*institutional side of globalization*”).

36 Sobre esta influencia vertical de arriba hacia abajo también Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 999-1001.

37 [“*aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten*”] Ver art. 6 (3) Tratado de la Unión Europea (TUE).

38 Art. 67 (3) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); también art. 82 (1) TFUE, art. 83 (2) TFUE; sobre reparación de perjuicios “de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros” ver art. 340 (2) TFUE.

39 Para el derecho procesal penal ver art. 82 (2) TFUE (“para facilitar el reconoci-

pone, en primer lugar, determinar mediante investigaciones comparativas sobre los sistemas legales de los Estados que pertenecen a la UE, en dónde existe dicha necesidad de aproximación. Para establecer normas procesales mínimas se deben tener en cuenta, además, “las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos” de dichos Estados.⁴⁰ Estas diferencias se deben identificar precisamente mediante investigaciones de derecho comparado. La posibilidad de iniciar el trámite de “suspensión del procedimiento legislativo”, prevista en el Tratado de Lisboa, cuando un “proyecto de directiva” dirigida a la aproximación de las legislaciones internas afecta “aspectos fundamentales” del sistema de justicia penal de uno de los Estados miembros,⁴¹ exige también a la Comisión, en cuanto iniciadora del trámite legislativo, tener en cuenta este tipo de aspectos al proponer cada proyecto, anticipando al mismo tiempo las posibles reservas que los Estados puedan presentar; nuevamente, esto exige que la Comisión esté familiarizada –mediante estudios comparativos– con los fundamentos de los ordenamientos jurídico-penales nacionales. A nivel operativo, los órganos de la UE a los que se les ha confiado realizar investigaciones transfronterizas (Europol, OLAF, Eurojust y la futura fiscalía europea)⁴² se deben ocupar permanentemente de la interpretación y aplicación del derecho interno de los Estados miembros, ya que, debido a la inexistencia de un verdadero derecho procesal penal europeo, dichas investigaciones se deben realizar conforme al sistema legal del Estado en donde se lleven a cabo este tipo de actividades en concreto (*lex loci*), de manera que las investigaciones criminales transfronterizas suponen

miento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza”); para el derecho penal material ver art. 83 (1) TFUE (“normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza”).

40 Art. 82 (2) TFUE.

41 Art. 82 (3), art. 83 (3) TFUE.

42 Sobre estos órganos ver *K. Ambos*, *Internationales Strafrecht*, München: Beck, 5. edición 2018, § 13; en castellano *Ambos*, *Derecho Penal Europeo*, Madrid: Thomson Reuters, 2017, Cap. V nm. 1 ss.

la aplicación de diferentes ordenamientos jurídicos. Precisamente aquí se evidencia el cambio de perspectiva desde el plano nacional al supranacional y europeo.⁴³ En el marco del Consejo de Europa, especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha ocupado de asuntos que involucran problemas jurídico-penales (materiales y procesales) que exigen un conocimiento profundo del derecho del Estado demandado.⁴⁴ Asimismo, la prohibición europea de doble persecución penal⁴⁵ requiere una decisión que ponga fin al proceso en el Estado que en un primer momento ha juzgado a la persona en cuestión,⁴⁶ pues bien, la clasificación legal de dicha decisión, necesaria para determinar si en el caso concreto la prohibición de doble persecución es aplicable, no es posible si no se conoce el derecho procesal extranjero relevante.⁴⁷

En el área del *derecho penal internacional* se tienen los principios generales del derecho en sentido clásico –entendidos como los principios comunes a los ordenamientos jurídicos más importantes⁴⁸– como una de las fuentes que aquí siempre se han recono-

43 Sobre europeización metodológica ver *von Bogdandy*, Internationalisierung (nota al pie 32), p. 144-6.

44 Ver *Ambos*, Strafrecht (nota al pie 42), § 10 nm. 12 ss.; *Ambos*, DP Eur. (nota al pie 42), Cap. II nm. 16 ss. y 104 ss.

45 Ver art. 54 Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa y art. 50 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

46 Al respecto y sobre las demás condiciones ver *Ambos*, Strafrecht (nota al pie 42), § 10 nm. 163 ss.; *Ambos*, DP Eur. (nota al pie 42), Cap. II nm. 161 ss.

47 Ver en este sentido también *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 994 s.

48 Solo en este contexto puede reclamar cierta relevancia la división entre “familias jurídicas” (clásico al respecto *R. David*, Les grands systèmes de droit contemporains, 1. edición., Paris: Dalloz, 1964, p. 12 s.; *R. David/C. Jauffret-Spinosi*, Les grands systèmes de droit contemporains, Paris: Dalloz 2002, p. 15 s.; *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts, Tübingen 1996, p. 62 ss.; *Siems*, Comparative Law, nota al pie 12, s. 73 ss.), especialmente la distinción entre el ámbito angloamericano (“*common law*”) y germano-románico (“*civil law*”), en la medida en que permite –por decirlo de alguna manera, desde una primera mirada– delimitar la investigación a ordenamientos jurídicos representativos

cido.⁴⁹ Esto se desprende de la teoría tradicional de las fuentes del derecho internacional,⁵⁰ acogida en el Estatuto de Roma (ER) para el derecho penal internacional contemporáneo.⁵¹ La existencia de

(asimismo *P. de Cruz*, *Comparative Law in a Changing World*, 3. edición, London: Routledge-Cavendish 2007, p. 35; *Kötz*, *Abschied von der Rechtskreislehre?*, ZEuP 1998, p. 493, 504 (“primera orientación a grandes rasgos” [“*erste grobe Orientierung*”]); *Siems*, en el lugar indicado, p. 92 (“*didactic aim*”); *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 4 nm. 19, 25 f.). Por lo demás, dicha división se debe rechazar, debido a que ignora las diferencias que existen al interior de cada “familia” -por ejemplo entre el derecho penal inglés y el de los Estados Unidos (a nivel federal) o entre el Derecho francés y el alemán- y resalta solo las similitudes, en otras palabras, tiende a la simplificación; además, tiene un sesgo hacia el derecho civil y margina a los ordenamientos jurídicos no occidentales, como aquellos de las antiguas colonias o del mundo islámico y budista (ver críticas de *Kötz*, en el lugar arriba indicado, p. 495 ss.; *Siems*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 7, 80 ss.; *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 4 nm. 11-17, 20-24; crítico también *H. Heiss*, *Hierarchische Rechtskreiseinteilung: Von der Rechtskreislehre zur Typologie der Rechtskulturen?*, ZVglRWiss 100 (2001), p. 396 (399 ss.), aunque él mismo propone una división jerárquica (412 ss., 416 ss.); *J. Husa*, *Classification of Legal Families Today – Is it Time for Memorial Hymn?*, *Revue Internationale de Droit Comparé* 56 (2004), p. 11 ss.; *Weigend*, *Criminal Law* (nota al pie 33), p. 219; *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1069 s.; antes también *G. Frankenberg*, *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*, *Harvard International Law Journal* 26 (1985), p. 411 (442 s.)). – También existen otros intentos de división, por ejemplo, a nivel general entre tradiciones jurídicas, ver *H. P. Glenn*, *Legal traditions of the world: sustainable diversity in law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 1 ss., 60 ss. (crítico al respecto *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 131 ss.); o desde una perspectiva político-criminal según modelos de Estado y de sociedad, *M. Delmas-Marty*, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris: Presses universitaires de France 1992, p. 81 ss. Sobre las “*units of comparison*” ver también *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 28 ss.

49 Ver, aunque algo exagerado, *Jescheck*, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 31 (lucha contra la “criminalidad internacional” a través del derecho comparado; especial responsabilidad con relación a la creación de un “derecho penal internacional”, el cual “en cuanto conciencia objetiva de la humanidad está llamado a asegurar... los grandes postulados de la justicia frente a los efectos del «odio incondicional» de los tiempos de guerra” [*Bekämpfung des “internationale[n] Verbrechertum[s]” durch Rechtsvergleichung, besondere Verantwortung bezüglich der Schaffung eines “völkerrechtlichen Strafrechts”, nämlich als “das sachliche Gewissen der Menschheit dazu berufen, die Gerechtigkeit in ihren großen Postulaten ... zu sichern gegen die Auswirkungen des «bedingungslosen Hasses» der Kriegszeit ...*”]); recientemente también *L. Chiesa*, *Comparative Criminal Law*, en: M. D. Dubber/T. Hörnle (ed.), *Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 1089 (1093 s.); *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1013.

50 Ver art. 38 (1) (c) ER (“*general principles of law recognized by civilized nations*”).

51 Ver art. 21 (1) (c) ER (“*general principles of law derived by the Court from national*

la Corte Penal Internacional (CPI), así como de varios tribunales penales internacionales, ha contribuido para que el derecho penal comparado adquiera una importancia práctica enorme,⁵² aunque la práctica judicial la mayoría de las veces no va más allá de una selección arbitraria (“*cherry picking*”)⁵³ de ordenamientos jurídicos nacionales, razón por la cual en este contexto sería deseable un proceder más sistemático.⁵⁴ Sobre esto se volverá más adelante.⁵⁵

En el *derecho de la cooperación judicial* [*Rechtshilfe*] existe un contacto permanente con ordenamientos jurídicos extranjeros y, dependiendo del tipo de cooperación –extradición/entrega, “pequeña” asistencia judicial o cooperación en la ejecución de decisiones judiciales– y de relación jurídica entre los Estado –mediada o no por un tratado internacional, bilateral o multilateral–, los conocimientos sobre el derecho del Estado requirente o requerido son necesarios o por lo menos útiles. Incluso en un sistema como la UE, en el cual cada vez adquiere mayor relevancia el reconocimiento mutuo⁵⁶ de las decisiones judiciales, el derecho interno no es desplazado com-

laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime ...”). Al respecto también Grande, *Comparative* (nota al pie 2), p. 191; Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 991 (aplicación subsidiaria del derecho extranjero en el marco del derecho penal comparado judicial [*subsidiäre Fremdrechtsanwendung im Rahmen judikativer Strafrechtsvergleichung*]), (1002).

52 Ver también Weigend, *Criminal Law* (nota al pie 33), p. 217.

53 Así la crítica formulada especialmente en los Estados Unidos al uso del derecho comparado por parte de los tribunales, ver M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2014 (e-book), p. 147; T. Kadner Graziano, *Is it Legitimate and Beneficial for Judges to Compare?*, en: M. Andenas/D. Fairgrieve (ed.), *Courts and Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 25 (30) con más referencias.

54 Ver también P. Roberts, *Comparative Law for International Criminal Justice*, en: E. Özücü/D. Nelken (ed.), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford: Hart 2007, p. 339 (340, 350 ss., 363, 365) (quien aboga por un “*more explicit, systematic, and methodologically astute recourse to comparative legal method*” y en este sentido discute seis áreas).

55 Ver apartado C.II.

56 Sobre este principio ver Ambos, *Strafrecht* (nota al pie 42), § 9 nm. 26 s.; Ambos, *DP Eur.* (nota al pie 42), Cap. I nm. 25 ss.

pletamente por el derecho secundario,⁵⁷ sino que de hecho puede aparecer como una de las razones para rechazar una petición o requerimiento⁵⁸ o para la imposición de condiciones para la ejecución de una determinada decisión judicial.⁵⁹ En la clásica asistencia judicial basada en un tratado de cooperación, el principio de la punibilidad recíproca supone examinar el derecho penal del Estado requirente,⁶⁰ de manera similar a lo que ocurre en el contexto de las normas sobre la aplicación del derecho penal a hechos cometidos en el extranjero respecto al derecho del lugar en donde se ha consumado la conducta punible.⁶¹ Cuando no existe tratado la situación depende del Estado requerido, razón por la cual es recomendable estar familiarizado desde antes con su sistema legal y sobre todo con su práctica en esta materia.

2.2. Funciones

Estos ejemplos muestran que el derecho comparado, por un lado, constituye en varios sentidos el fundamento del derecho penal a nivel internacional. Debido a que el derecho penal internacional y el derecho penal europeo se alimentan en buena parte de los ordenamientos jurídico-penales nacionales –no obstante la interpretación autónoma del derecho supranacional y el proceso de institucionalización a este nivel–, le corresponde al derecho comparado una función fundamental en tanto fuente de información, no solamente

57 Sobre los instrumentos de la UE con carácter de derecho secundario ver *Ambos*, *Strafrecht* (nota al pie 42), § 12 nm. 14 ss.; *Ambos*, *DP Eur.* (nota al pie 42), Cap. IV nm. 14 ss.

58 Ver por ejemplo art. 3, 4 Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (*Diario Oficial n° L 190 de 18/07/2002 p. 0001 - 0020*), modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI.

59 Ver por ejemplo art. 5 Decisión Marco del Consejo (nota al pie 58).

60 Ver por ejemplo art. 2 (1) Convenio Europeo de Extradición. Al respecto en este contexto también *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 992-4 (“poder punitivo dependiente del derecho extranjero” [*“fremdrechtsabhängige Straf Gewalt”*]).

61 Ver § 7 (1) y (2) Código Penal alemán (“en el lugar de los hechos con amenaza de pena” [*“am Tatort mit Strafe bedroht”*]).

como mecanismo para “producir” principios generales del derecho en el sentido clásico ya mencionado. Al mismo tiempo el derecho comparado permite la comparación horizontal a nivel internacional entre las distintas instituciones y su derecho, por decirlo de alguna manera, más allá de los ordenamientos jurídicos nacionales. Sobre esto se volverá más adelante.

Por otro lado, bajo ciertas circunstancias, puede ser razonable para el legislador nacional consultar en perspectiva comparada el derecho extranjero antes de regular una determinada situación (*derecho penal comparado legislativo*).⁶² Pero, también los distintos actores del sistema de justicia penal –fiscales, defensores y jueces– dependen cada vez más de los resultados de análisis comparativos para resolver problemas en casos concretos (*derecho penal comparado judicial*),⁶³ debido a que la criminalidad –justamente en el espacio de libertad, seguridad y justicia que constituye la UE⁶⁴– ya no tiene lugar únicamente al interior las fronteras nacionales. Finalmente, pero no menos importante, el derecho penal comparado

62 Ver Weigend, *Criminal Law* (nota al pie 33), p. 215; Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1005 ss.; Chiesa, *Comparative* (nota al pie 49), p. 1091; ver también Sect. 3 (1) *Law Commissions Act 1965* (“*duty of each of the commissioners ... to obtain ... information as to the legal system of other countries ...*”); desde una perspectiva comparativa general ver Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 22 ss.; sobre el legislador como “cliente” del derecho comparado ver Basedow, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 842 ss.

63 Esta función del derecho comparado fue formulada incluso en el año 1900 por el civilista Zitelmann como “importancia en la aplicación del derecho” [*“Bedeutung in der Rechtsanwendung”*], ver E. Zitelmann, *Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung*, *Dt JZ V* (1900), p. 329, reproducido en: K. Zweigert/H.-J. Puttfarcken (ed.), *Rechtsvergleichung*, Darmstadt: Wiss. Buchges. 1978, p. 11 (11 s.). Los ejemplos en la jurisprudencia penal alemana son múltiples, ver BGHSt 1, 297; 2, 152; 2, 257; 5, 30; 5, 337 así como BGHSt 38, 214 (228 ss.: consideración del derecho procesal extranjero sobre la pregunta del incumplimiento de los deberes policiales y sus consecuencias). Sobre derecho comparado judicial ver también Zweigert/Kötz, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 48), p. 16 ss.; K. H. Ebert, *Rechtsvergleichung: Einführung in die Grundlagen*, Berlin 1978, p. 176 ss.; Eser, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1507-1510; Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 984 ss.

64 Vgl. art. 67 (1) TFUE.

puede ser desarrollado desde el punto de vista *científico-teórico*,⁶⁵ bien sea para obtener una visión ampliada del derecho propio o para la solución de problemas jurídicos fundamentales (derecho comparado como quinto método de interpretación).⁶⁶

Hasta aquí se han mencionado las *funciones* clásicas del derecho penal comparado⁶⁷ que han ganado importancia desde mediados del siglo XIX. Si, además, es posible complementar estas tres funciones con una cuarta función por medio del “derecho penal comparado evaluativo-competitivo”,⁶⁸ es una pregunta que puede dejarse abierta, puesto que la valoración⁶⁹ cumple de todas ma-

65 Sobre las diferentes denominaciones (“científico-teórico”, “teorético”, “académico” [“*wissenschaftlich-theoretisch*”, “*theoretisch*”, “*akademisch*”) ver Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 967.

66 La reivindicación de interpretación comparativa del derecho nacional se remonta a K. Zweigert, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, *RabelsZ* 15 (1949/50) p. 5 (8 ss.) (con referencia al art. 1 del Código Civil suizo); sobre el derecho comparado como quinto método de interpretación en derecho constitucional ver P. Häberle, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat*, *JZ* 1989, p. 913 (916 ss.); con más detalle Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 2 nm. 53 ff. (resaltando especialmente la importancia para resolver casos difíciles, nm. 72-76); desde el punto de vista jurídico-penal Jung, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 380; Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 953 s. con pie de página 67.

67 Sobre estas tres funciones ver Eser, *Funktionen* (nota al pie 313), p. 1506 ss.; (nota al pie 4), p. 955 s., 966 ss.; antes también Jescheck, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 26 ss., pero no tan diferenciado ni tan sistemático.

68 [“*evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung*”] Así Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 956, 1020 ss. (con una impresionante diferenciación y construcción de varios subgrupos y formas), para una lista de 30 (!) enfoques adicionales, p. 956-959.

69 Sobre el rol de la valoración en el derecho comparado ver Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1026 ss., quien asume una posición intermedia entre las de Radbruch y von Liszt, según la cual la valoración es posible pero no obligatoria, es decir que, por un lado, puede haber derecho comparado sin valoraciones, pero, por otro, según el objetivo de la comparación la valoración puede ser deseable y necesaria (1028 s., auch 1084). Sobre la diferencia entre descripción y valoración (sin excluir esta última) ver M. Mona, *Strafrechtsvergleichung und comparative justice: Zum Verhältnis zwischen Rechtsvergleichung, Grundlagenforschung und Rechtsphilosophie*, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 103 (113). En contra de entender la valoración como parte del derecho comparado (lo cual haría parte de la crítica que el derecho comparado hace posible) ver E. Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, *Rhein. Zeitschrift für Zivil- und ProzessR* 13 (1924), p. 279 (280) (ver, sin embargo, p. 286 ss., en donde éste exhorta a la crítica

neras un rol importante en el verdadero derecho comparado, por ejemplo, en el marco de una muestra comparativa de diferentes alternativas jurídico-políticas.⁷⁰

jurídica y política, así como al mejoramiento del ordenamiento jurídico); sobre Rabel y la inclusión de la valoración como quinto nivel en el análisis comparativo por Konrad Zweigert como uno de los sucesores de Rabel en el Instituto Max-Planck de Hamburgo *Basedow*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 832 s. Sobre una diferenciación entre “comparación de valoraciones” [“*Vergleich von Wertungen*”] y “valoración de soluciones” [“*Wertung von Lösungen*”], según la cual esta última no pertenecería al derecho comparado en estricto sentido *U. Sieber*, *Grenzen des Strafrechts. Strafrechtliche, kriminologische und kriminalpolitische Grundlagenfragen im Programm der strafrechtlichen Forschungsgruppe am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, en: H.-J. Albrecht/U. Sieber (ed.), *Perspektiven der strafrechtlichen Forschung: Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht 2004*, Berlin 2006, p. 35 (74 s.); sin embargo, sobre la poca importancia de la pregunta sobre la ubicación, ver *del mismo autor*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 120; crítico en este sentido también *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1027. Sobre la formulación de la “pregunta esencial sobre la valoración ... de una manera válida para todos los sistemas” [“*wesentlichen Wertungsfragen ... in einer für alle System gültigen Weise* ”] en el marco del derecho penal comparado, *W. Perron*, *Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?*, *ZStW* 109 (1997), p. 281 (299).

70 *Sieber*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 120 (“fundamentación racional de las decisiones valorativas” [“*rationale Begründung der Bewertungsentscheidung*”] como condición del rol cumplido por el derecho comparado en cuanto instrumento de *good governance*); *Weigend*, *Criminal Law* (nota al pie 33), p. 219 s. (importancia de “*quality judgments*”); *Mona*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 69), p. 115 ss. (valoración con miras a la teoría de la justicia); *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1084-1087 (1084: “... se espera una toma de posición definitiva, la cual no se puede entender sin una cierta valoración” [“... *eine abschließende Stellungnahme erwartet, bei der meist nicht ohne gewisse Wertungen auszukommen sein wird.*”]); *Beck*, *Strafrecht* (nota al pie 33), p. 78 (no solamente entender la regulación sino también valorarla), 85 (valoración “inevitable”); *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 10 s.

3. OBJETIVOS, MÉTODOS Y FUNDAMENTO NORMATIVO

3.1. Objetivos

Las funciones aquí mencionadas del derecho penal comparado describen al mismo tiempo sus –en todo caso múltiples⁷¹– objetivos: orientación al legislador por medio del derecho penal comparado legislativo, apoyo a la administración de justicia en el marco del derecho penal comparado judicial y problematización de aspectos fundamentales del sistema penal a través del derecho penal comparado científico-teórico. Sobre esta base, se debe resaltar que en la discusión comparativa sobre el derecho propio surgen a la luz sus fortalezas y sobre todo sus debilidades.⁷² El derecho comparado hace posible entonces –o al menos así debería hacerlo– la reflexión crítica sobre el sistema jurídico propio⁷³ y facilita una visión integral del mismo.⁷⁴ Además, la perspectiva comparada crea “contrapesos para evitar la sobrevaloración de la dogmática propia y su mundo

71 Sobre la pluralidad de los objetivos *Jung*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 378 s.; sobre su flexibilidad *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 2 nm. 5; sobre cuatro funciones o metas de conocimiento ver *G. Dannemann*, *Comparative Law: Study of Similarities or Differences?*, en: *Reimann/Zimmermann* (nota al pie 12), p. 383 (402-6: *unifying law, solving particular problems, applying foreign law, understanding law*).

72 Ver también *Junker*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), p. 928 (“condicionamientos del derecho propio” [*“Bedingtheiten des eigenen Rechts”*]); *M. D. Dubber/T. Hörnle*, *Criminal Law. A comparative approach*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. vi; *Chiesa*, *Comparative* (nota al pie 49), p. 1091; *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 969; *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 1.

73 Fundamental *Frankenberg*, *Comparisons* (nota al pie 48), p. 411 ss., 443 s. (derecho comparado como “*learning experience*” por medio del distanciamiento y diferenciación y con el objetivo de la autoreflexión), quien de hecho reprocha al método funcional tradicional la poca capacidad de autocritica y reflexión (p. 433 ss.); crítico también en este sentido frente al método funcional *R. Michaels*, *The Functional Method of Comparative Law*, en: *Reimann/Zimmermann* (ed.), *Handbook* (nota al pie 12), p. 339 (379 s.). Diferente *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 2 nm. 20 s. (a pesar de que el derecho comparado promueve la comprensión, es limitado para el estudio dogmático profundo del derecho propio).

74 *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 14 (“*holistic picture*”).

conceptual”⁷⁵ y –aún más– evidencia “en el derecho qué es cambiante y qué es perpetuo [...]”.⁷⁶ No obstante, el derecho comparado puede considerarse científico, tal y como ocurre con cualquier disciplina, solo si a través suyo es posible conocer algo que sin él permanecería oculto. Esto exige más que el simple conocimiento del derecho extranjero⁷⁷ y más que la yuxtaposición de normas pertenecientes a ordenamientos jurídicos foráneos, aislada y alejada de la realidad social; cuando se habla de derecho penal comparado en realidad se hace referencia, como lo propagó Franz von Liszt, a “algo nuevo, autónomo [...] que es diferente de los ordenamiento jurídicos individuales comparados y no se encuentra sin más comprendido en ellos”.⁷⁸

Más allá de esto, los riesgos que trae consigo la globalización económica –“sociedad mundial del riesgo”⁷⁹–, como hechos punibles cometidos en o a través de Internet, criminalidad organizada transnacional y terrorismo, imponen al derecho penal comparado nuevos retos y lo llevan a asumir nuevas tareas con nuevos obje-

75 Jescheck, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 44; ver también G. Radbruch, *Der Mensch im Recht: ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts*, Göttingen 1957, p. 108 s. (“valorar en sus deficiencias y ventajas” [“... in ihren Mängeln und Vorzügen würdigen”]).

76 Radbruch, *Mensch* (nota al pie 75), p. 108 s.

77 Al respecto como simple aspecto del derecho comparado sin pretensión científica Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 3 ss. (8), 13.

78 [“etwas Neues, Selbständiges ... das von den einzelnen verglichenen Rechten verschieden, in ihnen nicht ohne weiteres enthalten ist”] F. von Liszt, *Zur Einführung. Rückblick und Zukunftspläne*, en: F. von Liszt (ed.), *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung. Band I: Das Strafrecht der Staaten Europas*, Berlin 1894, p. XIII (XIX); crítico H. Schultz, *Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung*, en: H.-H., Jescheck/G. Kaiser (ed.), *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*, Berlin 1980, p. 7 (19 s.) (también acepta un derecho comparado con menos pretensiones). En este sentido también sobre “comparing” vs. “compiling criminal law”, Chiesa, *Comparative* (nota al pie 49), p. 1090 s.

79 [“Weltrisikogesellschaft”] El concepto se remonta a Ulrich Beck, ver U. Beck, *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M. 1986; también U. Sieber, *Grenzen des Strafrechts. Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramms am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, ZStW 119 (2007), p. 1 (3 ss.).

tivos. En este contexto, en general se espera que el derecho penal comparado proporcione respuestas sólidas desde el punto de vista normativo y empírico, dirigidas al control jurídico-penal de estas situaciones.⁸⁰ Respuestas racionales y bien concebidas, como se esperan del derecho comparado científico-teórico, requieren suficiente tiempo, con el cual, sin embargo, la mayoría de las veces no cuenta la política criminal de corto plazo y ligada a cálculos electorales. De hecho, se han planteado incluso serias dudas sobre si el derecho comparado realmente puede proporcionar dichas respuestas. Éstas dependen en realidad de una variedad de factores ajenos al derecho, de manera que se debe reivindicar una perspectiva interdisciplinaria, en donde además se tenga en cuenta la práctica de persecución policial (incluso secreta), en el sentido de la ya mencionada comparación integral de la justicia penal.

3.2. Métodos

Lo anterior demuestra la importancia de la determinación del objetivo para definir el método. No es posible desarrollar un método de derecho comparado de manera abstracta, puesto que en cada caso se deben tener en cuenta los objetivos principales del proyecto de comparación.⁸¹ Se requiere entonces una cierta *apertura metodológica*, la cual deja espacio suficiente para la imaginación,⁸² ya que el método seleccionado debe corresponder al objetivo perseguido; el método debe entonces ser funcional al objetivo, de mane-

80 Ver también Sieber, Grenzen (nota al pie 79), p. 16, 53 s. (derecho comparado metodológicamente asegurado como fundamento de una política criminal racional).

81 Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 961, 966, 1038 s.; *del mismo autor*, Stand (nota al pie 33), p. 682; también Lagodny, ZIS 2016, p. 679 s.; *del mismo autor*, GA 2017, 165 (167); resaltando también la determinación del objetivo Beck, Strafrecht (nota al pie 33), p. 77 s.; similar Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 2; también P. Roberts, Interdisciplinarity in Legal Research, en: M. McConville/W. Hong Cui (ed.), Research Methods for Law, Edinburgh 2017, p. 90 (105: “research questions” determinan “interdisciplinary methods”).

82 Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1038; ver también Michaels, Functional (nota al pie 73), p. 343 (sin adherir a un método específico); Siems, Comparative Law (nota al pie 12), p. 7 (“plurality of methods”).

ra que se debe escoger el método más idóneo para lograrlo.⁸³ Sin embargo, se debe diferenciar entre objetivo y método,⁸⁴ pero reconociendo su interdependencia, debido a que el método no se puede determinar sin tener en cuenta los objetivos.⁸⁵ Así pues, a pesar de que no es posible determinar *un solo método* específico para el derecho comparado, si es posible delimitar un marco metodológico dentro del cual se puede mover la investigación comparativa.

En primer lugar, teniendo en cuenta la necesidad de estar abierto a todos los resultados posibles, quien realiza una comparación no debe partir desde el principio de su propio punto de vista dogmático o político-criminal, en cuanto hipótesis de trabajo o punto de referencia (*tertium comparationis*)^{86, 87} aunque naturalmente éste puede servir como primer parámetro de orientación⁸⁸ y de hecho lo hará debido al bagaje jurídico previo de todo investigador.⁸⁹ Como

83 Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1040; ver también Jung, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 362 (direccionamiento de los métodos hacia el objetivo); Basedow, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 837 (“purpose and context ... determine the research design...”).

84 En ocasiones esto se pierde de vista en el derecho penal comparado dada la gran variedad de enfoques posibles (ver pie de página 68), crítico también Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1038.

85 Ver por ejemplo Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 2 (“illusorio” [“illusorisch”]), 147 s.. Ver, en otro sentido, von Liszt, *Tötung* (nota al pie 19), p. 4 (derecho comparado “solo es posible debido a un método bien establecido” [“nur möglich auf Grund einer feststehenden Methode...”]); también Schultz, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 78), p. 1 (derecho comparado mismo como un “método específico” [“bestimmte Methode”]).

86 “Punto de referencia para la comparación”.

87 Así todavía Jescheck, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 36 ss., 37 s., 40 ss., quien propone como punto de partida la perspectiva dogmática o político-criminal propia (primer nivel), posteriormente la interpretación del derecho extranjero (segundo nivel), para después sistematizar (tercer nivel) y finalmente valorar jurídica y políticamente (cuarto nivel). Crítico con razón al respecto por ejemplo U. Nelles, *Rechtsvergleichung per Internet? Einige Aspekte zum Generalthema „Zukunft der Strafrechtsvergleichung“* en: J. Arnold/B. Burkhardt/W. Gropp/G. Heine entre otros (ed.), *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, p. 1005 (1009); Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1045.

88 Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1063.

89 Crítico sobre la orientación marcadamente occidental del derecho comparado tradicional Frankenberg, *Comparisons* (nota al pie 48), p. 422 s., 442.

punto de partida la atención se debe centrar, en principio, –en el sentido del *método funcional* ya mencionado⁹⁰– en el problema específico sobre el que se pretende indagar, para preguntarse posteriormente cómo se ha intentado solucionar dicho problema en cada uno de los ordenamientos jurídicos objeto de investigación o –con mayor acento en la institucionalización– qué función cumple la institución jurídica específica desarrollada en el ordenamiento jurídico analizado para la solución de este problema (“pregunta por la funcionalidad”),⁹¹ más allá de la terminología empleada en cada contexto y de su clasificación bajo una determinada disciplina.⁹² El funcionalismo en el derecho comparado⁹³ hace referencia enton-

90 Sobre su origen en la teoría del carácter instrumental del derecho formulada por Jhering (*Zwecktheorie*) ver K. Zweigert/K. Siehr, *Jhering's Influence on the Development of Comparative Legal Method*, AJCL 19 (1971), p. 215 (218 s.); también Frankenberg, *Comparisons* (nota al pie 48), p. 433 con pie de página 78 (mencionando también a Pound); sobre la primera vez que este método se mencionó explícitamente por Ernst Rabel en el año 1925 Heun, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 20 y Basedow, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 831; desarrollado por Zweigert/Kötz, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 48), p. 33 ss.; Siems, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 25 ss.; en el contexto del derecho penal comparado mencionado explícitamente por primera vez por H.-H. Jescheck, *Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozessreform*, ZStW 86 (1974), p. 761 (772 (chaciendo referencia a un problema social), 775 (“equivalencia funcional” [“funktionellen Gleichwertigkeit”])).

91 [“*Funktionalitätsfrage*”] Zweigert/Kötz, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 48), p. 33; Junker, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), p. 922; Eser, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1521; Jung, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 363 s.; Michaels, *Functional* (nota al pie 73), p. 342; Sieber, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 112-114; Pradel, *Droit* (nota al pie 9), p. 47 s.; Heun, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 25 s.; Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 14-16, § 3 nm. 3-5, 181; C. Wendehorst, *Rechtssystemvergleichung*, en: Zimmermann (ed.), *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung*, Berlin: Mohr Siebeck 2016, p. 1 (30); sobre la aplicación en “mercados jurídicos transnacionales” G.-P. Callies, *Zur Rolle der Rechtsvergleichung im Kontext des Wettbewerbs der Rechtsordnungen*, en el mismo lugar, p. 167 (182 ss., 188 s.).

92 Ver Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 71, quien señala acertadamente que la limitación del método funcional a ciertas ramas del derecho parece no tener sentido, dado que la división tradicional entre derecho civil, público y penal, así como las subdivisiones al interior de cada categoría, no está presente en otros ordenamientos jurídicos, de manera que se debe preguntar más bien de forma general cómo cada ordenamiento jurídico y a través de cuál institución jurídica reacciona ante el problema analizado.

93 El término “funcionalismo” tiene varios significados y es utilizado en diferentes

ces –en principio sin ninguna pretensión metodológica adicional–⁹⁴ a una forma de proceder que no parte de conceptos jurídicos y legales,⁹⁵ sino –con orientación empírica⁹⁶– de la consideración

disciplinas; crítico respecto a su frecuente ambigüedad y su uso arbitrario *Michaels*, *Functional* (nota al pie 73), p. 341, 342 ss., 381; crítico también *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 45 (“*can involve a number of traps*”); sobre el reemplazo de este concepto por un derecho comparado contextual, con el fin de comprender mejor su significado *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 199-201.

94 Acertadamente *M. Kubiciel*, *Funktionen und Dimensionen der Strafrechtsvergleichung*, RW 2012, p. 212 (213 f.); crítico *Michaels*, *Functional* (nota al pie 73), p. 340 (“*As theory it hardly exists...*”), 362 (resaltando el enfoque instrumental), 363 (“*undertheorized approach ...*”); crítico también *Frankenberg*, *Comparisons* (nota al pie 48), p. 416 ss. (“*marginal role of theory*”), 433 ss. (“*vulgar version of sociological functionalism*”); en cierta medida sobre una teoría basada, entre otros, en el método funcional, *Sieber*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 126-129.

95 Crítico por esta razón *B. Fateh-Moghadam*, *Operativer Funktionalismus in der Strafrechtsvergleichung*, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 41 (43 ss.), quien pretende reemplazar el método funcional por un funcionalismo operativo, debido a que aquel se basaría en suposiciones estructural-funcionalistas (como la existencia de los mismos problemas sociales en relaciones sociales estables) y, al orientarse por consideraciones extrajurídicas, negaría la autonomía de la argumentación jurídica (44 ss.). El enfoque propuesto por este autor se fundamenta en la teoría de sistemas y en consecuencia parte de la autopsias de los sistemas jurídicos y de la autorreferencia de la argumentación legal, en vez del reconocimiento de problemas sociales extrajurídicos (52 ss.). Aunque este enfoque tiene razón cuando afirma que dentro de cada sistema jurídico también se deben tener en cuenta las formas específicas de fundamentación jurídico-dogmática [“*juristisch-dogmatische Begründungszusammenhänge*”] (en este sentido también *Kubiciel*, *Funktionen* (nota al pie 93), p. 215), acepta la idea bastante problemática y poco plausible, según la cual los sistemas jurídicos son completamente autónomos; crítico con razón *T. Weigend*, *Diskussionsbemerkungen*, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 131 (el ordenamiento jurídico no tiene “vida propia”, sino que se encuentra determinado por “decisiones sociales y políticas específicas” [“*Rechtsordnung führe “kein Eigenleben”, sondern werde von “bestimmten sozial und politisch geprägten Entscheidungen determiniert*”]); crítico también en este sentido *Kubiciel*, *Funktionen* (nota al pie 93), p. 215 s., cuando reconoce que las formas específicas de fundamentación jurídico-dogmática al final están influenciadas jurídico-estructuralmente y por esto puede ser necesaria “una comparación parcial del entorno socio-cultural” [“*Partialvergleich des soziokulturellen Regelungsumfelds*”], especialmente cuando se trata de comprender una institución jurídica determinada o un sistema jurídico en general a través de una micro-comparación.

96 *Michaels*, *Functional* (nota al pie 73), p. 342 (“*functionalist comparative law is factual*”); *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 181 (“enfoque fáctico” [“*faktische Herangehensweise*”]); *Callies*, *Rolle* (nota al pie 91), p. 170,

de problemas sociales como *tertium comparationis*⁹⁷ (“problemas sociales que requieren regulación”)⁹⁸ y de la función de las instituciones que han sido desarrolladas como respuesta a ellos, para así posibilitar la comparación –libre de prejuicios conceptuales o dogmáticos– entre instituciones jurídicas de distintos ordenamientos que hacen las veces de equivalentes funcionales⁹⁹.¹⁰⁰ Por ejemplo:

172, 187 (“*law in action*”); también *Siems*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 35 (“*the way it is enforced*”); desde el punto de vista jurídico-penal *E. Hilgendorf*, *Zur Einführung: Globalisierung und Recht*, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 11 (24).

97 Ver *Michaels*, *Functional* (nota al pie 73), p. 367-369.

98 [“*regelungsbedürftiges soziales Ordnungsproblem*”] *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1053.

99 La equivalencia funcional es resaltada por *Michaels*, *Functional* (nota al pie 73), p. 363, 381 como fundamento –junto a una “*epistemology of constructive functionalism*” – de un método funcional más robusto, sobre su cercanía a la *praesumptio similitudinis* p. 370 s. (371: “*functional equivalence is similarity in difference*” en la medida en que las instituciones jurídicas pueden ser similares con relación a la función que cumplen, pero en sí pueden ser al tiempo diferentes); al respecto nuevamente crítico *Frankenberg*, *Comparisons* (nota al pie 48), p. 436 s.; *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 46 (“*misleading to assume that modern criminal justice systems all face the same ‘problems’...*”); relativizando *Dannemann*, *Comparative* (nota al pie 71), p. 338, 394-6, 399, 401, 406, 418 s. (solo respecto a los resultados prácticos de una micro-comparación e incluso por funcionalistas mismos relativizado; al final, tanto las semejanzas como las diferencias son igual de importantes y el balance apropiado en la atención sobre unas u otras depende del objetivo de la comparación); *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 77 s., § 3 nm. 15, 194-7. La presunción de similitud es de todas maneras una presunción y por consiguiente se puede desvirtuar, dado que “*comparative work is both about discovering surprising differences and unexpected similarities*” y “*what we will usually need to explain is the unfamiliar mixture of both ...*” (*Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 32, 37); también *Jansen*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 306, 336 (búsqueda de “*similarities and dissimilarities of different cultural or social phenomena*”, “*process of constructing relations of similarity and dissimilarity*”); *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 184). Sobre *praesumptio dissimilitudinis* en la comparación de sistemas jurídicos no nacionales *Wendehorst*, *Rechtssystemvergleichung* (nota al pie 91), p. 31.

100 Resumiendo, la crítica al funcionalismo *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 6 ff. (diferenciando entre la crítica al enfoque, al trasfondo y del posmodernismo), 189 ss. (identificación de los diferentes estilos de pensamiento de los funcionalistas y de sus críticos); también *Siems*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 27 s., 37 ss. (identifica tres puntos críticos: énfasis excesivo en las semejanzas, aceptación inadmisibles de que existen los mismo problemas sociales, así como –crítica posmoderna– de que el derecho cumple funciones específicas).

- No se debe preguntar si la *instigación* es punible en un ordenamiento jurídico-penal extranjero, sino cómo se trata en dicho contexto la influencia psíquica de una persona sobre el autor (principal) o el hecho de haber generado en éste la decisión de cometer una conducta punible.
- No se debe preguntar si el *hurto* [*“Diebstahl”*] en el sentido del § 242 del Código Penal Alemán (StGB por sus siglas en alemán) es punible, sino cómo se protege en determinado contexto el patrimonio económico o, más exactamente, cómo se protege de la apropiación de cosas o bienes por parte de un tercero.
- No se debe preguntar si el proceso penal puede terminar debido a la *confesión*, sino si existe alguna posibilidad de terminar anticipadamente un proceso penal mediante el reconocimiento de responsabilidad o la negociación entre quienes en él participan.

Para evitar un enfoque instrumental demasiado estrecho,¹⁰¹ ciertamente se debe tener en cuenta el contexto *histórico y cultural*¹⁰² en los que operan las instituciones jurídicas, así como algunos conceptos generales¹⁰³ y el rol que cumplen los actores de cada sistema penal (*“agency”*), en el sentido de la ya varias veces mencionada com-

101 Crítico por ejemplo *Roberts*, On Method (nota al pie 2), p. 540 con más referencias.

102 Con material ilustrativo *H. Jung*, Rechtsvergleich oder Kulturvergleich, en: G. Freund/U. Murmann/R. Bloy/W. Perron (ed.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, p. 1467 (1475 ss.).

103 De esta manera se pasa de la comparación de problemas funcionales a la comparación de conceptos, la cual en todo caso hace parte del enfoque funcional; ver *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 166-9, 190-2.

paración de la justicia penal¹⁰⁴.¹⁰⁵ En este sentido, se debe proceder

- 104 Ver también *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 45 (quien critica que para el enfoque funcionalista el rol de los actores es irrelevante), 48 (“*finding out what criminal justice actors ... actually think ...*”); para esto también *T. Hörnle*, *Plädoyer für eine transnationale Strafrechtswissenschaft*, en: *K. Tiedemann/U. Sieber/H. Satzger/C. Burchard/D. Brodowski* (ed.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, Baden-Baden 2016, p. 289 (303); sobre teoría del derecho comparativa (*comparative jurisprudence*) *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 129 s. (“*law in minds*”). De hecho, uno de los padres del enfoque funcional (nota al pie 89), *Hein Kötz*, aceptó en 1998 que este método tiende a dejar de lado los procesos mediante los cuales se generan ciertos resultados (*Kötz*, *Abschied*, nota al pie 48, p. 505).
- 105 Un “giro cultural” de este tipo ha sido discutido especialmente en la **literatura francesa e inglesa**, ver *P. Legrand*, *Le Droit Comparé*, 5. edición, Paris: Presses universitaires de France 2015, p. 123 (“*la comparaison ... sera CULTURELLE ou ne sera pas*”; al respecto *H. Jung*, *Kontinuität und Wandel – Der französische Beitrag zur Theorie*, en: *U. Sieber/G. Dannecker/U. Kindhäuser/J. Vogel* y otros (ed.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen*, Köln 2008, p. 1515 (1521 s.)); *V.G. Curran*, *Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law*, *AJCL* 46 (1998), p. 43 (reclamando, en la p. 51, una “*immersion into the political, historical, economic and linguistic contexts*”, para emprender una “*valid examination of another legal culture*”); *R. Cotterrell*, *Comparative Law and Legal Culture*, en: *Reimann/Zimmermann* (ed.), *Handbook* (nota al pie 12), p. 709 ss. (711) (“*Culture ... appears fundamental – a kind of lens through which all aspects of law must be perceived ...*”); *D. Nelken*, *Defining and using the concept of legal culture*, en: *Örücü/Nelken* (ed.), *Comparative Law* (nota al pie 54), p. 109 ss. (110): “... a focus on legal culture directs us to examine the interconnections between law, society and culture as they are manifested also in the ‘law in action’ and the ‘living law’.”); *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 48 ss.; *Siems*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 101 ss., 119 ss. (“*cultural turn*” como consecuencia de la crítica posmoderna al derecho comparado tradicional, consideración de la “*legal culture*” como parte de un derecho comparado socio-jurídico); desde la perspectiva alemana recientemente *G. Olson*, *Introduction: Mapping the Pluralist Character of Cultural Approaches to Law*, *German Law Journal (GLJ)* 18 (2017), p. 233 ss. (245) (“*transdisciplinary and culturally-oriented research on law in Germany*”) y *F. Reimer*, *Law as Culture? Culturalist Perspectives in Legal Theory and Theory of Methods*, *GLJ* 18 (2017), p. 255 ss. (sobre la relación entre cultura y derecho desde el punto de vista alemán). En la **literatura alemana** se encuentran autores, incluso desde el siglo XIX con *Wilhelm Arnold* y *Josef Kohler*, que problematizan la relación entre cultura y cultura (ver *Reimer*, en el lugar arriba mencionado, p. 256 con más referencias). Algunas décadas después *Radbruch* definió al derecho como un “fenómeno cultural” [“*Kulturerscheinung*”] y a la ciencia jurídica como “ciencia de la cultura” [“*verstehende Kulturwissenschaft*”] (*Rechtsphilosophie*. Studienausgabe, Heidelberg: C.F. Müller, 1999, p. 34, 115), para hablar de “comparación entre las culturas jurídicas” [“*Vergleich zwischen den Rechtskulturen*”] (Solo la comparación entre las dos culturas jurídicas enseña a valorarlas en su singularidad, en sus deficiencias y en sus ventajas [“*Erst der Vergleich*

de manera empírica,¹⁰⁶ desde una perspectiva macro, para llevar a

zwischen den beiden Rechtskulturen lernt jede von ihnen in ihrer Eigenart kennen, in ihren Mängeln und Vorzügen würdigen”, G. Radbruch, *Erneuerung des Rechts*, en: A. Kaufmann (ed.), *Gesamtausgabe*, Tomo 3: *Rechtsphilosophie*, Heidelberg 1990, p. 80 (81); siguiendo a Radbruch H. Scholler, *Rechtsvergleichung als Vergleich von Rechtskulturen - Ein Beitrag zu Gustav Radbruchs Rechtsvergleichung*, en: F. Haft (ed.), *Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, p. 743 (744); también Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 182, 185, 220-5, § 4 nm. 40-44; Reimer, en el lugar arriba indicado, p. 262 [*compare law means to compare cultures*], quien es de la opinión de que *“almost any legal system can be viewed as a cultural archive – a repository of the history of social-political thought”*, p. 269); aunque la discusión en términos jurídico-penales es más reciente, ver Hilgendorf, *Einführung* (nota al pie 96), p. 22 s.; Beck, *Strafrecht* (nota al pie 33), p. 65 ss. (derecho comparado referido a la cultura, el cual “va más allá de la comparación de culturas jurídicas e incluye diversos hallazgos interdisciplinarios sobre la cultura” [*“über den Vergleich von Rechtskulturen hinausgehend, diverse interdisziplinäre Erkenntnisse über die Kultur ... in die Vergleichung einbezieht”*], p. 67); crítico al respecto Fateh-Moghadam, *Funktionalismus* (nota al pie 95), p. 49 s. (sin embargo, desde la perspectiva del funcionalismo operativo, ver nota al pie 95); crítico debido a un cierto nacionalismo Wendehorst, *Rechtssystemvergleichung* (nota al pie 91), p. 32 s. - Sobre un derecho comparado contextual -solo diferente en la denominación (ver nota al pie 93)- que también incluye la cultura jurídica, ver Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 146 ss., 199 ss. (en resumen nm. 201; haciendo énfasis en la teoría del error 202), § 4 nm. 45 s.; similar sobre la dependencia contextual y reclamando un “cambio contextual de las teorías” [*“eines Kontextwechsels der Theorien”*] K. Yamanaka, *Wandlung der Strafrechtsdogmatik nach dem 2. Weltkrieg - Zum Kontextwechsel der Theorien in der japanischen Straftatlehre*, en: M. Jehle/V. Lipp/K. Yamanaka (ed.), *Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht*, Göttingen 2008, p. 173 (174 s.); con más detalle y con ejemplos, *el mismo autor*, *Kontext- und Paradigmenwechsel bei Rechtsrezeption und -fortbildung mit Beispielen der japanischen Strafrechtswissenschaft*, en: E.W. Plywaczewski and E.M. Guzik-Makaruk (ed.), *Aktuelle Problem des Strafrechts und der Kriminologie*, Warschau 2017, p. 252 ss. (análisis del cambio de contexto con relación a conceptos y sistemas jurídicos recepcionados en el sistema social y de normas así como en la argumentación); sobre el desarrollo actual del derecho penal japonés G. Duttge/M. Tadaki (ed.), *Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jh.*, Tübingen 2017. - Sobre la relación entre enfoques jurídico-culturales y pluralistas ver Olson, en el lugar arriba mencionado, p. 233 ss. así como el número correspondiente del GLJ.

- 106 Sobre derecho penal comparado empírico ver por ejemplo R. Sacco, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Baden-Baden 2011, p. 65; Nelles, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 87), p. 1013 ss.); sobre el enfoque empírico en el derecho comparado en general ver Basedow, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 837, 856; sobre enfoques socio-jurídicos y cuantitativos Siems, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 119 ss., 145 ss. (sobre *“comparative criminal law”* en este sentido p. 140 ss.); sobre el enfoque empírico en *comparative criminal justice* nota al pie 10 así como el texto

cabo –al contrario de la frecuente implementación esquemática de instituciones jurídicas (“trasplantes jurídicos”)¹⁰⁷– la adaptación pertinente a cada cultura jurídica y así no solamente hacer los ajustes necesarios respecto a la institución jurídica adoptada, sino también para lograr entender adecuadamente (en su contexto) las instituciones jurídicas existentes.¹⁰⁸ Un enfoque funcional ampliado de esta manera permite tener en cuenta las particularidades culturales¹⁰⁹

principal correspondiente.

- 107 Fundamental al respecto *Watson*, *Legal Transplants* (nota al pie 13), p. 21; de manera comprensiva sobre la razón, efectos, formas y práctica (desde el derecho romano) *Siems*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 190 ss. (reconociendo se importancia real en el desarrollo del derecho, diferenciando la dependencia contextual para identificar efectos positivos y negativos y proponer una orientación más fuerte hacia las distintas políticas); también *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 2 nm. 34 ss., § 3 nm. 127 s.; crítico frente a la imposición del derecho penal extranjero *A. Eser*, *Evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung. Zu „wertenden“ Funktionen und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, en: Freund y otros (ed.), *FS Frisch* (nota al pie 102), p. 1441 (1459 s.).
- 108 *Ver Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 18 ss. (entendimiento de distintos métodos de control social “*in the context of their own structures and expectations*”, 21), 40 ss. (“*cross-culturally valid explanations*”), 88 (“*broader cultural ways of thinking*”), 93 (“*cross-cultural collaboration*”); *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 11, 14, 75 (consideración del context jurídico-cultural, extra-jurídico, político y social [en este sentido -contexto social- sobre la importancia del la sociología del derecho § 1 nm. 36]), § 3 nm. 170 s. (condiciones de funcionamiento del derecho); también *Dannemann*, *Comparative* (nota al pie 71), p. 413 s.; *Basedow*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 837; *Siems*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 194 ss.
- 109 Sobre el condicionamiento cultural en nuestro contexto ver *Schultz*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 78), p. 14; *Jung*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 366, 371 s.; más reciente *Hilgendorf*, *Einführung* (nota al pie 96), p. 23 (derecho como “parte de la cultura” [*Recht als “Teil der Kultur”*]); *Beck*, *Strafrecht* (nota al pie 33), p. 81, 83, 86 (“entrelazamiento” [*Verwobenheit*]); *Meyer*, *Internationalisierung* (nota al pie 33), p. 90; *Kubiciel*, *Funktionen* (nota al pie 94), p. 214 (“culturalmente impregnado” [*kulturell imprägniert*]); también *K. Ambos*, *Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität*, *GA* 2016, p. 177 (184-7) con más referencias; en castellano: *Sobre el Futuro de la Ciencia jurídico penal alemana: apertura y metodo discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso*, *Revista Penal* 2016, p. 5 ss (19-20). Fundamental sobre los factores que marcan un ordenamiento jurídico, verbalmente (“formantes” [*Formanten*]), por ejemplo, ley, jurisprudencia) o implícitamente (“criptotipos” [*Kryptotypen*]), especialmente formas de pensamiento) ver *Sacco*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 106), p. 59 ss., 61 s., 74; crítico *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 39 ss.

de cada ordenamiento jurídico,¹¹⁰ sin pretender una comparación cultural demasiado ambiciosa;¹¹¹ los aspectos culturales a los que se hace referencia –la correspondiente “cultura de control”¹¹²– se deben tener en cuenta, más bien, de manera complementaria,¹¹³

110 Asimismo Michaels, *Functional* (nota al pie 73), p. 365 (“assumes that legal rules are culturally embedded...”), 381.

111 Es posible afirmar que una comparación cultural es demasiado ambiciosa teniendo en cuenta el concepto mismo de cultura, el cual es abierto e indeterminado; esto lo deben aceptar incluso quienes promueven este tipo de comparación, ver *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 48 ss. (“highly controversial”, p. 50); *Beck*, *Strafrecht* (nota al pie 33), p. 71 ss. (“riesgo de la vaguedad del término cultura”! [“Risiko der Vagheit von Kultur!”]); al respecto también –como uno de los autores más representativos– *D. Nelken*, *Using the concept of legal culture*, *Australian Journal of Legal Philosophy* (Austl.J.Leg.Phil.) 29 (2004), p. 1 (1, 7 ss.), quien de hecho también propone una definición vaga (“stable patterns of legally oriented social behaviour and attitudes”, p. 1) y reconoce que dicho concepto es “difficult to define and easy to abuse” (p. 8); resumiendo *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 4 nm. 30 s., 44 (diferencia entre cultura jurídica externa –actitud de la población– e interna –actitud de los juristas–) y nm. 33-36 (presenta la controversia ilustrativa entre Friedman y Cotterrell), quien sigue un enfoque específicamente jurídico –a diferencia de uno socio-jurídico– (§ 4 nm. 51: “aspectos no-jurídicos del contexto” no se dejan “solo a otras disciplinas” [“nichtjuristische Aspekte des Kontexts“ nicht „alleine anderen Fachdisziplinen“ überlassen”]), sobrevalora la frontera entre estos dos enfoques (§ 4 nm. 38-44) y finalmente acepta el concepto de cultura jurídica haciendo referencia al contexto (§ 4 nm. 45 s.; al respecto ver nota al pie 105); crítica fundamental por *T. Gutmann*, *Recht als Kultur?*, Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 13 (el concepto de cultura solo genera “confusión” [“Kulturbegriff stifte nur „Verwirrung“], 36 s. (“el derecho comparado que hace referencia a la cultura ... está condenado al fracaso ... visiones según las cuales los ordenamientos jurídicos nadan como albóndigas en una sopa de culturas y se consumen completamente no pueden explicar nada” [“kulturbezogene Rechtsvergleichung ... zum Scheitern verurteilt ... Vorstellung, dass Rechtsordnungen wie Knödel in einer trüben Kultursuppe schwimmen und sich langsam voll saugen, vermag nichts zu erklären”]); ver respuesta a la crítica en *Reimer*, *Law* (nota al pie 105), p. 263 ss.

112 *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 58 con más referencias.

113 Asimismo *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1054 s.; *Hörnle*, *Plädoyer* (nota al pie 104), p. 303 s.; reconciliando las posiciones de *Beck* (nota al pie 33) y *Fateh-Moghadam* (nota al pie 95) *W. Perron*, *Operative-funktionalistische oder kulturbezogene Strafrechtsvergleichung*, en: *Beck* y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 121 ss. (método operativo-funcionalista para el derecho comparado legislativo y método orientado a la cultura para la unificación jurídico-penal a nivel internacional, lo cual conduce, sin embargo, –en el marco del derecho comparado legislativo– a los trasplantes legales criticados líneas arriba, ver nota al pie 107); *Beck*, *Strafrecht* (nota al pie 33), p. 67, quien presenta el enfoque que propone como complemento de los métodos existentes; mediando también *Siems*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 285 ss., 313 ss.

no solamente para “reprimir” la subjetividad que surge del contexto cultural de cada quien,¹¹⁴ sino también para ser siempre conscientes de la relatividad y condicionalidad valorativa del ordenamiento jurídico propio.¹¹⁵ Todo esto hace que la cooperación interdisciplinaria sea necesaria,¹¹⁶ lo cual de todas maneras no implica que todos los factores culturales y toda la complejidad que encierra el

(quien en todo caso promueve expresamente la expansión del derecho comparado por medio de disciplinas no jurídicas, ver nota al pie 105, y en este sentido habla de “*implicit comparative law*”, pero finalmente reclama el enriquecimiento mutuo entre los enfoques); *Kubiciel*, Funktionen (nota al pie 94), p. 212 (216) (comparación cultural parcial); *Reimer*, Law (nota al pie 105), p. 270 (diálogo entre el derecho y ciencias de la cultura); sobre interpretación teniendo en cuenta la comparación cultural *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 2 nm. 63 s.

- 114 Ver también *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 71 (percepción consciente de la subjetividad del punto de partida propio), 77 (revelación del condicionamiento cultural propio); también *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 12-4, 186 s. (entendimiento estrecho de neutralidad y libertad de prejuicios), 227 s. (perspectiva jurídica nacional como fuente de errores); *Jansen*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 314 s. (“*wholly neutral perspective ... neither possible nor desirable...*”). La subjetividad de quien realiza una comparación fue señalada especialmente por *Legrand*, Droit (nota al pie 105), p. 5 y desde el escepticismo epistemológico de otras visiones posmodernas (al respecto *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 28; también *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 97); ver también *Frankenberg*, Comparisons (nota al pie 48), p. 414 ss. (por esto la diferenciación mencionada arriba) y *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 18 ss. (peligro del etnocentrismo). Los prejuicios que de aquí resultan explican la afirmación de Damaška, según la cual “*lawyers socialised in different settings of authority can look at the same object and see different things*” (*M. R. Damaška*, The Faces of Justice and State Authority, New Haven: Yale University Press 1986, p. 66).
- 115 Convincente *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 75 (derecho como “acuerdo entre todas las verdades y valores de una sociedad determinada” y “en todo caso como expresión y elemento precisamente de la cultura y de la comunicación de una sociedad histórica y geográficamente específica” [*Recht als “Kompromiss zwischen alle individuellen Wahrheiten und Werten einer konkreten Gesellschaft“ und „doch notwendig Ausdruck und Element gerade der Kultur und Kommunikation dieser historisch und geographisch speziellen Gesellschaft...*”]).
- 116 Ver también *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 80; *Meyer*, Internationalisierung (nota al pie 33), p. 92; en general sobre la necesidad de la interdisciplinaria ver *Schultz*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 78), p. 14; *Jung*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 368 s.; sobre interdisciplinaria como visión metodológica (inglesa) *Roberts*, Interdisciplinarity (nota al pie 81), p. 92 ss.; escéptico, sin embargo, *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 162-4 (resaltando los métodos jurídicos originales y rechazando los “préstamos” de disciplinas extrañas).

fenómeno estudiado pueda ser comprendida automáticamente.¹¹⁷ Al final se depende en buena medida de la experticia y seriedad de los socios cooperantes provenientes de los ordenamientos jurídicos foráneos,¹¹⁸ mientras no se tenga la posibilidad de familiarizarse con éstos mediante estadías de investigación medianamente largas.¹¹⁹

Adicionalmente, el método que involucra el sistema de justicia penal en general, como subyace a la *comparación estructural* jurídico-penal [*strafrechtlicher Strukturvergleich*],¹²⁰ posibilita la identificación más exacta de las diferencias entre los ordenamientos jurídicos particulares, especialmente a nivel de la aplicación del derecho. El objetivo de una comparación estructural de esta clase consiste en investigar la “conexión específica de regímenes normativos y aplicación práctica del derecho” en diferentes ordenamientos jurídicos,¹²¹

117 Esto lo acepta también Beck, *Strafrecht* (nota al pie 33), p. 80 (la consideración de todos los factores culturales es imposible, la cultura es “categóricamente incomprendible” [*kategorisch nicht fassbar*]).

118 Sobre este problema ver nota al pie 128.

119 Ver en este sentido la diferenciación que hace Nelken entre “*virtually there*”, “*re-searching there*” y “*living there*” (“*observing participants*”), la cual constituye un “*continuum running from least to greatest engagement with another society*” y su ordenamiento jurídico, Nelken, *Comparative* (nota al pie 2), p. 93 ss. con más referencias; sobre la necesidad de intercambio (“*immersion*”) en el ordenamiento jurídico extranjero también Siems, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 104 ss. (reconociendo con razón que no es posible ser un “*complete insider*”, p. 308); sobre las dificultades de la investigación sobre el derecho vivido ver también Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 265.

120 Sobre este concepto ver también W. Perron, *Überlegungen zum Erkenntnisziel und Untersuchungsgegenstand des Forschungsprojekts „Allgemeiner strafrechtlicher Strukturvergleich“*, en: J. Arnold/B. Burkhardt/W. Gropp/H.-G. Koch (ed.), *Grenzüberschreitungen: Beiträge um 60. Geburtstag von Albin Eser*, Freiburg 1995, p. 127 ss.; *del mismo autor*, *Grenzen* (nota al pie 69), p. 291 ss.; también Jung, *Grundfragen* (nota al pie 33), p. 2 s.; *del mismo autor*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 363 (366 ss.) (quien probablemente se inspiró en las consultas del Consejo Asesor del Instituto Max-Planck, al cual perteneció durante el desarrollo del proyecto sobre comparación estructural, ver también del mismo autor nota al pie 19); sobre el origen del proyecto, el cual se remonta al año 1988, ver A. Eser, § 1 *Zur Genese des Projekts - Ein Werkstattbericht*, en: Eser/Perron (ed.), *Strukturvergleich* (nota al pie 4), p. 3 (14 ss.).

121 [*spezifische Verbindung von normativen Regelungen und praktischer Rechtsanwendung*] En Eser/Perron fueron cubiertos ocho países (Alemania, Inglaterra/Gales, Francia, Italia, Austria, Portugal, Suecia y Suiza); sobre la justificación de esta

por medio de un método empírico-inductivo de análisis de casos –desde la subsunción de un supuesto fáctico¹²² hipotético bajo el derecho penal material vigente, pasando por el tratamiento jurídico-procesal, hasta llegar a la etapa de ejecución penal¹²³–.¹²⁴ Las variaciones en el supuesto fáctico¹²⁵ permiten precisar las diferentes valoraciones del contenido de injusto de los hechos relevantes –la “graduación del desvalor del hecho”¹²⁶–, no solamente con miras a la adecuación típica, sino también –en todo el sentido del análisis procesal de casos ya mencionado– con relación a la pena prevista, a la dosificación punitiva concreta a nivel judicial y a la ejecución penal. Quien investiga sobre el sistema jurídico de un determinado Estado debe entonces realizar entrevistas a profundidad semiestructuradas con la ayuda de juristas prácticos y académicos;¹²⁷ en este

limitación ver *W. Perron*, § 2 Ziel und Methode der Untersuchung, in *Eser/Perron* (ed.), *Strukturvergleich* (nota al pie 4), p. 27 (37).

- 122 “*Método de la solución de casos ficticios*” [*“Methode der Lösung fiktiver Fälle*”], ver *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (34) (cursiva en original). La comparación de casos ficticios garantiza la identidad del objeto de comparación; los casos reales se diferenciarían siempre entre sí (p. 35).
- 123 *Eser*, § 1 (nota al pie 120), p. 3 (21); *Perron*, en el mismo lugar, p. 31; *Perron*, en el mismo lugar, p. 767-770; ver también en este sentido el catálogo de criterios para las entrevistas con los expertos naciones, en el mismo lugar, p. 39 s.; antes también *Schultz*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 78), p. 12 (inclusión del “curso real de la administración de justicia... desde la investigación policial hasta... salida de la ejecución” [*“Einbeziehung des „tatsächliche[n] Gangs der Strafrechtspflege ... von der polizeilichen Ermittlung bis zur ... Entlassung aus dem Vollzug ...”*]); *Weigend*, *Criminal Law* (nota al pie 33), p. 218 (“... look at the foreign system as a whole...”).
- 124 *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (29); *W. Perron*, § 11 Einführung, en: *Eser/Perron* (ed.), *Strukturvergleich* (nota al pie 4), p. 767.
- 125 Verificación de cuatro variantes del caso del tirano del hogar, ver *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (32 s.), sobre la selección de este grupo de casos por medio del análisis de la literatura nacional relevante p. 38.
- 126 *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (32). Ese era el punto central de las tres primeras variantes del caso (homicidio planeado o espontáneo del esposo mientras estaba dormido), mientras que la cuarta variante (homicidio ante un ataque) se centraba en la existencia de una posible justificante (legítima defensa) o exculpación; *Perron*, § 11 (nota al pie 124), p. 767 (768), especialmente sobre la absolución en la cuarta variante p. 821 s. (822-838).
- 127 *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (34 s., 39 s.) (60-120 minutos por entrevista con guías para realizarlas; sobre las preguntas ver el formato de análisis en el anexo, p. 1137 ss.

sentido, la selección de las personas entrevistadas,¹²⁸ así como la evaluación y/o análisis de las respuestas –necesariamente heterogéneas¹²⁹– adquieren una relevancia especial.¹³⁰ La referencia al proceso penal está dirigida al resultado en tanto se debe preguntar si el tipo de proceso en el caso específico tiene alguna influencia en la sentencia y en una posible condena y, de ser así, en qué medida; mientras que el curso del proceso penal como tal (en cuanto proceso penal ordinario o abreviado), así como las cargas que pueda tener el acusado son, al contrario, dejadas de lado.¹³¹ De esta manera debe ser posible adquirir información sobre el “funcionamiento real” de las normas jurídico-penales en el ordenamiento jurídico analizado y extraer de allí las similitudes y diferencias con otros sistemas.¹³² Además, se deben poder “reconocer las estructuras y formas de funcionamiento de las diferentes culturas jurídicas”.¹³³ En primer plano no se encuentran entonces los contenidos jurídico-positivos de las diferentes disposiciones normativas individuales en sí mismas –en el sentido de una simple explicación del derecho ex-

128 Se escogió entre 9 (Portugal) y 17 (Francia) personas para entrevistar, tanto de la práctica como del ámbito académico, ver, Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (38 s.). Crítico en general sobre encuestas a expertos Nelken, Comparative (nota al pie 2), p. 91 ss. (entre otras preguntas, ¿cómo podemos estar seguros de que los expertos nacionales realmente nos cuentan lo que ellos saben?).

129 Autocrítico en este sentido también Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (36) (respuestas “bastante heterogéneas” [“recht heterogen”], “vacíos considerables” [“erhebliche Lücken”] en el análisis), (44) (no siempre hay una diferencia clara entre la visión del entrevistado y el pronóstico sobre decisiones judiciales; no todas las preguntas son relevantes en todos los países, pero debido a que se trata de un método explorativo esto es inevitable); además, no todos los entrevistados cuentan con el mismo nivel de competencia en todas las áreas, ver por ejemplo W. Perron, § 16 Besonderheiten der Strafvollstreckung, en: Eser/Perron (ed.), Strukturvergleich (nota al pie 4), p. 909 (con relación a la ejecución penal solo una competencia limitada).

130 Sobre este tipo de análisis con más detalle Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (40-45) (análisis de transcripciones literales por medio de EDV); sobre el formulario de análisis ver anexo p. 1137 ss.

131 Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (33 s.) (centro de atención en “la terminación del proceso mediante un veredicto sobre la culpabilidad y la pena” [Fokus auf “Verfahrensbeendigung durch Urteilsspruch über Schuld und Strafe”]).

132 Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (29).

133 [“Strukturen und Funktionsweisen der unterschiedlichen Rechtskulturen”] Perron, § 11 (nota al pie 124), p. 767.

tranjero–, sino más bien las “relaciones estructurales” entre dichas disposiciones y su aplicación práctica.¹³⁴ Un enfoque de este tipo, el cual es más empírico y se ocupa del sistema de justicia penal en general, presupone (acertadamente) el reconocimiento de la limitación del enfoque “dogmático” tradicional o puramente normativo, ya que éste no solamente no puede “dar cuenta completamente” del “sentido normativo” de diferentes regulaciones nacionales,¹³⁵ sino que tampoco puede explicar la forma real de funcionamiento de las disposiciones respectivas en un determinado sistema de justicia penal.¹³⁶ El alcance de un enfoque de estas características obviamente depende de cuántos grupos de delitos y tipos de casos, así como de cuántos países se investiguen.¹³⁷ Otra ventaja del método de comparación estructural es que el enfoque inductivo hace necesario un proceder discursivo del proyecto a nivel grupal y de esta manera permite superar un déficit de los proyectos compara-

134 Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (29).

135 [“den normativen Bedeutungsgehalt”] ... [“nicht vollständig erfassen”] Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (30).

136 Sobre la consideración de “concepciones ético-sociales y ... relaciones sociales” [“sozialethischen Vorstellungen und ... sozialen Verhältnissen”], así como de la “realidad social” [“soziale[n] Wirklichkeit”] ver Schultz, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 78), p. 10 s.; igualmente Perron, Grenzen (nota al pie 69), p. 286 s., 301 (“obviedad” [“Binsenweisheit”]); Jung, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 364 (“validez empírica de las normas” [“empirische Geltung der Normen”]), 368 (“trabajo de campo” [“Feldforschung”]); Sieber, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 116 s. (inclusión de la realidad por medio del derecho comparado [“Wirklichkeitsebene”]); Weigend, Criminal Law (nota al pie 33), p. 218 s.; también Hilgendorf, Einführung (nota al pie 96), p. 22; Mona, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 69), p. 110 s. (inclusión de la “realidad social” [“sozialen Wirklichkeit”]).

137 En este sentido, el proyecto de comparación estructural realizado en Friburgo tiene –respecto a un solo tipo de delito (homicidio) con una sola clase de casos (tirano del hogar) y solo ocho países analizados (nota al pie 121)– un valor cognitivo limitado. Sin embargo, dicho proyecto tenía sobre todo un carácter experimental, razón por la cual debería “servir más que todo para el desarrollo y prueba de un método de investigación que pueda ser tenido en cuenta en futuros proyectos y trabajar con él otros temas y otros ordenamientos jurídicos” [“vorrangig der Entwicklung und Erprobung einer Untersuchungsmethode dienen, mit der in etwaigen späteren Projekten auch andere Themen und andere Rechtskreise bearbeitet werden können.”] (Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (37); al respecto también Ambos, GA 2017, 560). En general sobre la elección de países y criterios Eser, FS Streng, p. 673 ss.

tivos tradicionales¹³⁸: la elaboración paralela de los informes sobre los países comparados sin o con muy poca comunicación entre los investigadores de cada país y la elaboración del análisis transversal con preguntas (bilaterales) ocasionales a los investigadores.¹³⁹ Por lo demás, el método inductivo –en el marco de un proyecto de investigación continental-europeo– también demuestra que la contraposición entre una fundamentación deductiva propia del *civil law* y una fundamentación inductiva propia del *common law* constituye una simplificación,¹⁴⁰ la cual probablemente ni siquiera se puede constatar en un primer nivel teórico-jurídico de diferenciación en los diferentes sistemas jurídicos pertenecientes a cada uno de estos dos ámbitos.¹⁴¹

138 Una comparación clásica de éstas tiene lugar mediante tres pasos: (1) trabajo exegético con los ordenamientos jurídicos seleccionados, dado el caso teniendo en cuenta los fundamentos socio-económicos y culturales, y elaboración de los informes por país; (2) sistematización y organización del material y de los resultados para la elaboración del análisis transversal; (3) formulación de la valoración jurídico-política y recomendaciones. Similar el modelo de tres fases para la comparación individual de *L.-J. Constantinesco/Léontin-Jean, Rechtsvergleichung*, Bd. 2, *Die rechtsvergleichende Methode*, Köln u.a.: Heymann 1972, p. 137 ss. (determinar, entender y comparar), también *Dannemann, Comparative* (nota al pie 71), p. 406-18 (selección de los objetos de comparación, así como de las preguntas y ordenamientos jurídicos; descripción de dichos objetos, del contexto y de los resultados; análisis de las diferencias y de las similitudes y de la información); para una estructura de cuatro niveles ver *Siems, Comparative Law* (nota al pie 12), p. 13 ss. (la determinación de la pregunta de investigación y de los países a comparar aparece aquí como una cuestión preliminar en primer lugar, pero los otros tres pasos son similares a las propuestas ya mencionadas); aún más detallados los ocho pasos de *de Cruz, Comparative Law* (nota al pie 48), p. 242 ss.; resumiendo *Kischel, Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 32 ss., quien además da consejos útiles para la construcción de una investigación comparativa y para la forma concreta de trabajo, § 3 nm. 236 ss., 249 ss.).

139 En este sentido sobre la realización concreta de la investigación *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (34 ss.)

140 Ver *Chiesa, Comparative* (nota al pie 49), p. 1098 s.

141 Al respecto ver *Siems, Comparative Law* (nota al pie 12), p. 41 ss. (concluyendo que se ha exagerado la diferenciación y que mejor se debe distinguir entre derecho occidental y no occidental, p. 68 ss.).

Adicionalmente, la existencia de varios *tribunales penales internacionales* hace que sea necesario aplicar la perspectiva comparada no solamente de forma horizontal, para analizar los ordenamientos jurídicos de diferentes Estados, sino también de forma vertical, con el fin de determinar en qué medida la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha sido influenciada por los sistemas jurídicos nacionales y, al contrario, en qué medida los sistemas jurídicos nacionales han sido influenciados por aquella.¹⁴² En este sentido, es posible hablar de un derecho penal comparado circular –influencia del derecho nacional sobre los tribunales penales internacionales (hacia arriba) y al revés (hacia abajo)–,¹⁴³ lo cual parece ser más

142 Ver, desde la perspectiva del derecho internacional, *D. Shelton*, *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation and persuasion*, Oxford: Oxford University Press 2011; *E. Kristjansdottir/A. Nollkaemper/C. Ryngaert* (ed.), *International Law in Domestic Courts: Rule of Law Reform in post-conflict States*, Cambridge: Intersentia 2012; *Eser*, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1508 s.; *A. Dolidze*, *Bridging Comparative and International law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant*, *European Journal of International Law (EJIL)* 26 (2015), p. 851 ff. (analizando la “*vertical diffusion*” de instituciones jurídicas entre el Estado nacional y el derecho internacional, en forma de una “*upward diffusion*” de conceptos nacionales con la respectiva internacionalización como resultado y una “*downward diffusion*” de conceptos internacionales); desde el punto de vista del derecho penal internacional ver *M. Delmas-Marty*, *The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law*, *Journal of International Criminal Justice (JICJ)*, 1 (2003), p. 13 (16 ss.) (aporte del derecho comparado, por un lado, al desarrollo del derecho penal internacional [“*hybridization*”], por otro lado, a su integración en el derecho nacional); sobre la influencia del derecho penal internacional a nivel nacional ver *Ebene W. W. Burke-White*, *The Domestic Influence of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Creation of the State Court of Bosnia & Herzegovina*, *Columbia Journal of Transnational Law* 46 (2008), p. 279; *E. Kirs*, *Limits of the Impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia on the Domestic Legal System of Bosnia and Herzegovina*, *Goettingen Journal of International Law* 3 (2011), p. 397 ss.; *S. Horowitz*, *How International Courts Shape Domestic Justice: Lessons from Rwanda and Sierra Leone*, *Israel Law Review (IsLRev)* 46 (2013), p. 339; *N. Roht-Arriaza*, *Just a “Bubble”?: Perspectives on the Enforcement of International Criminal Law by National Courts*, *JICJ* 11 (2013), p. 537 ss.; *Y. Shany*, *How Can International Criminal Courts Have a Greater Impact on National Criminal Proceedings? Lessons from the First Two Decades of International Criminal Justice in Operation*, *IsLRev* 46 (2013), p. 431 ss.

143 Sobre la concepción tradicional de la circulación entre ordenamientos jurídicos nacional, ver *Sacco*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 106), p. 25 s.

idóneo que el derecho comparado¹⁴⁴ universal clásico –por lo general sobredimensionado– para desarrollar reglas y principios de validez realmente universal teniendo como base el nivel supranacional mismo¹⁴⁵ y reconociendo a la jurisprudencia supranacional como su fuente.¹⁴⁶ De esta manera, por un lado, los tribunales pe-

144 Cuyo objetivo, el cual consiste en incluir en principio todos los ordenamientos jurídicos del mundo (en este sentido y con relación a la “jurisprudencia universal” de Feuerbach ver nota al pie 14; sobre el derecho civil *Rabel, Aufgabe* (nota al pie 69), p. 283: “Mil veces matizado y citado bajo el sol y el viento el Derecho de cada pueblo desarrollado. Todos estos cuerpos vibrantes juntos constituyen un todo que aún no ha sido captado completamente por nadie con suficiente comprensión” [“*Tausendfältig schillert und zittert unter der Sonne und Wind das Recht jedes entwickelten Volkes. Alle diese vibrierenden Körper zusammen bilden einen noch von niemandem mit Anschauung erfasstes Ganzes.*”]), es, por muchas razones, casi imposible de realizar, una de ellas es que dicho enfoque siempre ha sido eurocentrista, a pesar de que fue precisamente desde esta perspectiva que se propuso este objetivo (demasiado acrítico en este sentido *Sieber, Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 111 s., quien, sin embargo, con razón se refiere el problema de la sistematización, p. 114-116, el cual realmente solo se puede solucionar con ayudas informáticas; sobre el complemento informático en el derecho comparado, aunque solo rudimentariamente, p. 124 s.); también crítico *Eser, Entwicklung* (nota al pie 4), p. 976-978 (“menos realista” [“*wenig realistisch*”]), el derecho comparado “no puede ser global ni total desde el punto de vista temático” [“*weder gleichermaßen global noch thematisch total sein*”]), sin embargo, debe ser abierto “con relación al espacio y el objeto” [“*räumlich wie gegenständlich offen sein*”]), es decir, debe evitar el aislamiento y en principio debe ser lo más amplio posible); *A. von Bogdandy, Zur sozialwissenschaftlichen Runderneuerung der Verfassungsvergleichung. Eine hegelianische Reaktion auf Ran Hirschs Comparative Matters, Der Staat* 55 (2016), p. 103 (110) (en discusión con la obra mencionada debido al universalismo norteamericano y afirmando que “todo universalismo es al mismo tiempo un particularismo” [“*ein jeder Universalismus doch stets auch ein Partikularismus ist*”]). Obviamente, en este contexto juega un rol importante el problema varias veces mencionado de los recursos, al respecto por ejemplo *Callies, Rolle* (nota al pie 91), p. 173 s.

145 Para una discusión instructiva sobre los efectos de la globalización sobre la administración de justicia y el derecho comparado ver *Nelken, Comparative* (nota al pie 2), p. 71 ss.

146 En general, sobre la relación entre derecho comparado y jurisprudencia internacional, ver *E. Rabel, Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung, RabelsZ* 1 (1927), S. 1 (5 ff.); sobre el derecho comparado como fuente de la jurisprudencia internacional ver *M. Bothe, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte, ZaöRV* 36 (1976), p. 280; sobre la necesidad del derecho comparado con miras a la “*hybridization*” o “*cross-fertilization*” para el desarrollo de un derecho penal internacional pluralista *Delmas-Marty, Contribution* (nota al pie 142), p. 13, 16, 18-21; más específico, sobre el desarrollo de principios gene-

nales internacionales hacen las veces de “laboratorios de un discurso jurídico-penal transcultural”¹⁴⁷, al tiempo que, por otro lado, los principios generales del derecho deben ser desarrollados a partir de los ordenamientos jurídicos nacionales con miras a los fines y objetivos de dichos tribunales.¹⁴⁸ Para esto, como se mencionó líneas arriba,¹⁴⁹ es necesario que el análisis sea lo más representativo y sistemático posible. Un enfoque circular, como el que aquí se ha mencionado, toma en cuenta las nuevas estructuras de gobierno, tal y como se han construido especialmente en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, puesto que hace más fácil entender el nivel supranacional como un nivel autónomo de creación de derecho.¹⁵⁰ A su turno, los sistemas supranacionales mismos –bien sea regionales o universales– también posibilitan un análisis comparado horizontal,¹⁵¹ más allá de los ordenamientos jurídicos nacionales, como sería, por ejemplo, la comparación entre distintos tribunales penales internacionales.¹⁵²

rales en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *F. O. Raimondo*, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Leiden: Nijhoff 2008, p. 84 ss.

147 [“*Laboratorium für transkulturelle Strafrechtsdiskurse*”] *J. Vogel*, *Transkulturelles Strafrecht*, GA 2010, p. 1 (12); también *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1003.

148 *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1111.

149 Ver nota al pie 54.

150 Ver al respecto *Meyer*, *Internationalisierung* (nota al pie 33), p. 90 ss. (resaltando la necesidad de enfoques multidisciplinares).

151 Al respecto desde una perspectiva principalmente civilista *Wendehorst*, *Rechtssystemvergleich* (nota al pie 91), p. 8 ss. (quien entiende por “sistemas jurídicos no atados al derecho nacional” [“*nationalrechtlich ungebundene Rechtssysteme*”] también aquellos sistemas que no están anclados institucionalmente, como por ejemplo, el derecho religioso o los principios del derecho reconocidos en un área determinada).

152 Ver, desde una perspectiva más normativa, *R. O’Keefe*, *International Criminal Law*, Oxford: OUP 2015, p. 111 ss., 483 ss.; *K. Ambos*, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford: OUP 2013, p. 40 ss. (51-3); *del mismo autor*, *Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure*, Oxford: OUP 2016, p. 8 ss. (44); desde una perspectiva decididamente más empírica *A. Smeulers/B. Hols/T. van den Berg*, *Sixty-Five Years of International Criminal Justice: The Facts and Figures*, *Int.Cr.L.Rev.* 13 (2013), p. 7 ss.

3.3. Fundamento normativo

Independientemente del método aplicado, los estudios de derecho comparado no deben realizarse solo de forma instrumental, buscando resultados concretos,¹⁵³ pues también se deben tener en cuenta –en el sentido de un derecho comparado valorativo [*wertende Rechtsvergleichung*]¹⁵⁴ o, en todo caso, como lo haría un legislador democrático¹⁵⁵– las decisiones axiológicas que en términos *constitucionales y de derechos fundamentales* han tomado los Estados liberales de derecho.¹⁵⁶ Esto se desprende de la necesidad de

153 Crítico en este sentido *J. Vogel*, *Diskussionsbemerkungen: Instrumentelle Strafrechtsvergleichung*, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 205 (207 ss.); también *P. Hauck*, *Funktionen und Grenzen des Einflusses der Strafrechtsvergleichung auf die Strafrechtsharmonisierung in der EU*, en: *ibíd.*, p. 255 (260); *Kubiciel*, *Funktionen* (nota al pie 94), p. 218 s.; *Eser*, *Evaluativ* (nota al pie 107), p. 1460; también *Michaels*, *Functional* (nota al pie 73), p. 351.

154 Fundamental, también sobre la historia de los conceptos *Eser*, *Evaluativ* (nota al pie 107), p. 1443 ss. (1450 ss.); *del mismo autor*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 929 (1020 ss.); antes también *Jung*, *Wertende* (nota al pie 33), p. 1 ss.; sobre la importancia para el derecho europeo *Heun*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 26 s.; delimitando frente al derecho penal comparado en donde se comparan valoraciones [*wertvergleichende Strafrechtsvergleichung*] *Sieber*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 119 ss.; sobre “values” y “evaluation” en la dogmática jurídica *N. Jareborg*, *Legal Dogmatics and the Concept of Science*, en: *Freund y otros* (ed.), *FS Frisch* (nota al pie 102), p. 49 (57).

155 Sobre la vinculación del legislador democrático a los derechos fundamentales, prohibición de arbitrariedad y derechos humanos ver *Ambos*, *Zukunft* (nota al pie 109), p. 187; *Ambos*, *Futuro* (nota al pie 109), p. 16.

156 Para un fundamento axiológico anclado en los derechos humanos ver también *H. Jung*, *Sanktionensysteme und Menschenrechte*, Bern y otros 1992, p. 43-48; también *Sieber*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 121 s. (“orientación hacia el ser humano en una sociedad abierta y así hacia el principio general de la libertad...” [*Ausrichtung auf den Menschen in einer offenen Gesellschaft und damit auf das allgemeine Freiheitsprinzip ...*]); también *Eser*, *Evaluativ* (nota al pie 107), p. 1463 s.; *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 79 ss. (“comparación ... orientada a los derechos humanos” [*menschenrechtsorientierte ... Vergleichung*]); antes también *K. Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*, Berlin 2002, p. 45. – Un enfoque orientado a la obtención de beneficio económico y a la eficiencia, como subyace especialmente al análisis económico del derecho (ver *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 56 ss., 68 ss.), no es compatible con esto (crítico frente al análisis económico en el derecho comparado también *ibíd.*, § 3 nm. 65-7ff., 95 s., quien señala que aquí solo se emplea el análisis económico ortodoxo de manera selectiva y limitada);

valoración mencionada líneas arriba,¹⁵⁷ puesto que con el análisis comparado surge la pregunta subsiguiente sobre la mejor forma de cumplir dichos ideales. El método funcional no proporciona los elementos necesarios para realizar esta valoración, pues se enfoca, desde una perspectiva micro, sobre todo en los rendimientos de cada institución jurídica analizada.¹⁵⁸ En todo caso, el interés por establecer el grado de realización de los valores constitucionales y el respeto a los derechos humanos constituye solo un punto de partida en un meta-nivel, el cual se debe concretar de manera intersubjetiva en el marco de cada proyecto de investigación comparativo.¹⁵⁹

Un derecho (penal) comparado de orientación funcional, estructural y cultural se enfoca también en la construcción teórica de fundamentos, de ahí su carácter científico. Con esto no se quiere negar la relevancia del derecho penal comparado legislativo o judicial.¹⁶⁰ Sin embargo, los análisis comparados teóricamente más elaborados van más allá de las preguntas concretas relevantes para un legislador o un juez y buscan también comprender de manera general el sistema penal como un todo, sus principios fundamentales y las instituciones que lo soportan. En este sentido, el derecho penal comparado puede ser considerado como método, en general,

predominantemente económico es también el derecho comparado estadístico, al respecto *ibíd.*, § 3 nm. 106 ss.; sobre derecho comparado numérico en este sentido también *Siems*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 145 ss.

157 Ver nota al pie 69 s.

158 Ver *Michaels*, *Functional* (nota al pie 73), p. 373 ss. (381).

159 Ver *Sieber*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 119-123 (con delimitación correcta de las preguntas preliminares frente a la valoración como tal: (1) comparabilidad del objeto de regulación [problemas comparables], (2) comparabilidad de los parámetros de valoración y (3) comparación de las normas concretas, p. 119-21); también *del mismo autor*, *Grenzen* (nota al pie 79), p. 53 ss.; crítico y complementando desde una perspectiva “evaluativa-competitiva” *Eser*, *Evaluativ* (nota al pie 107), p. 1447 (1449 s., 1450 ss.), en donde él entiende como tal un derecho comparado cuyos “objetivos ... pueden abarcar desde la valoración neutral hasta la compatencia de intereses específicos” [“*deren „Zielsetzungen ... von neutraler Wertung bis zu interessengeleitetem Wettbewerb reichen können...*”] (p. 1453, con más detalle 1454 ss.) y diferencia entre funciones y métodos (p. 1450 ss., 1460 ss.).

160 Sobre esta clasificación del derecho comparado ver nota al pie 62 ss.

de la dogmática jurídica y, en particular, de la dogmática jurídico-penal,¹⁶¹ ya que a través suyo es posible sistematizar el contenido del derecho vigente y, mediante la comparación de diferentes enfoques y soluciones, contribuir a su aplicación consistente y libre de contradicciones. El derecho penal comparado así entendido supone sobre todo investigar y discutir (teóricamente) los fundamentos del sistema penal, más allá de la simple comparación de normas jurídicas y conceptos dogmáticos, bien sea analizando a profundidad fenómenos específicos (perspectiva micro) o estudiando aspectos generales de cada sistema y sus instituciones (perspectiva macro),¹⁶² así como sus efectos en diferentes contextos sociales y culturales.¹⁶³ De esta manera, como se mencionó al principio de este trabajo,¹⁶⁴ es posible analizar críticamente el sistema jurídico propio.¹⁶⁵ En todo

161 Ver también *M. Donini*, *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform: Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa*, Berlin 2006, p. 30; similar sobre la relación simbiótica entre derecho comparado y dogmática *Junker*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), p. 924.

162 Sobre derecho comparado micro y macro ver por ejemplo *Jung*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 362 s.; *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 17 s. Esta terminología [*Mikro- und Makrovergleichung*] no está libre de discusión; en otro sentido por ejemplo *Sacco*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 106), p. 29 s. (comparación al interior de una familia jurídica o entre familias jurídicas); sobre “sistemología” [*Systemologie*] (comparación de sistemas) como aporte original del derecho comparado a la ciencia *ibid.*, p. 125-127; desde la perspectiva de las familias jurídicas *Dannemann*, *Comparative Law* (nota al pie 71), p. 387 s.; desde una perspectiva histórica *Basedow*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 830 s.; más reciente *Wendehorst* (nota al pie 91), p. 1 ss. Además, esta diferenciación no se puede realizar siempre con claridad, más bien existe “una continuidad creciente de comparaciones que identifican tipologías a nivel muy especializado ... hasta llegar a una división en jurisdicciones con un alto grado de generalización” [*“ein Kontinuum zunehmend typisierender Vergleichung vom sehr spezialisierten Einzelvergleich ... bis hin zu hochgradig generalisierenden Einteilung in Rechtskreise.”*] (*Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 18).

163 Ver también *Sieber*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 94 s., 109 s. (conocimiento sistemático de distintos ordenamientos jurídico-penales); *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 973-975 (con una lista de diferentes orientaciones); como asignatura básica desde una perspectiva histórica *A. Koch*, *Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsvergleichung*, en: Freund y otros (ed.), *FS Frisch* (nota al pie 102), p. 1483 (1485 ss.).

164 Ver arriba apartado C.I.

165 Ver también *Hilgendorf*, *Einführung* (nota al pie 96), p. 15; *Mona*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 69), p. 104, 106 ss. (quien por esta razón define al derecho

caso, el derecho comparado así desarrollado no está libre de objetivos más concretos,¹⁶⁶ ya que (como toda investigación con la cual se pretende identificar y elaborar fundamentos) de todas maneras busca proporcionar conocimientos sobre temas puntuales¹⁶⁷ y aspira a tener validez intercultural,¹⁶⁸ en el camino (pedregoso) hacia una ciencia jurídico-penal universal.¹⁶⁹

comparado como una “disciplina subversiva” [*subversive Disziplin*]). Esto sucede (por su puesto), con mayor razón, cuando se trabaja como jurista extranjero en un ordenamiento jurídico distinto al propio, al respecto con experiencia propia O. Lagodny, Fallstricke der Strafrechtsvergleichung am Beispiel der deutschen Rechtslehre, ZIS 2016, p. 679.

- 166 Asimismo Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 963-965 (resaltando con razón la legitimidad de los objetivos y la corrección de los métodos); diferente, sin embargo, la opinión mayoritaria, Jescheck, Rechtsvergleichung (nota al pie 90) p. 764; G. Kaiser, Strafrechtsvergleichung und vergleichende Kriminologie, en: G. Kaiser/T. Vogler (ed.), Strafrecht – Strafrechtsvergleichung, Freiburg 1975, p. 79 (82); Schultz, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 78), p. 8 (“pura comparación” [*reine Forschung*]); así también Sieber, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 94; igualmente Callies, Rolle (nota al pie 91), p. 174.
- 167 Asimismo Mona, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 69), p. 109, quien a pesar de citar a Schultz (nota al pie 166), reconoce que se deben perseguir objetivos más generales, como por ejemplo la justicia. El mismo Schulz se pregunta por los “objetivos científicos” [*wissenschaftliche Ziele*] del derecho comparado (p. 19).
- 168 Sobre el “principio de generalización” en este contexto, el cual hace referencia a la capacidad de generalización de ideas jurídicas o instituciones, ver von Bogdandy, Rechtsraum (nota al pie 32), p. 1.
- 169 Frente a esto von Liszt (Einführung (nota al pie 78), p. XX, XXV) declaró como principal tarea del derecho comparado [*höchste Aufgabe*] la construcción de “una ciencia jurídico-penal común a partir de todos los ordenamientos jurídicos individuales, pero que va más allá de todos ellos” [*eine “gemeinsame, allen einzelnen Rechten entnommene, aber über ihnen allen stehende Strafrechtswissenschaft*”] como “derecho del futuro” [*Recht der Zukunft*]; más ambicioso sobre una ciencia jurídico-penal “universal” Sieber, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 129 s., quien recientemente ha hecho accesible en la página web del Instituto Max-Planck el “Sistema de Información para Derecho Penal Comparado” [*Max-Planck-Informationssystem für Strafrechtsvergleichung*] (Sieber Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 124, 129); sin embargo, el proyecto, implementado desde 2004, solamente comprende 25 ordenamientos jurídicos con relación a varios problemas de la parte general del derecho penal, ver <https://www.mpicc.de/de/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/vi.html> (14.11.2017). La idea original fue presentada en el año 2000 por Ursula Nelles, con ocasión de la invitación del Director del Instituto de ese entonces, Eser, ver Nelles, Rechtsvergleichung (nota al pie 87), p. 1005 s. con pie de página 1, 1016 s.; también crítico sobre la implementación Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 976 s. Sobre una “ciencia jurídico-penal transnacional” [*transnationale Strafrechtswissenschaft*] también Hörnle, Plädoyer

4. SITUACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL COMPARADO

La internacionalización a la que se hizo referencia al principio del presente trabajo, y de la que hoy en día tanto se habla, indudablemente ha conducido a que la *investigación* comparativa gane mayor importancia; así lo demuestran el número de tesis doctorales y de colecciones en distintas editoriales con enfoque comparativo.¹⁷⁰ La investigación que se lleva a cabo en Alemania es razonablemente visible a nivel internacional, aunque también aquí tiene primacía el idioma inglés.¹⁷¹ En este sentido se debe destacar que una de las principales obras contemporáneas de derecho comparado ha sido escrita precisamente por un investigador alemán que actualmente se desempeña como profesor en Inglaterra.¹⁷² Sin embargo, la internacionalización no ha tenido el mismo efecto sobre la enseñanza del derecho, a pesar de que la importancia del derecho comparado en este ámbito ha sido reconocida desde tiempo atrás¹⁷³ y de que éste es considerado, con razón, como una asignatura básica,¹⁷⁴ precisamente debido a que esta disciplina es capaz, como ninguna otra, de generar reflexiones críticas sobre el derecho propio. De hecho, anteriores reclamos, mediante los cuales se llamó la atención

(nota al pie 104), p. 303 ss.

170 Ver por ejemplo las colecciones sobre derecho penal internacional y extranjero de las editoriales Duncker & Humblot y Nomos, las cuales complementan las colecciones tradicionales del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Internacional y Extranjero.

171 Así también *Ambos*, *Zukunft* (nota al pie 109), p. 187 s.; *Ambos*, *Futuro* (nota al pie 109), p. 16-17.

172 *Siems*, *Comparative Law* (nota al pie 12).

173 Ver por ejemplo *B. C. Aubin/K. Zweigert*, *Rechtsvergleichung im deutschen Hochschulunterricht*, Tübingen 1952, p. 28 s. (“factor central de la formación...” [“*zentraler Bildungsfaktor...*”]); *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 48), p. 20 (importancia para la instrucción académica como objetivo); *Junker*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), p. 921 (“implementado en la enseñanza universitaria” [“*in der Universitätslehre etabliert*”]); además *Jung*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 378; también *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 948.

174 *Junker*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), p. 921, 927.

sobre la necesidad de tener en cuenta en la formación de nuevos juristas la internacionalización,¹⁷⁵ únicamente han conducido –al margen de algunos pocos proyectos emblemáticos¹⁷⁶– al establecimiento del derecho europeo como curso obligatorio.¹⁷⁷ El derecho (penal) comparado sigue estando en una especie de estancamiento, de manera que la afirmación realizada por *Jung* en 1998, según la cual “aún no es fácil” para el derecho comparado “encontrar su espacio en los estudios de derecho”,¹⁷⁸ todavía hoy se mantiene vigente.¹⁷⁹ Incluso la jurisprudencia acude al derecho comparado solo de manera selectiva y buscando sobre todo fundamentar resultados concretos.¹⁸⁰

La poca importancia que el derecho penal comparado ha tenido en la práctica se debe también a que los estudios comparados del derecho han sido dominados por el derecho civil.¹⁸¹ Así, en el

175 Ver *Jung*, Grundfragen (nota al pie 33), p. 1.

176 Ver por ejemplo el proyecto de Wurzburgo “Sistemas Globales y Competencia Intercultural” [*“Globale Systeme und interkulturelle Kompetenz”*], mediante el cual se intenta inculcar en la formación de juristas competencias fundamentales para el tratamiento del derecho y cultura extranjeros; al respecto *Hilgendorf*, Einführung (nota al pie 96), p. 14 así como www.gsik.de.

177 Así también *Jung*, Grundfragen (nota al pie 33), p. 7 (“referencias europeas” [*“europarechtliche Bezüge”*]) como curso obligatorio en Saarland); sobre la importancia también *Junker*, Rechtsvergleichung (nota al pie 1), p. 921. Esto también se puede confirmar con una mirada a los reglamentos vigentes de los exámenes estatales de derecho, los cuales prevén el derecho europeo como materia obligatoria (en Saarland también aspectos internacionales).

178 [*“nach wie vor nicht leicht” sei, “sich im Studium des Rechts zur Geltung zu bringen”*] *Jung*, Grundfragen (nota al pie 33), p. 6.

179 Sobre las dificultades de la integración en la enseñanza general ver *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 2 nm. 18.

180 Ver *E. Schramm*, Die Verwendung strafrechtsvergleichender Erkenntnisse in der Rspr. des BGH und BVerfG, en: Beck y otros. (ed.), Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 155 ss.

181 Ver *Jung*, Grundfragen (nota al pie 33), p. 1; *H. Heiss*, Hierarchische Rechtskreiseinteilung – Von der Rechtskreislehre zur Typologie der Rechtskulturen?, ZVglRWiss 100 (2001), p. 396 (401) (“típicamente ... asentado en el derecho civil” [*“typischerweise ... im Privatrecht angesiedelt”*]); *Dubber*, Comparative (nota al pie 15), p. 1288; *Hilgendorf*, Einführung (nota al pie 96), p. 12 (“dominio del derecho civil” [*“Domäne des Zivilrechts”*]); *Mona*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 69), p. 104 s.; *Grande*, Comparative (nota al pie 2), p. 191; *Eser*, Stand (nota al pie 33), p.

ámbito de habla alemana,¹⁸² existen 57 facultades de derecho,¹⁸³ con un total de 141 departamentos [*Lehrstühle*] de derecho comparado,¹⁸⁴ de los cuales 12 tienen énfasis en derecho penal, 24 en derecho público (en sentido estricto) y 96 en derecho civil; 8 de los 11 departamentos que existen en Alemania con énfasis en derecho penal utilizan la denominación “derecho penal comparado” [*Strafrechtsvergleichung*],¹⁸⁵ mientras que la denominación de las tres restantes únicamente hace referencia a “derecho comparado” en general [*Rechtsvergleichung*].¹⁸⁶ En lo que tiene que ver con las áreas de profundización en los programas académicos, el derecho penal comparado aparece a lo sumo en el marco del derecho comparado en general,¹⁸⁷ del derecho internacional¹⁸⁸ o de las ciencias criminales.¹⁸⁹

De esta manera, con relación a la formación jurídica, probablemente Alemania se mantiene rezagado frente a Francia y varios

670; diferente *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 68 ss. (“cierto predominio” [*gewisse Vorherrschaft*]), pero el derecho comparado es universal y existe en todas las ramas del derecho).

182 Los siguientes datos fueron proporcionados por mi (antigua) asistente Muriel Nißle con base en la búsqueda por él realizada en Internet.

183 45 en Alemania, 5 en Austria, 6 en Suiza (de habla alemana) y 1 en Luxemburgo.

184 Alemania: 126 departamentos para derecho comparado (85 derecho civil, 21 derecho público, 11 derecho penal, 9 historia del derecho); Austria: 3 departamento, 1 instituto (2 derecho civil, 1 derecho penal así como un instituto para derecho procesal civil, derecho de insolvencia y derecho procesal comparado); Suiza: 10 departamentos (8 derecho civil, 2 derecho público); Luxemburgo (1 derecho civil, 1 derecho público).

185 Bonn, Fráncfort del Óder, Friburgo, Gießen, Hamburgo, Hannover, Colonia, Osnabrück.

186 Gotinga, Fráncfort del Meno, Berlin (Humboldt-Universität).

187 Así por ejemplo en Wurzburg, <https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02000100/studium/schwerpunktbereich/SPB_mit_Vorlesungen_fuer_HP.pdf> (1.11.2017)>.

188 Así por ejemplo en Jena, <http://www.rewi.uni-jena.de/rewi2media/Downloads/Studium/Hinweise_SB.pdf> (1.11.2017)>.

189 Así por ejemplo en Berlin (Humboldt-Universität) <<https://www.rewi.hu-berlin.de/sp/sp/sp7>> y en Gotinga <<http://www.uni-goettingen.de/de/kurzbeschreibung-sb-6---kriminalwissenschaften/450905.html>> (1.11.2017)>.

otros países.¹⁹⁰ El hecho de que la situación en los Estados Unidos probablemente sea peor, si se acepta la famosa crítica formulada por el profesor de Yale John Langbein contra las facultades de derecho norteamericanas y la práctica jurídica en general en dicho país,¹⁹¹ resulta de poco consuelo. Esta consideración también se puede realizar respecto a otros ordenamientos jurídicos pertenecientes al *common law*, sobre todo cuando se trata de la comparación con sistemas cuyo idioma no es el inglés.¹⁹²

5. PERSPECTIVAS

A pesar de las tendencias hacia la renacionalización que surgen en medio de corrientes populistas –bien sea en Europa o más allá (“*America first*”)–, los retos que trae consigo la criminalidad transnacional, la cual ciertamente no solo se limita al denominado Estado Islámico, promueven un mayor protagonismo del derecho penal comparado, pero con mayor énfasis en la comparación integral del sistema de justicia penal que en la elaboración de fundamentos, y con especial interés en las formas de persecución penal y en la cooperación judicial. La práctica, especialmente policiva, reclama aportes dirigidos a la armonización de los sistemas penales –espe-

190 Ver Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 948 con más referencias en el pie de página 42.

191 J. Langbein, *The Influence of Comparative Procedure in the United States*, *AJCL* 43 (1995), p. 545 (549, 554) (“... *study of comparative procedure ... little following ... If the study of comparative law were to be banned from American law schools tomorrow morning, hardly anyone would notice. ... They operate on the assumption that the foreigners have nothing to teach ... Fortified in the lucrative fool’s paradise that they inhabit, American legal professionals have little incentive to open their eyes to the disturbing insights of comparative example*”); also más optimista V. V. Palmer, *Insularity and Leadership in American Comparative Law: The Past One Hundred Years*, *Tulane Law Review* 75 (2001), p. 1093 (1097) (“*In truth, given its isolation, it would appear to have done well under the circumstances, at least by any quantitative measure*”).

192 Es sintomático que el único libro sobre derecho penal comparado (nota al pie 72; crítico C.-F. Stuckenberg, Dubber, Markus D./Hörnle, Tatjana: *Criminal Law. A Comparative Approach*. Oxford: Oxford University Press 2014. XXXVIII, 671; *ZStW* 128 (2016), p. 292) es de autoría de dos alemanes (Dubber und Hörnle), de los cuales el primero enseña en Canadá.

cialmente con miras al trabajo conjunto de las agencias e instituciones encargadas de la persecución penal—, ya que las diferencias en los detalles técnicos y operativos dificultan la persecución penal transnacional contra sospechosos de haber cometido conductas punibles. En consecuencia, respecto al derecho penal comparado entendido como disciplina científica y académica, es posible preguntarse hasta donde está dispuesto a quedar reducido a una simple herramienta auxiliar para la consecución de intereses judiciales y policivos, con mayor razón, además, si se tiene en cuenta que difícilmente se puede esperar del derecho penal comparado tradicional respuestas aceptables desde el punto de vista práctico, que no puedan ser encontradas de todas maneras por cualquier operador judicial lo suficientemente creativo o a las que no se pueda llegar por medio de la cooperación concreta entre agencias o instituciones dedicadas a la persecución penal. El derecho penal comparado científico no debe perder el interés por el sistema penal entendido como un todo, es decir, por los fundamentos de la persecución penal propia de un Estado de derecho, en donde los derechos humanos y constitucionales se aseguren, aun cuando ésta tenga lugar más allá de las fronteras nacionales y se dirija contra personas que se definan a sí mismas como enemigas de las sociedades liberales. El derecho penal comparado entendido como investigación y elaboración de fundamentos debería entonces transformarse en una ciencia jurídico-penal inter y transnacional, en las que se discuta menos sobre la dogmática nacional de cada ordenamiento jurídico y, por el contrario, ocupe un lugar más relevante la reflexión teórica jurídico-penal, así como el análisis de los sistemas de justicia, mediante procesos orientados al diálogo intercultural.¹⁹³

193 Para un intento de diálogo anglo-alemán ver: <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/en/anglo-german-dialogue>.

-II-

DERECHO PENAL Y CONSTITUCIÓN: ¿EXISTE UNA PRETENSIÓN AL ESTABLECIMIENTO DE LEYES PENALES, PERSECUCIÓN PENAL E IMPOSICIÓN DE PENA?

1. IUS PUNIENDI Y CONSTITUCIÓN

La idea de una “conexión axiológica entre la función de la pena y la función del Estado”,¹ según la cual -y conforme a la visión de Gustav Radbruch-² la propia existencia del Estado implica también su derecho a castigar (a fin de preservarlo), ha experimentado una ampliación completamente autoritaria.³ Esa idea se encuentra, de forma bastante clara, no solo en el ámbito del Derecho civil, sino

* Quisiera agradecer al Prof. Dr. Peter Rackow los comentarios críticos y ampliatorios, así como también las adiciones. Traducción del alemán a cargo de Federico Montero.

1 *Mir Puig ZStW* 95 (1983), p. 413.

2 *Radbruch, Rechtsphilosophie*, 1932, la cita corresponde al Studienausgabe (hrsg. v. Dreier/Paulson), 2.^a ed., 2003, pp. 151 ss.; especialmente, p. 152: «Una justificación de la pena *ajena-al-Estado* es [...] una cosa del pasado. Un Estado fundado sobre la voluntad del pueblo, entendida esta como mayoría aritmética o en alguna otra forma de “integración”, ya no es “un otro” para el individuo, sino que más bien se trata de un “todos nosotros”. La justificación de un *Estado del pueblo* (*Volkstaates*), así entendido, encierra la legitimación de la pena que resulta necesaria para su mantenimiento. La doctrina del fundamento de la pena se fusiona con la doctrina de la justificación del Estado, depurando en una *teoría del fin de la pena*, esto es, una teoría de la necesidad de pena para el Estado; más precisamente, para el Estado, la sociedad o el ordenamiento estatal». En lo sucesivo, *Schütz Strafe und Strafrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1997, p. 13; *Wilfert, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, 2017, p. 30.

3 El matiz autoritario-positivista respecto del Estado -que presentan las citas reproducidas en las siguientes notas a pie de página-, debe ser visto en el contexto (limitador) de la idea *Radbruchiana* del Derecho como Justicia (véase *Ambos Nationalsozialistisches Strafrecht*, 2019, pp. 83 ss., con mayores referencias); existe versión española, más extensa, *El mismo, Derecho penal nacionalsocialista*, 2020, pp. 146 ss.

que también se manifiesta, p. ej., en la jurisprudencia canadiense⁴ (en ocasiones, incluso con matices hegelianos).⁵ En el marco de esa conexión, no resultará extraño que (especialmente en este país) las normas relativas a las competencias jurídico-penales⁶ consideren que la existencia de ese derecho se da por supuesto en la Constitución.⁷

4 El *Judicial Committee of the Privy Council* (JCPC) -en su función de Tribunal Superior de Apelación para los Territorios Británicos de Ultramar y los Estados de la Commonwealth- y más tarde la *Supreme Court of Canada* (SCC) -fundada en 1875 y desde 1933 el Tribunal de Apelación en Cuestiones Penales- han vinculado la esencia del Derecho penal con la autoridad del Estado (*Proprietary Articles Trade Ass'n v. A.G. Can.*, [1931] 2 DLR, p. 1 (p. 9) ["Criminal law connotes only the quality of such acts or omissions as are prohibited under appropriate penal provisions by authority of the State."]; *R. c. Miller y Cockriell*, [1975] 63 DLR [3d], p. 193, (p. 272) ["... undoubted right of the State to punish infractions of the law..."]. En la literatura, véase p. ej. Binder, Univ. de Toronto LJ 63 (2013) p. 278 (p. 289) (subrayando el significado de una "autoridad punitiva" institucionalizada, que típicamente resulta ser el Estado); también *Chehtman*, Law and Philosophy 29 (2010), p. 127 (p. 131) ("necessary link between a legal system being in force and a particular body holding the power to punish offenders"). En este contexto, se le concede al parlamento una facultad legislativa prácticamente ilimitada en el ámbito del Derecho penal, véase *Proprietary Articles Trade Ass'n v. A.-G. Can.*, [1931] 2 DLR, p. 1 (p. 9) con referencia a *A.-G. Ont. v. Hamilton Street Railway*, [1903], 7 Can. C.C., p. 326 (la facultad legislativa para promulgar "criminal law in its widest sense", y en particular "to make new crimes"); *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada Ltd. et al. v. R.*, [1956] SCR, p. 303 (p. 308) (se habla de una facultad legislativa "for the prevention of crime as well as punishing crime"); *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R., p. 1045 (p. 1070) ("...broad discretion in proscribing conduct as criminal and in determining proper punishment"). La jurisprudencia citada está disponible en el sitio web del *Canadian Legal Information Institute*: <https://www.canlii.org/en/>.

5 En el caso *Sauvé*, el *ius puniendi* se atribuye a la humanidad o al carácter de ciudadano del acusado y a los deberes que resultan de su reconocimiento (*Sauvé v. Canada [Chief Electoral Officer]*, [2002] 3 S.C.R. p. 519, párr. 47: "... right of the state to punish and the obligation of the criminal to accept punishment is tied to society's acceptance of the criminal as a person with rights and responsibilities"). En este sentido, también Duff, en: Besson/Tasioulas (ed.), *The Philosophy of International Law*, 2010, p. 589 (p. 595): responsabilidad ante la sociedad/comunidad por los "«public» wrongs".

6 Véase art. 74.1, N° 1 de la Ley Fundamental o, a modo ejemplificativo, Sección 91, N° 27 de la Constitución canadiense.

7 Sax, en: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. 3, Hbd. 2, Rechtspflege und Grundrechtsschutz, 1959, p. 954 ("se da por sentado"); *Schütz* (nota 2), p. 13; *Stächelin* *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, p. 82 ("la Ley Fundamental asume que el Derecho penal es algo ya existente"); en la misma línea *Wilfert* (nota 2), p. 31; *Roxin* *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. ed. 2006, § 2, Nm. 1 ("se asume la existencia de un derecho estatal de castigar"); véase también

Además de esas reglas de competencia, existen diversos preceptos constitucionales⁸ que mencionan -mejor dicho, que están *relacionados con-* el Derecho penal y que, por lo tanto, parecen tenerlo en cuenta sin proporcionarle (o que le proporcionan en tan escasa medida como las normas de competencia) un fundamento constitucional *material*⁹ a partir del cual derivar tanto las razones (objetivas o de fondo) como los límites de un Derecho estatal (o bien, un posible eventual deber) de prever la punición de determinadas conductas, investigar los hechos relacionados con ellas e imponer las penas.¹⁰ En una visión de conjunto, siempre que uno no se dé por satisfecho -en sentido *Radbruchiano-* con el hecho de que (al menos) el *ius puniendi* de un Estado democráticamente legitimado “se da por sobreentendido”,¹¹ se plantea todavía (ahora igual que antes), por lo tanto, la cuestión del (explícito) plano constitucional (esto es, de la base allí contenida) de tal *ius puniendi* estatal¹² (o en su caso de una *obligatio puniendi*).

Klose ZStW 86 (1974), p. 33 (pp. 55 ss.), que ve en el artículo 74.1 de la Ley Fundamental [de la redacción anterior] una norma que posee un mero “carácter formal que regula las competencias” (p. 59), en resumen: que tanto antes como ahora, el “ius puniendi [...] es un derecho estatal “eminente”, presupuesto y autónomo, que se da por sobreentendido y no necesita ninguna otra justificación; que está en vigencia como derecho soberano del Estado y al que, situado en perspectiva, muchos de los súbditos estatales siguen estando ligados” (p. 67), y que el Derecho penal espera ser sustituido por “un Derecho de medidas más exitoso y más humano” (ib.). De la literatura canadiense, p. ej., Bryant Canadian Encyclopedic Digest, Constitutional Law VIII.9.[e], §§ 266 ss., con énfasis en la demarcación de las competencias federales y provinciales; Funston/Meehan Canada’s Constitutional Law in a nutshell, 4. ed. 2013, pp. 88 ss., (el Parlamento podría crear Derecho penal “como lo crea conveniente” [p. 89]).

- 8 Véase, p. ej., Arts. 9.2; 46.2; 102; 103.2; 103.3 de la Ley Fundamental.
- 9 Claro y convincente, *Klose ZStW 86 (1974), p. 33 (p. 60)*. El deber de penalizar la guerra de agresión, contemplado en la Constitución alemana (artículo 26 de la Ley Fundamental), es una excepción a este respecto que, como es sabido, se explica por su trasfondo histórico (así también, *Stächelin* [nota 7], p. 83).
- 10 Véase, *Stächelin* (nota 7), p. 82: “La Ley Fundamental no asigna al Estado ningún *ius puniendi* y, en consecuencia, tampoco establece sus límites explícitos”.
- 11 Véase, nuevamente, *Klose ZStW 86 (1974), p. 33 (p. 67)*.
- 12 *Sax*, en: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner (supra, nota 7) p. 955*, sin embargo, piensa que la pena, en el sentido estricto de un principio fundamental -“como algo independiente de sus referencias temporales al individuo y a la comunidad”-, no existe en absoluto y quiere interpretarla, en última instancia y en sentido analógico, como una defensa de la sociedad (el delito como *agresión*).

2. ¿DERECHOS DE DEFENSA Y DEBERES JURÍDICO-PENALES DE PROTECCIÓN? LA DICOTOMÍA DE LA ESPADA Y EL ESCUDO

2.1. El Tribunal Constitucional Alemán y el marco jurídico-constitucional del aborto

Por muy obvio o asentado que pueda parecer ahora -en línea con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el aborto-,¹³ el enfoque según el cual los derechos de protección jurídico-penal (es decir, los deberes punitivos del Estado) se derivan¹⁴ de los derechos fundamentales del individuo¹⁵ consagrados en la Constitución, sigue planteando problemas que -examinados detenidamente- no se han resuelto de manera concluyente. En particular, resulta todavía incierto cuáles de esas garantías deben ser enlazadas con las correspondientes obligaciones de protección. A este respecto, aparentemente, no hay ninguna aclaración que vaya más allá de la siguiente afirmación: cuanto más importante sea el derecho o el bien jurídico constitucionalmente garantizado (y, por lo tanto, a ser protegido por el Estado), más aumenta la posibilidad de establecer

13 *BVerfGE* 39, 1 = NJW 1975, p. 573, Principio a): “La vida que se desarrolla en el seno materno se considera un bien jurídico independiente constitucionalmente protegido (Art. 2.II.1, Art. 1.I de la Ley Fundamental). El deber de protección estatal no solo prohíbe la intervención directa del Estado en esa vida en desarrollo, sino que también requiere que el Estado la proteja y la promueva; NJW 1993, p. 1751, Principio 6: “Para cumplir con su deber de protección, el Estado debe adoptar medidas suficientes de carácter normativo y fáctico que conduzcan -teniendo en cuenta los bienes jurídicos en conflicto- a una protección adecuada y, como tal, efectiva (prohibición de infra-protección). Para esto se requiere un concepto de protección que vincule recíprocamente elementos de protección preventiva y represiva.”; detalladamente, pp. 1755 ss.

14 En última instancia, los derechos requieren protección para ser plenamente efectivos y eficientes, así como también para revelar su relevancia social (en palabras de SCC: para ser “meaningful”, *Dunmore v. Ontario [Attorney General]*, [2001] 3 S.C.R. p. 1016 [p. 1043]).

15 La problemática de las leyes penales que protegen los bienes jurídicos supra-individuales no puede ser tratada en este marco. Véase, a modo ejemplificativo, sobre la legitimación de un Derecho penal para la protección estatal, *Wilfert* (nota 2), pp. 185 ss.

un deber estatal de protección jurídico-penal.¹⁶ Sin embargo, la inseguridad se incrementa cuando tales deberes de protección deben ser derivados a partir de la difusa garantía¹⁷ de la dignidad humana.¹⁸ Además, el propio Tribunal Constitucional Alemán, en su primera decisión sobre el aborto, estableció que el recurso al Derecho penal era *solo una* de las diversas opciones de las cuales disponía el Estado para dar cumplimiento a este deber de protección.¹⁹ Por lo tanto, determinar cuáles son las medidas concretas de protección que resultan necesarias²⁰ y, en particular, si la protección de los bienes jurídicos debe gestionarse a través del Derecho penal o del Derecho administrativo sancionador, es una decisión legislativa.²¹

Se constata que, desde el punto de vista de los fundamentos,

-
- 16 Véase solo *BVerfG NJW 1975*, p. 573 (p. 575) (“El deber de protección del Estado debe tomarse tanto más en serio cuanto más alto sea el rango que el bien jurídico en cuestión presente dentro del sistema de valores de la Ley Fundamental”).
- 17 El hecho de que el principio supranacional del *ius puniendi* pueda fundamentarse en la idea de los Derechos Humanos Universales, en el sentido kantiano de la comprensión de la dignidad humana (véase Ambos *Oxf. J. L.*, p. 33 [2013], p. 293 [pp. 304 ss.]), no modifica en nada el problema de la selectividad.
- 18 Para la derivación de concretos deberes de protección respecto de los crímenes violentos y delitos comparables contra la integridad física, la libertad y la autodeterminación sexual, a partir de la referencia al Art. 2.2 y en relación con el Art. 1.1 de la Ley Fundamental, véase *BVerfG*, Resolución v. 26.06.2014 - 2 BvR 2699/10, Nm. 8 y 10; *BVerfG StV 2015*, p. 203 (p. 204); *JZ 2015*, p. 890 (p. 891); también: *BVerfG NStZ-RR 2015*, p. 347 (p. 348).
- 19 *BVerfG NJW 1975*, p. 573, Principio d) (“El legislador también puede expresar la desaprobación jurídica del aborto, que resulta exigida por la Constitución, de manera distinta a la amenaza de castigo”).
- 20 *BVerfG NJW 1975*, p. 573 (p. 576) (“La forma en que el estado cumple con su obligación de proporcionar una protección efectiva para el desarrollo de la vida es principalmente una cuestión que debe decidir el legislador. Decide qué medidas de protección considera apropiadas y necesarias para asegurar la protección efectiva de la vida”); en la misma línea *BVerfG NJW 1993*, p. 1751 (p. 1754) (“Es tarea del legislador determinar detalladamente el tipo y el alcance de la protección. La constitución establece la protección como un objetivo, pero no su forma detallada.”).
- 21 Véase la decisión del EGOWiG de 1968, *BVerfGE 27*, p. 18 (pp. 29 s.), en la que el Tribunal expresa: “Corresponde al legislador, de forma vinculante y tomando en cuenta la situación histórica concreta respectiva, definir la frontera exacta entre el ámbito nuclear del Derecho penal y el ámbito de las meras infracciones administrativas [...]”

la noción de un *deber* estatal y constitucionalmente fundado de proteger bienes jurídicos a través del Derecho penal pone de cabeza la concepción liberal clásica de las garantías constitucionales del individuo, en tanto derechos de defensa frente a la intervención del propio Estado. Claramente expresada en el voto minoritario de la primera decisión sobre el aborto,²² esta duda *principalista* resulta aún más pronunciada en el discurso jurídico-constitucional angloamericano,²³ lo cual puede explicarse –probablemente- en vir-

22 La opinión disidente en *Rupp-v. Brünneck und Simon* (NJW 1975, p. 573 [p. 581 s.]: “se invierte la función de los derechos fundamentales”). En la misma línea, *Schütz* (nota 2), p. 62.

23 De forma característica, la decisión de la *Supreme Courts* de los Estados Unidos en *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, U.S. 489 (1989), p. 189 (p. 195) (“nothing in the language of the Due Process Clause itself requires the State to protect the life, liberty, and property of its citizens against invasion by private actors”). Al respecto, *Grimm*, en: *Nolte* (Hrsg.), *European and US Constitutionalism*, 2005, p. 137 (pp. 138 ss.). La jurisprudencia de la SCC, en relación a la Carta de Derechos y Libertades de Canadá, debe destacarse, muestra una cautelosa apertura hacia la idea de un deber de protección; véase *Delisle v. Canada*, [1999] 2 S.C.R. p. 989 (p. 991) (“The fundamental freedoms protected by s. 2 of the *Charter* do not impose a positive obligation of protection or inclusion on Parliament or the government, except perhaps in exceptional circumstances which are not at issue here.”); además *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R., p. 1016 (p. 1018) (“Ordinarily, the *Charter* does not oblige the state to take affirmative action to safeguard or facilitate the exercise of fundamental freedoms. There is no constitutional right to protective legislation per se. However, history has shown and Canada’s legislatures have recognized that a posture of government restraint in the area of labour relations will expose most workers not only to a range of unfair labour practices, but potentially to legal liability under common law inhibitions on combinations and restraints of trade. In order to make the freedom to organize meaningful, in this very particular context, s. 2(d) of the *Charter* may impose a positive obligation on the state to extend protective legislation to unprotected groups.”). Por supuesto, no se debe sobredimensionar la importancia de las dos decisiones, sobre todo porque la Corte Suprema de Canadá ha subrayado el carácter excepcional de un deber de protección (“except perhaps in exceptional circumstances”) y las características específicas del contexto (“very particular context”) del caso *Dunmore*, relativo a la libertad de asociación. Detalladamente (y sobre el trasfondo de la jurisprudencia del *BVerfG*) respecto de la situación jurídica o del caso *MacDonnell/Hughes*, *Osgoode Hall L.J.* 50 (2013), p. 999 (pp. 1022 ss.), quien considera posible la existencia de deberes de protección de *lege lata* (“it might be argued that the state is constitutionally obligated to identify threats to Charter-protected interests posed by private actors and to address those threats in some way, whether by criminal prohibition, regulation, or administrative action”). Véase también *Weinrib Nat’l J.Const.L.* 17 (2005), pp. 325 ss. (deber de protección derivado de la dignidad

tud de las diferentes tradiciones constitucionales.²⁴ En este sentido, el “*dilema de la espada y el escudo*”²⁵ puede ser reconducido a la cuestión de por qué las decisiones objetivamente valorativas del legislador (constitucional)²⁶ deberían poder justificar la restricción de derechos subjetivos, tal y como el derecho a la libertad del condenado (art. 2.2, segunda frase, de la Ley Fundamental) en caso de imposición de una pena privativa de libertad.

A pesar de esta reflexión anterior, resulta conocido que el Tribunal Constitucional Alemán ha encontrado apoyo en lo siguiente: si bien es cierto que el legislador constitucional no puede recurrir al mecanismo de la criminalización, salvo en casos de ausencia de otros medios idóneos (esto es, razonables) para la protección de los bienes jurídicos; y que el Derecho penal debe concebirse -a la luz del principio de proporcionalidad y de última ratio- como la única opción restante disponible,²⁷ tampoco por ello se puede,

humana).

- 24 Instructivo, *Grimm*, en: *Nolte* (nota 23), p. 137 (pp. 139 s.), acerca de la necesidad que presentaban las colonias americanas de liberarse de las leyes parlamentarias de la Corona inglesa (p. 140: “To fulfill this function negative rights were sufficient”) y sobre el hecho de que las Constituciones de los particulares Estados alemanes del siglo XIX otorgaban derechos civiles a sus súbditos, en el sentido de una concesión política de los monarcas (pp. 141 s., p. 143: “mere expression of political intent”); *Krieger*, en: *Nolte* (nota 23), p. 181 (pp. 192 s.) se refiere a la idea, marcadamente diferente, de Estado social de bienestar. Totalmente alineado con la línea anglosajona, sin embargo, el Tribunal Constitucional Austríaco, ECR N° 7400/1974, p. 221 (p. 224) con la observación siguiente: “el catálogo de derechos fundamentales de la Ley Fundamental del 21 de diciembre de 1867, RGBI, N° 142, sobre los derechos generales de los ciudadanos [...] se basa en la idea liberal clásica de la concesión de la protección individual contra los actos de la autoridad estatal”. Sobre esto, véase *Grimm* (op. cit.).
- 25 El concepto de *Dicotomía Escudo-Espada* se atribuye a la Jueza *Christine van den Wyngaert*; véase *Tulkens* JICJ 9 (2011), p. 577. *Van den Wyngaert* confirmó al autor, por correo electrónico de 24 de agosto de 2018, que desarrolló la dicotomía “in a presentation at Louvain on the occasion of the Journées Jean Dabin in [...] 1982.”
- 26 Véase *BVerfG*, NJW 1975, p. 573 (p. 577) (“norma decisivo-valorativa fundamental”); a este respecto, la disidencia en *Rupp-v. Brünneck* u. *Simon* NJW 1975, p. 573 (p. 582).
- 27 *BVerfG* NJW 1975, p. 573, Principio d): “En casos extremos, cuando la protección

violentando la *prohibición de infra-protección (Untermaßverbot)*, abandonar el estándar mínimo de protección requerido por el Derecho (constitucional).²⁸ Por el contrario, la literatura rechaza -de forma manifiesta- que pueda derivarse un deber *general* de criminalización a partir de la Ley Fundamental²⁹ (como contracara de la violación a la prohibición de infra-protección)³⁰ y hace hincapié en la necesidad de reconocer una amplia discrecionalidad legislativa.³¹

2.2. El “afilarse” la espada

Además de la línea jurisprudencial a la que ha llevado la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el aborto, existen otros enfoques (más recientes)³² que buscan derivar, a partir de la Constitución, un deber de criminalización o sus reflejos procesales -es decir, deberes de persecución y condena-. El denominador

que ofrece la Constitución no puede lograrse de otra manera, el legislador está obligado a utilizar los medios del Derecho penal para garantizar el desarrollo de la vida”; véase también pp. 576 ss.

- 28 *BVerfG NJW* 1993, p. 1751, Principio 8: “La prohibición de infra-protección (*Untermaßverbot*) impide una libre renuncia al uso de la legislación criminal y su efecto de protección sobre la vida humana”; véase también p. 1754.
- 29 Por ej., *Appel, Verfassung und Strafe*, 1998, p. 68, subraya que el Tribunal Constitucional Alemán “no se pronunció en el sentido de que los intereses de la comunidad que son *per se* «dignos de ser protegidos a través del Derecho penal» pudieran ser tomados del «sistema constitucional de valores»”; en sentido diferente, *Vogel, StV* 1996, 110 (111 y ss.) (“Los intereses comunitarios que son indudablemente dignos de protección penal [...] son los que forman parte del propio sistema constitucional de valores”); véase también *Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, pp. 445 y s.; *Stächelin* (nota 7), pp. 82 y s.; *Schütz* (nota 2), p. 62.
- 30 Acerca de la *prohibición de infra-protección*, *Lagodny* (nota 29), pp. 254 y ss.; en cuanto a los criterios de la dimensión de la prohibición de infra-protección en relación con las “normas de conducta obligatorias”, pp. 262 y ss.; véase también *Appel* (nota 29), p. 72; *Wilfert* (nota 2), p. 33.
- 31 *Appel* (nota 29), pp. 70 ss.; *Lagodny* (nota 29), pp. 257 ss., 417, 446, 448 (donde se subraya, con razón, que el legislador solo está obligado a “alcanzar la protección con cierto éxito”, es decir, a utilizar los medios que considere apropiados para este fin); especialmente, en p. 541 (“El Derecho constitucional, en última instancia, relega el Derecho penal al lugar donde se dictan las leyes: el debate social que se decide en el parlamento”). Véase de todo, *Wilfert* (nota 2), pp. 33 s.
- 32 *Holz, Justizgewährungsanspruch des Verbrechensoffers*, 2007, pp. 52 ss., 200 ss.; *Weigend, RW* 2010, 39 (pp. 50 ss.); *Hörnle, JZ* 2015, 893 (pp. 895 ss.).

común de estos enfoques radica en la idea siguiente: aquello que debería estar en el centro de las consideraciones no es tanto el Estado, sino más bien la víctima del delito. Es la víctima quien tiene derecho, frente a las lesiones (graves) de los bienes jurídicos, a una protección estatal efectiva o bien a (re)establecer su confianza en el orden normativo.³³ En consecuencia, ya no se trata (solo) del dilema «escudo-espada», sino de permitir que dicha espada sea afilada a través de la aceptación de las demandas formuladas al Estado, por el individuo, para que aplique el Derecho penal. Se pueden encontrar enfatizaciones diversas en relación con la concreta radiación constitucional de estos derechos de las víctimas (o de las obligaciones del Estado correspondientes).

Mientras que *Weigend* pretende arraigar los deberes jurídico-penales de investigación y condena -así como los correspondientes derechos de las víctimas- en un genérico *derecho a la personalidad* de la víctima del delito³⁴ (que se deriva de la libertad general de acción [art. 2.1 de la Ley Fundamental] y de la dignidad humana [art. 1.1 de la Ley Fundamental]), *Holz* opera, en el marco de una línea argumental multi-dimensional, con un amplio deber estatal (objetivo-subjetivo) de conceder seguridad, el cual se debería corresponder, respectivamente, con los derechos de las víctimas a la criminalización y a la prosecución penal.³⁵ *Last but not least*, *Hörnle* opta por una visión asentada en una teoría de la pena “*normativa y orientada al pasado*”, situando el punto central de la cuestión en la “*justificada satisfacción del interés*” de la víctima para luego referirse, en el paso siguiente y de forma respectiva, a *Holz* y *Weigend* en relación al “deber constitucional del Estado” y al “derecho subjetivo

33 Acerca de la función de protección de los derechos de las víctimas, también *Lagodny* (nota 29), p. 420 y pp. 448 ss.

34 *Weigend* RW 2010, 39 (pp. 50 ss.).

35 *Holz* (nota 32), pp. 54 ss., p. 61, pp. 97 ss., pp. 109 ss., pp. 217 s., pp. 221 s. *Holz* rechaza la opinión dominante, que entiende la garantía de justicia como algo anclado en el principio del Estado de Derecho (art. 20.3 de la Ley Fundamental); véase pp. 53 ss. y 61, con mayores referencias.

a un enjuiciamiento penal efectivo”.³⁶

Si se mira con atención estos modelos, aparece la siguiente imagen: allí donde el Estado deja sola a la víctima de un delito (grave), es decir, cuando las autoridades estatales no investigan o se muestran desinteresadas por la suerte de la víctima, *Weigend* percibe una violación a los derechos de la personalidad y, lo que es más importante, una violación a la dignidad humana.³⁷ El hecho de ser afectado por un delito grave, puede llegar a ser “parte de la personalidad” de la víctima.³⁸ En los casos en que esto ha ocurrido, si las autoridades no tienen en cuenta esa “condición de víctima” de la persona afectada, tratándola “con el debido respeto”, se produce una violación de la dignidad humana. Esto significa que, allí donde la víctima tiene un *derecho*, las autoridades públicas deben tomar en serio el caso e investigarlo de forma adecuada. A pesar de que la formulación de cargos contra un determinado acusado es una cuestión que “no tiene que ver ya con la situación jurídica personal de la víctima”, lo cierto es que, en caso de determinarse la culpabilidad del acusado, ésta tendría derecho a una “sanción adecuada al injusto del autor”.³⁹ Cuando –de forma excepcional- la sentencia evidencie, en su parte dispositiva y en su fundamentación, un desprecio por la víctima, entonces la sanción inadecuada del injusto constituye –para el trasfondo del estatus de víctima- un “menosprecio de su persona”, relevante en materia de derechos fundamentales.⁴⁰

Por otro lado, ya ha quedado mencionado que *Holz* desarrolla su posición en varios pasos individuales. En primer lugar, hace

36 *Hörnle*, JZ 2015, 893 (pp. 895 s.).

37 *Weigend*, RW 2010, 29 (p. 51) (“que la dignidad de una persona puede ser violada cuando, después de haberse convertido en víctima de un delito grave, las autoridades estatales le dicen, sin haber cursado investigación alguna, que a nadie le interesa el asunto y que solo a el le resulta imputable el daño o que el es el verdadero culpable”).

38 *Weigend*, RW 2010, 29 (p. 52).

39 *Weigend*, RW 2010, 29 (pp. 52 ss.).

40 *Weigend*, RW 2010, 29 (pp. 53).

suya la idea del deber de protección,⁴¹ poniendo el acento en la obligación estatal de garantizar la seguridad pública (que constituye la base de la legitimidad⁴² del Estado). Este deber de garantizar la seguridad (objetiva) de los ciudadanos, se corresponde con el deber estatal de proteger la seguridad subjetiva, es decir, la (subjetiva) sensación de seguridad de los ciudadanos.⁴³ Este amplio deber estatal de garantizar la seguridad (tanto objetiva como subjetiva) conlleva, entonces, el deber del Estado de criminalizar⁴⁴ (en todo caso, hasta cierta medida)⁴⁵ comportamientos jurídicamente lesivos, lo que a su turno se correspondería también con un derecho subjetivo del ciudadano a las respectivas leyes penales.⁴⁶ Una (amplia) “pretensión a la garantía de seguridad jurídico-penal”⁴⁷ se concretaría, jurídicamente y de modo simple, mediante la respectiva norma penal que protege el bien jurídico individual⁴⁸ y que, a su vez, “concede a la persona realmente lesionada [...] un derecho público subjetivo a la restitución de esta norma, en forma de una sentencia sobre el desvalor ético-social”.⁴⁹ La posibilidad de que, en el caso concreto, se viole este derecho, activaría finalmente la garantía de acceso a la justicia contenida en el artículo 19.4 de la Ley Fundamental.⁵⁰ Detrás del derecho público-subjetivo a obtener una satisfacción, por así decirlo, *Holz* ve, sobre todo, un “interés (de la víctima) en la restitución de su confianza en la norma”.⁵¹

41 *Holz* (nota 32), pp. 61 ss., especialmente p. 62 s. (“El deber estatal de garantizar la seguridad está constitucionalmente entrelazado con los derechos fundamentales de la libertad”); *ib.* nota 55.

42 *Holz* (nota 32), p. 63 (“como contra-cara del monopolio del uso de la fuerza, el Estado debe, en adelante, proporcionar seguridad”).

43 *Holz* (nota 32), pp. 64 ss., p. 79. Para *Holz* esto se deriva de la naturaleza del concepto de seguridad, que posee cabeza de Jano. (pp. 70 ss.).

44 *Holz* (nota 32), pp. 80 ss., 88 ss.

45 *Holz* (nota 32), p. 92.

46 *Holz* (nota 32), pp. 92 ss.

47 *Holz* (nota 32), p. 97.

48 *Holz* (nota 32), pp. 109 y ss.

49 *Holz* (nota 32), p. 204.

50 *Holz* (nota 32), pp. 109 ss., especialmente pp. 114 ss.

51 *Holz* (nota 32), p. 135.

Estas consideraciones presentan cierta afinidad con varias de las decisiones recientes (de Sala) del Tribunal Constitucional Alemán. En dichas decisiones, a pesar de asumir que -en principio- no existe un derecho a la persecución penal,⁵² se afirma luego que tal derecho puede reconocerse (excepcionalmente) en casos de delitos graves contra la vida, la integridad física, la autodeterminación sexual y la libertad, así como aquellos cometidos por funcionarios públicos o dirigidos contra víctimas privadas de su libertad.⁵³ A este respecto, cabe destacar la reiterada afirmación respecto de la existencia de una “pretensión [i!] a obtener una persecución penal efectiva”:

...allí donde las personas no están en condiciones de prevenir la comisión de delitos importantes contra sus bienes jurídicos más valiosos -la vida, la integridad física, la autodeterminación sexual y la libertad personal- y una renuncia a la persecución efectiva de tales hechos pueda dar lugar a un cuestionamiento de la confianza en el monopolio estatal de la fuerza y a un clima general de inseguridad jurídica y violencia, sobre la base de las frases 1 y 2 del artículo 2.2, junto con la frase 2 del artículo 1.1 de la Ley Fundamental, puede exigirse la intervención del Estado y sus órganos a través de los medios del Derecho penal.⁵⁴

Esta pretensión también puede surgir:

52 *BVerfG*, Resolución del 26.6.2014 - 2 BvR 2699/10, Nm. 8; *BVerfG StV* 2015, p. 203 (pp. 203 s.); *JZ* 2015, p. 890 (p. 891); *NStZ-RR* 2015, p. 347 (p. 348).

53 *BVerfG*, Resolución del 26.6.2014 - 2 BvR 2699/10, Nm. 8; *BVerfG StV* 2015, p. 203 (p. 204); *JZ* 2015, p. 890 (p. 891); *NStZ-RR* 2015, p. 347 (p. 348).

54 *BVerfG JZ* 2015, p. 890 (p. 891); previamente, ya en esta línea, *BVerfG*, Resolución del 26.6.2014 - 2 BvR 2699/10, Nm. 10; *BVerfG StV* 2015, p. 203 (p. 204); *NStZ-RR* 2015, p. 347 (p. 348), todas las cuales añaden que tal derecho (en el caso de delitos capitales) y de conformidad con el art. 6.1, en relación con el art. 2.2, frase 1 y el art.1.1 de la Ley fundamental, pueden ser ejercidos por familiares cercanos. Crítico en esta medida, *Sachs*, *JuS* 2015, p. 376 (p. 378) sin una justificación viable. Es interesante que, en su argumentación, el Tribunal Constitucional Alemán *EuGRZ* 2010, p. 145 (p. 147) haya ido más allá de la mera referencia a un “clima general de inseguridad jurídica y violencia”, refiriéndose a una “situación que en casos individuales conduce a un peligro para la vida y la salud”.

(...) a partir de una obligación estatal específica de asistencia y custodia con respecto a las personas (...) que le han sido confiadas. Especialmente, en el caso de relaciones jurídicas estructuralmente asimétricas (que en función del art. 2.2 de la Ley Fundamental conceden a los lesionados posibilidades limitadas de defenderse contra injerencias jurídico-penalmente relevantes de sus bienes jurídicos -p. ej., en la aplicación de medidas de seguridad o ejecución de la pena-), a las autoridades de enjuiciamiento penal les incumbe un deber especial de diligencia, el cual deben respetar cuando llevan a cabo las investigaciones y evalúan los resultados encontrados.⁵⁵

(...) también vienen a consideración los casos en los que el reproche se formula a funcionarios públicos que han cometido delitos mientras desempeñaban sus funciones soberanas. Una renuncia a la persecución efectiva de esos delitos, puede socavar la confianza en la integridad de las acciones estatales. Por lo tanto, debe evitarse la impresión de que las investigaciones contra los funcionarios del Estado son menos eficaces, o que se imponen cada vez más exigencias para el enjuiciamiento de tales delitos”.⁵⁶

A continuación, analizaré críticamente esta jurisprudencia en el contexto del desarrollo de mi posición (*infra* III.). En cualquier caso, la opinión del Tribunal Constitucional Alemán, según la cual no debe reconocerse un verdadero derecho subjetivo a *determinadas* medidas de investigación, merece ser aprobada. La idea de que las víctimas de los delitos (o bien, en el caso de los homicidios, sus familiares)⁵⁷ pueden, p. ej., hacer valer un derecho o pretensión a la

55 *BVerfG* JZ 2015, p. 890 (pp. 891 s.); NStZ-RR 2015, p. 347 (p. 348); StV 2015, p. 203 (p. 204); ya previamente, *BVerfG*, Resolución del 26.6.2014 - 2 BvR 2699/10, Nm. 12.

56 *BVerfG* JZ 2015, p. 890 (p. 892). Ya antes conforme a esta línea, *BVerfG*, Resolución del 26.6.2014 - 2 BvR 2699/10, Nm. 11; *BVerfG* StV 2015, p. 203 (p. 204); también *BVerfG* NStZ-RR 2015, p. 347 (p. 348).

57 Véase, por ejemplo, *Weigend*, RW 2010, 39 (pp. 39 ss. con mayores referencias).

imposición de la prisión preventiva contra un acusado en sede judicial, obviamente, no encaja en el modelo del Código Procesal Penal Alemán (a partir de aquí, *StPO*), al margen de todas las revalorizaciones que ha experimentado la parte lesionada o la víctima.⁵⁸ Por otra parte, del art. 19.4 de la Ley Fundamental⁵⁹ se desprende, en pleno sentido *holziano*, que el efectivo derecho a una investigación y persecución jurídico-penal debe ser sometido a control judicial.⁶⁰

2.3. Ius y obligatio puniendi: pretensiones de protección jurídico penal y los derechos humanos

La derivación de verdaderos deberes de criminalización, inves-

58 Acertada en los resultados, también *Hörnle JZ* 2015, p. 893 (p. 894), de manera tal que su referencia a la falta de una “distancia emocional” de los potenciales titulares de la pretensión o derecho parece problemática, pues la agitación emocional o, dado el caso y de forma especial, la ausencia de conocimientos técnicos también repercute en la jurisprudencia de los procedimientos a instancia de parte previstos de *lege lata*, en los cuales se obliga al Ministerio Público a presentar cargos (véase el art. 175 del Código Procesal Penal Alemán). De este modo (a diferencia de lo sostenido por Hörnle, op. cit.), se puede discutir la existencia de un verdadero derecho al procesamiento (véase más abajo el texto principal correspondiente a las notas 118 ss.)

59 Resulta interesante que en Canadá exista un derecho funcionalmente equivalente, en forma de art. 24.(1) de la Carta. Si los derechos reconocidos a los ciudadanos canadienses en la Carta son violados en el extranjero mediante, p. ej., encarcelamiento ilegal o trato inhumano por parte de otro Estado, le corresponde al Estado canadiense tomar medidas -como resultado de la garantía a la pretensión de justicia bajo el 24.1 de la Carta (ver *Canada [Prime Minister] v. Khadr*, [2010] 1 S.C.R. 44, (47))- para proteger activamente a sus ciudadanos (véase *Khadr v. Canada [Prime Minister]*, [2009] FC (Federal Court) p. 405, párr. 50 ss. [párr. 64: “Canada had a duty to protect Mr. Khadr from being subjected to any torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, from being unlawfully detained, and from being locked up for a duration exceeding the shortest appropriate period of time.”], párr. 71 ss. [Deber de protección como “principle of fundamental justice”]). Sobre esto (con especial consideración del Derecho Internacional) *Orange Nat. 'l J. Const. L.* 28 (2011), p. 207 (p. 208 y p. 232: “the courts should acknowledge that a new model of ‘sovereignty as responsibility provides a constitutional obligation for states to act to protect individuals”); más reservado aún *Forcese U.N.B.L.J.* 57 (2007), p. 102 (pp. 112 y ss.) con la evaluación de que “no clear legal obligation to protect exists in Canadian public law”.

60 Véase §§ 172 y ss. *StPO* y la referencia del *BVerfG* a la posibilidad de ejercer el procedimiento a instancia de parte: *BVerfG*, Resolución v. 26.6.2014 – 2 BvR 2699/10, Rn. 11; *BVerfG*, *StV* 2015, 203 (204); *JZ* 2015, 890 (892); *NStZ-RR* 2015, p. 347 (pp. 348 ss.).

tigación, persecución y castigo (y sus correspondientes derechos subjetivos) a partir de las garantías jurídico-constitucionales relacionadas con las víctimas, también ha encontrado paralelismos en la jurisprudencia de Derechos Humanos.

Al igual que las Constituciones Nacionales, las Convenciones de Derechos Humanos respectivas, a saber: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966 (PIDCyP),⁶¹ la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969 (CIDH)⁶² y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950 (CEDH),⁶³ no contienen ninguna referencia normativa *expresa* acerca de la criminalización (etc.). Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDH), pretenden extraer los correspondientes deberes a partir de las cláusulas «ensure» y «right-to-remedy» contenidas en las convenciones, o bien de las reglas relativas al *Fair-Trial*.⁶⁴ Además, tales deberes de protección podrían derivarse ya, en ocasiones, de la propia salvaguarda de los Derechos Humanos.⁶⁵ A este respecto, la jurisprudencia sobre Derechos Humanos también ha ido mutando, dejando de cumplir una función de escudo para empezar a cumplir una función de espada.⁶⁶ Esto, como ya se ha señalado en relación con la legislación

61 BGBl 1973 II, p. 1534.

62 OAS Treaties Series B-32.

63 European Treaties Series N° 5.

64 Art. 2.1, alt. 2, 3 y 14 del PIDCyP; art. 1.1, alt. 2, 25 y art. 8. 1 CIDH; art. 1.13 y 6 CEDH.

65 Análisis detallado del *Seibert-Fohr* Prosecuting Serious Human Rights Violations, 2009. En relación a una obligación de castigar, derivada del Derecho internacional consuetudinario y que recae sobre los Estados en los que tienen lugar los hechos constitutivos de *core crimes*, p. ej. *Werle/Vormbaum* Transitional Justice, 2018, pp. 43 ss.; véase también Ambos, en: *Haldemann/Unger* (ed.), *The UN Principles to Combat Impunity*, 2018, Principio 19, párr. 18 ss., AVR 37 (1999), p. 318 (pp. 319 y ss.).

66 Véase, *supra* nota 25.

constitucional-nacional sobre derechos fundamentales, invierte la función defensiva tradicional de los Derechos Humanos: dichos derechos ya no limitan el *ius puniendi* estatal, sino que deben utilizarse para fundamentar un deber estatal de protección de bienes jurídicos a partir del Derecho penal y también las respectivas pretensiones de las víctimas.⁶⁷

En este sentido, fue pionera la sentencia de la Corte-IDH en el caso *Velásquez-Rodríguez*,⁶⁸ donde se afirma: la cláusula de «garantía» prevista en el art. 1.1 de la CADH obliga a “organizar el aparato del Estado y todas las estructuras por las que se ejerce el poder público” de tal manera que sea posible “prevenir, investigar y sancionar cualquier violación de los derechos reconocidos en la Convención”, así como también “intentar restablecer el derecho infringido y proporcionar la compensación necesaria por los daños y perjuicios que resulten de dicha violación”.⁶⁹ La Corte-IDH ha reafirmado este entendimiento en una serie de decisiones posteriores⁷⁰ que, además del art. 1.1, se asientan también en el art. 8.1 y 8.25 de la CADH.⁷¹ Por último, su jurisprudencia relativa a los deberes estatales de persecución penal en casos de desaparición,

67 Malarino, en: *Gil/Maculan* (Dir.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, 2017, p. 23 (24).

68 CorteIDH, Sentencia 29.7.1988 (*Velásquez-Rodríguez v. Honduras*). Detalladamente sobre esta resolución, *Ambos/Malarino* (coord.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, 3 Bd., 2010, 2011 y 2013), disponible en: <http://www.cedpal.uni-goettingen.de/index.php/investigacion/grupo-latinoamericano-de-estudios-sobre-derecho-penal-internacional>; anteriormente, *Ambos*, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., 1999, pp. 66 ss.

69 CorteIDH, Sentencia 29.7.1988 (*Velásquez-Rodríguez v. Honduras*), par. 166; traducción al alemán en: *EuGRZ* 1989, p. 157 (p. 171).

70 Véase solo CorteIDH, Sentencia 14.3.2001 (*Barrios Altos v. Perú*), párrafos 41 ss.; Sentencias, 25.10.2012 (*Massacres of El Mozote and nearby Places v. El Salvador*), párrafos 143 ss.; Sentencia, 26.11.2013 (*Osorio Rivera y Familiares v. Perú*), párr. 177; Sentencia 19.5.2014 (*Veliz Franco y otros v. Guatemala*), párrafos 183 y 250 ss.

71 Brevemente: CorteIDH, Sentencia 15.3.2018 (*Herzog y otros v. Brasil*), párrafo 312; para jurisprudencia más antigua, véase *Seibert-Fohr* (nota 65), pp. 55 ss.

ejecuciones extrajudiciales y tortura, es de suma importancia.⁷² En este sentido, p. ej., en el caso *Rodríguez Vera y otros vs. Colombia*⁷³ se decidió que el deber estatal de respetar los Derechos Humanos protegidos en la Convención y garantizar su ejercicio (art. 1.1 y 2 CADH), obliga a los Estados contratantes a perseguir los injustos penales que impliquen una infracción a la Convención.⁷⁴

De manera similar, el TEDH ha ido ampliando su comprensión de la CEDH, originalmente más “conservadora”, en el sentido de acotada a la función de escudo, es decir, que se limita a garantizar derechos negativos [del individuo] frente al Estado. A partir de esa ampliación, se afirma que los Estados signatarios deberían tener deberes positivos de protección, en el sentido de la función de espada, incluida la promulgación de leyes penales⁷⁵ y la realización de investigaciones estatales eficaces con el fin de identificar y castigar a los responsables.⁷⁶ Es de particular interés en nuestro contexto que, a juicio del Tribunal y cuando se trata de graves violaciones a los Derechos Humanos, entre esos deberes del Estado se encuentra el de materializar una garantía efectiva de justicia y, por lo tanto,

72 Ferrer Mac-Gregor/Pelayo Möller, en: Steiner/Uribe (Hrsg.), Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario, 2014, p. 42 (p. 48).

73 Tras poner fin el ejército a una toma de rehenes por parte de las FARC, 11 personas que habían estado en el Palacio de Justicia “desaparecieron” (1985).

74 CorteIDH, Sentencia, 14.11.2014 (*Rodríguez Vera et al. v. Colombia*), párr. 459 (“In light of Articles 1(1) and 2 of the Convention, States have a general obligation to ensure respect for the human rights protected by the Convention, and the duty to prosecute wrongful acts that violate rights recognized in the Convention is derived from this obligation”).

75 TEDH, Sentencia v. 26.3.1985 (*X e Y v. Niederlande*), Sentencia 27; Sentencia v. 28.3.2000 (*Kaya v. Türkei*), Nm. 85; Sentencia (Gran Sala) v. 17.1.2002 (*Calvelli und Ciglio v. Italien*), Nm. 51; Sentencia v. 24.6.2008 (*Issak v. Türkei*), Nm. 106; Sentencia (Gran Sala) v. 12.11.2013 (*Söderman v. Schweden*), Nm. 82. Para todo ello, véase también *Holz* (nota 32), p. 89; *Ambos*, *supra*.

76 Véase solo TEDH, Sentencia v. 27.9.1995 (*McCann et al. v. Großbritannien*), Nm. 161; Sentencia v. 28.3.2000 (*Kaya v. Türkei*), Nm. 102; Sentencia v. 13.12.2012 (*El-Masri v. ehem. jugosl. Republik Mazedonien*), Nm. 182; Sentencia (Gran Sala) v. 12.11.2013 (*Söderman v. Schweden*), Nm. 83; Sentencia v. 27.5.2014 (*Marguš v. Kroatien*), Nm. 125, 127; Sentencia v. 24.6.2014 (*Husayn [Abu Zubaydah] v. Polen*), Nm. 540 ss. y consecuentes. Véase también *Ambos*, Derecho Penal Europeo 2018, pp. 217 ss. (en referencia al art. 2, 3 CEDH), con mayores referencias.

también un *derecho* de la víctima.⁷⁷ Si bien la jurisprudencia inicial del TEDH había rechazado la posibilidad de fundamentar derechos de las víctimas recurriendo al derecho a un juicio justo,⁷⁸ lo cierto es que, en 2009, el TEDH invocó esta base en relación al derecho a ser oído en juicio.⁷⁹ Concretamente, el Tribunal de Estrasburgo decidió entonces que una investigación penal, para ser “efectiva”, debe ser adecuada al caso, lo que presupone que “it must be capable of leading to the establishment of the facts and, where appropriate, the identification and punishment of those responsible”.⁸⁰ En general, en casos de violaciones graves a los Derechos Humanos, el reconocimiento de deberes de protección y la exigencia de investigaciones eficaces se han convertido en una constante en la jurisprudencia del TEDH.⁸¹

Por último, el Comité de Derechos Humanos de la ONU asume también el compromiso positivo del Estado de investigar y castigar a los autores de presuntas violaciones a los Derechos Humanos.⁸²

77 TEDH, Sentencia v. 19.2.1998 (*Kaya v. Türkei*), Nm. 107; Husayn (*Abu Zubaydah*) v. *Polen*, (*supra*, nota 76), Nm. 540 ss.

78 TEDH, Resolución v. 16.5.1985 (*Wallén v. Schweden*), N° 10877/84, Nm. 185 (“Accordingly, the applicant has no right under Article 6 para 1 of the Convention to have criminal proceedings instituted against the artist in question.”); Sentencia v. 5.10.1999 (*Grams v. Deutschland*), N° 33677/96 (sin Nm. [“That requirement can be distinguished from those under Article 6 of the Convention, which does not guarantee the right to bring a prosecution against third parties”]).

79 TEDH, Sentencia v. 3.10.2009 (*Kart v. Türkei*), N° 8917/05, Nm. 87 y 111, donde, frente al trasfondo de la inmunidad parlamentaria, se subraya que “the applicant’s right to have his case heard by a court as secured under Article 6 § 1”.

80 TEDH, Sentencia v. 26.4.2016 (*Cangöz et al. v. Türkei*), Nm. 114; véase también Sentencia v. 30.3.2016 (*Armani da Silva v. Großbritannien*), Nm. 229; Sentencia (anterior) v. 14.4.2015 (*Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Türkei*), Nm. 172; Sentencia v. 24.3.2011 (*Giuliani und Gaggio v. Italien*), Nm. 301.

81 Para jurisprudencia reciente, véase TEDH, Sentencia v. 17.11.2015 (*M. Özel et al. v. Türkei*), Nm. 187 ss.; sentencia v. 15.10.2015 (*Abakarova v. Russland*), Nm. 70 (secc. V); Sentencia v. 29.9.2015 (*Zoltai v. Ungarn und Irland*), Nm. 27 ss.; Sentencia v. 14.4.2015 (*Mustafa Tunç und Fecire Tunç v. Türkei*), Nm. 171 ss.; Sentencia v. 24.3.2015 (*Association for the Defence of Human Rights in Romania – Helsinki Committee on behalf of Ionel Garcea v. Rumänien*), Nm. 67; Sentencia v. 27.1.2015 (*Asiye Genç v. Türkei*), Nm. 68 ss.

82 P. ej., *Comité de Derechos Humanos*, Comentario General N° 20 (1992), párrafos 13 ss.; Comentario General N° 31 (2004), párrafos 15, 18; *Nijaru v. Cameroon*, Co-

La falta de investigaciones podría constituir, como tal, una violación del Pacto, pues el Comité también ha observado que, en casos de violaciones graves a los Derechos Humanos, un procedimiento puramente administrativo no resulta suficiente y que es necesario iniciar un procedimiento penal.⁸³ Si bien es cierto que el Comité, a diferencia del TEDH, no percibe la existencia de un *derecho* de las víctimas a la persecución penal, al menos implícitamente reconoce que las investigaciones minuciosas son una forma de materializar la garantía de acceso a la justicia.⁸⁴ En el pasado reciente, ha confirmado su posición -sobre el derecho a un «effective remedy»- al decidir que una violación a los Derechos Humanos debe ser investigada de manera inmediata, minuciosa e imparcial por las autoridades competentes y que deben adoptarse las medidas apropiadas contra la persona responsable.⁸⁵ Esto abarca también las investigaciones jurídico-penales como recurso efectivo de las víctimas directas y sus familiares, lo que daría lugar a que la persona responsable fuera juzgada en el marco de un proceso propio de un Estado de Derecho.⁸⁶

Lo anterior demuestra que, a pesar de todos los reparos *principalistas*, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán acerca de la derivación de deberes de protección jurídico-penales,⁸⁷ se

municación N° 1353/2005, párr. 8; *Saker v. Algeria*, Comunicación N° 992/2001, párrafo 11. Para un desarrollo de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Seibert-Fohr* (nota 65), pp. 11 ss.

83 Véase, p. ej., Comité de Derechos Humanos, *Bautista de Arellana v. Colombia*, Comunicación N° 563/1993, párrafos 8.2, 10; *Coronel et al. v. Colombia*, Comunicación N° 778/1997, párrafos 6.2, 10.

84 Véase *Seibert-Fohr* (nota 65), pp. 22 ss., especialmente, 25 (“Committee regularly distinguishes between the right to an effective remedy pursuant to art. 2[3], including an investigation and compensation, and the general State party obligation to prosecute the crimes and prevent similar violations”).

85 Véase, p. ej., Comité de Derechos Humanos, *MacCallum v. South Africa*, Comunicación N° 1818/2008, párr. 6.7.; *Sathasivam/Saraswathi v. Sri Lanka*, Comunicación N° 1436/2005, párrafos 6.3, 6.4.

86 Véase, p. ej. Comité de Derechos Humanos, *Ernesto Benitez Gamarra v. Paraguay*, Comunicación N° 1829/2008 párrafos 7.5, 9; *Zyuskin v. Russian Federation*, Comunicación N° 1605/2007, párr. 13.

87 Véase *Michelman*, en: *Nolte* (nota 23), p. 156 (p. 167): La idea del deber de protección “appears to be of mainly German origin”. Acerca de la dimensión del deber

ha convertido –al menos en relación a los derechos fundamentales, es decir, los Derechos Humanos- en una práctica ya establecida tanto en el marco nacional como en el internacional (prescindiendo en particular del sistema jurídico del *Common Law*). Concretamente, la jurisprudencia del TEDH muestra, por así decirlo, una tendencia más subjetiva⁸⁸ que la praxis del Derecho constitucional nacional. En particular, la jurisprudencia del TEDH revela una tendencia más subjetiva, por así decirlo, en comparación con la práctica del Derecho Constitucional nacional, según la cual el Tribunal considera que la garantía de protección jurídica del art. 13 del CEDH, es esencial para la “subjetivación” de la obligatoria “dimensión de protección que poseen las garantías del CEDH”⁸⁹ y que, en última instancia, tienen la misma función que los derechos nacionales de acceso a la justicia”.⁹⁰ A la vista de ello, no es de extrañar que, en el contexto dado, tanto las decisiones más recientes del Tribunal Constitucional Alemán -antes mencionadas-⁹¹ como también la doctrina,⁹² se remitan a la jurisprudencia del TEDH.

de protección en la jurisprudencia del TEDH, *Holz* (nota 32), pp. 98 ss.

88 Véase *Holz* (nota 32), p. 100 (“La dimensión del deber de protección de las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos se *subjetiviza* plenamente... no hay distinción entre los deberes de protección jurídico-objetivo y jurídico-subjetivo”).

89 Similar *Holz* (nota 32), p. 104.

90 Véase a este respecto el idéntico alcance del art. 13 de la CEDH, por una parte, y del párr. 4 del artículo 19 de la Ley Fundamental, por otro; *Frowein NVwZ* 2002, p. 29 (p. 30): “El artículo 13 de la CEDH contiene el mismo derecho fundamental que el artículo 19 IV de la Ley Fundamental”.

91 *BVerfG*, Resolución v. 26. Junio 2014 - 2 BvR 2699/10, Nm. 15; *BVerfG StV* 2015, 203 (204); *NStZ-RR* 2015, p. 347 (p. 348).

92 *Holz* (nota 32), p. 89 y pp. 98 ss.; en sentido crítico *Weigend*, *RW* 2010, p. 39 (pp. 46 ss.).

3. VALORACIÓN CRÍTICA Y CONCLUSIONES

3.1. Cuestiones previas

Una vez expuesto lo anterior, si se da un paso atrás y se observa el panorama general, se aprecia lo siguiente: derivar (a partir de derechos fundamentales o humanos) la existencia de un deber estatal de proteger penalmente los bienes jurídicos y, aún más, su subjetivación, puede depender de determinadas valoraciones básicas o precondiciones que, al menos implícitamente, dan forma a las decisiones judiciales relevantes:

- En primer lugar, la idea de que la “espada” jurídico-penal puede ser un medio eficaz para la materialización de los derechos fundamentales/humanos⁹³ y que, aun cuando los derechos individuales han sido tradicionalmente concebidos como *límites* del Derecho penal, de ellos pueden derivarse también deberes jurídico-penales de protección.

- Además de la disposición [Bereitschaft], siempre dentro de los límites que marca el principio de la separación de poderes -esto es, salvaguardando la posición y la función del Poder Legislativo-,⁹⁴ de aceptar un desarrollo jurisprudencial que se refiere – nótense el dilema *escudo-espada!* – a cuestiones fundamentales).⁹⁵

Supuestas estas condiciones previas, que a su vez dependen de

93 Críticamente, a este respecto, Gärditz JZ 2015, p. 896 (p. 899).

94 *R. v. Mills*, [1999] 3 SCR, p. 668 (p. 712) (“...this court has an obligation to consider respectfully Parliaments attempt to respond to such voices.”); véase también *Irwin Toy v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 SCR p. 927 (p. 993) (“Thus, as courts review the results of the legislature’s deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature’s representative function.”). Sobre la postura de la *Appeals Court*, véase *R. v. Miller and Cockriell*, 63 D.L.R. (3d), p. 193 (p. 246) (“...not open to this Court, or any other Court, to substitute its opinion on a matter of fact for that of ‘Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada’...”).

95 *MacDonnell/Hughes* Osgoode Hall L.J. 50 (2013), p. 999 (p. 1037).

evaluaciones jurídico-políticas y no [del todo] cuestionables dogmáticamente, a continuación, desarrollaremos nuestra propia concepción respecto de la cuestión clave, a saber: *si y, en caso afirmativo, cómo se puede fundamentar la existencia de un derecho subjetivo a la criminalización, persecución y castigo.*

3.2. Deficiencias de la jurisprudencia constitucional y de Derechos Humanos

Las citadas decisiones (de Sala) del Tribunal Constitucional Alemán fundamentan la existencia de tal derecho subjetivo como defensa frente a “la puesta en cuestión de la confianza en el monopolio estatal del uso de la fuerza” o a partir del “clima general de inseguridad jurídica y violencia”.⁹⁶ Esto, sin embargo, no es convincente por varias razones. En primer lugar, las pre-condiciones para el surgimiento de los derechos subjetivos que así se formulan, resultan muy difusas.⁹⁷ En el plano de un potencial derecho comparado global, es probable que un “clima general de inseguridad jurídica y violencia” describa formas de anarquía o condiciones generales en Estados (parcialmente) fallidos; si el punto de conexión del Tribunal Constitucional Alemán se interpreta en sentido empírico, tal situación no se produce si no es a partir de un cierto número de delitos (en sí mismos graves).⁹⁸ En segundo lugar, mediante la vinculación a un sentimiento *general* de inseguridad, se plantea la siguiente cuestión: *a quién* deben concederse los respectivos derechos subjetivos. En última instancia, todo ciudadano de una comunidad dominada por ese clima (general) de inseguridad, independientemente de su condición de víctima o de una preocupación concreta, debería tener

96 *Supra*, nota 54 y nota 56 (“Sacudir la confianza en la integridad del accionar estatal...”); en una línea similar, *Holz* (*supra*, texto principal de la nota 41 y ss.).

97 En última instancia, sigue sin aclarar si se trata de un estado de cosas susceptible de constatación empírica, o si se trata de una desestabilización normativa teórico-(penal)ideal. Correctamente, *Gärditz JZ* 2015, p. 896 (p. 897); véase también *Weigend, RW* 2010, p. 39 (p. 48).

98 Críticamente, también *Hörnle, JZ* 2015, p. 893 (p. 895) (“extraordinario”, “Estado injusto”).

derecho a demandar la persecución penal. Esto sería claramente un sinsentido y, además, impracticable.⁹⁹ *Last but not least*, no se proporciona una explicación respecto de por qué los derechos de las víctimas solo deberían existir en caso de delitos contra la vida y la libertad y no, p. ej., en caso de delitos contra la propiedad.¹⁰⁰ Si se cometen delitos contra la propiedad a gran escala (p. ej., en una situación de guerra civil), es probable que se produzca un clima de inseguridad. En la medida en que el Tribunal Constitucional Alemán siga argumentando a partir de la idea de la incapacidad del individuo para “defenderse de delitos penales sustanciales contra sus intereses legales más personales”,¹⁰¹ un derecho subjetivo (de la víctima individual específicamente afectada) a la persecución penal ya no podrá ser fundamentado de manera convincente, pues en el momento en que se plantea la cuestión del derecho (de la víctima) a obtener una persecución penal, los intereses de esta ya han sido violados. Esto es particularmente obvio en casos de homicidio, sobre los que se asentaron tres de las decisiones de la Sala. El derecho a la vida de la víctima no puede ser restituido, y el de sus familiares no se ha visto afectado por el hecho.¹⁰² Un deber jurídico penal de protección solo puede continuar vigente en relación con peligros que continúan existiendo,¹⁰³ como aquellos casos penitenciarios (también tratados por el Tribunal Constitucional Alemán)¹⁰⁴ en los que puede comprobarse su plausibilidad cuando una víctima sobrevive al delito y sigue sufriendo los efectos (psicológicos) de la agresión, pues allí debe restablecerse su confianza en el orden nor-

99 Críticamente, *Hörnle*, JZ 2015, p. 893 (p. 895) (“Falla de razonamiento”); *Gärditz*, JZ 2015, p. 896 (p. 897).

100 Críticamente a este respecto, también *Gärditz*, JZ 2015, p. 896 (p. 898).

101 *Supra*, nota 54.

102 Críticamente, *Weigend*, RW 2010, p. 39 (pp. 48 s.); *Hörnle*, JZ 2015, p. 893 (p. 894) (“la injerencia en el bien jurídico personalísimo del interesado... ya ha terminado”); también con referencia a la jurisprudencia de la CorteIDH, *Malarino* (nota 67), p. 43.

103 *Hörnle*, JZ 2015, p. 893 (p. 894).

104 *Supra*, nota 55.

mativo o en su propia seguridad.¹⁰⁵ Sin embargo, en lo que respecta a este último grupo de casos, no es en absoluto seguro que el Derecho penal, mejor dicho el proceso penal, sea capaz de proporcionar una ayuda decisiva en la superación de las experiencias traumáticas de las víctimas.¹⁰⁶

En el fondo, todas las debilidades de argumentación de las respectivas resoluciones del Tribunal Constitucional Alemán, parecen radicar en que (a diferencia de otra decisión de la Sala, que distingue entre deber de protección y deber de investigación)¹⁰⁷ no diferencian de forma adecuada entre la obligación estatal de protección preventiva respecto de peligros y el eventual deber (subjetivado en una pretensión correspondiente) de ejercer la protección de los bienes jurídicos de forma represiva a través del Derecho penal.¹⁰⁸ Ambos planos parecen confundirse cuando su objeto se hace radicar, al mismo tiempo -o mejor dicho, en la misma medida-, en la prevención de delitos graves contra los intereses personales, el restablecimiento de la confianza en el orden normativo y la seguridad general mediante la aplicación del derecho penal.¹⁰⁹

Sin embargo, una explicación plenamente satisfactoria de la subjetivación de deberes penales para la protección de bienes jurídicos tampoco es ofrecida por la jurisprudencia correspondiente

105 Véase, *Weigend*, RW 2010, p. 39 (p. 49).

106 También críticamente, *Weigend* RW 2010, p. 39 (p. 50): “En última instancia, habría que llegar a la conclusión de que, en la gran mayoría de los casos, el inicio de un procedimiento penal no constituye el medio elegido para restablecer la sensación de seguridad de la persona lesionada”.

107 *BVerfG* EuGRZ 2010, p. 145 (p. 147) (“... protección frente a la injerencia antijurídica de otros... De eso se distingue una pretensión frente al Estado para la investigación efectiva de muertes sospechosas”). Nótese sin embargo la crítica de *Hörnle*, *JZ* 2015, p. 893 (p. 894) según la cual la diferenciación previamente enfatizada se mantiene luego de manera consistente.

108 Críticamente, tanto *Hörnle*, *JZ* 2015, p. 893 (p. 894) como *Sachs*, *JuS* 2015, p. 376 (p. 377), señalan que las características de una situación de peligro o de un clima de inseguridad jurídica en la *BVerfG* EuGRZ 2010, p. 145 (p. 147), se siguen yuxtaponiendo alternativamente, pero también luego de forma cumulativa.

109 *Supra*, nota 54.

en materia de Derechos Humanos (considerada en perspectiva)¹¹⁰ pues, en última instancia, sigue siendo vaga respecto a la derivación exacta de esos derechos; y esto resulta, sin embargo, necesario para determinar el alcance de las pretensiones de las víctimas. Una confusión de la perspectiva preventiva y represiva, similar a la que se presenta en la ya discutida jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional Alemán, parece inherente al hecho de que el TEDH pretende decidir retrospectivamente sobre la violación de garantías del Convenio.¹¹¹ En todo caso, las resoluciones pertinentes alternan entre la perspectiva de deberes objetivos de “garantía” y la perspectiva de derechos subjetivos de las víctimas, sin profundizar en ello.¹¹² De una forma dogmáticamente insegura y, en última instancia, pragmática, las resoluciones parecen apuntar, sobre todo, a lograr un “efecto preventivo intimidatorio” a través de las investigaciones estatales en los casos de fallecimiento de presos. Este efecto debería ser garantizado (orientación a los resultados) por la posibilidad de denuncia creada a partir de la vía de la subjetivación,¹¹³ esgrimiendo para ello -y a voluntad discrecional- tanto argumentos deontológicos como consecuencialistas.¹¹⁴

3.3. La combinación entre una argumentación orientada a la víctima y la efectiva garantía de justicia

En última instancia, una *obligatio puniendi* subjetivada solo

110 Una crítica general a la CorteIDH puede encontrarse en *Malarino* (nota 67), pp. 23 ss. (pp. 37 ss.); en relación al TEDH, véase *Weigend*, RW 2010, p. 39 (pp. 47 ss.); *Hörnle*, JZ 2015, p. 893 (p. 894).

111 Véase *Weigend*, RW 2010, p. 39 (p. 47) (la derivación y el contenido de la pretensión... oscuro).

112 *Malarino* (nota 67), pp. 39 s.

113 Breve, *Gärditz* JZ 2015, p. 896 (p. 899): “La vinculación *subjetivante* con el art. 2 de la CEDH sirve sobre todo para abrir la facultad de recurrir y, en este sentido, se trata más bien de un artimaña procesal para poder juzgar en casos de ‘desaparición forzada’ o directamente de homicidio, puesto que, en caso contrario, la privación general de derechos y la arbitrariedad estatal amenazarían en los salones oscuros sin justicia”.

114 *Malarino* (nota 67), p. 42.

puede encontrar apoyo en una combinación entre la argumentación orientada a la víctima y la dirigida a la garantía efectiva de acceso a la justicia. Sobre esta base, la posibilidad de la instancia de parte -tal y como está prevista en los §§ 172 ss. del *StPO*-¹¹⁵ puede ser ampliada.¹¹⁶ Es cierto que esto no expresa ningún principio jurídico exclusivamente objetivo,¹¹⁷ pues el incoar dicho procedimiento depende únicamente de la decisión subjetiva de la parte perjudicada (que en su caso puede no estar enterada).¹¹⁸ Así pues, el procedimiento a instancia de parte puede ser visto como instrumento orientado a la idea de una protección jurídica efectiva (artículo 19.4 de la Ley Fundamental) que, en tanto anticipación específicamente penal, encaja en el sistema de coordenadas normativo de la Ley Fundamental y sirve para proteger los derechos *subjetivos* de la víctima que, a su vez, pueden derivarse del principio de legalidad y del monopolio del Estado en materia de enjuiciamiento.¹¹⁹ Un ordenamiento procesal que prevé tal derecho (como el *StPO*) debe tener en cuenta que, una vez cometido el hecho punible, por así decirlo, la respectiva pretensión punitiva del Estado se solapa

115 Véase ya, *supra* notas 60 ss. Sobre el trasfondo del origen del § 172 ss. *StPO*, véase *Machalke* Die Funktion des Oberlandesgerichts im Klageerzwingungsverfahren, 1996, pp. 35 ss., y, en el contexto dado, en particular *Hall/Hupe*, *JZ* 1961, p. 360 (p. 362); véase también, *infra*, nota 123.

116 Véase, *Hörnle*, *JZ* 2015, p. 893 (p. 894).

117 Si se quisiera ver esto de una manera diferente, habría una necesidad urgente de reforma, especialmente porque el procedimiento a instancia de parte es extremadamente raro (en términos de cantidad de procedimientos terminados) y, en mi opinión, en la práctica nunca tiene éxito. En este contexto, el procedimiento de ejecución forzada, en particular, no puede explicarse de forma convincente como un aseguramiento (exclusivo) del principio de legalidad. Véase a este respecto, específicamente, *Kirstgen* Das Klageerzwingungsverfahren, 1989, p. 49 (“No cabe suponer que, si el legislador realmente hubiera querido un efectivo aseguramiento del principio de legalidad, hubiera proporcionado solo un elemento tan imperfecto como el procedimiento de instancia de parte”); también *Gössel*, en: *FS Dünnebier*, 1982, p. 121 (y 143 con mayores referencias).

118 Véase, *Maiwald* GA 1970, p. 33 (pp. 51 s.) (no hay una orientación “hacia un control objetivamente efectivo del cumplimiento del principio de legalidad”, „ya que la persona perjudicada puede abstenerse de ser procesada por motivos no objetivos y arbitrarios”).

119 Convincente, *Roxin/Schünemann* Strafverfahrensrecht, 29ª ed., 2017, § 41 Nm. 2.

con la posición jurídica subjetiva de la parte perjudicada/víctima.¹²⁰ Dicho ordenamiento reconoce un *derecho subjetivo* a que se realicen investigaciones (penales)¹²¹ y a la interposición de una acción pública,¹²² detrás del cual se encuentran derechos subjetivos que surgen precisamente de la comisión del delito. Si se supone que el procedimiento a instancia de parte se fundamenta en un derecho subjetivo a las investigaciones -o a la interposición de una acción-, la búsqueda de una descripción adecuada respecto de quién resulta ser la “parte perjudicada” que puede incoar la acción del procedimiento a instancia de parte -lo que actualmente no está previsto por la ley-, refleja la cuestión de la titularidad del derecho subjetivo (sustantivo) subyacente. Esto debería poder aplicarse en el siguiente sentido: se concede al Estado un derecho (al menos también) subjetivamente fundamentado a la sanción, cuando alguien -es decir, una persona física o jurídica-¹²³ ha *lesionado directamente un*

120 *Hall/Hupe*, JZ 1961, p. 360 (p. 362) (“... paralelismo de las pretensiones punitivas del Estado y del perjudicado...”); claramente además, *Kalsbach* Die gerichtliche Nachprüfung von Maßnahmen der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, 1967, p. 96 (“Dentro de los límites del principio de legalidad, el perjudicado tiene un derecho público sustantivo a que, si las investigaciones proporcionan una causa suficiente para ello [§ 170.I], el abogado del Estado (StA) haga lugar a su solicitud de enjuiciamiento público. En principio, este derecho está reconocido en el § 172; *Maiwald* GA 1970, 32 (52) (el perjudicado tiene “una pretensión personal de satisfacción que va más allá de la pretensión punitiva -casi anónima- del Estado”); algo impreciso *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14ª ed. 2018, Nm. 344 (también “protección de la parte perjudicada que tiene un interés en que el delito del cual ha sido víctima sea realmente perseguido”); similar *Jans*, Die Aushöhlung des Klageerzwingungsverfahrens, 1990, p. 12 (también “la consecución de los intereses de la parte perjudicada”).

121 Argumento del § 173.3 StPO: El Tribunal Superior de Justicia (OLG) puede ordenar investigaciones para establecer una sospecha suficiente de un delito (véase, p. ej., *HK-GS/Pflieder/Ambos*, 4ª ed. 2017, § 173 Nm. 2). En la medida en que sea evidente que éstas dan lugar a suficientes sospechas, el OLG ordenará investigaciones (*Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 62ª ed. 2019, § 173 Nm. 3, con mayores referencias). [Das OLG kann Ermittlungen zum hinreichenden Tatverdacht anordnen (vgl. etwa *HK-GS/Pflieder/Ambos*, 4. 2017, § 173 Rn. 2). Soweit ersichtlich ist, dass diese den hinreichenden Tatverdacht erwarten lassen, wird das OLG Ermittlungen veranlassen (*Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 62. Aufl. 2019, § 173 Rn. 3 m.w.N.)].

122 Véase § 175 StPO.

123 Véase *Meyer-Goßner/Schmitt* (nota 121), § 172 Nm. 10.

bien jurídico,¹²⁴ o bien cuando “se menoscaban de tal manera sus intereses legítimos que su demanda por la persecución penal surge como reconocimiento de la necesidad de retribución”.¹²⁵

Así, también las recientes resoluciones de las más altas instancias judiciales asumen como punto de partida que la jurisprudencia constitucional actual “obliga [...], en la ejecución de procedimientos a instancia de parte conforme a los §§ 172 y ss. del *StPO*”, “a controlar” el “cumplimiento de la pretensión del ciudadano a una persecución penal efectiva”, que “representa una concreción del deber estatal de protección del art. 2.2, frases 1 y 2, junto con el art. 1.1, frase 2 de la Ley Fundamental”.¹²⁶ Por otra parte, en la medida en que se afirme (a menudo de forma bastante apodíctica, pero en cualquier caso de forma objetivamente breve) que el procedimiento a instancia de parte sirve –exclusivamente– para salvaguardar el principio de legalidad,¹²⁷ esto no explica por qué sólo un grupo limi-

124 Véase *Meyer-Goßner/Schmitt* (nota 121), § 172 Nm. 9, con mayores referencias.

125 Ib. *Schmidt*, Lehrkommentar zur *StPO* II, 1957, § 171 Nm. 12 con mayores referencias; conforme también *Roxin/Schünemann* (nota 119), § 41 Nm. 5 (hoy opinión dominante); crítico, *LR/Graalman-Scheerer*, *StPO*, 27ª ed. 2018, § 172 Nm. 48. Véase aquí, bajo la perspectiva histórico-jurídico, *Hall/Hupe*, *JZ* 1961, p. 360 (p. 362) con referencia a las materias del *StPO* (*Hahn*, *Die gesamten Materialien zur StPO*, 1888). Además, *Maiwald* GA 1970, p. 32 (p. 52), ve la definición mencionada en el texto principal como una transcripción de un “reclamo personal de satisfacción arraigado en la función del ordenamiento jurídico-penal de proteger los bienes jurídicos”.

126 Tribunal Superior de Justicia (OLG) Bremen *StV* 2018, p. 268 (p. 270), en referencia al *BVerfG* *NJW* 2015, p. 150 (= *StV* 2015, p. 203) y p. 3500; *NStZ-RR* 2015, p. 347; en conformidad, *Zöller* *StV* 2018, p. 274 (p. 275) en referencia comparativa a las “«obligaciones positivas»”, que el TEDH deriva del art. 2.1 del CEDH (para mayores detalles, véase: *FS Kühne*, 2013, p. 629 [pp. 632 ss.]). Finalmente, véase también *BVerfGE* 116, p. 1 (p. 11) (“La Ley Fundamental garantiza una amplia protección jurídica solo para proteger los derechos subjetivos...”) y v. *Münch/Kunig/Krebs*, *GG*, 6ª ed. 2012, art. 19, Nm. 64 ss.; *Maunz/Dürig/Schmidt/Abmann*, *GG*, 72ª ed., julio de 2014, p. 3, art. 19.4, Nm. 116, acerca de que -desde una perspectiva constitucional- la concesión de una garantía de protección judicial, en el sentido del artículo 19.4 de la Ley Fundamental, presupone un derecho subjetivo.

127 Véase, p. ej., *LR/Graalman-Scheerer* (nota 125), § 172 Nm. 1: “según la opinión general, [el procedimiento de instancia de parte] sirve para controlar el principio de legalidad”).

tado de personas puede instar este procedimiento, ni por qué no se ha previsto ningún otro procedimiento de instancia popular para los casos de delitos sin partes perjudicadas individuales.¹²⁸

En cuanto a la *calidad* de estos derechos, parece necesario asumir que se trata de derechos subjetivos *jurídico-constitucionales*. De esta forma, el derecho subjetivo a una investigación o a instar una acción judicial, compite con los derechos (subjetivos) de libertad que son garantizados, al autor del hecho, por el Derecho constitucional.¹²⁹ Estos deben poder existir, como tales y frente a los derechos del acusado, independientemente de la regulación del *procedimiento* a instancia de parte. Sin embargo, estos derechos no pueden fundamentarse sobre una base preventivo-general. Todos estos enfoques encuentran dificultades prácticamente insuperables a la hora de limitar de manera comprensible el círculo de potenciales titulares de derechos.¹³⁰ El hecho de adoptar una visión retrospectiva, como muestra ya este aspecto, no tiene por qué concebirse como un retroceso, siempre y cuando se lo haga en el contexto dado y se asientan los derechos subjetivos de investigación, persecución, acusación y castigo en el punto de partida del principio de culpabilidad, anclado aquí en los art. 1.1 y 2.1 de la Ley Fundamental.¹³¹ Sólo en la medida en que el hecho del autor pueda ser reprochado, podrá el Estado imponerle una pena (*nulla poena sine culpa*).¹³² Y al mismo tiempo, solo puede hablarse de una “justificada y reconocida

128 Véase, en este sentido, únicamente *MüKo/Kölbel*, StPO, 1ª ed. 2016, § 172 Nm. 2, con mayores referencias.

129 Este pensamiento recuerda el problema de la espada y el escudo; véase *supra* el texto principal en la nota 25 y consecuentes.

130 ¿Por qué, por ejemplo, los familiares de un conductor de un vehículo blindado asesinado en un robo tienen un derecho subjetivo a las investigaciones, pero no los colegas del muerto, que cada nuevo día asumen los mayores riesgos asociados a su profesión de convertirse en víctimas de un crimen violento? Véase ya el texto principal de la nota 102.

131 *BVerfGE* 25, 269 (285); también *BVerfGE* 20, 323 (331); 50, 125 (133); 50, 205 (214 f.); 128, 326 (376); 123, 267 (413); 133, 168 (197).

132 Similar, *Frisch*, *NSZ* 2013, 249 (250) con mayores referencias.

necesidad de retribución”¹³³ cuando existe reprochabilidad. La tesis reza: el principio de culpabilidad ya tiene un lado subjetivo, porque su requisito objetivo -la reprochabilidad de la lesión del Derecho (en tanto presupuesto de la pena estatal)- constituye la razón que justifica la creación un derecho subjetivo a la investigación/persecución/acusación/castigo. Es precisamente este contenido objetivo el que se comunica o transmite en el proceso penal (en particular a través del principio de legalidad) y que finalmente se activa mediante el reclamo de la garantía de acceso la justicia (también anclada en el derecho constitucional) en la forma de un procedimiento a instancia de parte (artículo 19.4 de la Ley Fundamental).¹³⁴

Ahora, si del principio de culpabilidad se derivan derechos subjetivos de investigación y eventual enjuiciamiento, especialmente canalizados por vía del principio de legalidad y la instancia de parte, entonces este modelo debe estar en condiciones de poder explicar (en el plano constitucional) las restricciones del principio de legalidad y del procedimiento a instancia de parte. A este respecto, se pueden distinguir varios grupos de casos. En primer lugar, las normas relativas a la suspensión de la persecución penal -como los §§ 153 y 153a del *StPO*- están basadas en la idea de una culpabilidad mínima o [de algún otro modo] compensada. Aquí no se puede hablar (o en su caso, ya no se puede seguir hablando) de una necesidad *justificada* de retribución por parte de la víctima. Por el contrario, un sobreseimiento por bagatela (conforme al § 153 del *StPO*) queda particularmente descartado si la culpabilidad, según la medida de la infracción del deber o las repercusiones imputables del hecho, no es significativamente inferior a la media;¹³⁵ o si -a pesar del bajo nivel de culpabilidad- existe un interés público en la persecución penal, debido a que el hecho ha producido consecuencias extraordinarias que no pueden atribuirse al acusado de

133 Supra, texto principal de la nota 125.

134 Véase, nuevamente, *Roxin/Schünemann* (nota 119), § 41 Nm. 2.

135 Véase *HK-GS/Pfordte* (nota 121), § 153 Nm. 2.

modo culpable.¹³⁶ Estos criterios se corresponden con un interés justificado -o al menos comprensible- de la víctima en la retribución del hecho. En lo que respecta al § 153a del *StPO*, es probable que la “necesidad de retribución”¹³⁷ -reconocida originariamente como justificada- desaparezca, si el acusado se somete a determinadas sanciones que, aun cuando no sean de carácter penal, “sirvan para satisfacer el injusto cometido”¹³⁸. Las *acciones privadas*, por otra parte, conciernen a los casos en los que, conforme a las circunstancias, se puede solicitar a la víctima que se haga cargo de la realización de su propio interés.¹³⁹

Si las constelaciones anteriormente vistas pueden agruparse bajo un denominador común, esto es, la reducción en el interés legítimo del Estado en la persecución penal, entonces una disposición como la del § 153c *StPO* genera que los intereses estatales en la persecución penal entren en juego con *intereses contrapuestos (en su mayoría) públicos*, algunos de los cuales “se encuentran más allá de la justicia penal”.¹⁴⁰ Sin embargo, disposiciones como la del § 153d *StPO*, no pueden explicarse en términos procesales y, por lo tanto, inevitablemente deben ser objeto de reparos desde la perspectiva procesal penal.¹⁴¹ En particular, los casos en que “la consideración de intereses políticos extra-criminales pueden tener incidencia, incluso en delitos graves”¹⁴² solo se dejan presentar como cuestión de

136 *BGHSt* 10, 259 (p. 263 s.); *HK-GS/Pfordte* (nota 121), § 153 Nm. 3; *Meyer-Goßner/Schmitt* (nota 121), § 153, Nm. 7.

137 *Supra*, nota 125.

138 Véase *Meyer-Goßner/Schmitt* (nota 121), § 153a, Nm. 12.

139 Esto queda especialmente claro en el N° 86.2 del *RiStBV*, en donde se hace referencia a la afectación del “círculo vital de la persona lesionada” o si “puede esperarse” que se interponga una acción privada. Si este es el caso, no se puede decir que sea necesaria la implementación de un derecho subjetivo a la persecución por parte del Estado.

140 Véase *SK-StPO/Weißlau/Deiters*, 5ª ed., 2016, § 153c Nm. 1; *Bock*, GA 2010, p. 589 (p. 591).

141 Claramente al respecto, *Rüping*, *Das Strafverfahren*, 3ª ed., 1997, Nm. 342: “jurídico-estatalmente dudoso”.

142 Véase *Bock*, GA 2010, p. 589 (p. 590).

proporcionalidad en la persecución penal,¹⁴³ cuando se afirma que la pretensión de evitar riesgos para la paz *jurídica* está alineada con la evitación de los inconvenientes de la política (exterior).¹⁴⁴ Probablemente, resulte más convincente traer a colación que ciertos puntos de vista, ajenos al procesal penal, pueden resultar decisivos para ampliar, consecuentemente, el horizonte de consideraciones, permitiendo así la vinculación entre los intereses penales y los extrapenales.¹⁴⁵ Esto conduce a un “principio de ponderación de intereses” como “principio general del Derecho que rige por necesidad lógico-material”.¹⁴⁶ Se trata de una “ponderación de intereses que va más allá del Derecho penal y da prioridad a ciertos intereses del Estado por sobre los objetivos de la política criminal”.¹⁴⁷ Cuando

143 En su caso, que el enjuiciamiento de un delito grave pueda, en las circunstancias actuales, perturbar las relaciones diplomáticas de la República Federal Alemana o determinados objetivos de política exterior del Gobierno Federal (véase SK-StPO/Weßlau/Deiters [nota 143], § 153c Nm. 1), nada tiene que ver con el hecho de si es necesario el enjuiciamiento del acusado o si bastan medidas menos drásticas (por ejemplo, un procedimiento disciplinario). Tampoco se trata de la prohibición de supra-protección (*Übermaßverbot*): después de sopesar todas las circunstancias (en la medida en que sean relevantes), puede ser razonable que se exija al acusado la carga de soportar el proceso penal (sobre el principio de proporcionalidad en el proceso penal; véase, p. ej., LR-StPO/Kühne, 27^a ed., 2016, Introducción I, Nm. 97, con mayores referencias). Esto, por supuesto, no significa que no existan consideraciones de política exterior que puedan impedir el proceso. El hecho de que la política (exterior) y las consideraciones jurídicas pueden efectivamente divergir se alcanza a ver, p. ej., en la decisión sobre los aviones no tripulados de la Tribunal Superior Administrativo (OVG) de Münster, Sentencia v. 19.3.2019 - 4 A 1361/15 (razón oral de la sentencia: http://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/11_190319/Muendliche_Urteilsbegrueundung.pdf), p. 6 (“Por lo tanto, la cuestión de si el derecho internacional permite las misiones de aviones teledirigidos armados en el Yemen y, en caso afirmativo, dentro de qué límites, no es una cuestión política, sino jurídica) y consecuentes.

144 Así, Rieß NSTz, 1981, p. 2 (pp. 5 s.); sin embargo, de manera diferente, en: FS Dünnebier, 1982, p. 149 (p. 156).

145 Véase a este respecto Rieß, en: FS Dünnebier, 1982, p. 149 (p. 156), donde se explica (plausiblemente) que el principio de proporcionalidad requiere “como punto de referencia, una persona individual afectada”, “a partir de cuya carga se pueda medir la «proporcionalidad»”.

146 Rieß es: FS Dünnebier, 1982, p. 149 (pp. 156 s.).

147 Así, Bloy GA, 1980, p. 161 (p. 178); LR-StPO/Beulke, 26. ed., 2008, § 153d Nm. 1 con mayores referencias, habla de una “manifestación del pensamiento del estado de necesidad”.

este sea el caso, la parte perjudicada debe aceptar que su interés en la persecución penal (en su caso, legítimo), no será materializado a través del Estado. Esto puede justificarse (en el caso de ciudadanos perjudicados) sobre la base de la idea estatal-contractual, según la cual la persona lesionada, necesariamente, tiene (o debe tener) un interés en el mantenimiento del “orden estatal”, del que en última instancia también se beneficia. En este sentido, se puede establecer -de manera plausible- un paralelismo fundamental entre los intereses estatales y los intereses individuales en juego.¹⁴⁸ Este paralelismo entre la ponderación extrapenal de los intereses públicos y el plano de los derechos subjetivos o los intereses individuales, es más difícil establecer cuando se trata de víctimas que son personas externas a la sociedad (como, p. ej., en la decisión sobre el vehículo aéreo no tripulado del Tribunal Administrativo Superior de Münster, así como en otros casos penales que resultan comparables). A este respecto, el criterio de los intereses superiores en conflicto tendrá que ser tratado de manera restrictiva, a fin de evitar una depreciación sustancial de las posiciones constitucionales y de los Derechos Humanos de las personas lesionadas.¹⁴⁹

La clasificación de las distintas alternativas para la suspensión del procedimiento, asentadas en intereses extra-penales, muestra una cierta intersección con la siguiente pregunta: ¿en qué medida los derechos subjetivos -no solo a la persecución penal sino también a la penalización- pueden derivarse del principio de culpabilidad? Porque tanto aquí como allá, existen criterios que están en un primer plano -o, en su caso, decisivamente en primer plano- y que (a

148 Interés/preensión de persecución penal vs. interés en la salvaguarda del orden estatal (del cual la parte lesionada también se beneficia).

149 Por lo tanto, recurrir al § 153d del StPO será más adecuado cuando se trate de constelaciones de casos individuales que presenten caracteres similares a los del estado de necesidad, es decir, que permitan acciones de puesta en libertad a favor de terceros cuyos bienes jurídicos -mejor dicho, derechos fundamentales o Derechos Humanos- estén en juego (véase *Meyer-Goßner/Schmitt* (nota 124), § 153d, Nm. 1 en relación con el § 153c Nm. 15), pero no tanto cuando ello equivalga, en última instancia, a sancionar las prácticas infractoras en curso.

diferencia de las decisiones de suspensión conforme a los §§ 153, 153a del *StPO*) nada tienen que ver con el caso concreto. En cuanto a la pregunta sobre la pretensión subjetiva de penalización, entra en juego el principio de proporcionalidad: los comportamientos que todavía no han sido penalizados, en vista de la injerencia que ello supone para la libertad general de acción, solo pueden ser conminados con pena si, debido a su peligrosidad, esto se considera indispensable para lograr el objetivo de la protección de la sociedad.¹⁵⁰ Además, el rango del bien jurídico a proteger es de especial importancia: si es de un rango particularmente alto, el legislador tiene abierta la posibilidad para penalizar todas las posibles formas de ejecución del delito, especialmente aquellas que impliquen un delito de resultado, ya sea de lesión o de peligro. Si se trata de bienes jurídicos menos significativos, o de bienes jurídicos difusos, se debe hacer especial hincapié en el desvalor de acción y, por tanto, solo se pueden penalizar las formas de agresión más peligrosas.¹⁵¹ Desde el punto de vista de las personas afectadas por tales conductas (que en caso de penalización se transformarían en víctimas), esto significa que un derecho subjetivo a tal penalización no puede entrar en consideración en todos aquellos casos en los que, en función de las disposiciones mencionadas, el Estado carece ya de la posibilidad de penalizar.

A la inversa, los criterios (jurídico-penales) anteriores, derivados del deseo de protección de los bienes jurídicos sobre la base de un merecimiento y necesidad de pena, limitados por el principio de proporcionalidad, pueden leerse como indicio de una –en lo fundamental– correcta interpretación de la Constitución. Según esta interpretación, sería posible establecer legítimamente una legislación penal en la que, en el ámbito del bien jurídico *vida* o de bienes

150 Véase *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5ª ed., 1996, pp. 50 s.

151 Véase, p. ej., *Stalking Rackow*, GA, 2008, p. 552 (p. 556 ss.) con mayores referencias.

jurídicos relacionados con la dignidad humana, se considere a la criminalización de conductas como una obligación. Una vez establecido que la criminalización de una determinada conducta resulta indispensable,¹⁵² la opción estatal de reaccionar a través de la amenaza de pena puede convertirse en un correspondiente deber, p. ej., si la conducta en cuestión lesiona o pone en peligro bienes jurídicos “no negociables”¹⁵³ y la persona (potencialmente) lesionada está particularmente indefensa frente a ella.¹⁵⁴

152 Véase *supra*, nota 150.

153 En los casos susceptibles de ponderación (en particular, también la regla del § 34 StGB) o de bienes jurídicos relacionados con la dignidad humana, la libertad de acción del autor del hecho debe ser restringida ya desde un principio.

154 Esta idea se dibuja de forma particularmente clara en aquellos casos de indefensión constitutiva (jurisprudencia sobre el aborto del *BVerfG*), pero también puede ser plausible en los casos de inferioridad organizativa-estructural, p. ej., en el caso de hechos cometidos por funcionarios públicos o en caso de crimen organizado o criminalidad política, que confrontan al individuo con estructuras de poder capaces de erosionar el orden estatal y, por lo tanto, erosionar la -si se quiere- “protección básica” de Derecho.

-III-

¿UN DERECHO HUMANO A LA PENA? REFLEXIONES SOBRE LOS ALCANCES DEL LLAMADO DERECHO A LA JUSTICIA*

1. INTRODUCCIÓN

Cierta tendencia –ya no tan reciente¹– en materia de derechos humanos parecería apoyar el punto de vista de que la identificación, persecución y, eventualmente, castigo de quienes participan en violaciones graves a derechos humanos se ha convertido en una obligación estatal.² Es decir, se estaría produciendo una consolidación de lo que se conoce como un *deber* estatal de perseguir penalmente

* Artículo en coautoría con Leandro Dias, Docente de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad de Buenos Aires). Profesor adjunto de Derecho Penal y Contravencional (Instituto Superior de Seguridad Pública).

1 Véase, sólo a modo de ejemplo, lo señalado por la CIDH en el caso Velásquez Rodríguez ya en el año 1988: “La segunda obligación de los Estados Partes es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben *prevenir, investigar y sancionar* toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” (énfasis agregado). CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fallo 29/7/1988 (fondo), § 166 (ver también § 174). Sobre el tema recientemente Peters, Anne, *Beyond Human Rights*, Cambridge: University Press, 2016, pp. 256 ss.

2 Spiga, Valentina, “No Redress without Justice. Victims and International Criminal Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, 2012, pp. 1377 s.

esta clase de conductas (*duty to prosecute*).³ A su vez, ha ganado terreno el argumento de que la contracara de este deber es el derecho de las víctimas a un recurso efectivo, que abarcaría un *derecho* a que se lleve adelante una *persecución penal* contra el infractor.⁴ Si bien no existe unanimidad respecto de la denominación de este derecho, así como tampoco de sus contornos precisos, podría decirse que se propugna un *derecho a la justicia* para las víctimas.⁵

3 La terminología fue acuñada por Orentlicher (“Settling Accounts: The Duty To Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, en *Yale Law Journal*, n.º 100, 1991, pp. 2537 ss.) en un innovador artículo publicado en 1991 y se ha impuesto en la discusión científica. De todos modos, el término “deber de perseguir” es equívoco, ya que da la impresión de que la única persecución aceptable es la que llevan a cabo los Estados a partir de sus procedimientos internos, cuando en realidad este deber podría satisfacerse a partir de persecución nacional, extradición a otro Estado dispuesto a perseguir o de entregar a un sospechoso a un tribunal internacional. En ese sentido Robinson, Darryl, “Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court”, en *European Journal of International Law*, n.º 14, 2003, p. 491, nota 41. Para más referencias sobre el estado de la evolución de la discusión desde ese momento hasta la actualidad, véase Ambos, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*, 2.ª ed., Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, pp. 66 ss.; “The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC”, en Kai Ambos – Judith Large – Marieke Wierda, *Building a Future on Peace and Justice Studies on Transitional Justice, Peace and Development The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Berlín: Springer, 2008, pp. 29 ss.; *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford: University Press, 2013, pp. 394 ss.

4 Así Spiga, Valentina, “No Redress without Justice. Victims and International Criminal Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, 2012, p. 1383, señala que “[e]n definitiva, los años recientes han dado testimonio de una preocupación creciente por la necesidad de llevar justicia a las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y la creciente consciencia de que garantizar una satisfacción adecuada a las víctimas requiere de la responsabilidad penal de los violadores de quienes infringen derechos humanos”. Fundamental para la discusión en Alemania Holz, Wilfried, *Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers*, Berlín: Duncker & Humblot, 2007, p. 68 *et passim*, quien fundamenta tal derecho, de un modo general, en el art. 19 IV Grundgesetz (Ley Fundamental). Véase también la crítica de Weigend, Thomas: “„Die Strafe für das Opfer“? – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht”, en *Rechtswissenschaft*, n.º 1, 2010, pp. 46 ss.

5 Sobre los problemas de denominación Spiga, Valentina, “No Redress without Justice. Victims and International Criminal Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, 2012, p. 1383. Crítico Silva Sánchez, Jesús María, *En busca del Derecho penal*, Montevideo – Buenos Aires, B de F, 2015, pp. 103 s., quien señala que no resulta claro qué significa “derecho a la justicia” y cómo se puede pretender

No es el objetivo de este trabajo poner en tela de juicio esta tendencia, por lo que una crítica general deberá buscarse en otro lado.⁶ En cambio, en esta contribución se intentará ofrecer claridad respecto de una de las supuestas derivaciones de este deber de perseguir y el correspondiente derecho a la justicia. En particular, se analizará un punto de vista que recientemente ha aparecido en la discusión política y académica, que afirma que las víctimas tendrían un “derecho humano a la pena”, esto es, a que se condene a los responsables de las violaciones a sus derechos humanos y que, además, se les imponga una pena (mínima) específica.⁷ La hipótesis que guiará el trabajo puede formularse de la siguiente forma: la práctica actual en materia de derechos humanos no reconoce un derecho a obtener una condena penal contra su agresor, mucho menos una pena mínima específica, y hay buenas razones para no extender los derechos de las víctimas con ese alcance.

A los fines de corroborar la hipótesis, en primer lugar se analizará la jurisprudencia de los dos tribunales regionales de derechos humanos que por su influencia marcan la tendencia en la discusión: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante,

su satisfacción.

- 6 Véase, solamente Ambos, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*, 2.^a ed., Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, pp. 319 ss.; “The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC”, en Kai Ambos – Judith Large – Marieke Wierda, *Building a Future on Peace and Justice Studies on Transitional Justice, Peace and Development The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Berlín: Springer, 2008, pp. 30 s.; *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford: University Press, 2013, pp. 394 s.
- 7 Sobre este argumento, en el marco de proceso de paz colombiano, Ambos, Kai, “Derechos humanos y pena”, en *El Espectador*, <http://www.elespectador.com/opinion/derechos-humanos-y-pena>, <5.5.2016>. Desde ya que no se trata de un argumento novedoso. En Alemania reflexiones similares se produjeron sobre el eventual derecho de la víctima a que se castigue al autor del delito, en especial a partir del secuestro de Jan Philipp Reemtsma. Véase la síntesis de la discusión alemana en Silva Sánchez, Jesús María, *En busca del Derecho penal*, Montevideo – Buenos Aires, B de F, 2015, pp. 115 ss.

“CIDH”).⁸ Con esto se intentará demostrar que los alcances de tales derechos de las víctimas no abarcan a la obtención de una condena penal, ni a la imposición de una pena mínima al infractor. En segundo lugar, se ofrecerán argumentos en contra de una extensión de este tipo de derecho a la justicia de las víctimas. Finalmente, se expondrán unas breves reflexiones finales.

2. EL PROBLEMA EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Si bien en principio parecería no haber un “derecho a la justicia” en sentido estricto en el sistema europeo de derechos humanos,⁹ para analizar la postura del TEDH sobre el tema, debe hacerse una distinción entre el deber de perseguir penalmente violaciones a los derechos humanos, que le correspondería al Estado con independencia de los derechos procesales de las víctimas, y el derecho de estas últimas a la justicia. Respecto del primer deber, en supuestos en los cuales se ven afectados derechos humanos básicos, como cuando se produce una privación intencional de la vida, sería ne-

⁸ Esto no significa una negación de que en otras jurisdicciones no se hayan producido discusiones semejantes, sino que simplemente se trata de una limitación del objeto de la investigación. La aclaración resulta relevante especialmente porque el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas también ha desarrollado de modo extenso la cuestión. Sobre el tema véase David, Valeska, “The Expanding Right to an Effective Remedy: Common Developments at the Human Rights Committee and the Inter-American Court”, en *British Journal of American Legal Studies*, n.º 3, 2014, pp. 264 ss. De todos modos, si se extiende el análisis al derecho internacional en general, la tendencia parecería ser similar, pues no existe ningún derecho consuetudinario que le otorgue a la víctima del castigo una pretensión a la pena, ni tampoco sería posible derivar tal derecho (como principio general del derecho) de los sistemas jurídicos internos. Así, con claridad, Peters, Anne, *Beyond Human Rights*, Cambridge: University Press, 2016, p. 257.

⁹ En detalle, Peters, Anne, *Beyond Human Rights*, Cambridge: University Press, 2016, pp. 258 ss.; Ambos, Kai – Böhm, María Laura, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz?”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor – Eduardo Herrera García, *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1074, con referencias adicionales a la jurisprudencia del TEDH.

cesaría una disuasión efectiva por medio de la criminalización de las conductas de los infractores,¹⁰ y en ocasiones el Tribunal les ha ordenado a los Estados que tomen medidas legislativas y judiciales tendentes al desarrollo de investigaciones penales.¹¹ Así, en ciertos casos de graves violaciones a los derechos humanos tales actos deberían ser castigados, por lo que no sería suficiente una mera reacción administrativa.¹²

Esta jurisprudencia parecería dar lugar a una aceptación de una obligación procesal positiva¹³ de perseguir penalmente las violaciones graves a los derechos humanos protegidos en la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, “CEDH”).¹⁴ Sin em-

-
- 10 Para un análisis detallado de la postura del TEDH respecto de la criminalización como medio para la protección efectiva de los derechos materiales señalados en la CADH, véase Ambos, Kai – Böhm, María Laura, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz?”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor – Eduardo Herrera García, *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 111 ss.
- 11 TEDH, *Kiliç v. Turkey*, n.º 22492/93, fallo 28/3/2000, § 62; *Mahmut Kaya v. Turkey*, n.º 22535/93, fallo 28.3.2000, § 85.
- 12 TEDH, *Öneryıldız v. Turkey*, n.º 48939/99, Fallo 30/11/2004, § 94, con referencias adicionales.
- 13 Por obligaciones positivas se entienden aquellos deberes que van más allá de la no interferencia estatal en el goce de determinados derechos (deberes negativos) y que requieren, por tanto, de un fomento de los derechos, como el deber que tendrían los Estados de garantizar y proteger los derechos humanos dentro de su territorio. En este sentido Xenos, Dimitris, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Londres, New York: Routledge, 2012, pp. 195 s. En detalle sobre el concepto y las clasificaciones posibles de las obligaciones positivas en el marco de la jurisprudencia del TEDH, Ashworth, Andrew, *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford: Hart Publishing, 2013, pp. 196 ss.; Dröge, Cordula, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlín et al.: Springer, 2003, pp. 6 ss., 11 ss.; Benavides Casals, María Angélica, *Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Baden-Baden: Nomos, 2010, pp. 57 ss.; Szczechalla, Peter, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Berlín: Duncker & Humblot, 2002, pp. 712 ss.; Mowbray, Alistair, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 2 ss.
- 14 Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en

bargo, debe hacerse una serie de aclaraciones al respecto. En primer lugar, el TEDH explícitamente negó que exista un deber de que en todos los casos de violaciones a derechos humanos se lleve a cabo un proceso penal,¹⁵ por lo que este deber del Estado de perseguir regiría sólo en ciertos casos, de acuerdo con la naturaleza y la gravedad de la interferencia sobre los derechos en cuestión.¹⁶ Este deber existiría, en principio, sólo para ciertas afectaciones de gran entidad, como las vulneraciones intencionales al derecho a la vida (art. 2, CEDH, en su aspecto procesal),¹⁷ a la libertad personal (art. 5, CEDH, en casos de desapariciones de personas detenidas),¹⁸ al derecho a no ser torturado (art. 3, CEDH)¹⁹ y a la vida privada y familiar (art. 8, CEDH).²⁰ En segundo lugar, estas obligaciones positivas se basan en la protección (por medio de la prevención en general y de la disuasión en particular) que debe brindar un Estado

la jurisprudencia del TEDH”, en *InDret: Derecho Penal* 3/2016, <http://www.indret.com/pdf/1081.pdf> <27.9.2016>, p. 15.

- 15 Así, el TEDH, en el caso *Calvelli and Ciglio v. Italy* (n.º 32967/96, fallo 17/1/2002, § 51) consideró que el efecto disuasorio de la pena no era necesario en casos de violaciones no intencionales al derecho a la vida (con disidencias de los jueces Rozakis y Bonello). Para un análisis de esta sentencia, véase Xenos, Dimitris, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Londres, New York: Routledge, 2012, pp. 195 s. En un mismo sentido TEDH, *VO v. France*, n.º 53924/00, fallo 8/7/2004, § 90; *Mastromatteo v. Italy*, n.º 37703/97, fallo 24/10/2002, § 90.
- 16 *Menteş and Others v. Turkey*, n.º 22535/93, fallo 28/03/2000, § 124. En un mismo sentido Seibert-Fohr, Anja, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford et al.: Oxford University Press, 2009, p. 115.
- 17 TEDH, *Öneryildiz v. Turkey*, n.º 48939/99, fallo 30/11/2004, § 111, con referencias adicionales.
- 18 TEDH, *Kurt v. Turkey*, n.º 24276/94, fallo 25/5/1998, § 140.
- 19 TEDH, *Assenov and Others v. Bulgaria*, n.º 90/1997/874/1086, fallo 20/10/1998, § 90; *Aksoy v. Turkey*, n.º 21987/93, fallo 18/12/1996, § 98. Respecto de la obligación positiva de tomar medidas para que los individuos no sean sometidos a torturas ni a otros tratos inhumanos (incluyendo aquellos realizados por otros ciudadanos), véase TEDH, *A v. UK*, n.º 100/1997/884/1096, fallo 23/09/1998, § 22; *Z and Others v. UK*, n.º 29392/95, Fallo 10/5/2001, § 73. En detalle sobre la cuestión, Mowbray, Alistair, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 59 ss.
- 20 *Menteş and Others v. Turkey*, n.º 22535/93, fallo 28/03/2000, § 124.

a diversos derechos fundamentales de la generalidad, y no en la protección de una persona en particular,²¹ por lo que no se derivaría un derecho a que se persiga penalmente a un tercero.²² Estas dos aclaraciones permiten llegar a una conclusión provisional: el deber estatal de persecución penal estaría limitado a ciertas violaciones particularmente intensas a derechos humanos y de dicho deber no se desprendería el derecho de la víctima a que el Estado lleve a cabo tal persecución en el caso concreto.

Los derechos de las víctimas de violaciones graves a sus derechos humanos estarían garantizados, en cambio, a partir de su derecho a un recurso efectivo (art. 13, CEDH). La posición del Tribunal en este aspecto resulta compleja. Como se señaló previamente, las víctimas en principio no tienen un derecho a instituir, o a que se instituya, un proceso penal contra otra persona, por lo que no estaría asegurado un derecho a la justicia por la CEDH. Incluso algunas condenas a los Estados por violación al derecho a un recurso efectivo ocurrieron en razón de que no se había establecido un procedimiento que pudiese dar lugar a una reparación civil, no penal.²³ Empero, ciertas sentencias del Tribunal en parte matizan estas conclusiones. En el caso *Kaya v. Turquía*, por ejemplo, los magistrados del tribunal señalaron que:

“Teniendo en cuenta la importancia fundamental del derecho a la protección de la vida, el artículo 13 requiere, además del pago de una compensación, en caso de ser apropiada, de una

21 Ambos, Kai – Böhm, María Laura, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz?”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor – Eduardo Herrera García, *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1074; Seibert-Fohr, Anja, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford et al.: Oxford University Press, 2009, pp. 118 ss.

22 TEDH, *Calvelli and Ciglio v. Italy*, n.º 32967/96, fallo 17/1/2002, § 51; TEDH, *Öneryıldız v. Turkey*, n.º 48939/99, fallo 30/11/2004, § 94.

23 TEDH, *Öneryıldız v. Turkey*, n.º 48939/99, fallo 30/11/2004, § 148; *Dink v. Turkey*, n.º 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124, fallo 10/9/2010, § 144.

investigación exhaustiva y efectiva, capaz de llevar a la identificación y al castigo de los responsables de la privación de la vida y que incluya un acceso efectivo del demandante al procedimiento de investigación”.²⁴

Para solucionar esta aparente inconsecuencia, se ha entendido que si bien por regla general las víctimas de violaciones a derechos humanos no tendrían un derecho a que se lleven a cabo procesos penales contra los autores de dichas vulneraciones, en algunos casos sí estaría garantizado tal derecho procesal por el artículo 13, CEDH, dado que el alcance de este último artículo varía de acuerdo al derecho sustantivo afectado.²⁵ Esto sería así cuando se esté en presencia de una violación grave a ciertos derechos, como en el caso de violaciones intencionales al derecho a la vida, cometidas por actores estatales y en circunstancias que hiciesen necesario tal remedio.²⁶ Para casos de violaciones a derechos cometidas por agentes no estatales, este derecho de las víctimas a que se inicie una investigación no derivaría ya del artículo 13, CEDH, en principio limitado al establecimiento de recursos contra acciones estatales,

24 TEDH, *Mahmut Kaya v. Turkey*, n.º 22535/93, fallo 28/03/2000, § 124. Previamente: TEDH, *Mahmut Kaya v. Turkey*, n.º 58/1996/677/867, fallo 27/11/1997, § 89; *Menteş and Others v. Turkey*, n.º 22535/93, fallo 28/3/2000, § 124. También TEDH, *D.P.&J.C. v. The United Kingdom*, n.º 38719/97, fallo 10/10/2002, § 107; *El Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, n.º 39630/09, fallo 13/12/2012, § 75. Sobre este fallo, véase Ambos, Kai: “Comentario sentencia TEDH”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n.º 3, 2013, pp. 161 ss.

25 Grabenwarter, Christoph: *European Convention on Human Rights. Commentary*, Múnich: C.H. Beck, Hart, Nomos, Helbing Lichtenhahn, 2014, p. 335.

26 Así Dröge, Cordula, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlín et al.: Springer, 2003, p. 331; Benzing, Markus: “The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity”, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, n.º 7, 2003, p. 608; Kuhn, Sascha: “Opferrechte und Europäisierung des Strafprozessrechts”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n.º 4, 2005, pp. 125 s., aunque limitando el alcance a las violaciones intencionales al derecho a la vida. Sin embargo, esta postura tan restrictiva desconoce que se ha establecido este derecho procesal incluso en casos de violaciones al artículo 8 de la CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar). En ese sentido *Menteş and Others v. Turkey*, n.º 22535/93, fallo 28/3/2000, § 124.

sino de cada derecho afectado en particular, en caso de que la ausencia de una investigación pudiese poner en peligro la validez del derecho afectado.²⁷

A partir de lo señalado, puede decirse que, según el TEDH, los Estados tienen el deber de perseguir ciertas violaciones *graves* a los derechos humanos,²⁸ como por ejemplo las vulneraciones intencionales al derecho a la vida y la comisión de torturas, y que las víctimas también poseen, bajo ciertas circunstancias, un derecho procesal a que se inicien tales procedimientos. Ante este panorama,

27 Sobre el tema, en detalle Dröge, Cordula, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlín et al.: Springer, 2003, p. 59; Ambos, Kai – Böhm, María Laura, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz?”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor – Eduardo Herrera García, *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1079 s. Esta justificación pragmática también se ha utilizado para justificar los derechos de las víctimas a que se lleve a cabo una investigación efectiva en casos de violaciones al derecho a la vida presuntamente cometidas por funcionarios estatales. Así, por ejemplo, TEDH, *McCann and others v. United Kingdom*, n.º 18984/91, fallo 27/9/1995, § 161 (aunque en ese caso tal investigación había, de hecho, tenido lugar). Cf. Weigend, Thomas: “„Die Strafe für das Opfer“? – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht”, en *Rechtswissenschaft*, n.º 1, 2010, pp. 47 s. Véase también Ohlin, Jens David, “The Right to Punishment for International Crimes”, *Cornell Legal Studies Research Paper no. 18-31*, 2018, pp. 3 ss., quien a partir de un análisis de la sentencia de la Gran Sala del TEDH en el caso *Gaefgen vs. Alemania* (n.º 22978/05, fallo 1/6/2010) señala que lo decisivo es el status de víctima, no el del autor, por lo que sería indiferente que este último forme parte, o no, del Estado. En todo caso, según este autor, lo decisivo sería que se esté en presencia de cierta clase de violaciones a derechos individuales universales que darían lugar a una “prohibición de brutalidad” (p. 12).

28 Cuando se habla de violaciones graves a sus derechos humanos, en este marco, se está haciendo referencia a los derechos humanos garantizados por la CEDH. Esta aclaración resulta importante porque en principio no podría generalizarse este derecho hasta el punto de afirmar que el TEDH garantiza un derecho a la justicia ante la comisión de *cualquier* delito, sino que se está suponiendo la violación a uno de los derechos positivizados en la CEDH. Así Weigend, Thomas: “„Die Strafe für das Opfer“? – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht”, en *Rechtswissenschaft*, n.º 1, 2010, p. 47; Jerouschek, Günter: “Straftat und Traumatisierung”, en *Juristen-Zeitung*, 2000, p. 194. Equivocado en la generalización Holz, Wilfried: *Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers*, Berlín: Duncker & Humblot, 2007, pp. 99 ss.

aparece la pregunta, fundamental a los fines de este trabajo, sobre los alcances de este deber limitado de perseguir que reconoce el Tribunal y del correspondiente (y también limitado) derecho de las víctimas a que se lleve a cabo la persecución. En particular, ¿se garantiza de esta forma un deber de condenar a los acusados y un derecho de las víctimas a que se los condene? Y en caso de que se llegue a una condena, ¿se le garantiza a las víctimas un derecho humano a la imposición de una pena mínima al autor?

Para responder al primer interrogante, lo primero que debe decirse es que este deber de persecución no debe entenderse en forma concreta, sino abstracta.²⁹ En particular, lo que se exige es que se arbitren los mecanismos necesarios para la aplicación de la ley y el acceso a la justicia penal, por lo que le corresponde al Estado una obligación de medios de perseguir y no una obligación de resultado de castigar.³⁰ Se requiere, entonces, una investigación *capaz de conducir a la identificación y al castigo* de los responsables de la violación a los derechos humanos de las víctimas,³¹ pero sin que esté asegurado el resultado de la investigación.³² El correlato de esta obligación de medios para el Estado es el derecho de la víctima a

29 Ambos, Kai – Böhm, María Laura, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz?”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor – Eduardo Herrera García, *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1070.

30 TEDH, *Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom*, n.º 46477/99, fallo 14/3/2002, § 71; *Bazorkina v. Russia*, n.º 69481/01, fallo 27/7/2006, § 118; *Nadrosov v. Russia*, n.º 9297/02, fallo 31/07/2008, § 38; *Umarova and Others v. Russia*, n.º 25654/08, fallo 17/12/2012, § 84. En detalle, con referencias adicionales, Seibert-Fohr, Anja, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford et al.: Oxford University Press, 2009, pp. 115 ss; Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, en *InDret: Derecho Penal* 3/2016, <http://www.indret.com/pdf/1081.pdf> <27.9.2016>, p. 16.

31 TEDH, *Auguelova v. Bulgaria*, n.º 38361/97, fallo 13/6/2002, § 139; *Bazorkina v. Russia*, n.º 69481/01, fallo 27/7/2006, § 118; *Nadrosov v. Russia*, n.º 9297/02, fallo 31/7/2008, § 38; *Umarova and Others v. Russia*, n.º 25654/08, fallo 17/12/2012, § 84.

32 *Nadrosov v. Russia*, n.º 9297/02, fallo 31/07/2008, § 38; *M.P. and others v. Bulgaria*, n.º 22457/08, fallo 15/11/2011, § 111, entre otros.

que se lleven a cabo investigaciones penales aptas para dar lugar a un castigo penal, pero no un derecho a la venganza privada³³ o a que esté asegurada una condena o un castigo en concreto.³⁴ Resulta claro, entonces, que el TEDH no le establece ningún derecho al castigo a la víctima, sino en todo caso a que **en ciertos casos se realice una investigación penal**.³⁵

Si se tiene en cuenta este panorama, un eventual derecho a una pena mínima sólo entraría en consideración si ya se logró el resultado condena (no asegurado como derecho). Dentro de este marco, el TEDH ha señalado que si bien la víctima no tiene un derecho a que se le imponga una pena a su agresor, si se impusiesen sanciones indulgentes y desproporcionadamente bajas en relación con la gravedad del crimen, el Tribunal podría intervenir para revisar la pena.³⁶ Esto no sería, empero, un derecho de la víctima a que se establezca un cierto mínimo de pena, sino que se vincula con la *obligación de los Estados* de asegurar que el deber de investigación no pierda sentido y que ciertos derechos de importancia fundamental no se tornen inefectivos en la práctica.³⁷ En definitiva, tampoco

33 TEDH, *Perez v. France*, n.º 47287/99, fallo 12/2/2004, § 70.

34 TEDH, *Öneryildiz v. Turkey*, n.º 48939/99, fallo 30/11/2004, § 148.

35 Coincide con esta apreciación Seibert-Fohr, Anja, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford et al.: Oxford University Press, 2009, p. 115, con referencias adicionales. Este deber, a su vez, presenta importantes problemas en ciertos supuestos, como en el de las amnistías (en casos de *core crimes* o de otras violaciones graves a los derechos humanos). Esta cuestión, sin embargo, excede los límites de este trabajo. Para un panorama general de la cuestión, véase Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford: University Press, 2013, pp. 419 ss.; Engle, Karen, “Anti-impunity and the Turn to Criminal Law in Human Rights”, en *Cornell Law Review*, n.º 100, 2015, pp. 1105 ss.

36 TEDH, *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, n.º 7888/03, fallo 20/12/2007, § 62.

37 TEDH, *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, n.º 7888/03, fallo 20/12/2007, § 62. En un mismo sentido, Turković, Ksenija, “International and national courts confronting large-scale violations of human rights”, en *European Court of Human Rights. Opening of the Judicial Year – Seminar – 28 January 2016*, http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20160129_Turkovic_JY_ENG.pdf, <27/9/2016>. Para un análisis de la jurisprudencia posterior del TEDH, véase Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, en *Indret: Derecho Penal* 3/2016, <http://www.indret.com/pdf/1081.pdf>

existiría un derecho de la víctima a una pena específica, sino un deber de los Estados de asegurar que las sanciones por violaciones al derecho a la vida no sean tan indulgentes que podría ponerse en peligro la existencia misma del derecho en cuestión.

3. EL DERECHO A LA JUSTICIA EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En el marco del sistema interamericano de derechos humanos, la CIDH ha considerado ya desde el *leading case* “Velásquez Rodríguez” de 1988, que los Estados tienen el deber de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a cualquiera de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³⁸ Los deberes de investigar y sancionar, que podrían considerarse como partes integrantes del deber general de perseguir, no se encuentran establecidos de modo expreso en la CADH,³⁹ pero han sido señalados desde el principio derivado por la Corte de la obligación de garantizar establecida en el artículo 1.1 del Tratado.⁴⁰ Esta sanción, debe ser en principio *penal*,⁴¹ sin perjuicio de que

<27.9.2016>, pp. 23 ss.

38 CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fallo 29/7/1988 (fondo), § 166. Sobre la trascendencia del caso y sus repercusiones en la jurisprudencia posterior de la Rey, Sebastián, *Juicio y castigo. Las obligaciones de los estados americanos y su incidencia en el derecho argentino*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2012, pp. 178 ss. Puede observarse que, en principio, la CIDH no realiza las mismas distinciones que el TEDH sobre el tema. De todos modos, la Corte ha señalado, en ciertos casos, que en supuestos de, por ejemplo, violaciones al derecho a la vida, los deberes estatales de persecución resultan particularmente estrictos. Véase, por ejemplo, CIDH, *Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina*, fallo 25/11/2013 (fondo, reparaciones y costas), § 133.

39 Dondé Matute, Javier, “The Duty to Prosecute Human Rights Violations Before the Supreme Court of Mexico”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 124, 2009, p. 175; Ibañez Rivas, Juana María, “Artículo 25. Protección judicial”, en Christian Steiner – Patricia Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Berlín, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., p. 628.

40 CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fallo 29/7/1988 (fondo), § 166, entre muchos otros.

41 Si bien la terminología resulta ambigua, dado que las sanciones también pueden ser no penales, lo cierto es que al menos desde el caso *Barrios Altos vs. Perú* (fallo

otros mecanismos, procedimientos o modalidades pueden resultar útiles o eficaces como complemento para establecer la verdad, determinar los alcances y dimensiones de la responsabilidad estatal y reparar integralmente las violaciones.⁴² Por su parte, el derecho de las víctimas a que tal persecución se lleve a cabo (el ya mencionado “derecho a la justicia”),⁴³ tras una serie de indefiniciones iniciales,⁴⁴ al menos desde el caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, se entiende como una derivación del artículo 25.1 de la CADH (derecho a un recurso judicial efectivo) en conjunto con el artículo 8.1 (garantías judiciales).⁴⁵ Según la CIDH, el derecho a la justicia incluiría el suministro estatal de una investigación efectiva y un proceso judicial tendentes al esclarecimiento de los hechos, la sanción de los res-

14/3/2001 [fondo], §41 ss.) ha quedado en claro que la CIDH se refiere a sanciones penales. Así Dondé Matute, Javier, “The Duty to Prosecute Human Rights Violations Before the Supreme Court of Mexico”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 124, 2009, p. 175.

42 Véase, entre muchos, CIDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, fallo 26/5/2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 130.

43 Así CIDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, fallo 29/12/2006 (fondo, reparaciones y costas), § 149.

44 En particular, en algunos casos posteriores a Velásquez Rodríguez, la Corte rechazó argumentos de la Comisión Interamericana tendentes a desarrollar un deber de investigar, juzgar y sancionar con base en el artículo 25, CADH, sobre recurso judicial efectivo, y afirmó que tal obligación estaría basada en el derecho a un juicio justo del artículo 8.1, CADH. Así CIDH, *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, fallo 29/1/1997 (fondo, reparaciones y costas), § 89; CIDH, *Caso Blake vs. Guatemala*, fallo 24/1/1998 (fondo), § 91, 98, 104; CIDH, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, fallo 08/3/1998 (fondo), § 159-160, 164-168. Sobre el tema, en detalle David, Valeska, “The Expanding Right to an Effective Remedy: Common Developments at the Human Rights Committee and the Inter-American Court”, en *British Journal of American Legal Studies*, n.º 3, 2014, pp. 273 s.

45 CIDH, *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, fallo 19/8/2000 (fondo), § 124, 130. Coinciden en esta apreciación Peters, Anne, *Beyond Human Rights*, Cambridge: University Press, 2016, p. 258 (aunque a través de una cita al caso CIDH, *Gomes Lund y otros vs. Brasil*, fallo 24/11/2010); David, Valeska: “The Expanding Right to an Effective Remedy: Common Developments at the Human Rights Committee and the Inter-American Court”, en *British Journal of American Legal Studies*, n.º 3, 2014, p. 274; Seibert-Fohr, Anja, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford et al.: Oxford University Press, 2009, p. 66. Esta tendencia, de todos modos, ya podía anticiparse, aunque de un modo no tan claro, en el caso “Niños de la calle” (*Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, fallo 19/11/1999 (fondo), § 199-238.

ponsables y una compensación adecuada.⁴⁶ A partir de lo expuesto, no hay mayores dudas de que, según la jurisprudencia de la CIDH, a diferencia de lo que sucede en el TEDH, existe tanto un deber estatal de perseguir penalmente las violaciones a los derechos señalados en la CADH como un derecho de las víctimas a que se realice una investigación penal. La pregunta reside nuevamente en si ese derecho de las víctimas es de tal entidad como para que pueda afirmarse un *derecho a una condena* y/o un *derecho a la imposición de una pena específica*.

En este aspecto, la respuesta es más compleja que en el TEDH, debido a ciertos parámetros que ha establecido la CIDH respecto de los deberes de investigar y sancionar. En particular, la CIDH ha intentado combatir la impunidad, entendida como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la CADH”,⁴⁷ mediante la imposición de un deber de perseguir robusto a los Estados. Así, esos últimos deberían remover todos los obstáculos *de facto* y *de jure*, al menos en casos de violaciones graves a los derechos humanos,⁴⁸ que mantengan una

46 Véase, entre otros, CIDH, *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, fallo 24/11/2011 (fondo, reparaciones y costas), § 291; *Caso Radilla Pachecho vs. Estados Unidos Mexicanos*, fallo 23/11/2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 180; *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, fallo 25/5/2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 206.

47 CIDH, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, fallo 08.03.1998 (fondo), § 173. Sobre el concepto de impunidad, en detalle Ambos, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*, 2.ª ed., Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, pp. 33 ss.

48 Esta noción resulta particularmente equívoca en la jurisprudencia de la CIDH, ya que no termina de quedar claro en qué situaciones no se podría recurrir a estas defensas procesales (¿violaciones graves a todos los derechos humanos? ¿solamente en casos de *core crimes*?). Sobre estos problemas terminológicos, véase Malarino: *Sistema Interamericano*, 27, notas 9 y 38. En lo que se refiere a este tema puntual, parecería que la Corte ha desarrollado un concepto de “violaciones graves a los derechos humanos” que abarca no sólo a crímenes internacionales, sino también a violaciones a los derechos humanos que no reúnen todos los requisitos de los *core crimes*. Así Piqué, María Luisa, “Los derechos de las víctimas de delitos en nuestra Constitución”, en Roberto Gargarella – Sebastián Guidi (coord.), *Comentarios de la*

situación de impunidad,⁴⁹ incluyendo ciertas defensas procesales que suelen ser reconocidas a los ciudadanos en el derecho interno, tales como las amnistías de cualquier clase,⁵⁰ el principio de *ne bis in idem*⁵¹ y los plazos de prescripción.⁵² Esta decisión de la Corte ha generado muchísimo debate y un análisis de cada una de estas limitaciones a la utilización de defensas procesales excede sin dudas el alcance de este trabajo.⁵³ Lo relevante aquí simplemente es seña-

Constitución de la Nación Argentina, Buenos Aires: La Ley, 2016, pp. 947-948, con referencias adicionales. Entre las violaciones “no graves” a los derechos humanos estarían incluidas, por ejemplo, los delitos imprudentes cometidos por particulares *Caso Albán Cornejo vs. Ecuador*, fallo 22/11/2007 (fondo, reparaciones y costas), § 111, ss.

- 49 CIDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, fallo 25/10/2012 (fondo, reparaciones y costas), § 249; *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, fallo 25/11/2003 (fondo, reparaciones y costas), § 277.
- 50 CIDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, fallo 14/3/2001 (fondo), § 41; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, fallo 26/09/2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 120; *Caso Gelman vs. Uruguay*, fallo 24/02/2011 (fondo y reparaciones), § 227, entre otros.
- 51 CIDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, fallo 26/9/2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 154. Más recientemente CIDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, fallo 24/10/2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 195, entre otros.
- 52 CIDH, *Caso Bulacio vs. Argentina*, fallo 18/9/2003 (fondo, reparaciones y costas), § 116-117; *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, fallo 22/11/2007 (fondo, reparaciones y costas), § 111; *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*, fallo 19/5/2011 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), § 117; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, fallo 01/9/2010 (fondo, reparaciones y costas), § 207, entre otros.
- 53 Para un tratamiento general de las defensas procesales en supuestos de justicia transicional Ambos, Kai, “The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC”, en Kai Ambos – Judith Large – Marieke Wierda, *Building a Future on Peace and Justice Studies on Transitional Justice, Peace and Development The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Berlín: Springer, 2008, pp. 54 s.; *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford: University Press, 2013, pp. 396 ss. Respecto de las críticas a la jurisprudencia de la CIDH, véase, entre otros, Pastor, Daniel: “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en *Nueva Doctrina Penal*, n.º 2005/A, 2005, pp. 77 ss.; Malarino, Ezequiel: “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Kai Ambos – Ezequiel Malarino – Gisela Elsner (coord.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., 2010, pp. 45 ss.

lar que esta remoción de obstáculos fácticos y jurídicos que propicia la CIDH podría ser entendida como una obligación de los Estados de llegar efectivamente a una condena penal contra quienes violen derechos humanos y que si las víctimas tienen derecho a que se lleve a cabo un proceso penal, deberían tener también derecho a una condena.

Sin embargo, la cuestión también aquí requiere ciertos matices. Y es que la Corte, al igual que el TEDH, ha señalado expresamente que el deber de investigación y sanción es una obligación de medios.⁵⁴ En ese sentido, el Estado no está obligado a llegar a una condena y, como correlato, las víctimas tampoco tendrían un derecho a obtenerla. Esto puede observarse claramente, por ejemplo, en un párrafo del caso *Gutiérrez y Familia vs. Argentina*: “el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a *que se haga todo lo necesario* para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, *en su caso*, sancionar a los eventuales responsables”⁵⁵ (énfasis agregado).

Por tanto, si según la jurisprudencia de la CIDH las víctimas tienen un derecho a que se haga todo lo necesario para investigar lo sucedido y a que sólo eventualmente se sancione a los infractores, la remoción de los obstáculos mencionados previamente se vincula con la necesidad de que la tarea de investigación se emprenda de un modo serio y no como una simple formalidad destinada de

54 CIDH, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, fallo 30/11/2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones), § 157; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, fallo 25/10/2012 (fondo, reparaciones y costas), § 248; *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, fallo 30/11/2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones), § 127; *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*, fallo 17/11/2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones), § 136. Coinciden con este análisis Peters, Anne, *Beyond Human Rights*, Cambridge: University Press, 2016, p. 266; Piqué, María Luisa, “Los derechos de las víctimas de delitos en nuestra Constitución”, en Roberto Gargarella – Sebastián Guidi (coord.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires: La Ley, 2016, pp. 941 s.

55 CIDH, *Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina*, fallo 25/11/2013 (fondo, reparaciones y costas), § 97.

antemano a ser infructuosa.⁵⁶ Más que un derecho a la condena, entonces, se trataría de un derecho a que se realice una investigación seria, imparcial y efectiva⁵⁷ y el deber correlativo del Estado no se vería incumplido por el solo hecho de que no se produzca un resultado satisfactorio.⁵⁸

Respecto de un *derecho de las víctimas* a que se imponga una *pena mínima específica*, la Corte nunca llegó tan lejos como para establecer tal prerrogativa. De todos modos, también deben hacerse aquí algunas aclaraciones. Por un lado, al igual que en el TEDH, la Corte considera que debe haber una proporción entre la gravedad del hecho cometido y la pena impuesta, a los fines de que no se produzcan arbitrariedades que puedan dar lugar a una forma de impunidad *de facto*.⁵⁹ Se trata, nuevamente, de verificar que reacción penal no sea desproporcionadamente leve y para ello se requiere que la sanción esté debidamente fundada y los factores a tener en cuenta serían, entre otros, las características del delito, así como la participación y culpabilidad del acusado.⁶⁰ Esto significa que si se condena al imputado, el Estado debe imponer una sanción

56 Esta doctrina fue expuesta ya en CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fallo 29/7/1988 (fondo), § 177. Recientemente *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, fallo 30/11/2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones), § 157; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, fallo 25/10/2012 (fondo, reparaciones y costas), § 248, entre otros.

57 CIDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, fallo 31/1/2006, § 143; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, fallo 15/9/2005, § 219; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, fallo 08/7/2004 (fondo, reparaciones y costas), § 131, entre otros.

58 CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fallo 29/7/1988 (fondo), § 177; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, fallo 22/9/2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), § 123; *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, fallo 23/11/2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 192; *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*, fallo 17/11/2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones), § 136 entre otros.

59 CIDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, fallo 26/5/2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 153.

60 CIDH, *Caso Masacre de Heliodoro Portugal vs. Panamá*, fallo 12/8/2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 203; *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, fallo 26/5/2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 150, entre otros.

proporcional a la ofensa, pero no implica establecer un derecho de la víctima a que se imponga una pena mínima en específico.

Por otro lado, la CIDH también considera que este análisis de proporcionalidad se debe realizar en la etapa de ejecución de la pena. En particular, ha considerado que si bien no puede excluirse *a priori* ninguna categoría de condenados por violaciones graves a derechos humanos al momento de conceder beneficios carcelarios, debe ponderarse su aplicación de modo tal que no se produzca un otorgamiento indebido que pueda eventualmente conducir a una forma de impunidad.⁶¹ Debe quedar en claro que la Corte no está diciendo que la víctima tiene un derecho a que se le imponga una pena de prisión de cumplimiento efectivo al agresor, sino que en principio no deben hacerse distinciones arbitrarias en lo que se refiere a los beneficios carcelarios. Así, lo que estaría prohibido sería un *otorgamiento indebido* de beneficios tales como la prisión domiciliaria, pero en principio no estaría excluida esta clase de modalidad de ejecución. A modo de ejemplo, no estaría prohibido que el Estado le concediese una modalidad morigerada de encierro a quien por sufrir una enfermedad terminal no puede recibir el debido tratamiento en prisión,⁶² salvo que en realidad se trate de una

61 CIDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, fallo 08/7/2004 (fondo, reparaciones y costas), § 145.

62 Esto resulta particularmente relevante en la medida de que la CIDH ha derivado del art. 5, CADH, estándares fuertes en lo que se refiere al deber de los Estados de garantizar ciertas condiciones mínimas en los establecimientos penitenciarios. A modo de ejemplo, la Corte ha señalado que “el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal”. Cf. CIDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, fallo 07/9/2004 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 156; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, fallo 25/11/2006 (fondo, reparaciones y costas), § 301, con cita al Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988. En detalle sobre los estándares que deben cumplir los Estados para garantizar la integridad personal de las personas privadas de su libertad, véase Nash, Claudio, “Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal”, en Christian Steiner – Patricia Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Berlín, Bogotá: Konrad-Adenauer-

puesta en escena para encubrir una situación de impunidad.

En síntesis, y más allá de los matices, lo cierto es que **tampoco la CIDH ha consagrado un derecho humano a la pena**. Si bien resulta más claro el derecho de las víctimas a la justicia (penal), no existe un deber estatal de garantizar una condena, ni la imposición de una pena mínima específica.

4. ¿UN DERECHO HUMANO A LA PENA?

Lo expresado hasta el momento da cuenta del panorama en dos importantes tribunales regionales de derechos humanos y puede servir para ilustrar el estado actual de la discusión. Sin embargo, queda latente la pregunta relativa a si los jueces del TEDH y la CIDH, o de cualquier otro tribunal, *deberían* reconocer un derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos a la pena. Para ofrecer un punto de vista respecto de la cuestión, debe hacerse la distinción entre un eventual derecho a una condena y un derecho a que se imponga una pena mínima específica.

Quien considere que existe un derecho a una condena o, mejor dicho, a que el Estado le garantice una condena a la víctima de violaciones a derechos humanos, debería resolver un problema que aparece como evidente. Más allá de la cuestión contingente relativa a que no siempre va a ser posible siquiera identificar al autor del delito, lo cierto es que incluso en casos en los cuales se encuentra identificado el presunto autor, establecer una obligación de resultado por parte del Estado daría lugar a que deba obtenerse una condena *a toda costa*. Esta afirmación de inmediato trae consigo la consecuencia no deseada de que deberían ser dejadas de lado las garantías procesales de todo acusado, que existen con independencia de la gravedad del hecho cometido, que también están reconocidas como derechos humanos de modo explícito y

que funcionan como límites a la voluntad de persecución penal.⁶³ Resulta así extraño que de un deber de proteger y hacer efectivos los derechos humanos establecidos en un instrumento internacional se pretenda extraer como consecuencia la obligación no sólo ya de persecución activa, sino además de lograr una condena sin tener en cuenta los derechos de quien está sometido a proceso, que dichos instrumentos también pretenden proteger.⁶⁴

Para ilustrar este punto piénsese en un caso en el que la única forma posible de obtener una condena es mediante la utilización de una prueba sobre la que rige una prohibición probatoria, ya sea de producción o de utilización.⁶⁵ Esta clase de prohibiciones se fundan tanto en la garantía de tales derechos ante el poder estatal (fundamento individual) como en la integridad constitucional, por medio de la realización de un juicio justo (fundamento colectivo),⁶⁶ y hoy

63 Cf. Damaška, Mirjan: “Reflections on Fairness in International Criminal Justice”, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, 2012, pp. 614 ss.

64 En detalle *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford: University Press, 2013, p. 394, con referencias adicionales. Le asiste razón en ese aspecto a Pastor, quien considera que el problema de esta clase de argumentos es que desconocen que toda persona acusada de un crimen tiene derechos y garantías inherentes a su dignidad, que deben ser respetados como único modo de llegar a una sentencia condenatoria legítima. Cf. Pastor, Daniel: “La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿Garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?”, en *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2012, p. 20.

65 En general sobre prohibiciones probatorias Ambos, Kai: *Beweisverwertungsverbote. Grundlagen und Kasuistik - internationale Bezüge - ausgewählte Probleme*, Berlín: Duncker & Humblot, 2010; Beling, Ernst – Ambos, Kai – Guerrero, Óscar: *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá: Temis. A los fines de este artículo, la distinción entre reglas de exclusión –que prohíben la introducción al proceso de la prueba viciada, características de los sistemas acusatorios– y prohibiciones probatorias –que prohíben solamente el uso de la prueba viciada, características de los sistemas inquisitivos– no resulta relevante. Sobre esta distinción, véase Ambos, Kai: *Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure*, Oxford: University Press, 2016, p. 514, con referencias adicionales. Para un desarrollo reciente de la llamada regla de exclusión de la prueba ilícita como símbolo del Estado de derecho Turner: *SMU Law Review*, 67, 2014, 831 ss.

66 Sobre esta distinción Ambos: *RDPP* 76 ss. Para un desarrollo de la cuestión en el derecho penal internacional Guariglia: *Concepto*, 211 ss.

en día sería prácticamente imposible legitimar una condena recurriendo a prueba obtenida mediante violaciones graves a derechos humanos.⁶⁷ Pero si se considerase que el Estado debe cumplir con la obligación de garantizarle un derecho a la víctima de que se condene al autor, cualquier impedimento debería ser removido, incluso las prohibiciones probatorias.⁶⁸ Esta misma argumentación podría aplicarse respecto de todas las derivaciones del derecho general al debido proceso o a un juicio justo, lo que daría lugar, consecuentemente, a una puesta en peligro de las salvaguardas para evitar condenas de inocentes –tales como el principio de inocencia–,⁶⁹ en base a las cuales está organizado el derecho procesal penal moderno.⁷⁰ Probablemente por esto tanto el TEDH como la CIDH han establecido explícitamente que el deber de perseguir penalmente a quienes cometan violaciones a los derechos humanos es una obligación de medios y no de resultados. La única forma entonces de

67 En este contexto puntual, con violaciones “graves” a derechos humanos se quiere hacer referencia aquí en el sentido de que la evidencia ha sido obtenida por medio de una violación a derechos humanos tan grave que resulta imposible cualquier clase de ponderación con los intereses en la realización del *ius puniendi*. Sobre el tema, en detalle Ambos, Kai: *Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure*, Oxford: University Press, 2016, p. 517.

68 Una argumentación de esta clase puede encontrarse en Pastor: *Nueva Doctrina Penal*, 2005.

69 Similar Pastor, quien señala los riesgos de la creación de un “in dubio pro víctima”. Cf. Pastor, Daniel: “La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿Garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?”, en *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2012, p. 20. Sobre la presunción de inocencia como principio generalmente aceptado y constitucionalmente garantizado, por todos, Ambos, Kai: *Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure*, Oxford: University Press, 2016, pp. 69 ss.

70 Así Zappalà, Salvatore: “The Rights of Victims v. the Rights of the Accused”, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 8, 2010, p. 140, citando a la clásica máxima de Blackstone de que es preferible liberar a diez culpables antes que condenar a un inocente. Sobre los problemas de esa máxima, desde una perspectiva epistemológica, véase Laudan, Larry: “El contrato social y las reglas de juicio: un replanteo de las reglas procesales”, en *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2011, pp. 241 ss.; Laudan, Larry, “The Elementary Epistemic Arithmetic of Criminal Justice”, en *Episteme*, vol. 5, 2008, p. 282.

compatibilizar un deber de perseguir penalmente violaciones graves a los derechos humanos con los derechos fundamentales del imputado, basados en la idea del “*fair trial*”, es negando un derecho a una condena a toda costa.⁷¹

Más difícil de justificar aun sería, *a fortiori*, un derecho humano a la imposición de una pena mínima específica. Lo más paradójico de este supuesto derecho es que su estructura sería distinta a la del resto de los derechos humanos. Ya no se trataría de una prerrogativa de los individuos que *limita* el ejercicio del poder estatal, sino de una facultad del individuo para que el Estado *amplíe* el alcance de su poder en contra de otro individuo del modo más drástico, es decir, a partir de la irrogación intencional de un daño.⁷² A su vez, parece contra-intuitivo que las víctimas tengan el *derecho* a obtener una pena además del reconocimiento de la culpabilidad del imputado, en especial en los casos en los que sus derechos pueden ser

71 Es decir, negando lo que Pastor ha denominado “poder punitivo absoluto”, esto es, un poder punitivo que considere que siempre deben reprimirse penalmente las graves violaciones a los derechos humanos, con relajamiento de las garantías de los acusados y sin alternativas. Cf. Pastor, Daniel: “La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿Garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?”, en *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2012, p. 35.

72 Señala esta paradoja, aunque extendiéndola a la tendencia general de la CIDH de reconocerles derechos a las víctimas, Pastor, Daniel: “La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿Garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?”, en *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2012, pp. 38 ss. Véase también Silva Sánchez, Jesús María, *En busca del Derecho penal*, Montevideo – Buenos Aires, B de F, 2015, p. 110, quien realiza un análisis detallado de las argumentaciones basadas en el carácter expresivo de la pena y en la teoría de la prevención general positiva. Para un análisis de la irrogación de un mal como parte integral de la pena y la vinculación con las teorías expresivas, véase recientemente Pérez Barberá, Gabriel: “Pena, delito y sistema del delito en transformación. Una justificación deontológica de la pena como institución”, en *InDret: Derecho Penal* 4/2014, <http://www.indret.com/pdf/1081.pdf> <27/9/2016>. Reconoce esta contradicción entre la estructura general de los derechos humanos y este supuesto derecho humano a la pena o al castigo (y aun así defiende tal derecho) Ohlin, Jens David, “The Right to Punishment for International Crimes”, *Cornell Legal Studies Research Paper* no. 18-31, 2018, p. 2.

asegurados por otros mecanismos.⁷³ En ese sentido, no resulta sencillo sostener una pretensión legítima de castigo efectivo cuando se ha producido una declaración de culpabilidad del autor que ya ha reestablecido la dignidad de la víctima, que no esté basada en la necesidad de racionalizar deseos de venganza.⁷⁴ Si esto último resulta moral y jurídicamente admisible, excede los límites de este trabajo, pero al menos debe señalarse que considerar que la única alternativa tras la acreditación de la responsabilidad del infractor es la imposición de la pena da lugar a un punto de vista reduccionista,⁷⁵

- 73 Ambos, Kai, “The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC”, en Kai Ambos – Judith Large – Marieke Wierda, *Building a Future on Peace and Justice Studies on Transitional Justice, Peace and Development The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Berlín: Springer, 2008, pp. 29 s.; *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford: University Press, 2013, p. 394. En profundidad sobre el argumento de que el recurso que se le tiene que garantizar a la víctima no necesariamente debe ser una pena, Schlunck, Angelika: *Amnesty versus accountability: third party intervention dealing with gross human rights violations in internal and international conflicts*, Berlín: Berlin Verlag Arno Spitz GmbH, 2000, pp. 44 s.; Gavron, Jessica: “Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of the International Criminal Court”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, pp. 282 s.
- 74 Silva Sánchez, Jesús María, *En busca del Derecho penal*, Montevideo – Buenos Aires, B de F, 2015, p. 104.
- 75 Críticos también, en el marco de la llamada “lucha contra la impunidad”, Silva Sánchez, Jesús María, *En busca del Derecho penal*, Montevideo – Buenos Aires, B de F, 2015, p. 105; Pastor, Daniel: *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: Atelier, 2006, pp. 75 ss. Ohlin (“The Right to Punishment for International Crimes”, *Cornell Legal Studies Research Paper no. 18-31*, 2018, pp. 12 ss.) de hecho argumenta a favor de un derecho humano a la pena efectivamente impuesta y proporcional al delito cometido contra la víctima porque la pena sería la única forma de expresar la condenación de la sociedad hacia el hecho ilícito. Sin embargo, esto no es así necesariamente, como incluso parece conceder el autor (“Although some form of expression is possible using other mechanisms—such as a legal declaration—only the perpetrator’s suffering adequately communicates the profound moral devastation caused by the perpetrator’s actions”, p. 14). Se debe recordar que la pena es únicamente una forma convencional de expresar condenación, pero no la única, ni necesariamente la más idónea en todos los casos (como ya reconocía en su momento Joel Feinberg en su innovador artículo sobre el tema: “The Expressive Function of Punishment”, en *Doing & Deserving*, Princeton: Princeton University Press, 1970, p. 98). Por tanto, la generalización de Ohlin es incorrecta y en la medida de que gran parte de su argumento descansa en esa generalización, su propuesta no resulta convincente.

que no tiene en cuenta que la pena implica una fuerte restricción a los derechos humanos del condenado. Por este último motivo, los individuos tendrían más bien un *derecho a no ser punidos*,⁷⁶ que sólo puede ceder a partir de una fundamentación robusta, y que entra en contradicción con un supuesto derecho a la víctima a que se imponga la pena en todos los casos.

Por otro lado, si se estableciera un derecho a la pena en todos los casos, se desconocería que en muchas oportunidades la pena privativa de la libertad puede convertirse en un trato inhumano o degradante, es decir, en un tipo de tratamiento que el derecho internacional de los derechos humanos necesariamente debe evitar.⁷⁷ Pueden imaginarse casos en los cuales la imposición de una pena mínima ya luce *ab initio* como un trato inhumano, por ejemplo, por las condiciones físicas de quien debe soportar sus consecuencias y esas violaciones a los derechos humanos del condenado no deberían ser toleradas. Por tanto, si se afirma la existencia de un deber de perseguir y de un derecho de las víctimas a la justicia, la persecución penal no debe ser interpretada como un derecho a una condena a toda costa, ni a la imposición de una pena específica, y se debe ser consciente de que no toda investigación dará lugar a un resultado coincidente con la versión de los hechos de las víctimas.⁷⁸ Ir más allá genera una serie de problemas que difícilmente puedan ser resueltos en un sistema internacional en el que ciertos principios esenciales, como los derechos de los acusados o la necesidad de

76 En un sentido similar, Husak, Douglas: "Why Criminal Law: A Question of Content?", en *Criminal Law & Philosophy*, vol. 2, 2008, pp. 105 s. Véase también du Bois-Pedain, Antje: "The Place of Criminal Law Theory in the Constitutional State", en AP Simester – Antje du Bois-Pedain – Ulfrid Neumann (eds.), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford, Portland: Hart Publishing, 2014, pp. 314 ss.

77 Para un análisis de la cuestión Grabenwarter, Christoph: *European Convention on Human Rights. Commentary*, Múnich: C.H. Beck, Hart, Nomos, Helbing Lichtenahn, 2014, pp. 36 ss.

78 Spiga, Valentina: "No Redress without Justice. Victims and International Criminal Law", en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, 2012, p. 1383.

que las penas sólo puedan imponerse si se cumplen ciertos requisitos, deben ser respetados.⁷⁹ Entonces, a lo máximo que se podría aspirar es a un derecho débil, ponderable, en el sentido de derecho a que se investigue el delito e hipotéticamente (si se cumplen ciertas condiciones) se castigue al autor del hecho ilícito. Esto parecería proponer, en última instancia, Ohlin,⁸⁰ en particular para no excluir de la consideración los posibles actos estatales de compasión hacia ciertos autores de hechos punibles que, en principio, deberían ser castigados para satisfacer el supuesto derecho de las víctimas al castigo. Sin embargo, eso da lugar ni más ni menos que a un derecho débil, centrado una obligación de medios de perseguir penalmente ciertos delitos, tal como existiría hoy en el sistema interamericano de derechos humanos (y, con varios matices, en el europeo), pero no un derecho absoluto de la víctima a la imposición de una pena mínima específica.

5. CONCLUSIONES

De lo expuesto pueden derivarse las siguientes conclusiones sobre el supuesto derecho humano a una pena de las víctimas:

(i) Según el *TEDH*, la *CEDH* *no garantiza*, de modo general, un *derecho a la justicia*, por lo que las víctimas, en principio, no tendrían derecho a que los infractores sean perseguidos penalmente. Sin embargo, en ciertos casos los Estados están obligados a emprender procesos penales contra quienes violan ciertos derechos humanos de gran importancia, particularmente el derecho a la vida o la integridad física a través de la tortura, y las víctimas tendrían derecho a que se lleve a cabo tal proceso en estos supuestos. De todos modos, este deber del Estado de sancionar penalmente a los responsables de violaciones a derechos humanos es una obligación

79 Cf. Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford: University Press, 2013, p. 88.

80 Ohlin, Jens David, "The Right to Punishment for International Crimes", *Cornell Legal Studies Research Paper* no. 18-31, 2018, pp. 16 ss.

de medios y no una de resultados, por lo que no se encuentra garantizada una condena. Las víctimas de un delito, por tanto, no tienen derecho a que se condene a su agresor ni tampoco a que se le imponga una pena mínima específica. En todo caso, la jurisdicción del TEDH queda habilitada para revisar aquellos casos en los cuales la sanción impuesta resulta manifiestamente indulgente en relación con el hecho cometido.

(ii) *Tampoco la CIDH reconoce un derecho humano a la pena.* Si bien resulta más claro que según su jurisprudencia los Estados parte de la CADH tienen un deber de perseguir penalmente a quienes cometieron violaciones graves a los derechos humanos, también aquí se está en presencia de una obligación de medios y no de resultados. Por ende, si bien las víctimas de violaciones a los derechos humanos tendrían en principio el derecho a que se investigue penalmente dicha violación, no tendrían garantizada una condena. Tampoco existiría un derecho a que se imponga una pena mínima específica, pero los Estados, de todos modos, no podrían sustraerse a su deber de investigar y, eventualmente, sancionar, por medio de la imposición de penas desproporcionadamente leves o a través de abusos en la aplicación de modalidades morigeradas de ejecución de la pena.

(iii) Con independencia de la jurisprudencia del TEDH y de la CIDH, hay *fuertes argumentos que hablan en contra de un derecho humano a la pena.* Por un lado, afirmar que existe un derecho a que se condene a quien realizó una violación a un derecho humano, con la contrapartida de una obligación estatal de resultados, daría lugar a que puedan lograrse condenas a toda costa. Esto necesariamente va en contra de un derecho internacional de los derechos humanos que reconoce que los imputados y acusados de delitos, por más graves que sean, tienen ciertos derechos que deben respetarse en todas las ocasiones. Por otro lado, un derecho humano a una pena específica se opone a la estructura de todo derecho humano, al concederle una mayor amplitud al poder estatal, en vez

de limitarlo. Además, desconoce que existen otras alternativas a la pena y que esta última medida implica una grave restricción a los derechos humanos del condenado, que sólo puede imponerse en determinadas situaciones (por eso, el ciudadano, siendo acusado en un determinado momento, tendría más bien el derecho a no ser condenado). Finalmente, un derecho a la imposición sin más de una pena, incluso en casos en los cuales puede convertirse en un trato cruel e inhumano, entraría en contradicción directa con la finalidad de todo sistema de protección de los derechos humanos.

-IV-

EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL Y LA POLÍTICA DE SELECCIÓN DE LA PERSECUCIÓN*

El ‘sistema de justicia penal internacional’ es un sistema interrelacionado y dinámico compuesto por tres niveles, cuyo objetivo consiste en reducir la impunidad respecto a los denominados *core crimes* internacionales. La Corte Penal Internacional (‘CPI’) solo es un elemento de ese sistema. Debido a sus limitaciones ella debe utilizar sus escasos recursos de una forma altamente eficiente y racional. La aplicación selectiva constituye pues el principal desafío de la Corte y al mismo tiempo la esperanza para evitar la sobrecarga y el agotamiento. Sin embargo, esto conduce a un sistema de justicia distributiva antes que a un sistema de justicia retributiva, lo que podría socavar la legitimidad de la Corte si las decisiones de persecución no son explicadas ni justificadas adecuadamente para contrarrestar la impresión de que la CPI solo constituye una corte para individuos provenientes de estados débiles.¹ Aunque es difícil luchar contra esa impresión, la única vía posible es seguir desarrollando criterios justos, racionales y transparentes para la selección y priorización de las situaciones y de los casos y, además de ello, abrir investigaciones formales, lo antes posible, en casos no africanos.

* Traducción del inglés a cargo de Gustavo Urquizo, a quien además agradezco por su ayuda en la actualización del presente artículo.

1 Véase también Damaška, *What is the Point of International Criminal Justice?*, *Chicago-Kent Law Review* (‘*Chi-Kent. L. Rev.*’), 83 (2008), 361.

1. EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

La institucionalización del derecho penal internacional ('DPI') por medio del establecimiento de la CPI implica la creación de un *sistema penal único de la comunidad internacional*². Este nuevo sistema penal representa solo uno de los elementos – el transnacional – del 'sistema internacional de justicia penal'. Él se halla incompleto sin el otro elemento del sistema de justicia penal internacional: los *sistemas nacionales de justicia penal*, los cuales funcionan en su primer y tercer nivel. La responsabilidad de investigar, perseguir e imputar crímenes internacionales le corresponde principalmente al estado territorial. Solo cuando éste fracasa en la ejecución de ese deber, la CPI tiene el derecho y tal vez la posibilidad de intervenir. Esto es una consecuencia del principio de complementariedad, que otorga primacía jurisdiccional al estado territorial. De hecho, concede primacía a cualquier estado 'que posea jurisdicción sobre ello',³ es decir, que tenga jurisdicción sobre el respectivo *core crime* internacional.⁴ Cuando ni el estado 'que posee jurisdicción sobre ello' ni la CPI desean o cuando no pueden afrontar la situación criminal, entra en juego la intervención de terceros estados con base en la jurisdicción universal para enfrentar la existencia de lagunas de punibilidad en el ámbito nacional.⁵

2 Aquí adhiero la distinción entre comunidad y sociedad internacional realizada por Paulus en el sentido de que la comunidad adicionaría al vínculo social entre sus miembros un elemento normativo. Cfr. Paulus, *International Law and International Community*, en: Armstrong (ed.), *Handbook of International Law*, London 2009, pp. 44, 45 [referencias omitidas].

3 Art. 17 (1)(a) Estatuto de la CPI ('ECPI').

4 La disposición no concierne a otros tribunales penales internacionales; en tal sentido, un eventual conflicto de jurisdicción tiene que resolverse en el ámbito procesal, por ejemplo, no abriendo una investigación formal de acuerdo con el Art. 53 (1)(c), (2)(c) ECPI.

5 Por supuesto, este sistema de tres niveles es dinámico e interrelacionado. Por eso, por ejemplo, un tercer estado puede abstenerse de perseguir con base en la jurisdicción universal si el estado territorial ya se encuentra dispuesto y, además, tiene la posibilidad de llevar a cabo la persecución. El sistema no solo opera verticalmente – hacia arriba o hacia abajo – entre los estados y la CPI sino también en el nivel horizontal de cooperación entre estados.

2. ESTRATEGIA, POLÍTICA Y SELECCIÓN DE LA PERSECUCIÓN

2.1. Sistema de justicia penal ideal y sistema de justicia penal real

La otra cara de las lagunas de punibilidad del primer y del tercer nivel del sistema de justicia penal internacional es el (cada vez más) alto número de crímenes internacionales que pueden concernir a la CPI. Como admite la OF misma,⁶ la CPI no puede enfrentar en términos prácticos la carga de persecución que ello implica. Esto tiene profundas implicancias para la clase de justicia impartida por la Corte. En un sistema de justicia (penal) ideal cada sospechoso recibe la cantidad de justicia retributiva que merece de acuerdo con la gravedad del injusto del respectivo comportamiento y con su culpabilidad (*culpa*). Pero en el mundo real las cosas son más complicadas. Pues en prácticamente todos los sistemas nacionales de justicia penal la justicia es distribuida selectivamente de acuerdo con determinados criterios, por lo usual con un fundamento político.⁷ La justicia penal internacional representada por la CPI también constituye un sistema real con ciertas peculiaridades y enfocado en la macrocriminalidad. Es decir, la CPI enfrenta situaciones de criminalidad masivas y complejas en territorios distantes pero no dispone de suficientes recursos para afrontar ese desafío de un modo adecuado. La Corte adolece pues, en palabras de Damaška, de una ‘debilidad endógena’⁸.

6 Cfr. ICC-ASP, Report of the Court on the Basic Size of the Office of the Prosecutor, ICCASP/14/21, 7 de agosto 2015, donde se reconoce que la dimensión actual de la OF está por ‘debajo del nivel requerido’ (párr. 4) y que, por consiguiente, se requiere de un incremento a una ‘dimensión básica’ (incremento del personal de 405 a 540 personas, párr. 11) para alcanzar cuando menos las exigencias esperadas ‘sin tener que priorizar excesivamente actividades ni sobreexigir constantemente los recursos...’ (párr. 8).

7 Véase también Damaška, Chi-Kent. L. Rev., supra nota 5, 362–3 (respecto a la discriminación desde una perspectiva histórica).

8 Damaška, The International Criminal Court between Aspiration and Achievement, UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs, 14 (2009), 21.

En todo caso, el proyecto de justicia penal de la Corte no es un proyecto de justicia retributiva en el sentido clásico sino más bien uno de justicia penal distributiva, en el cual el principal desafío no es ni la imposición equitativa o justa de sanciones ni los acusados considerados individualmente, sino más bien la distribución equitativa de justicia a un determinado grupo de sospechosos o autores.⁹ Como ha señalado correctamente Damaška,¹⁰ para la Corte es un desafío enorme realizar esa selección y, al mismo tiempo, evitar la impresión de que ella solo persigue a individuos provenientes de estados débiles y que, por eso, reproduce las inequidades estructurales existentes entre los estados en el ámbito internacional.¹¹ El asunto es aún más complicado por el hecho de que los sospechosos no son seleccionados como meros individuos – como normalmente sucede en los procedimientos nacionales – sino más bien como representantes de ciertos grupos de autores (los serbios, los croatas...), lo que tiene como consecuencia que la selección contenga la distribución de responsabilidad a sus respectivos estados o grupos.

Resulta evidente pues que la *selección y priorización de casos* realizada de un modo racional, justo y transparente y acompañada de una estrategia coherente de persecución es de la mayor importancia para el éxito y la legitimidad de la CPI¹² puesto que su Fiscal (quien está a cargo de la selección)¹³ tiene un alcance potencial-

9 Cfr. Mégret, What Sort of Global Justice is 'International Criminal Justice?', JICJ 13 (2015), 81 ('una justicia entre antes que una justicia para'), 83–4 (distribución justa), 89, 95. Véase de modo general Schabas, *Selecting Situations and Cases*, en: Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford 2015, p. 365 ('selectividad extrema' del sistema internacional de persecución penal); De Meester, *The Investigation Phase in International Criminal Procedure*, Cambridge et al. 2015, pp. 270–1.

10 Damaška, *Chi-Kent*. L. Rev., supra nota 5, 360 y s.

11 Acerca de esta inequidad estructural también respecto del 'nosotros del DPI' Tallgren, *The Voice of the International*, JICJ 13 (2015), 155.

12 Véase previamente por todos Ambos/Stegmiller, *Prosecuting International Crimes at the International Criminal Court*, *Crime, Law and Social Change*, 58 (2012), 392.

13 Véase también *Prosecutor v. Bemba*, No. ICC-01/05–01/08-453, PTC II Decision on Request for Leave to Submit Amicus Curiae Observations Pursuant to Rule 103

mente universal y no solo el poder de seleccionar casos y acusados individuales sino también el de investigar situaciones completas.¹⁴

2.2. Situaciones y casos

El complejo proceso de selección de acusados y de cargos concretos sigue dos pasos fundamentales: primero, la selección primaria de *situaciones* – ‘generalmente definida en términos de parámetros temporales, territoriales y en algunos casos personales’¹⁵ – y segundo, la posterior extracción de los *casos* – es decir, ‘incidentes específicos durante los cuales (...) parecen haber sido cometidos uno o más crímenes por uno o más sospechosos individualizados’¹⁶ – a partir de esas situaciones.¹⁷ Podría distinguirse entre casos *en un sentido amplio* y casos *en un sentido estricto*. Mientras que estos últimos hacen referencia a los casos (estrictamente) legales,¹⁸ que surgen con una orden de detención o de comparecencia, los casos (potenciales) en un sentido amplio surgen tan pronto como la OF formule alegaciones en contra de uno o de más individuos específicos e incluso cuando ella, eventualmente, haya creado el ‘expediente de un caso’ con el nombre de aquellos. De hecho, ese caso en

of the Rules of Procedure and Evidence, párr. 10 (17 julio de 2009) (dejando el ‘asunto de la selección de casos’ al fiscal); *ICC-OTP*, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), párr. 5, disponible en https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf, último acceso 22 de mayo de 2017.

- 14 Ambos/Stegmiller, *supra* nota 16, 392; también Ambos/Bock, *Procedural Regimes*, en: Reydam/Wouters/Ryngaert (eds.), *International Prosecutors*, Oxford 2012, pp. 532, 541; Smeulers/Weerdesteijn/Hola, *The Selection of Situations by the ICC*, *International Criminal Law Review* (‘ICLR’), 15 (2015), 2.
- 15 *Prosecutor v. Lubanga*, No. ICC-01/04-101-tEN-Corr, párr. 65.
- 16 *Prosecutor v. Lubanga*, No. ICC-01/04-101-tEN-Corr, Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5, VPRS-6, párr. 65 (17 enero 2006).
- 17 Reg. 34–5 Reglamento de la OF.
- 18 Sala de Cuestiones Preliminares II, *Situation in the Republic of Kenya*, No. ICC-01/09-3, Request for Authorisation of an Investigation pursuant to Article 15, párr. 51, 107 (26 de noviembre de 2009) y *Situation in the Republic of Kenya*, No. ICC-01/09-19, párr. 50, 182, 188 (evaluación de la admisibilidad ‘frente a criterios seguros que definen un “potencial caso” ...’).

sentido amplio constituye la ‘hipótesis de un caso’ es decir, una serie probable de casos que surgen de la investigación de una situación.¹⁹

Dentro de una situación, la OF aplicaba originalmente una metodología *secuencial* o ‘*sucesiva*’,²⁰ es decir, investigaba uno tras otro los casos específicos de una situación en lugar de investigarlos todos a la vez. Como consecuencia de ello, los casos dentro de la situación eran seleccionados de acuerdo con su gravedad. Luego, la OF se hizo más flexible realizando también investigaciones simultáneas²¹ y reemplazando el término ‘sucesivo’ por el concepto más flexible de ‘investigaciones focalizadas’.²² Este concepto fue reemplazado luego por el ‘principio de investigaciones exhaustivas, abiertas’ y la OF trabaja ahora con ‘múltiples hipótesis de casos’.²³ Con el abandono del enfoque sucesivo cada investigación pasa a

19 Originalmente Rastan, What is a ‘Case’ for the Purpose of the Rome Statute?, Criminal Law Forum (‘CLF’), 19 (2008), 441; ahora Reg. 34 RegOTP; también, ICC-OTP, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), supra nota 17, párr. 4; sin utilizar de modo explícito el término ‘hipótesis de un caso’, ICC-OTP, Report on Preliminary Examinations Activities 2013 (<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Pre-Exam-2014.pdf>, último acceso 21 abril 2016), párr. 43 y 46.

20 ICC-OTP, Report on the Activities performed during the first three years (junio 2003 – junio 2006), 12 de setiembre de 2006 (https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D76A5D89-FB64-47A9-9821-725747378AB2/143680/OTP_3yearreport20060914_English.pdf, último acceso 21 abril de 2016), p. 8; id., Report on Prosecutorial Strategy, 14 setiembre de 2006 (http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/reports%20and%20statements/statement/Pages/report%20on%20prosecutorial%20strategy.aspx, último acceso 21 abril 2016, p. 5.

21 Por ejemplo, en la situación de Kenia, véase Ambos/Stegmiller, supra nota 16, 395.

22 ICC-OTP, Prosecutorial Strategy 2009–2012, 2010 (http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/reports%20and%20statements/statement/Pages/prosecutorial%20strategy%202009%20and%202012.aspx, último acceso 21 de abril 2016), párr. 2, 3, 15, 18 y s.

23 ICC-OTP, Strategic Plan 2016–2018, 2015 (https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/ENOTP_Strategic_Plan_2016-2018.pdf, ultimo acceso 21 abril de 2016), párr. 13, 35; id., Strategic Plan 2012 –2015, 2013 (https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/policies%20and%20strategies/Documents/OTPStrategic-Plan-2012-2015.pdf, último acceso 21 de abril de 2016), párr. 4a, 23; cfr. también Guariglia/Rogier, Selection of Situations and Cases, en: Stahn (ed.), The Law and Practice of the International Criminal Court, Oxford 2015, pp. 361–2.

orientarse por los hechos y por los avances concretos de las sub-investigaciones. En otras palabras, todo enfoque conceptualmente abstracto tiene límites prácticos y, por eso, necesita ser lo suficientemente flexible como para ajustarse a la concreta investigación en curso y a la capacidad global de la OF.²⁴ Lo mismo vale para la priorización.

Al término de cada caso la Oficina examina si existen otros casos en el marco de la situación que ameritan una investigación – teniendo en cuenta la gravedad y el umbral de admisibilidad del ECPI – o si, más bien, hay que seleccionar una nueva situación.²⁵ Aquí puede venir en consideración la *distinción entre selección y priorización*, anteriormente mencionada: un investigador o fiscal puede seleccionar ciertos casos y priorizar entre ellos, por ejemplo, de acuerdo con una especial orientación de la investigación. Dicho más concretamente: un fiscal puede seleccionar ciertos casos dentro de una determinada situación y conceder prioridad a los cargos de violencia sexual²⁶. Aparte de la priorización de cargos dentro de los casos, también podría requerirse una priorización entre los casos, por ejm. priorizar al único sospechoso arrestado antes que a otros aun prófugos. Por supuesto, esto exige, nuevamente, criterios convincentes respecto al porqué se elige éstos y no otros crímenes.

24 Véase ya supra nota 10.

25 ICC-OTP, Update on Communications, supra nota 24, pp. 1, 5. Respecto a una posible aplicación del concepto de ‘terminación’ (entendido en el sistema de la estrategia de terminación de los tribunales Ad Hoc) para las situaciones de la CPI, véase Evenson/Smith, Completion, Legacy, and Complementarity, en: Stahn (ed.), The Law and Practice of the International Criminal Court, Oxford 2015, pp. 1263 y s.

26 Véase, sin embargo, crít. sobre la ‘persecución temática de crímenes sexuales’ Ambos, Thematic Investigations and Prosecution of International Sex Crimes: Some Critical Comments from a Theoretical and Comparative Perspective, en: Bergsmo (ed.), Thematic Prosecution of International Sex Crimes, Oslo 2012, 291, pp. 301 y s.

2.3. Gran estrategia y política modesta: ¿Alguna utilidad para la selección y priorización?

Si bien la selección de la situación se produce antes que la selección del caso, los criterios para ello no pueden distinguirse tan nítidamente en la práctica. Como regla general, de los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación²⁷ se sigue que las decisiones de selección no tienen que estar ‘basados en motivos no permitidos como, entre otros, raza, color, religión, opinión, origen nacional o étnico’.²⁸ Por eso se exige al Fiscal investigar todos los aspectos de un conflicto sin favorecer ni discriminar a ninguna persona o grupo.²⁹ Pero, fuera de esas restricciones provenientes de los derechos humanos la persecución es relativamente³⁰ libre en cuanto al desarrollo de su propia política. La necesidad de integrar esas facultades ampliamente discrecionales en una estrategia de persecución transparente y coherente es reconocida por la cláusula 14 de las Reglas de la OF (‘RegOF’).³¹ Ello obliga a la OF a elaborar su estrategia pública y a utilizar documentos de política que reflejen los

27 Artículos 21 (3), 67 (1) ECPI.

28 *Prosecutor v. Delalić et al.*, No. IT-96-21-A, Judgement, párr. 605 (20 febrero de 2001); véase también *Prosecutor v. Bizimungu et al.*, No. ICTR-2000-56-T, Decision on Defence Motions for Stay of Proceedings and for Adjournment of the Trial, including Reasons in Support of the Chamber’s Oral Ruling delivered on Monday 20 September, párr. 26 (24 September 2004); Côté, *Independence and Impartiality*, en: Reydam/Wouters/Ryngaert (eds.), *International Prosecutors*, Oxford 2012., pp. 364, 366-70; deGuzman/Schabas, *Initiation of Investigations and Selection of Cases*, en: Sluiter et al. (eds.), *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, Oxford 2013, p. 167.

29 *ICC-OTP*, Draft Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), supra nota 17, párr. 19. Sobre el principio de objetividad más detalladamente De Meester, supra nota 13, pp. 295 y s. Véase también Côté, supra nota 32, p. 370; deGuzman/Schabas, supra nota 32, p. 167; véase también Mégret, *Accountability and Ethics*, en: Reydam/Wouters/Ryngaert (eds.), *Prosecutors*, Oxford 2012, p. 439.

30 Las limitaciones legales para el poder discrecional del fiscal surgen especialmente del principio de complementariedad.

31 Véase también No. 17 de las UN Guidelines on the Role of Prosecutors (‘En países donde los fiscales se encuentran investidos con funciones discrecionales, la ley o las reglas o regulaciones publicadas proveen pautas para incrementar la equidad y consistencia del criterio durante la toma de decisiones en el proceso de persecución, incluyendo la institución o el desistimiento de la persecución.’).

principios y criterios básicos de esa estrategia.³²

La OF elaboró diversos documentos y, luego de un Proyecto de documento de 2006³³, el año 2016 emitió un nuevo ‘Documento sobre la política de selección y priorización de casos’ (‘Policy Paper on Case Selection and Prioritisation’).³⁴ Mientras que el Documento de política de 2003 intentó definir una estrategia general de persecución, resaltando algunas tareas prioritarias,³⁵ el Documento de política de 2016 se centra en los sospechosos que afrontan la mayor responsabilidad por los crímenes más graves³⁶ y, por eso, confía a los sistemas nacionales de justicia la tarea de cerrar la laguna de punibilidad resultante en cuanto a los criminales de rango medio e inferior.³⁷

En el segundo nivel, el principio general rector de ‘investigaciones y persecuciones focalizadas’ es concretado, modificado y ulte-

32 Un buen ejemplo de ello es *ICC-OTP*, Policy Paper on Preliminary Examinations, 2015 (<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-PE-rep-2015-Eng.pdf>, último acceso 21 abril de 2016). Éste establece los principios y criterios de los exámenes preliminares (párr. 1 y s.) y tiene como objetivo promover la transparencia (párr. 14). Véase además el reciente Plan Estratégico de la OF 2016 –2018, 2015, *supra* nota 27, especialmente el párr. 36 (respecto al documento de política sobre exámenes preliminares y a la identificación y priorización de casos dentro de una investigación formal).

33 *ICC-OTP*, Criteria for Selection of Situations and Cases, [inédito] draft policy paper (2006).

34 *ICC-OTP*, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), *supra* nota 17.

35 *ICC-OTP*, Paper on some Policy Issues before the Office of the Prosecutor, 2003 (https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/1FA7C4C6-DE5F-42B7-8B25-60AA962ED8B6/143594/030905_Policy_Paper.pdf, último acceso 21 de abril de 2016), p. 1.

36 *ICC-OTP*, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), *supra* nota 17, párr. 42–4. Como sea, no tendría que confundirse la elección de la política de la OF de limitar las persecuciones a ciertos casos de alto calibre con el umbral de admisibilidad como una barrera legal para llevar ciertos casos, en particular con el umbral de gravedad del Artículo 17 (1) (d) ECPI; al respecto *infra* secc. 4.

37 *ICC-OTP*, Policy Paper, *supra* nota 39, p. 7. De cualquier modo, la OF también podría ‘decidir perseguir autores de menor rango cuando sus conductas hayan sido particularmente graves o notorias’, *ICC-OTP*, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), *supra* nota 17, párr. 42.

riormente desarrollado por cuatro documentos de estrategia que prevén algunas cuestiones estratégicas fundamentales: (i) la Estrategia 2006–2009,³⁸ (ii) la Estrategia 2009–2012,³⁹ (iii) la Estrategia 2012 – 2015⁴⁰ y (iv) la Estrategia 2016–2018.⁴¹ En el tercer nivel, el Documento de política de 2016 y muchos otros documentos sobre política de la OF aclaran otros temas clave y criterios políticos relativos a la selección y priorización,⁴² tales como los ‘intereses de la justicia’,⁴³ la focalización en los sucesos ‘más representativos de la escala y en el impacto de los crímenes’ y en ‘delitos que tradicionalmente han sido poco perseguidos’;⁴⁴ participación de las víctimas,⁴⁵ exámenes preliminares⁴⁶ y la persecución de delitos sexuales y de género⁴⁷.

38 *ICC-OTP*, Report on Prosecutorial Strategy, supra nota 24; sobre el respectivo proyecto de documento véase Seils, *The Selection and Prioritization of Cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court*, en: Bergsmo (ed.), *Criteria*, Oslo 2010, pp. 71–2.

39 *ICC-OTP*, *Prosecutorial Strategy 2009 –2012*, supra nota 26; un análisis detallado es realizado por Ambos/Stegmiller, supra nota 16, 394–407.

40 *ICC-OTP*, *Strategic Plan 2012–2015*, supra nota 27.

41 *ICC-OTP*, *Strategic Plan 2016–2018*, supra nota 27.

42 *ICC-OTP*, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016)*, supra nota 17, párr. 4, 16. Sobre los principios rectores del proceso de selección por la OF, véase también Guariglia/Rogier, *Selection of Situations and Cases*, en: Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford 2015, pp. 358 –9

43 *ICC-OTP*, *Policy Paper on the Interests of Justice, 2007* (http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/library/organs/otp/ICC-OTP-InterestsOfJustice.pdf, último acceso 21 de abril de 2016). El concepto es mencionado explícitamente en el Artículo 53 (1)(c) y (2)(c) ECPI.

44 Regulación 34 (2) RegOF; *ICC-OTP*, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016)*, supra nota 17, párr. 45 –6.

45 *ICC-OTP*, *Policy Paper on Victims’ Participation, 2010* (http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/RC-ST-V-M.1-ENG.pdf, último acceso 21 de abril de 2016).

46 *ICC-OTP*, *Report Preliminary Examinations*, supra nota 23; acerca del respectivo proyecto de documento véase Ambos/Stegmiller, supra nota 16, 397–9; véase también los reportes anuales de la OF sobre actividades de examen preliminar de 2011–2015.

47 *ICC-OTP*, *Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes, 2014* (https://www.iccpi.int/iccdocs/otp/Policy_Paper_on_Sexual_and_Gender-Based_Crimes-20_June_2014-ENG.pdf, último acceso 21 abril 2016). Crít. respecto a la práctica que la CPI ha tenido hasta ahora pero optimista considerando el nuevo rumbo bajo la dirección de la fiscal Bensouda como resulta evidenciado por el documento de

En suma, el Documento de política de 2016 de la OF se basa en *documentos de estrategia* que aclaran los objetivos estratégicos de la Oficina por un período de tres a cuatro años así como en *documentos de política* orientados a temas especialmente fundamentales, sobre los cuales la Oficina desea ofrecer mayor claridad y transparencia y que no resultan menos importantes en sí mismos.⁴⁸ Los documentos de estrategia son agendas de trabajo vigentes que permiten a la OF evaluar críticamente su estrategia y, de ser necesario, ajustarla a una base regular. Un buen ejemplo de ello es la decisión de la Oficina, ya mencionada arriba, de complementar su abordaje secuencial con uno simultáneo. Al inicio, en concordancia con su focalización en las personas con mayor grado de responsabilidad, la OF adoptaba una perspectiva secuencial investigando los casos de una situación, uno tras otro, y seleccionándolos de acuerdo con su gravedad.⁴⁹ Luego de ello, la OF se ha vuelto más flexible y, por ejemplo, en los procedimientos de Kenia realizó investigaciones simultáneas, persiguiendo dos casos al mismo tiempo.⁵⁰ Por consiguiente, la Estrategia 2009 – que se adhiere a la política de las investigaciones focalizadas⁵¹ – ya no contenía explícitamente el criterio secuencial; el nuevo criterio fue confirmado por los planes estratégicos posteriores.⁵²

política de la OF, Hayes, *Sexual Violence at the ICC*, en: Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford 2015, pp. 801 y s.

48 *ICC-OTP*, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), supra nota 17, párr. 1.

49 *ICC-OTP*, Policy Paper, 2003, supra nota 37, p. 5; para críticas véase *HRW*, *The Selection of Situations and Trial before the International Criminal Court*, 26 de octubre de 2006 (<https://www.hrw.org/news/2006/10/26/selection-situations-and-cases-trial-international-criminal-court>, último acceso 20 de abril de 2016), p. 5 ('implicancias negativas para la percepción de la imparcialidad del fiscal'); Ambos, *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court*, Berlin 2010, p. 38.

50 Por ejemplo, los casos contra William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang.

51 *ICC-OTP*, *Prosecutorial Strategy 2009 –2012*, supra nota 26.

52 Supra nota 44.

Otro cambio en la estrategia fue introducido por el Plan Estratégico 2012–2015 y confirmado por el Plan Estratégico 2016–2018. Dado que los estándares probatorios adoptados por las Salas de Cuestiones Preliminares para la confirmación de los cargos eran más altos que los esperados por la OF, la Oficina decidió reemplazar la política de investigaciones focalizadas por el ‘principio de investigaciones exhaustivas y abiertas, aunque conservando el criterio de la concentración’.⁵³ Este criterio está pensado para hacer posible ‘una estrategia de aportes gradualmente constructivos’ especialmente en aquellas situaciones en las que la OF tiene posibilidades de investigación limitadas, lo cual significa que la OF ‘investigará y perseguirá primero a un número limitado de autores de rango alto e intermedio para al final tener oportunidades razonables de que se condene a quien posee una mayor responsabilidad’.⁵⁴ Dependiendo de la evidencia disponible, la OF considera incluso la posibilidad de limitarse a la persecución de los autores de rango inferior que hubieran cometido delitos particularmente graves y notorios, en lugar de iniciar procedimientos contra personas que poseen una mayor responsabilidad pero con dudosas perspectivas de éxito.⁵⁵ El objetivo era estar ‘listo para el juicio’ tan pronto como fuese posible

53 *ICC-OTP*, Strategic Plan 2012–2015, *supra* nota 27, párr. 4, 23; también *ICC-OTP*, Strategic Plan 2016–2018, *supra* nota 27, párr. 34; *ICC-OTP*, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), *supra* nota 17, párr. 42.

54 *ICC-OTP*, Strategic Plan 2012–2015, *supra* nota 27, párr. 22; también *ICC-OTP*, Strategic Plan 2016–2018, *supra* nota 27, párr. 34; con referencia al último Plan Estratégico *ICC-OTP*, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), *supra* nota 17, párr. 42 (‘Con el fin de llevar a cabo una investigación objetiva y abierta, la Oficina se centrará primero en el crimen básico para identificar las organizaciones (incluyendo sus estructuras) y los individuos presuntamente responsables de su comisión. Esto podría implicar la necesidad de considerar la investigación y persecución de un número limitado de autores de rango intermedio o alto para construir los fundamentos probatorios del caso(s) contra aquellos que tienen mayor responsabilidad’).

55 *ICC-OTP*, Strategic Plan 2012–2015, *supra* nota 27, párr. 22; respecto al último Plan Estratégico *ICC-OTP*, Strategic Plan 2016–2018, *supra* nota 27, párr. 34; *ICC-OTP*, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), *supra* nota 17, párr. 42 *in fine* (‘La Oficina también podría decidir perseguir autores de menor rango cuando sus conductas hayan sido especialmente graves o notorias’).

y en cualquier caso no después de la etapa de confirmación de los procedimientos.⁵⁶

Si bien estos ejemplos muestran que una cierta flexibilidad es útil e incluso necesaria para que se pueda reaccionar a los cambios legales o jurisprudenciales,⁵⁷ el actual criterio de abordaje de la OF, aunque ha sido aprobado por el más reciente documento de estrategia y por el Documento de política de 2016,⁵⁸ carece aún de una estrategia general o global.⁵⁹ Por ejemplo, el Plan Estratégico 2012–2015 enfatiza la priorización de los crímenes sexuales o por razones de género y los crímenes en contra de niños.⁶⁰ No obstante, si bien no se discute que esos crímenes deberían ser investigados a fondo, sin embargo, ni el Plan Estratégico ni el Documento de Política de 2003 así como tampoco el Documento de Política sobre crímenes sexuales o por razones de género de 2014⁶¹ ni el reciente Documento de política de 2016 ofrecen alguna razón del *por qué* estos crímenes deben priorizarse en lugar de otros. El Documento de política de 2016 tampoco explica el fundamento subyacente, si es que existe alguno, de esa política de priorización.⁶² Además de ello, los

56 *ICC-OTP*, Strategic Plan 2012 –2015, supra nota 27, párr. 3, 4, 18, 23; también *ICC-OTP*, Strategic Plan 2016–2018, supra nota 27, párr. 34.

57 Véase también Goldston, More Candour about Criteria, JICJ, 8 (2010), 403.

58 *ICC-OTP*, Strategic Plan 2016–2018, supra nota 27, párr. 1, 13 y s. (argumentando que los mejores resultados, especialmente en términos de confirmación de cargos, demuestran que el cambio en la estrategia ha sido apropiada y exitosa); *ICC-OTP*, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), supra nota 17, párr. 1, 4.

59 Críticamente también *HRW*, ICC: Case Selection leaves Unfinished Business, 2011 (<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/icc0911webwcover.pdf>), pp. 46–7.

60 *ICC-OTP*, Strategic Plan 2012 –2015, supra nota 27, párr. 58 –63; también *ICC-OTP*, Strategic Plan 2016 –2018, supra nota 27, párr. 37 (‘Al priorizar investigaciones, la Oficina continuará prestando especial atención a la persecución de específicas formas de crimen. En concordancia con la política SGBC [Sexual and Gender Based Crimes], la Oficina se ha comprometido a centrarse en especial en la investigación y persecución de SGBC.’).

61 *ICC-OTP*, Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes, supra nota 51, párr. 7 (enfatizando que los ‘cargos por crímenes sexuales y basados en el género son presentados siempre que haya suficiente evidencia para sostener tales cargos’).

62 Véase por ejemplo la justificación filosófica de la priorización de crímenes sexuales en deGuzman, Giving Priority to Sex Crime Prosecutions, ICLR, 11 (2011), 515;

‘Criterios de priorización de casos’⁶³ previstos en el Documento de política de 2016 no están a la altura de las expectativas puesto que la OF se satisface con la combinación de la referencia a ‘los mismos factores que guían la selección de casos’, de naturaleza genérica, y a los denominados ‘criterios operativos’, como la disponibilidad de la evidencia, la cooperación internacional y los recursos de la Oficina.⁶⁴ Además de aquellos, también podrían servir como criterios importantes para la priorización la clase y la naturaleza del crimen así como la alarma social causada por éste. Mientras que el primero de estos puede tener importancia para la gravedad como requisito de selección (y consiguiente priorización) del caso,⁶⁵ la alarma social causada por el crimen fue rechazada como factor de gravedad por la Sala de Apelaciones de la CPI (véase abajo); de cualquier modo, esto podría estar ya comprendido en el criterio operativo referido al ‘potencial impacto de investigaciones y de persecuciones respecto de crímenes futuros o en curso y/o su contribución a la prevención de crímenes’,⁶⁶ lo que podría servir para reflejar la función expresiva de la investigación de un determinado caso. Por supuesto, asumiendo una perspectiva universal podría argumentarse que el extendido deseo público de una reacción penal contra ciertos crímenes especialmente reprochables se satisface por un cierto periodo de tiempo una vez que tales crímenes, por ejemplo, el reclutamiento de niños o crímenes sexuales, han sido perseguidos y juzgados. Este elemento de *ratione materiae* podría ser complementado con la ayuda de otros factores, como el impacto de la priorización en un determinado contexto nacional. Por eso, este último concepto es un

deGuzman, *An Expressive Rationale for the Thematic Prosecution of Sex Crimes*, en: Bergsmo (ed.), *Thematic Prosecution*, Oslo 2012, p. 11.

63 *ICC-OTP*, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), supra nota 17, párr. 47–55.

64 *ICC-OTP*, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), supra nota 17, párr. 50.

65 Véase *ICC-OTP*, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), supra nota 17, párr. 35–41 e infra secc. 4.

66 *ICC-OTP*, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (2016), supra nota 17, párr. 50 lit. d.

importante criterio normativo de selección y priorización.

Sea como fuere, el Documento de política de 2016 de la OF tiene que ser contrastado con las exigencias de la Regla 14 RegOF, lo cual requiere de una estrategia de persecución general y coherente contenida en un documento básico que sirva de orientación general. Un documento principal con los objetivos globales específicos o generales de una estrategia de persecución es relevante pues indica la dirección general de la OF no solo al público interesado sino también al personal mismo que trabaja en ella. Además, resulta más práctico tener la estrategia general en un solo documento en lugar de que esta se encuentre en varios documentos, elaborados en distintos momentos y orientados a temas diferentes. Solo un documento básico puede establecer un *leitmotif* a partir del cual es posible desarrollar estrategias focalizadas y sobre la base del cual realizar reflexiones periódicas.⁶⁷ El Documento de Política de 2003 (aunque irrestricto en términos de tiempo) no pudo cumplir adecuadamente esa función pues era demasiado general como para brindar una orientación significativa y al final estaba parcialmente anulado por el actual Plan Estratégico.⁶⁸ Ciertamente el Documento de política de 2016 se esfuerza en brindar directrices más concretas. Sin embargo, debido a su redacción a veces vaga y deliberadamente indeterminada no es posible superar la generalidad del Documento de política de 2003. Por supuesto, también existen argumentos contra el abordaje global implícito en un documento básico o, incluso, contra la posibilidad misma de elaborar razonablemente un documento de ese tipo. Las dinámicas de los crímenes, investigaciones y mecanismos jurisdiccionales convierten en algo difícil, sino imposible, la formulación de una estrategia general de índole global y sería que no recurra a generalidades y obviedades. La Corte no posee el dominio total de sus investigaciones, nuevas situaciones criminales

67 Ambos/Stegmiller, supra nota 16, 394.

68 Véase el cambio de la política de investigaciones focalizadas por el principio de investigaciones exhaustivas, abiertas como se ha descrito arriba, supra nota 57 y el texto correspondiente.

podrían surgir cada día y podrían serle remitidas por los Estados o por el Consejo de Seguridad. Dada esta volatilidad de la carga de casos o situaciones de la Corte, parece más prudente la elaboración de estrategias generales pero solo por periodos de tiempo limitados.

2.4. Gravedad y selección

Una situación que no supere el umbral de gravedad conforme al Art. 17(1) (d) ECPI no será investigada por el fiscal. Esto constituye una selección negativa. De hecho, los factores que de acuerdo con la OF determinan la gravedad – ‘escala, naturaleza, forma de comisión e impacto’⁶⁹ – podrían servir al mismo tiempo como criterios de selección.⁷⁰ Recientemente, la OF ha complementado con consideraciones cualitativas su anterior criterio de abordaje puramente cuantitativo de la gravedad.⁷¹ La jurisprudencia no tiene un

⁶⁹ Regulación 29(2) RegOF; *ICC-OTP*, Policy Paper Preliminary Examinations, supra nota 36, párr. 9, 59 y s.; *ICC-OTP*, Report Preliminary Examinations, 2015 (<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-PE-rep-2015-Eng.pdf>, último acceso 21 de abril 2016), párr. 7. Véase previamente *ICC-OTP*, Prosecutorial Strategy 2009 –2012, supra nota 26, párr. 20; *ICC-OTP*, Report on Activities, 12 de setiembre de 2006, supra nota 24, p. 6 e *ICC-OTP*, Report Prosecutorial Strategy, 2006, supra nota 24, p. 5. Ver también Seils, supra nota 42, p. 57; para una discusión crítica Kontorovich, *When Gravity Fails: Israeli Settlements and Admissibility at the ICC*, *Israel Law Review* ('IsLR') 47 (2014), 387 y s.; sobre la discrecionalidad resultante de la OF ver Rohrer, *Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim Internationalen Strafgerichtshof*, Köln 2010, pp. 234 y s. Para una valoración empírica de la selección de situaciones de la OF con referencia a su gravedad véase Smeulers/Weerdesteijn/Hola, supra nota 18, 1 y s. (concluyendo, sobre la base del análisis de los datos secundarios sobre violencia y violaciones de derechos humanos, que ‘la Fiscalía se está enfocando por lo general en las situaciones más graves en las que presuntamente se han cometido crímenes’ [1, 35–6, 38] pero admitiendo al mismo tiempo la existencia de limitaciones intrínsecas del criterio de abordaje, especialmente del enfoque en situaciones extensas de países, lo que difiere del abordaje de la OF consistente en situaciones y casos potenciales más limitados [36 –8]; el enfoque en situaciones extensas de países tampoco da cuenta de la selección de casos – procedimentalmente más relevante – en el marco de una situación existente.

⁷⁰ Respecto a la gravedad en sentido amplio como concepto para guiar el ejercicio de la discrecionalidad en la persecución con respecto a la identificación y priorización de casos Rastan, *Complementarity: Contest or Collaboration?* en: Bergsmo (ed.), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, Oslo 2010, p. 83, 97.

⁷¹ *ICC-OTP*, Policy Paper Preliminary Examinations, 2013, supra nota 36, párr. 61;

criterio fijo sobre la gravedad. La propuesta de diversos factores realizada por la Sala de Cuestiones Preliminares Lubanga, bastante similar a la de la OF,⁷² fue rechazada por la Sala de Apelaciones.⁷³ Esta sostuvo que el test de gravedad de la Sala de Cuestiones Preliminares era deficiente y que por eso constituía un error de derecho.⁷⁴ En particular, respecto al criterio de la alarma social, la Sala sostuvo que ello no tenía fundamento en el Estatuto y que además politizaría la determinación de la gravedad al apoyarse en ‘reacciones subjetivas y contingentes frente a los crímenes antes que en su gravedad objetiva’.⁷⁵ Además de ello, en cuanto al estatus y rol del sospechoso – un criterio usado por la OF solo como un factor adicional con respecto a su enfoque en los ‘más responsables’⁷⁶ – la

véase también *ICC-OTP, Situation in Mali – Article 53 Report, 2013* (http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0112/Documents/SASMaliArticle53_1PublicReportENG16Jan2013.pdf, último acceso 21 de abril de 2016), párr. 143.

- 72 Cf. *Prosecutor v. Lubanga and Ntaganda*, No. ICC-01/04 –02/06-20-Anx2, párr. 29, 42, 46, 50–4, 63 (donde se propone como algunos criterios abstractos respecto a un caso la naturaleza y el impacto social [‘alarma social’] de los crímenes [¿sistemáticos o a gran escala?], la forma de comisión [por ejm. la especial brutalidad o crueldad] y el estatus y rol de los presuntos autores [¿son ellos los que tienen la mayor responsabilidad?]); crít. Boas et al. (eds.), *International Criminal Procedure*, Cambridge 2011, p. 84.
- 73 *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, No. ICC-01/04-169, Judgment on the Prosecutor’s Appeal against the Decision of PTCI entitled ‘Decision on the Prosecutor’s Application for Warrant of Arrest, Article 58’, párr. 54–82 (espec. 68 –82) (13 de julio de 2006), reclasificado como público el 23 de setiembre de 2009; respecto a *Prosecutor v. Al Bashir*, No. ICC-02/05–01/09-3, Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest Against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, párr. 48 con nota 51 (4 de marzo de 2009); para un análisis véase Stegmiller, *The Pre-Investigation Stage of the ICC: Criteria for Situation Selection*, Berlin 2011, pp. 322 y s., 335–6.
- 74 *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, No. ICC-01/04-169, párr. 82. Sobre el respectivo estándar según el Artículo 81(1)(a)-(iii) ECPI véase Staker/Eckelmans, Artículo 81, en: Triffterer/Ambos (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, München 2016, nm. 34 y s.
- 75 *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, No. ICC-01/04-169, párr. 72.
- 76 Véase supra nota 58; ver también previamente Guariglia, *The Selection of Cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court*, en: Stahn et al. (eds.), *Emerging Practice*, Leiden 2009, pp. 214–5; Schabas, *Prosecutorial Discretion and Gravity*, en: Stahn et al. (eds.), *Emerging Practice*, Leiden 2009, p. 243; quien exige flexibilidad en la aplicación de ese criterio WCRO, *The Gravity Thres-*

Sala indicó correctamente que la ‘exclusión previsible de muchos autores’ por tales razones ‘podría dificultar severamente el rol preventivo o disuasivo de la Corte (...)’.⁷⁷ Sin embargo, la Sala no propuso un test alternativo.⁷⁸ En los procedimientos de Kenia, quizá la más profunda decisión posterior de la Sala de Cuestiones Preliminares, la gravedad fue valorada ‘con el marco de un potencial caso en el contexto de una situación’ y, por eso, se analizó si el sospechoso ‘posee la mayor responsabilidad’ (¡sic!) y la gravedad de los respectivos crímenes, orientada por factores como la gravedad, naturaleza, forma de comisión, impacto de los crímenes cometidos sobre las víctimas y la existencia de circunstancias agravantes...’.⁷⁹ En su decisión de confirmación, la Sala de Cuestiones Preliminares II rechazó explícitamente el test de la Sala de Cuestiones Preliminares Lubanga⁸⁰ así como el argumento de la defensa consistente en que solo existe una suficiente gravedad en casos de una conducta activa o de autoría directa.⁸¹ Como factores positivos a ser tomados

hold of the International Criminal Court, *American Journal of International Law*, 23 (2008), pp. 43–51 (esp. 50–1); de modo similar Seils, *supra* nota 42, p. 56.

77 *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, No. ICC-01/04-169, párr. 75. Véase también Seils, *supra* nota 42, p. 56.

78 Crít. respecto a la Sala de Apelaciones por esa razón y en general por su abordaje demasiado estricto Schabas/El Zeidy, Article 17, en: Triffterer/Ambos (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, München 2016, nm. 30. El juez Pikis, en su opinión individual y parcialmente divergente, intentó determinar la gravedad sin proponer, de cualquier modo, un test concreto

(*Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, No. ICC-01/04-169, Separate and partly dissenting opinion of Judge Georghios M. Pikis, párr. 38–41). El juez Pikis se centra en el significado ordinario del término, entendiéndolo como ‘relevancia’ (párr. 39) y excluyendo los casos ‘que no merecen ser considerados’ por la Corte, es decir, casos que resultan ‘insignificantes en sí mismos; cuando la responsabilidad criminal del imputado resulta totalmente marginal; casos límite’ (párr. 40) y considera que un crimen es insignificante cuando ‘los actos constitutivos del crimen resultan completamente periféricos respecto a los objetivos legales de la criminalización de la conducta’ (párr. 40).

79 *Situation in Kenya*, No. ICC-01/09-19, PTC Decision pursuant to Article 15, párr. 188; afirmando la gravedad en los párr. 198–200 (31 de marzo 2010).

80 *Prosecutor v. Kirimi Muthaura, Muigai Kenyatta and Hussein Ali*, No. ICC-01/09–02/11-382-Red, Decision on the Confirmation of Charges, párr. 44 (23 de enero de 2012).

81 *Prosecutor v. Kirimi Muthaura, Muigai Kenyatta and Hussein Ali*, No. ICC-01/09–02/11-382-Red, párr. 46, 47.

en cuenta para la determinación de una suficiente gravedad la Sala hace referencia a la (sentencia) Regla 145(1)(c) RPE CPI y cita, a modo de ejemplo, la ‘escala, naturaleza y forma de comisión de los crímenes imputados, su impacto sobre las víctimas, y la existencia de eventuales circunstancias agravantes’.⁸² Con esto, la Sala no solo confirma los criterios de la OF sino que además coloca a la gravedad como un criterio esencial (‘prueba decisiva’) en el contexto de la sentencia⁸³ y en el mismo nivel, desde una perspectiva conceptual, que el que tiene la gravedad como criterio de admisibilidad. En otras palabras, existe un *concepto uniforme de gravedad*, igualmente válido antes de la investigación (admisibilidad) y en la etapa de sentencia del procedimiento. A su vez, esto significa que la variada jurisprudencia del TPIY, TPIR y TESL sobre la gravedad en la sentencia,⁸⁴ aunque no es formalmente vinculante para la CPI, podría proveer de importantes elementos para un concepto general de gravedad.

En suma, si bien toda decisión depende al final de las circunstancias concretas de la situación o del respectivo caso, sin embargo resulta evidente que las consideraciones cualitativas anteriormente mencionadas, por ejemplo, la naturaleza del conflicto subyacente y el estatus de los sospechosos, podrían tener mayor relevancia que una valoración cuantitativa, lo que, por otro lado, implicaría el rechazo de una gravedad suficiente.⁸⁵

82 *Prosecutor v. Kiriimi Muthaura, Muigai Kenyatta and Hussein Ali*, No. ICC-01/09-02/11-382-Red, párr. 50.

83 Véase Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, Vol II: The Crimes and Sentencing, Oxford 2014, pp. 291 y s.

84 Véase Ambos, *supra* nota 87, pp. 291–2 sobre la jurisprudencia; sobre la jurisprudencia de los tribunales Ad Hoc en detalle también Stegmiller, *supra* nota 77, pp. 341–9.

85 Sobre esta base, afirmando la gravedad en la situación Reino Unido/Irak Schabas/El Zeidy, *supra* nota 82, nm. 30. Esas consideraciones (ampliamente) cualitativas podrían también influenciar la evaluación de la gravedad de los crímenes cometidos en los territorios palestinos ocupados, incluyendo el (posible) crimen de traslado previsto en el Art. 8(2)(b)(viii) ECPI; ellas son minimizadas por Kontorovich, *supra* nota 73, 388–90, 391–92.

SISTEMAS NACIONALES DE JUSTICIA, PERSECUCIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES Y PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD. ESPECIAL REFERENCIA A ALGUNAS EXPERIENCIAS LATINOAMERICANAS*

1. PERSECUCIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES EN LATINOAMÉRICA

Los contextos conflictivos surgidos en Latinoamérica durante diversos momentos históricos¹ y los numerosos crímenes internacionales perpetrados en ese marco plantearon un enorme reto para los sistemas nacionales de justicia de la región.² Como es obvio, la diversidad de factores específicos involucrados en cada una de esas experiencias exige evitar una generalización demasiado simple de la problemática regional³. De hecho, ya solo la situación política doméstica impone la lectura individualizada de cada experiencia

* Artículo en coautoría con Gustavo Urquizo, LLM, doctorando y docente en la Georg-August Universität de Göttingen; investigador del CEDPAL. Los autores agradecen a Ezequiel Malarino y a Fernando Córdoba por la información brindada sobre la experiencia argentina, así como a John Zuluaga, Gustavo Cote y a Diego Tarapués, por la información brindada sobre la experiencia colombiana.

- 1 Genéricamente sobre la realidad socio-política subyacente a esos conflictos v. los análisis correspondientes a los países aquí abordados (y a otros países) contenidos en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), *Justicia de transición*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 133 ss (Argentina), p. 235 ss (Colombia), p. 357 ss. (Perú).
- 2 Sobre esos conflictos y la actividad de persecución llevada a cabo en diversos países latinoamericanos v. Ambos/Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 35 ss.
- 3 Con relación a las experiencias transicionales de los países latinoamericanos v. Malarino, "Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias

nacional, dada la relevancia que para la persecución nacional ostenta la disputa por el poder protagonizada por los actores de cada conflicto. Así, por ejemplo, el impulso de la tarea de persecución en Argentina⁴ tuvo que enfrentar un escenario tal en el que, tras la salida de la dictadura, el sector militar conservaba suficiente poder como para pretender asumir el juzgamiento de sus crímenes⁵ y alcanzar una exclusión de responsabilidad⁶. Por otro lado, en Perú, el ejercicio de esa dosis de poder se trasladó en gran medida a los espacios institucionales⁷, donde han visto su génesis buena parte de los obstáculos a la persecución penal de los crímenes internacionales.⁸ A diferencia de estos dos países, en Colombia la situación está caracterizada por la necesidad de una superación definitiva del contexto conflictivo⁹ extendido por décadas y cohabitado hasta hace poco por diversos actores premunidos de cuotas relevantes de poder¹⁰. En términos generales la variación del espeso entramado de condiciones que definen el contexto político se refleja en la intensidad de la persecución penal y de los juicios, como muestra ya con

latinoamericanas”, en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), nota 1, p. 417.

- 4 Respecto al conflicto argentino, v. en general Parenti/Pellegrini, “Argentina”, en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), nota 1, p. 134 ss.
- 5 Cfr. Parenti/Pellegrini, “Argentina”, en Ambos/Malarino/Elsner, nota 1, p. 136.
- 6 Si bien esa aspiración se apoyó en la Ley 22.294 (Ley de Pacificación Nacional, de 22.09.1983) emitida por Reynaldo Bignone, presidente de facto hasta la elección de Raúl Alfonsín en 1983, dicha ley terminó siendo derogada por el gobierno de este último. De todos modos, éste dictó las Leyes n° 23.492 conocida como “Ley de Punto Final” (sobre ésta v. Ambos, *Impunidad y Derecho penal internacional*, 2° ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 148 ss.) y n° 23.521 conocida como “Ley de Obediencia Debida”.
- 7 V. Idehpucp, *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú. Características y dificultades*, Lima: Idehpucp, 2006, p. 29 (con la nota 19); cfr. también Montoya Vivanco, “Límites y avances de la justicia penal frente a las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el periodo de conflicto armado interno en el Perú”, en Quinteros, (ed.), *Temas de Derecho Penal y violación de derechos humanos*, Lima: Idehpucp, 2012, p. 38.
- 8 Sobre el caso peruano v. Montoya Vivanco, “Límites y avances de la justicia penal...”, en Quinteros, nota 7, p. 30 ss.
- 9 Cfr. Aponte, “Colombia”, en Ambos/Malarino (eds.), nota 2, p. 201 y ss.
- 10 Sobre la situación colombiana v. Aponte, “Colombia”, en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), nota 1, p. 241 y ss.

claridad el caso argentino, en el cual la alteración de esas condiciones permitió transitar desde una situación de impunidad hacia una de persecución penal, que con el cambio reciente en el gobierno parecería haber visto sin embargo un cierto retroceso¹¹.

El contexto político doméstico también ha servido como criterio decisivo para la selección de Argentina, Colombia y Perú como los sistemas latinoamericanos de justicia aquí examinados. Pues esas tres diferentes situaciones – post-dictatorial (Argentina), post-conflicto (Perú) y transicional (Colombia) – permiten mostrar con notable pertinencia y cierta dosis de generalidad el funcionamiento de los sistemas de justicia ante condiciones diversas. En lo que sigue, serán examinadas distintas dimensiones de la persecución de crímenes internacionales llevada a cabo en esas jurisdicciones, con relación a las cuales se pretenderá dar cuenta de los principales avances y, sobre todo, de las deficiencias advertidas (v. *infra* 1.1 a 1.3). Seguidamente, y dejando de lado la exigencia de otras condiciones habilitantes de la competencia de la Corte Penal Internacional (CPI), se hará referencia a la valoración que ellas podrían recibir en el marco del juicio de complementariedad – que, por cierto, constituye un proceso continuo y permanente –, tomando en consideración especialmente los criterios de la falta de disposición y de incapacidad de persecución (v. *infra* 2).¹²

1.1. La dimensión institucional

La dimensión institucional juega un rol esencial en la configuración de la persecución penal de crímenes internacionales en el

11 Cfr. Parenti/Pellegrini, “Argentina”, en Ambos/Malarino/Elsner, nota 1, p. 135 y ss.; v también www.nytimes.com/2016/08/26/world/americas/argentina-trial-cordoba.html; www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-306576-2016-08-11.html [último acceso: 15 de junio de 2018].

12 V. al respecto v. Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Vol. 3, International Criminal Procedure*, OUP 2016, pp. 271 s.; también, el mismo, “El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)”, *InDret* 2/2010, p. 4 y s.

ámbito latinoamericano. Pues ya sea mediante su generación o su aprovechamiento, el déficit institucional – una característica por demás extendida en la realidad latinoamericana¹³ – se ha erigido en un *locus* privilegiado de las estrategias de impunidad. Así, en el caso argentino, la naturaleza misma del gobierno de facto llevó al copamiento de las instituciones militares.¹⁴ Por eso, la pugna por el reconocimiento de la jurisdicción militar como jurisdicción genuina de la persecución de los crímenes¹⁵ admite ser presentada como una estrategia de impunidad diseñada y preparada por los agentes militares. En el caso peruano, donde el inicio de las investigaciones fue visiblemente afectado por el considerable déficit de *input* informativo resultante de la ocupación de diversas instituciones¹⁶ por parte de los (supuestos) autores, la aspiración a la impunidad mediante el aprovechamiento del debilitado aparataje institucional también puede leerse como la razón privilegiada de la pugna por una jurisdicción más beneficiosa.¹⁷ Ese telón de fondo político-institucional argentino y peruano revela el notable rol desempeñado por las comisiones de la verdad en la habilitación de la persecución de los crímenes en esos países. Tanto el informe de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (Conadep)¹⁸ argentina como el de

13 Sobre el déficit institucional latinoamericano v. ya solo Ramió/Salvador, *Instituciones y nueva gestión pública en América Latina*, Barcelona: Hurope, 2005, p. 25 ss.; sobre el caso peruano Montoya, “Límites y avances de la justicia penal...”, en Quinteros, nota 7, p. 22 y p. 25 ss.

14 Sobre la conservación de una cuota importante de poder por parte de los militares argentinos v. Parenti/Pellegrini, “Argentina”, en Ambos/Malarino/Elsner, nota 1, p. 135; sobre el militarismo argentino v. Sancinetti/Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos: la protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 79 ss.

15 Cfr. Ambos, *Impunidad*, nota 6, pp. 215 ss.

16 Montoya, “Límites y avances de la justicia penal...”, en Quinteros, nota 7, p. 25 ss.

17 V. Montoya, “Límites y avances de la justicia penal...”, en Quinteros, nota 7, p. 45 (respecto a los esfuerzos por la recuperación de las instituciones v. p. 38). Cfr. también Caro Coria, “Perú”, en Ambos/Malarino (eds.), nota 2, p. 483.

18 Comisión Nacional sobre la desaparición de personas, creada por el Decreto presidencial N° 187 del 15.12.1983. Aunque en el caso argentino debe destacarse también el rol que jugaron los así denominados “juicios de la verdad”: v. al respecto

la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR)¹⁹ peruana representaron insumos trascendentales para la apertura de investigaciones y, por consiguiente, ayudaron a enfrentar el desafío planteado por el mencionado déficit informativo²⁰. Recientemente, en el marco del Acuerdo al que arribaron el gobierno nacional colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC),²¹ se ha instaurado en Colombia²² la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV)²³.

Los efectos de la precariedad institucional no se restringen empero al inicio de la persecución, sino que también se muestran en su continuación, es decir, durante el juicio mismo o incluso, de ser el caso, en la fase de impugnación de las decisiones allí emitidas. Por esa razón, por ejemplo, en el ámbito peruano el escaso nivel de

Parenti, "Argentina", en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho penal internacional*, Montevideo: Konrad Adenauer, 2008, p. 63 y ss.

- 19 Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional, v. www.cverdad.org.pe [último acceso: 07.04.2018]. Al respecto v. Caro Coria, "Perú", en Ambos/Malarino/Elsner, nota 1, p. 370 s.
- 20 En general sobre las Comisiones de la Verdad v. Ambos, "El marco jurídico de la justicia de transición", en Ambos/Malarino/Elsner, (eds.), nota 1, p. 47 ss.
- 21 El texto del acuerdo es accesible en www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf [último acceso: 07.04.2018]
- 22 Con anterioridad a la CEV, en Colombia no había sido instaurada una comisión de la verdad similar a la argentina o peruana. Sobre el informe acerca de los hechos del Palacio de Justicia colombiano de 1985 cfr. Aponte, "Colombia", en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), nota 1, p. 244 s.; también Ibáñez Najar, *Justicia Transicional y Comisiones de la Verdad*, 2º ed., Madrid: Berg Institute, Otzenhausen: Europäische Akademie Otzenhausen, Bogotá: Justicia y Desarrollo Sostenible, 2017, 792 s. Los informes del Centro Nacional de Memoria Histórica, creado por la Ley 1448 de 2011, son accesibles en www.centrodememoriahistorica.gov.co/informes [último acceso: 07.04.2018].
- 23 Sobre la naturaleza de la CEV y sus objetivos generales v. los Art. trans. 2 y 4 del Cap. II del Acto Legislativo nº 01/2017. El proceso de selección de los comisionados ha culminado con la designación de Francisco de Roux Rengifo como su presidente, v. al respecto el Comunicado nº 29 del Comité de Escogencia (accesible en: www.comitedeescogencia.com/resource/1513683370000/CE_comunicados_5/COMUNICADO_LISTA_SELECCIONADOS_CEV.pdf [último acceso: 07.04.2018]).

coordinación interinstitucional entre el Ministerio Público y el Poder Judicial se tradujo en la generación de serias dificultades para la ejecución de las complejas tareas de investigación y de enjuiciamiento de los crímenes de estas dimensiones.²⁴ Esa situación se agrava si, además de los déficits *interinstitucionales* se tienen en cuenta las deficitarias condiciones *intrainstitucionales*, tales como la ausencia de suficiente personal (especializado) o el limitado equipamiento de los órganos jurisdiccionales, sin mencionar ya problemas más graves como el de la corrupción en la administración de justicia.²⁵

Más aún, el déficit institucional también impacta negativamente en la propia persecución de los crímenes. Para ilustrar el punto con un ejemplo especialmente significativo: en el caso peruano no ha sido implementado hasta ahora un registro oficial completo en constante actualización y de acceso general (o al menos para los operadores) que permita conocer de un modo global el estado de las causas seguidas por crímenes internacionales.²⁶ Sin desmerecer

24 V. al respecto en el ámbito peruano Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial n° 162: "A diez años de verdad, justicia y reparación. Avances, retrocesos y desafíos de un proceso inconcluso"*, (agosto de 2013), p. 96 y ss (accesible en: www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/INFORME-DEFENSORIAL-162.pdf) [último acceso 07.04.2018]. Sin embargo hay que mencionar que en el ámbito peruano se ha intentado instaurar un subsistema especializado en derechos humanos, constituido por un conjunto de órganos del Poder Judicial y del Ministerio Público, v. Idehpucp, *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú*, nota 7, p. 29 ss.

25 V. respecto al caso peruano Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial n° 162*, nota 24, p. 110. Sobre la existencia de falencias en el marco de la coordinación interinstitucional e intrainstitucional en el ámbito colombiano v. Ambos et al., *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*, Bogotá: Temis, 2010, p. 135, y p. 216 s. (sobre la necesidad de su mejoría formulada como recomendación). En el ámbito argentino v. Centro de Información Judicial (CIJ), *Delitos de lesa humanidad. Informe sobre la evolución de las causas*, (actualizado a julio de 2016), p. 8 ss., accesible en: www.cij.gov.ar/lesa-humanidad.html [último acceso: 07.04.2018]].

26 Esta deficiencia ya había sido puesta de manifiesto en el citado Informe Defensorial n° 162 v. Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial n° 162*, nota 24, p. 114. Resaltando la importancia del Informe Defensorial n° 77 en la detección de los problemas de la justicia penal en la investigación, juzgamiento y sanción de violaciones de derechos humanos v. Montoya Vivanco, "Límites y avances de la justicia penal ...", en Quinteros, nota 7, p. 40.

el trabajo de algunas instituciones no gubernamentales por informar el avance en la persecución de esos crímenes,²⁷ es claro que ese esfuerzo no puede reemplazar la actuación del Estado. Como consecuencia de ello, resulta bastante difícil hacerse una representación completa del estado de la persecución de los crímenes internacionales.²⁸ De ese modo, una idea integral sobre la capacidad de rendimiento del sistema se vuelve inviable y, por lo mismo, se obstaculiza ostensiblemente la corrección de sus vacíos. Un problema similar se presenta en Colombia, país en el que, hasta donde se sabe, tampoco existe un registro oficial que muestre integralmente las investigaciones y/o los procesos abiertos por causa de crímenes internacionales.²⁹ Esta y otras carencias hallan su razón privilegiada en la precariedad institucional subsistente en estos y otros estados latinoamericanos, una circunstancia que, por cierto, resulta poco sorprendente para un observador familiarizado con la realidad social regional. Con ese escenario como trasfondo, ha de mencionarse como excepción destacable al ámbito argentino en donde han sido emitidos informes por medio de los cuales se pretende dar cuenta de las causas concretas relacionadas con crímenes internacionales, así como de valiosas estadísticas referidas a su persecución.³⁰

27 Véase a este respecto, Idehpucp, *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú*, nota 7, *passim*.

28 “Este instrumento [base de datos] permitiría conocer el número de investigaciones y procesos judiciales (carga procesal), número de víctimas y procesados (complejidad), lugares donde ocurrieron los hechos (accesibilidad) o si las investigaciones están relacionadas con fosas comunes. Con ello sería posible supervisar y monitorear el proceso de judicialización, y a su vez, identificar aquellas instancias que requieren mayor apoyo logístico y de personal, entre otras ventajas”, v. Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial n° 162*, nota 24, p. 114.

29 Una visión parcial puede obtenerse en la web de las Salas de Justicia y Paz (accesible en www.ramajudicial.gov.co/portal/inicio/mapa/salas-de-justicia-y-paz) [último acceso: 07.04.2018] aunque solo respecto al procedimiento especial de la Ley 975. Sin embargo, aún queda por ver la forma en la que la información de la persecución llevada a cabo y presentada en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), creada en el marco del denominado Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), contribuirá a superar esa deficiencia.

30 V. ya solo los informes Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad, “Informe estadístico sobre el estado de las causas por delitos de lesa humanidad en Argentina” (2017) y Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad, “Crímenes de lesa

Finalmente, en un nivel más general no ha de olvidarse el factor de riesgo latente que representa la mencionada precariedad institucional para la investigación y persecución (de cualquier crimen). Pues, en definitiva, ese contexto deficitario, por así decirlo, termina dejando la “mesa servida” para que los actores del conflicto o de fuerzas políticas afines a éstos activen estrategias motivadas en la búsqueda de impunidad. Esto, por cierto, cobra un especial riesgo si se tiene en consideración el particular contexto histórico latinoamericano, marcado por una cierta inestabilidad política.³¹

1.2. La dimensión estratégica

En la especial complejidad de la investigación y persecución de los crímenes internacionales se halla implícita la cuestión acerca de la necesidad de una estrategia basada en los criterios de selección y priorización de casos (dimensión estratégica) desarrollados en el nivel internacional.³² En el ámbito latinoamericano, esa cuestión ha

humanidad en Argentina” (2016) [ambos informes son accesibles en www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/?tipo-entrada=informes; último acceso: 07.04.2018]. Además de ello, vale la pena resaltar la disposición de un sistema de información sobre los procesos accesible en la web del CIJ bajo la siguiente dirección: www.cij.gov.ar/lesa-humanidad.html [último acceso: 07.04.2018]. V. CIJ, *Delitos de lesa humanidad*, nota 25, p. 11 ss. (destacando la importancia del acceso a esa clase de información).

31 Genéricamente sobre esta circunstancia (aunque con relación a sus efectos para la comprensión de la institución del asilo) v. Ambos, “El caso de Julian Assange: orden de detención europea versus asilo diplomático”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Vol. LXV (2012), p. 75. Recientemente se ha hecho referencia a esta circunstancia, por ejemplo, como la posible razón de la concesión del indulto a Fujimori, cfr. Ambos/Urquiza, *Indulto a Fujimori: Algunas consideraciones críticas*, en *La Ley*, 3.01.2018, (accesible en <http://laley.pe/not/4564/indulto-para-el-ex-presidente-fujimori-algunas-consideraciones-criticas/> [último acceso 07.04.2018]).

32 Sobre la relevancia de los mecanismos de selección v. Ambos, “The International Criminal Justice System and Prosecutorial Selection Policy”, en Ackermann/Ambos/Sikiric (eds.), *Festschrift für Mirjan Damaska*, Berlin: Duncker & Humboldt, 2016, 33 s. (con especial referencia a la CPI); Ambos, “Introducción y resumen comparativo”, en Ambos (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, Bogotá: Profis, 2011, p. 9 y ss. (“La necesidad de desarrollar y aplicar criterios y mecanismos de selección es aún más importante en procesos de paz o de transición donde el sistema penal

sido abordada de un modo notablemente diverso. De cualquier forma, como muestra la experiencia de los países aquí examinados, el anuncio de una estrategia de persecución no debe ser confundido con su implementación efectiva, pues esto requiere una correspondencia coherente y planificada entre la persecución llevada a cabo de modo efectivo y los objetivos más urgentes y principales de la política criminal que subyacen a esa persecución.³³

En términos concretos, en el caso *argentino* es posible dar cuenta de un proceso de disolución del enfoque de la persecución. Pues la orientación inicial hacia “los cuadros más comprometidos con el diseño y el impulso del plan represivo”³⁴ y hacia los autores de hechos excesivos³⁵ fue desvaneciéndose hasta transformarse en una

está llamado a resolver casos criminales que en términos cuantitativos y cualitativos, por la naturaleza de los hechos y los responsables, muchas veces superan los problemas de un proceso penal ‘ordinario’”); sobre los criterios para la selección y asignación de prioridad, v. Bergsmo/Saffon, “Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?”, en Ambos (coord.), *Selección y priorización...*, nota 32, p. 23 ss. Ver también Ambos, *Treatise III*, nota 12, pp. 376 ss.

- 33 Genéricamente respecto a la necesidad de la elaboración de una estrategia global de investigación y un proceso de selección de casos (aunque referido al caso colombiano) v. Ambos et al, *Procedimiento de la ley de justicia y paz...*, nota 25, 213-4 (párr. 413-4); también Ambos, “The International Criminal Justice System and Prosecutorial Selection Policy”, en Ackermann/Ambos/Sikiric, nota 32, 35 ss. (con especial referencia a la CPI: “the rational, fair and transparent selection and prioritization of cases, accompanied by a coherent prosecution strategy, turns out to be of utmost importance for the success and legitimacy of any international criminal tribunal, especially the ICC [...]”).
- 34 V. Parenti/Pellegrini, “Argentina”, en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), nota 1, p. 136; v. también Nino, *Juicio al mal absoluto* (trad. de M. Böhmer), 2° ed., Buenos Aires: 2006, p. 174 ss., Gil Lavedra, “Justicia transicional en Argentina: el papel de los tribunales penales”, en Almqsvit/Espósito (coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 44 (con nota 2).
- 35 V. Parenti/Pellegrini, “Argentina”, en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), nota 1, p. 136 s., quienes dividen la experiencia argentina en tres etapas: i) etapa de persecución penal limitada, ii) etapa de la impunidad y, iii) etapa de erosión de la impunidad. En la primera de ellas “...se organizó la persecución penal de acuerdo con un esquema definido por el gobierno del presidente Raúl Alfonsín, cuyos rasgos centrales fueron: a) la distinción entre ‘tres niveles de responsabilidad’; b) la idea de ‘autodepuración’ de las fuerzas armadas, y c) la idea de concluir los juicios en un tiempo relativamen-

persecución alejada de ese enfoque inicial³⁶ y extendida más bien a todos los presuntos responsables, independientemente de su condición o jerarquía. De cualquier modo, ese proceso no ha impedido que se haya llevado a cabo una persecución en casos emblemáticos y/o contra personas de especial relevancia en el contexto del conflicto político que allí ha tenido lugar.³⁷

En cambio, en el caso de Colombia ha tenido lugar el proceso inverso.³⁸ Pues la situación inicial, ayuna de una estrategia predefinida, ha cedido el paso a la discusión sobre la conveniencia de su adopción.³⁹ El punto más álgido de esa tematización se ha

te breve”, v. también Parenti/Polaco, “Argentina”, en Ambos (coord.), nota 32, p. 131 (“etapa inicial – que tuvo lugar apenas caída la dictadura – de sometimiento a juicio de los máximos responsables del terrorismo de Estado, seguida de un período de inacción judicial casi absoluta, y finalmente una fase de reactivación, aún en desarrollo, y con pretensiones de consolidación.”).

36 Sobre la influencia de las condiciones propias del ordenamiento jurídico argentino en este ámbito v. Parenti/Polaco, “Argentina”, en Ambos (coord.), nota 32, p. 133 ss.

37 Respecto a ello como elemento de base de una estrategia global v. Ambos, “Introducción y resumen comparativo...”, nota 32, p. 10.

38 Sobre la situación colombiana v. Ambos et al, *Procedimiento de la ley de justicia y paz...*, nota 25, p. XX, El Mismo, “Introducción y resumen comparativo...”, nota 32, p. 10.

39 Afirmando la necesidad de una estrategia en el ámbito colombiano (con respecto a la Ley N° 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz) v. Ambos et al, *Procedimiento de la ley de justicia y paz...*, nota 25, p. XX, e insistiendo en esa recomendación, El Mismo, “Introducción y resumen comparativo...”, nota 32, p. 10 (sobre los criterios de tipo objetivo/subjetivo y jurídico/político que en su totalidad constituyen la base de una estrategia global y que son extraídas de diversas experiencias internacionales, entre ellas la argentina, v., muy resumidamente, p. 10 s.). Al respecto v. también Aponte Cardona, “La priorización como estrategia de reducción de complejidad: un ensayo de interpretación”, en Fiscalía General de la Nación (FGN), *Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá: FGN, 2013, p. 24 ss. y Zuluaga, “Alcance del artículo 1° inciso 4° del Acto Legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, en Ambos (coord.), *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá: Temis, 2014, p. 168 ss. Respecto a la cuestión estratégica en el contexto del Proceso Especial de Justicia y Paz v. Forer/López Díaz, “Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia”, en Ambos (coord.), nota 32, p. 229 ss.

alcanzado ciertamente con el debate sobre los criterios de selección y priorización previstos en el denominado Marco Jurídico para la Paz (MJP).⁴⁰ De cualquier forma, un análisis preliminar sobre ese planteamiento sugiere que las implicancias prácticas de los criterios previstos en la definición de la estrategia resultan al menos confusas.⁴¹ Por lo tanto, no es sencillo pronosticar si su aplicación llegará a obtener los resultados deseados y garantizará una mínima eficiencia⁴² (la cual constituye el elemento esencial de toda persecución *estratégica* y que precisamente la distingue de una mera persecución *no estratégica*). De todos modos, en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No-Repetición (SIVJRNR) – creado a raíz del acuerdo de paz entre el gobierno colombiano y las FARC-EP de 24 de noviembre de 2016 – que cuenta con una compleja estructura de justicia⁴³, también se consigna una referencia a criterios de prio-

40 Al respecto v. Art. 1 del Acto Legislativo (AL) n° 01 de 31/07/2012 (Marco Jurídico para la Paz [MJP]). Sobre el MJP remitimos a Ambos/Zuluaga, “Justicia de Transición y Constitución. A manera de introducción”; en Ambos (coord.), nota 39, p. 1 ss. (sobre el extremo de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional referido a este punto del MJP v. p. 13 ss); además v. Ambos/Zuluaga, “La ‘nueva’ política de selección y priorización procesal penal en Colombia”, disponible en www.inej.edu.ni/novedades/la-%E2%80%9Cnueva%E2%80%9D-politica-de-seleccion-y-priorizacion-procesal-penal-en-colombiapor-kai-ambos-y-john-zuluaga-3559.html [último acceso: 10.01.2018]; también Cote/Tarapués, “El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013”, en Ambos (coord.), nota 39, p. 198, quienes resaltan el reconocimiento en la sentencia de la Corte Constitucional colombiana de que la “obligación del Estado de investigar y sancionar penalmente los hechos de violencia perpetrados en el contexto del conflicto armado tiene límites fácticos...”, p. 201.

41 Cfr. Cote/Tarapués, “El marco jurídico para la paz ...”, en Ambos (coord.), nota 39, p. 198 (“... a pesar de que la Corte Constitucional reconoce la imposibilidad de cumplir de manera absoluta con la obligación de investigar y sancionar, no logra desprenderse del todo de una visión maximalista de la persecución penal en la que los derechos de las víctimas no admiten límites”).

42 V. al respecto Ambos/Zuluaga, “Justicia de Transición y Constitución”, en Ambos (coord.), nota 39, p. 15 ss.; también Cote/Tarapués, “El marco jurídico para la paz ...”, en Ambos (coord.), nota 39, p. 197 ss.

43 De acuerdo con el Art. trans. 7 AL 01/2017, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) cuenta con el Tribunal para la Paz y tres Salas de Justicia, a saber, la *Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas*, la *Sala de Definición de la Situaciones Jurídicas* y la *Sala de Amnistía o Indulto*.

rización para las labores de dos de las Salas de Justicia.⁴⁴

Con todo, el otro extremo de la actitud frente a la cuestión estaría ocupado por Perú, país en el que, de acuerdo con la información disponible, una estrategia de persecución de crímenes internacionales basada en esos criterios de selección y priorización parece no haber sido anunciada ni siquiera formalmente. De hecho, la tematización de este punto se hace extrañar incluso en la discusión académica.⁴⁵ Ello, a pesar de que la especialmente precaria situación institucional peruana, solo esbozada precedentemente, exigiría justamente su discusión e implementación. Es claro que el intento de acondicionamiento de los órganos de persecución penal realizado en ese país y consistente en encargar la persecución y enjuiciamiento de los crímenes a órganos especializados,⁴⁶ resulta insuficiente para hablar de la existencia de una estrategia, aun cuando desde una perspectiva operativa ello podría representar una gran ayuda para su ejecución. De cualquier forma, esa carencia no ha impedido que en el caso peruano haya tenido lugar el juzgamiento de casos emblemáticos y de actores con notable relevancia en el marco de su contexto conflictivo.

1.3. La dimensión jurídica

Naturalmente, la persecución de crímenes internacionales por parte de los sistemas nacionales de justicia aquí analizados – y los

44 Estas son la *Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas* y la *Sala de Definición de la Situaciones Jurídicas* que, según el Art. 7 del AL 01/2017, “desarrollarán su trabajo conforme a criterios de priorización elaborados a partir de la gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos...”.

45 Por ejemplo en Montoya Vivanco, “Límites y avances de la justicia penal...”, nota 7, p. 21 ss.; Caro Coria, “Perú”, en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), nota 1, p. 357 ss. y Caro Coria, “Perú”, en Ambos/Malarino (eds.), nota 2, p. 447 ss.

46 V. al respecto Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial n° 162*, nota 24, p. 96 ss., señalando la carencia de un diseño previo como una de las primeras dificultades detectadas para la implementación de instancias especializadas y la conformación de un subsistema con las características específicas que ello exige.

latinoamericanos en general – también ha afrontado numerosos desafíos jurídicos (dimensión jurídica). El desenlace de esa confrontación se ha ido plasmando en una jurisprudencia que se ha reproducido formidablemente en los últimos años⁴⁷. Por razones de espacio, aquí solo podemos hacer referencia a dos de los desafíos más importantes. En principio, como ya se había constatado hace algún tiempo, uno de los problemas más relevantes guardaba relación con una carencia de normas de derecho penal internacional en los ordenamientos internos.⁴⁸ No obstante, también se había comprobado que junto a la aplicación de las normas de derecho penal clásico disponibles en los respectivos países, los tribunales latinoamericanos empezaban a aplicar normas del derecho internacional – en algunos casos ya pertenecientes al derecho interno⁴⁹ – para calificar los hechos como crímenes internacionales nucleares o, más específicamente, como crímenes de lesa humanidad. El mecanismo utilizado por los tribunales latinoamericanos para lograr esa tarea puede describirse como una “articulación normativa” basada en una “doble subsunción”, la cual consiste en una subsunción *primaria* de tipificación y sanción bajo las leyes nacionales y una subsunción *secundaria* que conduce a una calificación de los hechos como crímenes internacionales⁵⁰. De esa forma se alcanzaban con-

47 A diferencia de algunos años en la actualidad ya no puede decirse que la jurisprudencia latinoamericana sea escasa v. Malarino, “Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional”, en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), nota 18, p. 421. Esta conclusión difiere de aquella a la que se había arribado cinco años antes en Ambos/Malarino, nota 2, p. 584. También hace referencia a la hoy por hoy significativa jurisprudencia latinoamericana sobre el particular Salazar/Medellín, “Introducción”, en FDPL, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Washington: 2009, p. XX.

48 Sobre ese problema v. Ambos/Malarino, “Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares”, en Ambos/Malarino (eds.), nota 2, p. 580 s.

49 V. Malarino, “Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional” en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), (nota 18), 442, en general 421 ss. (citando casos de diversos países, entre ellos los aquí analizados).

50 Malarino, “Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional” en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), (nota 18), p. 444 (“*subsunción primaria de tipificación y sanción por las leyes locales y ... subsunción secundaria de cualificación por*

secuencias que de lo contrario permanecían vedadas por el derecho doméstico.⁵¹ En lo esencial, las consecuencias habilitadas por ese procedimiento de los tribunales giraban en torno a cuestiones tales como la inaplicación de la prescripción, de indultos y amnistías, del *ne bis in ídem*, así como al alcance del principio de legalidad, etc.⁵² A este respecto, la jurisprudencia de los últimos años correspondiente a los países aquí analizados muestra que esa tendencia sigue estando vigente⁵³. Ello describe sin duda una receptividad a la persecución de los crímenes, en lo cual hay que reconocer además la decisiva influencia que ha jugado la jurisprudencia de la Corte

las leyes internacionales”, resaltado en el orig.); quien además se muestra especialmente crítico en relación con el recurso al derecho internacional consuetudinario para la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad (“no hay certeza sobre cuáles son sus elementos constitutivos”, p. 445).

- 51 Malarino, “Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional”, en *Ambos/Malarino/Elsner*, nota 18, p. 421 y ss. y p. 442.
- 52 Lo que incluso ha llevado a afirmar que se habría originado algo así como un “derecho penal diferenciado para las violaciones de derechos humanos”, v. Malarino, “Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional”, en *Ambos/Malarino/Elsner* (eds.), nota 18, p. 443.
- 53 Por ejemplo, en el ámbito peruano v. ya solo la sentencia del caso *Accomarca* (Sala Penal Nacional, Exp. n° 36-05, de 31/08/2016, considerando [cons.] centésimo décimo), accesible en: https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2708a9804e210be3b43ef448a12af05b/SENTENCIA_ACOMARCCA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2708a9804e210be3b43ef448a12af05b [último acceso: 07. 04.2018]; también véase la sentencia contra Alberto Fujimori en los casos *Barrios Altos* y *La Cantuta*: (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia [CSJ], Expediente [Exp.]. n° A.V. 19-2001, de 7. 4.2009, cons. 710 y ss.), disponible en: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20101107_05.pdf [último acceso: 07.04.2018]; confirmada por la Ejecutoria de la Primera Sala Penal Transitoria de la CSJ, de 30.12.2009, disponible en: www.justiciaviva.org.pe/especiales/barrios-altos/43.pdf [último acceso: 07.04.2018]. En el ámbito argentino véase la sentencia en la causa n° 2251/06, Sentencia contra Etchecolatz, accesible en www.asisepublico.com/wp-content/uploads/Fallo-Completo-ETCHECOLATZ.pdf [último acceso: 07.04.2018] y también la Res. en la causa n° 7896 (*Etchecolatz, Miguel Osvaldo, Recurso de casación e inconstitucionalidad*), así como el fallo de la Corte Suprema argentina en la causa “*Simón, Julio Héctor s/privación ilegítima de la libertad*”, etc., causa n° 17.768, de 14.06. 2005, accesible en http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/juicios/argentin/ctesupr_20050614b.htm [último acceso: 20.06.2018]. Para la cuestión de la amnistía (sobre los casos peruano y argentino) v. *Ambos*, “El marco jurídico de la justicia de transición”, en *Ambos/Malarino/Elsner* (eds.), nota 1, p. 67 y ss. (con nota al pie 251).

Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH).⁵⁴

54 Por ejemplo, v. ya solo recientemente en el ámbito peruano la sentencia del caso *Accomarca*, nota 53, cons. cuadragésimo quinto, y también v. sentencia del caso *Los Cabitos*, Sentencia Exp. n° 35-2006, (Dir. Ricardo Brousset Salas) del 18.08.2017, cons. cuadragésimo cuarto. Sobre diversos casos en el ámbito latinoamericano en los que se apreciaría ese rol de la Corte IDH v. Malarino, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en Ambos/Malarino/Woischnik (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo: Konrad Adenauer, 2010, p. 27 (con nota 9); respecto al caso peruano v. solo Montoya Vivanco, “Límites y avances de la justicia penal...”, nota 7, p. 43 ss.; con relación a Colombia, v. Gómez Méndez, *Verdad, justicia y reparación. Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2006, p 49 ss. De cualquier forma, ese rol ha sido especialmente relevante en el contexto de la resistencia a los mecanismos normativos de impunidad como las amnistías (por ejemplo, en el caso de las famosas leyes peruanas de amnistía N.° 26479 y N.° 26492, v. al respecto solo *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C n° 75, párr. 41, disponible en disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf [último acceso: 25.06.2018]). Aunque en la actualidad el recurso a tales mecanismos ha perdido fuerza, precisamente por el desarrollo del derecho de los derechos humanos en la región, hay al menos dos casos actuales que pueden citarse brevemente en el marco de los países aquí analizados: i) por un lado, en Colombia la Ley 1820 de 2016 (Ley de Amnistía) que, en principio, se atiende a los estándares del derecho (penal) internacional (v. al respecto Ambos, “La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional”, en Ambos/Cortés/Zuluaga (coords.), *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional*, Bogotá: Siglo del Hombre, 2018, p. 119 y ss.), ii) por otro lado, en Perú, la concesión de un indulto a favor del ex presidente Fujimori (en combinación con una gracia presidencial, por medio de la cual se pretendía liberarlo de sus procesos pendientes), que por el contrario ha sido criticada y se encuentra al menos bajo sospecha de constituir en el fondo una exención de responsabilidad no legítima (v. Ambos/Urquiza, Indulto a Fujimori..., nota 31). Entretanto, la decisión que concede el indulto (y la gracia presidencial) a Fujimori ha dado lugar a dos importantes resoluciones: i) una resolución proveniente del ámbito doméstico peruano declarando que el derecho de gracia dictado a favor de Fujimori (que pretendía excluirlo de los procesos penales pendientes contra él) “carece de efectos jurídicos” para el caso “Pativilca”. Fujimori, por lo tanto, sigue estando sometido a ese proceso (v. Sala Penal Nacional, Resolución 039 de 9.02.2018, recaída en el Exp. n° 00649-2011-0-5001-JR-PE-03, p. 107, punto 1 de la parte resolutive; accesible en www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/68d8e4004482e6c9aa65fa01a4a5d4c4/Exp.+649-2011-0-J_Caso+PATIVILCA_Resol.+39.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=68d8e4004482e6c9aa65fa01a4a5d4c4 [último acceso: 23.06.2018]); ii) una resolución de la CorteIDH que ha encargado a la jurisdicción constitucional peruana el control del “indulto humanitario” concedido a Fujimori. De acuerdo con la CorteIDH, al llevar a cabo dicho control la jurisdicción peruana debe tener en cuenta los estándares identificados por la propia Corte en su resolución (v. considerandos 45 a 58; entre ellos: la tendencia que

Otro de los grandes desafíos jurídicos de las jurisdicciones latinoamericanas (también el de los países aquí analizados) ha estado representado por la definición del *título de participación* de los agentes en casos en los que, como es usual en este tipo de criminalidad, concurren una pluralidad de intervinientes. En líneas generales, hay que llamar la atención sobre el evidente protagonismo adquirido aquí por la teoría alemana de la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder (*mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate*), desarrollada por el eminente penalista alemán Claus Roxin.⁵⁵ En el ámbito *argentino*, ella fue invocada en el célebre y pionero proceso contra los líderes de las Juntas Militares, que tuvo lugar en los años ochenta del siglo pasado⁵⁶. Por su

existiría en el ámbito internacional a limitar el perdón o extinción de condenas por graves violaciones a los derechos humanos a través de decisiones discrecionales de los Poderes Ejecutivo o Legislativo, por lo cual en la evaluación ha de analizarse si el indulto supone una afectación innecesaria y desproporcionada del derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares en relación con la proporcionalidad de la pena y su ejecución; v. considerando 45) así como hacerse cargo de los diversos cuestionamientos relacionados con los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico peruano para la concesión del indulto (mencionados en el considerando 69, entre ellos, la objetividad de la Junta Médica Penitenciaria que evaluó a Alberto Fujimori y deficiencias en la motivación de la Resolución que concedió el indulto). Finalmente, la CorteIDH ha solicitado que información sobre los avances de ese control por parte de la justicia peruana le sea remitida para el próximo 29.10.2018 (v. *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar. Resolución de la Corte IDH de 30 de mayo de 2018 accesible en: www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/barriosaltos_lacantuta_30_05_18.pdf [último acceso: 23.06.2018]).

- 55 Sobre esta teoría v. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9º ed., Berlin; Boston: De Gruyter, 2015, pp. 242 ss.; El Mismo, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil (AT), Tomo II, München: Verlag C.H. Beck, 2003, § 25, nm. 105 ss., p. 46 ss.; Ambos, “Zur ‚Organisation‘ bei der Organisationsherrschaft“, en Heinrich/Jäger [y otros](eds.), *Strafrecht als scientia universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin: de Gruyter, 2011, p. 841 ss.; un buen panorama sobre la teoría en Weigend, “Perpetration through an Organization. The Unexpected Career of a German Legal Concept”, en *Journal of International Criminal Justice (JICJ)* 9, (2011), p. 94 ss.; sobre el reconocimiento de la teoría en el ámbito español y latinoamericano v. Muñoz Conde/Olásolo, “The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain”, en *JICJ* 9, (2011), p. 113 ss.
- 56 V. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sentencia en la Causa 13/84, de 9.12.1985, cons. sétimo, accesible en https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/2/29/Causa_13_Sentencia.pdf [último acceso: 07.04.2018] y

parte, en Perú se ha recurrido a dicha teoría para fundamentar la responsabilidad como autores (mediatos) de crímenes internacionales tanto de Alberto Fujimori⁵⁷, el ex presidente peruano, como de Abimael Guzmán⁵⁸, el líder de la agrupación terrorista Sendero Luminoso. Además de ello, en este país la teoría ha sido utilizada más recientemente para otros casos relevantes⁵⁹. En cambio, en el ámbito colombiano la aplicación de la autoría mediata por dominio de la organización encontró una cierta resistencia y su protagonismo fue impugnado, sobre todo, mediante la invocación del argumento de que el texto del Código Penal colombiano no admitiría explícitamente esa clase de autoría mediata.⁶⁰ De todos modos, ello

además v. Corte Suprema, Sentencia de 30.12.1986. De todos modos, ha de tenerse en cuenta que si bien tanto la Cámara Nacional de Apelaciones como la Corte Suprema valoraron el comportamiento de los procesados como autores mediatos, sin embargo, al final resultaron condenados como cooperadores necesarios, v. sobre ello Ambos, “Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)* (1998), p. 238 s. [versión en español: Ambos, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 39 ss.]. Más recientemente, v. la sentencia en la causa n° 2251/06, Sentencia contra Etchecolatz, accesible en: www.derechos.org/nizkor/arg/ley/etche.html [último acceso: 07.04.2018].

- 57 V. Exp. n° A.V. 19-2001, nota 53, cons. 718 ss. Sobre el caso Fujimori v. las contribuciones de Rotsch, Ambos, Roxin, Schroeder, Jakobs, Herzberg, Caro Coria, García Caveró, Meini, Pariona Arana y van der Wilt, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 11/2009, p. 549 ss. (accesible en www.zis-online.com); también en Ambos/Meini, *La autoría mediata: el caso Fujimori*, Ara: Lima, 2010; además Ambos, “The Fujimori Judgment: A President’s Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus” en *JICJ*, 9 (2011), p. 145 ss.
- 58 V. Sentencia del Exp. Acumulado n° 560-03, de 13.10.2006, cons. décimo tercero, Caso *Abimael Guzmán Reinoso* y otros, accesible en: www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/GuzmanReinoso_Decision_13-10-2006.pdf [último acceso: 15.01.2018]. Dicha sentencia fue confirmada por la CSJ a través del R.N. n° 5385-2006, Segunda Sala Penal Transitoria, Lima, de 26/11/2007, accesible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20080616_33.pdf [último acceso: 07.04.2018].
- 59 Por ejemplo, en la sentencia del caso *Accomarca*, nota 53, cons. cuarenta y nueve; más recientemente en el caso *Los Cabitos*, nota 54, cons. cuarenta y nueve.
- 60 Código Penal colombiano: Artículo 29: “Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.”. En la literatura, cfr. Aponte, “Colombia”, en Ambos/Malarino/Elsner, nota 18, p. 200 y ss.; El Mismo, *Persecución penal de crímenes internacionales: Diálogo abierto entre la tradición nacional y*

no ha impedido que dicha teoría haya terminado siendo aplicada en algunos casos.⁶¹

el desarrollo internacional, Bogotá: Ibáñez, 2010, p. 238 ss. Sobre el rechazo de la posibilidad de aplicación de la teoría con base en el texto del Art. 29 del CP colombiano v. Velásquez Velásquez, *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General* (PG), Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017, p. 586; en el mismo sentido v. Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal. PG*, vol. 2, Bogotá: Ibáñez, 2012, p. 847 (“...difícilmente compatible (sic) en Colombia con el tenor literal del artículo 29-1 del C.P....”) y además Hernández Esquivel, Alberto, “Lección 16: Autoría y participación”, en Urbano Martínez et al, *Lecciones de Derecho Penal. PG*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, p. 278 (“...no aplicable en nuestro Código”). Sobre la paulatina aplicación de la tesis de la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder v. referencialmente Arana, *La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de Claus Roxin y su aplicación en Colombia*, p. 45 ss, disponible en www.bdigital.unal.edu.co/39870/1/80244643.2014.pdf (último acceso: 07.04.2018).

- 61 V. ya solo Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Penal, (32805) Sentencia contra Álvaro Alfonso García Romero, de 23.02.2010, p. 79 o la sentencia contra Luis Alfonso Plazas Vega emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá, de 9.6.2010, v. especialmente punto 6.3.3. “Responsabilidad” (pág. 246 ss.). (accesible en www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/239_fallo%201%20insta%20%20Plazas%20Vega.pdf; [último acceso: 07.04.2018]), la cual fue confirmada parcialmente por la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 30.01.2012, v. sobre todo p. 598 ss., accesible en www.ambitojuridico.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/sent-11001070400320080002509-12.pdf [último acceso: 07.04.2018]. Sin embargo, esta decisión fue dejada sin efecto: v. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema SP 17466-2015 de 16.12.2015, p. 352 ss. (aunque invocando la ausencia de “certeza acerca de la responsabilidad penal del acusado”). p. 355, accesible en www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2015/12/Sentencia-coronel-Luis-Alfonzo-Plazas-Vega.pdf [último acceso: 07.04.2018]). V. también la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, de 16.12.2011 contra Freddy Rendón Herrera (Radicación: 110016000253200782701), párr. 705 ss., accesible en: www.ictj.org/sites/default/files/subsites/ictj/docs/Sentencias_Justicia-y-Paz/2011.PrimeraInstancia.FredyRendon.pdf [último acceso: 07.04.2018]. Dicha sentencia fue confirmada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema colombiana (Segunda Instancia 38222 Fredy Rendón Herrera), accesible en: www.ictj.org/sites/default/files/subsites/ictj/docs/Sentencias_Justicia-y-Paz/2012.SegundaInstancia.FredyRendonHerrera.pdf [último acceso: 07.04.2018]. En la literatura v. Muñoz Conde/Olásolo, *JICJ* 9, (2011), p. 124 ss.

2. EVALUACIÓN DE LA PRÁCTICA DEL NIVEL NACIONAL RESPECTO AL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

La persecución de los crímenes internacionales opera en un nivel nacional e internacional. Dado que el sistema de justicia penal internacional está conformado por ambos niveles⁶², la posibilidad de una persecución integral depende de la interacción y complementación coherente⁶³ de esos niveles. La función de esos niveles individuales no se agota empero en su relación con el sistema global (relación del nivel nacional o del nivel internacional con el sistema de justicia penal internacional), pues al interior de éste también tiene lugar una relación recíproca entre ellos (relación entre el nivel nacional y el nivel internacional). Formulando esa relación de un modo más descriptivo: mientras que el nivel nacional debe cargar con una “función persecutoria *de base*”, el nivel internacional debe procurar superar por medio de su “función persecutoria *de cierre*” la situación de impunidad eventualmente dejada por el respectivo sistema doméstico.⁶⁴ Tal interacción entre niveles deja expuesto el ámbito funcional de la complementariedad⁶⁵ y, al mismo tiempo, ofrece la clave para la definición de la genuinidad del compromiso

62 Ambos, “The International Criminal Justice System and Prosecutorial and Prosecutorial Selection Policy”, en Ackerman/Ambos/Sikirić, nota 32, p. 25 ss.

63 Por cierto, que la interacción de los niveles nacional e internacional sea coherente no presupone que ellos sean idénticos. Es decir, la interacción coherente de los niveles de persecución permite la conservación de “espacios de identidad” en cada uno de los niveles derivados de su propia estructura.

64 Ambos, “The International Criminal Justice System...”, nota 32, p. 27: “... the main responsibility to investigate, prosecute and adjudicate international crimes lies with the territorial State. Only if it fails to live up to its corresponding duty the ICC has a right and perhaps the possibility to intervene”.

65 Sobre la complementariedad v. Ambos, “El test de complementariedad...”, nota 12, pp. 4 ss.; el mismo et al, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz*, nota 25, p. 149 ss.; el mismo, *Treatise III*, nota 12, pp. 266 ss.; Cassese/Gaeta, *Cassese’s International Criminal Law*, 3° ed., Oxford: OUP, 2013, p. 296 ss.; Werle/Jeßberger, *Völkerstrafrecht*, 4° ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, p. 131 ss.; Razesberger, *The International Criminal Court. The principle of complementarity*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2006, p. 564 ss.; Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 5° ed., Cambridge: CUP, 2017, p. 170 ss.

con el sistema de justicia penal internacional y con sus respectivos niveles (volveremos sobre esto v. *infra* 3).

La complementariedad, como se sabe, implica la cuestión de la posibilidad o la disposición (voluntad) de un sistema nacional para hacerse cargo adecuadamente de la investigación y persecución de los crímenes, es decir, de llevar su “función de base” a una dimensión práctica.⁶⁶ La respuesta a esa cuestión adquiere una connotación especial ante las peculiares características de los crímenes internacionales – los cuales exhiben una significativa complejidad – y las circunstancias estructurales – internas o externas, preexistentes o sobrevinientes – de los específicos sistemas nacionales de justicia. A la vista de ello, en lo sucesivo solo se llevará a cabo una evaluación⁶⁷ desde una perspectiva general y con base en las circunstancias constatadas con ocasión del análisis precedente (dimensiones institucional, estratégica y jurídica). Para ello se tendrá como referencia los criterios previstos para la denominada complementariedad estricta y dejando de lado otras limitaciones relevantes para la competencia de la CPI, como el criterio de *ratione temporis*.⁶⁸

En principio, la admisibilidad presunta del Arts. 17 (1) del ECPI⁶⁹ (“inactividad total”, v. el siguiente gráfico) puede ser recha-

66 Sobre los criterios para evaluar ambos aspectos v. Ambos, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 17 ss.; también, el mismo et al., *Procedimiento de la ley de justicia y paz...*, nota 25, p. 169 ss.; Ambos, *Treatise III*, nota 12, 273; v. además Cárdenas, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, p. 103 ss.; Werle/Jeßberger, *Völkerstrafrecht*, nota 65, p. 147 s.; Schabas, *Introduction*, nota 65, p. 174 ss.

67 Dado el ámbito temporal de los crímenes en algunos países, la jurisdicción de la CPI ya se halla excluida *ratione temporis*. Un ejercicio similar puede encontrarse en Santalla, “Bolivia”, en Ambos/ Malarino/Elsner, (nota 1), 166 ss.

68 Sobre la complementariedad en sentido estricto v. Ambos, *Treatise III*, nota 12, pp. 295 ss; también el mismo, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 17 ss. Ha de tenerse en cuenta que la complementariedad en sentido estricto solo adquiere relevancia si el caso tiene la gravedad suficiente v. Ambos, *Treatise III*, nota 12, p. 273.

69 Sobre el Art. 17 ECPI v. El Zeidy, “Article 17”, en Triffterer/Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, 3^o ed., München, Oxford, Baden-Baden: C.H. Beck, Hart Publishing, Nomos, p. 781 ss.

zada sin más⁷⁰, con respecto a los países aquí analizados, si es que el Estado lleva a cabo una cierta actividad de investigación. Dicha actividad ha de ser valorada atendiendo a los requisitos establecidos en el artículo 17 (1) (a), (b) y (c)⁷¹ en relación con el artículo 20 (3) ECPI⁷². Es decir, si la actividad del Estado en cuestión cumple tales requisitos, el caso o la situación devienen inadmisibles. Por lo contrario, si la actividad del Estado indica o implica una falta de voluntad o incapacidad en el sentido del artículo 17 (2) y (3) ECPI la situación o caso deben ser declarados admisibles. Gráficamente el test de complementariedad del artículo 17 ECPI puede presentarse de la siguiente manera:

70 Además de la insuficiencia de gravedad prevista en el Art. 17 (1)(d): “El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte”. Al respecto v. Ambos, *Treatise III*, nota 12, pp. 284 ss.; también el mismo, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 18.

71 Art 17 ECPI: “1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

- a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20”.

72 Art. 20 ECPI:

“(…)

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

- a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o
- b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.”

Test de complementariedad del Art. 17 ECPI

I. Objeto de referencia: situación-caso-conducta

II. Gravedad suficiente (art. 17 (1)(d))

III. Complementariedad *stricto sensu*

1. Situaciones y casos son admisibles si el Estado permanece inactivo (*admisibilidad por inactividad total del Estado - admisibilidad no impugnabile*).

2. Si el Estado desarrolla algún tipo de actividad, un caso puede ser inadmisibles según los arts. 17 (1)(a)-(c) y 20(3).

→ "inadmisibilidad de un asunto cuando": investigación, persecución, juicio
⇒ *inadmisibilidad por acción del Estado*

3. Excepción a la inadmisibilidad ya mencionada a pesar o a causa de la actividad del Estado, existe falta de voluntad o incapacidad según art. 17 (2) y (3) (admisibilidad por falta de voluntad o incapacidad)

→ falta de voluntad : altamente normativa, subjetiva.

⇒ incapacidad : más objetiva, fáctica ; (P) falta de disponibilidad

Fuente: Ambos, *Treatise III*, nota 12, p. 274 (rediseñado)

Tomando en cuenta esos criterios, en principio resulta que ninguna de las experiencias aquí consideradas podría ser susceptible de ser descrita como un caso de *inactividad total*, tanto desde una perspectiva fáctica como normativa.⁷³ Así, por ejemplo, las pretensiones de obstaculizar la persecución por la vía de amnistías generales planteadas en Argentina⁷⁴ y Perú⁷⁵ no prosperaron. De hecho,

73 Sobre ambas clases de inactividad v. Ambos et al., *Procedimiento de la ley de justicia y paz...*, nota 25, p. XVII, donde se concluye, a la luz de la Ley 975 (Ley de Justicia y Paz) que no es posible afirmar una falta de disposición ni de capacidad, p. 210 s. [v. también: Ambos, *The Colombian Peace Process and the Principle of the Complementarity of the International Criminal Court. An inductive, Situation based approach*, Heidelberg: Springer, 2010, pp. 89 s.].

74 Al respecto v. Ambos, *Impunidad*, nota 6, p. 175.

75 Sobre el caso peruano v. Montoya, nota 7, p. 33.

los movimientos anti-impunidad presentes en estos países dieron lugar a esfuerzos de investigación y persecución por parte de las autoridades nacionales⁷⁶, lo cual deja constatar una mínima actividad estatal. En definitiva, es posible afirmar que no existe una desactivación sustancial de las posibilidades del aparato estatal para iniciar o continuar investigaciones, persecuciones o juicios por crímenes internacionales graves o, cuando menos, que el riesgo de que ello ocurra ha sido superado.⁷⁷ Todo lo contrario, la efectiva (aunque selectiva) persecución de crímenes internacionales debería llevar a considerar en líneas generales la afirmación de la inadmisibilidad general de un procedimiento ante la CPI (Art. 17 (1) (a) - (c) ECPI) a menos que fuese posible afirmar que las jurisdicciones aquí analizadas no tuviesen la disposición o la capacidad de llevar a cabo esa persecución.⁷⁸ Esto será analizado en breve.

En cuanto a la *falta de disposición* (voluntad): hay que señalar en principio que ella no se sigue automáticamente de la configuración de uno de los criterios previstos en el artículo 17 (2) ECPI, sino que más bien se requiere una evaluación general.⁷⁹ Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la obligación de investigar recae en el Estado y no puede ser delegada sin más a un organismo no estatal

76 Como por ejemplo en la decisión de la jueza Saquicuray en el ámbito peruano, v. Caro Coria, “Perú”, en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), *Justicia de transición*, nota 1, p. 365.

77 A este respecto resulta notablemente expresivo que la Sra. Luz Ibáñez, la recientemente elegida jueza peruana de la CPI, al ser consultada sobre el caso “Madre Mía” (que involucraría al ex presidente peruano Ollanta Humala Tasso) haya señalado sus dudas sobre la posibilidad de que llegue a conocimiento de la CPI afirmando que: “Sería difícil, porque en el Perú sí se dan todas las garantías para llevar a cabo este proceso. En ese sentido, difícilmente llegaría a la corte este caso”. V. *Perú* 21, 20.09.2017, accesible en <https://peru21.pe/politica/luz-ibanez-carranza-seria-dificil-madre-mia-llegue-cpi-376703> [último acceso: 07.04.2018]. De todos modos, vale la pena señalar que los supuestos hechos no caerían bajo la jurisdicción de la CPI pues ellos habrían tenido lugar en la década de los noventa del siglo pasado.

78 V. por ejemplo Pikis, *The Rome Statute for the International Criminal Court*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2010, p. 55.

79 V. Ambos, *Treatise III*, (nota 12), p. 308, 316; v. OTP, Report on Preliminary Examination Activities 2013, párr. 138; v. también OTP, Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice, (2003), p. 8, notas 8-9.

o internacional. Además un Estado no puede brindar como excusa la actividad positiva de uno de sus órganos si otros boicotean la investigación.⁸⁰ En cuanto a los factores concretos: en primer lugar, el propósito de *sustraer una persona de su responsabilidad penal* (Art. 17(2)(a) ECPI)⁸¹ es una expresión de mala fe del respectivo Estado, lo cual podría deducirse de ciertos indicios, como por ejemplo, evadir normas legales del procedimiento mediante el nombramiento de un investigador especial políticamente cercano al acusado.⁸² En cualquier caso, debe haber una relación de causalidad entre la acción del Estado y la sustracción del responsable. Por otra parte, una *demora injustificada* (Art. 17(2)(b) ECPI)⁸³ puede determinarse recurriendo a las reglas del debido proceso de los instrumentos sobre derechos humanos tomando en cuenta la complejidad del caso, la conducta de las partes y la duración comparativa de los procesos penales en el Estado respectivo. Finalmente, en lo que respecta a *la falta de independencia o imparcialidad* (Art. 17(2)(c) ECPI)⁸⁴, la primera se establece teniendo en cuenta el modo de designación de los miembros del tribunal y sus períodos, la existencia de garantías contra presiones externas y, de forma más general, si el organismo presenta una apariencia de independencia. La imparcialidad hace referencia a que el personal de un tribunal esté subjetivamente libre de parcialidad y a que, objetivamente, existan garantías suficientes

80 V. Ambos, *Treatise III*, (nota 12), p. 308 s.; Kleffner, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford: Oxford University Press, 2008, 107, 109 ss.

81 Al respecto v. Ambos, *Treatise III*, (nota 12), 309 s.

82 Otros ejemplos pueden ser: la remisión del caso a un tribunal secreto o especial (militar), asignación insuficiente de recursos o la falta de apoyo y cooperación para los investigadores, V. Ambos, *Treatise III*, nota 12, pp. 309 ss.; el mismo, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 27.

83 V. Art. 17 (2)(b) ECPI: “Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”; v. Ambos, *Treatise III*, nota 12, pp. 310 s.

84 V. Art. 17 (2)(c) ECPI: “Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”; Ambos, *Treatise III*, nota 12, pp. 311 s.

de imparcialidad.⁸⁵ En resumen, el test de la falta de voluntad gira en torno a la calidad de los procedimientos, su seriedad y buena fe con miras a conducir a la persona ante la justicia.⁸⁶

Por su parte, la *incapacidad* está determinada, como se sabe, por el colapso “total”, el colapso “sustancial” o el “carecer” de un sistema de justicia nacional.⁸⁷ Mientras que el colapso *total* puede definirse como una ruptura completa de la administración de justicia, ya sea porque el Estado ha perdido el control sobre el territorio o por una decisión interna de borrar la administración nacional de justicia, el colapso *sustancial* puede entenderse como el desplazamiento de recursos y procedimientos a otro lugar.⁸⁸ En ese sentido, la *no disponibilidad* (carencia) se superpone con el requisito del colapso sustancial.⁸⁹ En todo caso, el mero funcionamiento inefi-

85 Los subpárr. (b) y (c) del Art. 17 (2) ECPI requieren que la demora injustificada y la falta de independencia o imparcialidad sean incompatibles con la intención de hacer comparecer a la persona de la que se trate ante la justicia, es decir, que esa persona llegue a ser investigada o enjuiciada. V. Ambos, *Treatise III*, nota 12, p. 312; v. también el mismo, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 30.

86 V. Ambos, *Treatise III*, nota 12, p. 316; el mismo, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 38.

87 V. Ambos, *Treatise III*, nota 12, pp. 371 ss.; el mismo, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 33, Arsanjani/Reisman, “The International Criminal Court and the Congo: From theory to reality”, en Sadat/Scharf (eds.), *The theory and practice of International Criminal Law. Essays in honour of M. Cherif Bassiouni*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2008, p. 329; OTP, “Informal expert paper: the principle of complementarity in practice” (2003), accessible en: www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2009_02250.PDF [último acceso: 07.04.2018], párr. 49; El Zeidy, “The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law”, *Michigan Journal of International Law (MJIL)* 32 (2002), p. 903; Philips, “The International Criminal Court Statute: Jurisdiction and admissibility”, *CLF* 10 (1999), p. 79; v. también Holmes, “Complementarity: National Courts versus the ICC”, en Cassese/Gaeta/Jones (eds.), *The Rome Statute of the ICC: a commentary*, Vol. I, Oxford: OUP, 2002, p. 677 s.

88 V. Ambos, *Treatise III*, nota 12, pp. 371 s.; el mismo, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 33, Pichon, *ICLR* 8 (2008), p. 196.

89 Con una interpretación literal amplia se podrían revelar por lo menos tres aspectos del concepto “no disponibilidad”: la no existencia de algo, la no accesibilidad a alguna cosa y la inutilidad de un recurso, independientemente de su existencia y accesibilidad. V. Ambos, *Treatise III*, nota 12, pp. 318 ss.; el mismo, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 34.

ciente de un sistema judicial y sus deficiencias internas, no podrían considerarse dentro del concepto de no disponibilidad.⁹⁰

Ahora bien, si se aplica los conceptos de falta de voluntad e incapacidad a las jurisdicciones examinadas, entonces resulta que al menos desde una perspectiva abstracta hay que rechazar su concurrencia, dada la considerable actividad de persecución que allí ha sido realizada. A pesar de ello, las deficiencias que saltan a la vista podrían ser valoradas sin duda como la expresión de una actuación ineficiente del respectivo sistema de justicia. Naturalmente, esa constatación ha de ser vista en el contexto real de los sistemas de justicia latinoamericanos, donde la persecución de crímenes internacionales termina compartiendo espacio con la persecución de la criminalidad ordinaria. Ciertamente esto podría intentar superarse mediante la instauración de una justicia autónoma como la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en Colombia⁹¹ o de un subsistema especializado como en el caso peruano⁹². Sin embargo, con ello no se garantiza automáticamente que estos sistemas semiautónomos funcionen adecuadamente. En otras palabras, la instauración de esos sistemas especializados solo mejora la situación si estos se encuentran respaldados con suficiente personal y otros recursos. De otra forma, ellos terminan constituyendo una mera solución “de papel”. De cualquier modo, desde una perspectiva abstracta es posible afirmar que pese a las limitaciones constatadas los sistemas nacionales de justicia que aquí se han tenido en cuenta en principio funcionan apropiadamente.⁹³

90 V. Ambos, *Treatise III*, nota 12, pp. 321; el mismo, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 36.

91 Sobre la JEP v. *supra* nota 43.

92 Referencialmente sobre los órganos componentes de ese subsistema (tanto en el Ministerio Público como en el Poder Judicial) v. http://idehpucp.pucp.edu.pe/lista_proyectos/seguimiento-de-casos-de-violaciones-de-derechos-humanos/marco-del-proyecto/subsistemas-nacionales/?tab=ministerio-publico [último acceso: 15.06.2018].

93 A este respecto, vale la pena recordar lo señalado en relación con la situación colombiana en el sentido de que “una interpretación más amplia del criterio de incapacidad que parte de un análisis de la *efectividad de un recurso judicial en concreto*

No obstante, desde una perspectiva concreta, orientada al caso específico, la conclusión tiene que ser necesariamente matizada.⁹⁴ Pues tomando en cuenta la conducta, el sospechoso y las circunstancias concretas es claro que la admisibilidad podría terminar imponiéndose en casos concretos. Sólo como ejemplo piénsese en el ámbito colombiano donde la responsabilidad criminal en cuanto a los denominados “falsos positivos”⁹⁵ hasta ahora solo ha sido establecida para agentes militares de bajo rango dejando a los de mayor rango en la mira de la Fiscalía de la CPI. O tómesese el caso, también proveniente del ámbito colombiano, en el que una persona con-

podría llevar a otra conclusión, alegando que los déficits en la aplicación de la LJP junto a la sobrecarga o falta de recursos personales, económicos e institucionales constituyen una denegación de un recurso efectivo y así generan cierta incapacidad del sistema judicial.” V. Ambos et al, *Procedimiento de la ley de justicia y paz...*, nota 25, p. 204, resaltado en el original. Aunque allí mismo se señaló que “esta ineficiencia relativa no necesariamente lleva a un juicio de incapacidad en el sentido del artículo 17 (3) ECPI, por lo menos si no se sigue una interpretación demasiada estricta de su tercera variante, resulta de todos modos importante que la Fiscalía diseñe una estrategia global e integral para la selección y priorización de situaciones y casos emblemáticos que involucren a los bloques y las personas más responsables de los GAOMI”, p. 205, resaltado en el original.

- 94 Ver Ambos, *Treatise* III, nota 12, p. 273 ss. y además el gráfico 1 *supra* en el texto principal. V. también Rastan, “Situación y caso. definiendo los parámetros”, en Cárdenas Aravena/Fernández Neira (ed.), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años. Un enfoque práctico*, Santiago de Chile: Legal Publishing/Thomson Reuters, 2012, p. 219 ss. [v. también Rastan, “Situation and Case”, en Stahn/El Zeidy, *The International Criminal Court and Complementarity. From Theory to Practice*, Vol. I, Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2011, pp. 421 ss.]; Stahn, Carsten, “Complementarity: a tale of two notions”, *Criminal Law Forum (CLF)* 19 (2008), p. 106; Stigen, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions*, Martinus Nijhoff, Leiden Boston: 2008, p. 91 ss.; Razesberger, *The principle of complementarity*, nota 65, p. 31 ss.; Olásolo/Carnero Rojo, “The application of the principle of complementarity to the decision of where to open an investigation. The admissibility of ‘situations’”, en Stahn/El Zeidy, *Complementarity*, Vol. I, nota 94, p. 394 ss.
- 95 Sobre los denominados “falsos positivos”, v. HRW, *Factor de presión: El impacto de la CPI en la justicia nacional, Los exámenes preliminares sobre Colombia, Georgia, Guinea y el Reino Unido*, 3 de mayo de 2018, accesible en: www.hrw.org/es/report/2018/05/03/factor-de-presion-el-impacto-de-la-cpi-en-la-justicia-nacional/los-exámenes [último acceso: 15.06.2018]; v. también HRW, *Análisis de Human Rights Watch sobre la investigación de falsos positivos bajo las disposiciones de la Jurisdicción Especial para la Paz*, 28 de marzo de 2016, accesible en: www.hrw.org/es/news/2016/03/28/analisis-de-human-rights-watch-sobre-la-investigacion-de-falsos-positivos-bajo-las [último acceso: 15.06.2018].

denada a una pena elevada en la justicia ordinaria fue transferida con posterioridad a la JEP⁹⁶ donde lo más probable es que reciba un castigo (“alternativo”) mucho menor⁹⁷. Si bien un análisis más detallado no es posible en este lugar es claro que una evaluación de estos casos “difíciles” implicaría una litigación intensa ante la CPI comparable a aquella que ha sido vista con relación a los casos de Saif Al-Islam Gaddafi (declarado admisible) y Abdullah Al-Senussi (declarado inadmisible) en la situación de Libia⁹⁸.

3. SUPERACIÓN DE LAS DEFICIENCIAS IDENTIFICADAS Y LA GENUINIDAD DEL COMPROMISO CON EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

Como afirmamos precedentemente, la interacción entre los niveles del sistema de justicia penal internacional deja expuesto el ámbito funcional de la complementariedad. Esa interacción admite ser descrita en términos de la función *de base* y de la función *de cierre* de los niveles nacional e internacional, respectivamente. De conformidad con ello, mientras que el nivel nacional debe asumir su correspondiente obligación primaria de persecución de crímenes

96 Así, por ejemplo, en el caso del Crml. (r) Robinson González del Río, quien fue condenado en la justicia ordinaria por su participación en más de 40 casos de falsos positivos a penas acumuladas que alcanzaban los 60 años (v. www.semana.com/nacion/articulo/tras-acogerse-a-la-jep-conceden-libertad-al-coronel-gonzalez-del-rio/552986 [último acceso: 07.04.2018]), pero que salió en libertad condicionada como consecuencia de haberse acogido a la JEP (v. http://caracol.com.co/radio/2018/01/09/judicial/1515521265_163992.html; [último acceso: 07.04.2018]).

97 En la JEP existen dos procedimientos: i) un procedimiento en caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad y, ii) un procedimiento en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad. Como consecuencia de ello, también las sanciones poseen un régimen diferenciado, a saber: i) una *sanción propia* máxima de 8 años cuando el reconocimiento de verdad y responsabilidad se realiza ante la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas; ii) una *sanción alternativa* máxima de 8 años cuando ese reconocimiento se realiza ante la Sección de primera instancia del Tribunal para la Paz, y, iii) una *sanción ordinaria* máxima de 20 años en caso de ausencia de ese reconocimiento. Cfr. Art. trans. 13 del AL 1/2017, en conexión con los numerales 60-62 del Acuerdo de Paz entre el gobierno colombiano y las FARC.

98 V. más detalladamente en www.icc-cpi.int/libya/gaddafi [último acceso: 25.06.2018].

internacionales⁹⁹, el nivel internacional ha de concentrarse más bien en superar un eventual ámbito de impunidad¹⁰⁰, en consonancia con sus objetivos modestos y con sus capacidades limitadas¹⁰¹. En la práctica, esto significa que el nivel nacional debe preparar adecuadamente el terreno para que el otro nivel cumpla con su función. Dicho de otro modo: la plausibilidad de la función de persecución *de cierre* depende de una suficiente función de persecución *de base*. De ello se sigue que el nivel nacional necesita ocuparse en primer lugar de su funcionamiento eficiente¹⁰², de forma tal que quede en óptimas condiciones para cumplir con su función de base y, al mismo tiempo, para evitar que el nivel internacional resulte condenado al colapso funcional debido al exceso de situaciones y casos.¹⁰³

99 Resaltando el rol de las jurisdicciones nacionales Bergsmo/Bekou/Jones, “New Technologies in Criminal Justice for Core International Crimes: The ICC Legal Tools Project” en Bergsmo (ed.) *Active Complementarity: Legal Information Transfer*, Oslo: TOAE, 2011, p. 35; v. además Maculán, “Capítulo V: La Corte Penal Internacional”, en Gil Gil/Maculán (dir.), *Derecho penal internacional*, Madrid: Dykinson, 2016, p. 85.

100 V. Jessberger/Geneuss, “Las múltiples caras de la Corte Penal internacional”, en Cárdenas Aravena/Fernández Neira (ed.), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años*, nota 94, p. 206 [v. también Jessberger/Geneuss, “The many faces of the International Criminal Court”, *JICJ* 10 (2012), p. 1087.]

101 V. Ambos/Stegmiller, “Prosecuting international crimes at the International Criminal Court: is there a coherent and comprehensive prosecution strategy?”, en *Crime, Law and Social Change (CLSC)*, 59 (2013), p. 416 (“The selection and prioritization of cases to be prosecuted before the ICC, while necessary and legitimate given the existing capacity constraints and the goals of the Court to prosecute the “most serious crimes” of the “most responsible”...” [versión en español: Ambos/Stegmiller, “Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?”, *Revista Penal*, n° 32, julio 2013, p. 42.]; también Satzger, *International and European Criminal Law*, 2° ed., München: C.H. Beck, 2018: “...generally limited (financial and personal) capacity of the ICC”, § 12, nm. 32, p. 252. Haciendo referencia a una “endogenous powerless” Damaška, “What is the Point of International Criminal Justice?” en *Chicago-Kent Law Review (Chi-Kent L. Rev.)* 83 (2008), p. 21.

102 Respecto a la reafirmación de la supremacía de los sistemas nacionales y del umbral de admisibilidad mediante el reemplazo de los términos colapso “parcial” por “sustancial” v. Ambos, *Treatise III*, nota 12, p. 318; ver también el mismo, “El test de complementariedad...”, nota 12, p. 33.

103 Sobre la necesidad de que el nivel internacional no resulte colapsado por una cantidad de casos que exceda sus recursos. v. Ambos, “The International Criminal Justice System...”, en Ackerman/Ambos/Sikirić, nota 32, p. 24.

El reconocimiento de esa necesidad es esencial para la definición de la genuinidad del compromiso con el sistema de justicia penal internacional (en su conjunto) y para fundamentar la legitimidad de la práctica orientada a priorizar los sistemas nacionales de justicia frente al nivel internacional. Esto resulta especialmente relevante en el ámbito latinoamericano, pues la constatación de deficiencias en el desempeño de sus sistemas de justicia podría hacer asomar la idea – hasta cierto punto “facilista” – de que la única salida posible para una persecución de los crímenes internacionales consistiría en privilegiar la intervención del nivel internacional (esto es, la CPI). Pero esto resulta cuestionable al menos por dos razones. En principio, ello supondría una renuncia a la obligación primaria del Estado de perseguir crímenes internacionales, de la cual no es posible sustraerse sin más. En segundo lugar, proceder de ese modo no solo implicaría no reforzar el sistema nacional de justicia, sino además exponer al nivel internacional – y con ello al sistema de justicia penal internacional – al fracaso, dado que el funcionamiento de éste depende fundamentalmente de un adecuado acondicionamiento del nivel nacional.

Como se ha dicho, esa perspectiva permite valorar la genuinidad del compromiso con el sistema de justicia penal internacional. En tal sentido, solo aquellos Estados que poseen sistemas de justicia acondicionados adecuadamente muestran un compromiso genuino, pues solo de ese modo se puede cumplir con la obligación primaria del nivel nacional (*función de base*) y al mismo tiempo garantizar la capacidad de la intervención del nivel internacional (*función de cierre*). Es decir, únicamente entonces es posible hablar de un compromiso *integral* con el sistema de justicia penal internacional o, lo que es lo mismo, de un compromiso con sus dos niveles (nacional e internacional). En cuanto a las posibles deficiencias identificadas en el nivel nacional, esto significa para los tres países latinoamericanos aquí examinados que ellos deberían ser alentados a llevar a cabo un esfuerzo más decidido en el cumplimiento de su obligación

primaria de persecución de crímenes internacionales antes que a entender aquello como la demostración de una incapacidad insuperable que dé lugar a la invocación prematura y desmesurada de la intervención del nivel internacional (mediante la CPI).

4. CONCLUSIÓN

Esta breve investigación ha mostrado que la persecución de crímenes internacionales en los tres estados latinoamericanos aquí analizados sufre de algunas deficiencias, especialmente respecto a la institucionalidad y a (la falta de) una estrategia de persecución. Sin embargo, también es posible hablar de algunos aspectos positivos, particularmente en relación con los desafíos jurídicos. Como consecuencia de ello, es posible afirmar que desde una perspectiva *abstracta* no puede considerarse que estos sistemas de justicia latinoamericanos carecen de voluntad o de capacidad en los términos del art. 17 ECPI. De todos modos, desde una perspectiva *concreta* podría alcanzarse una conclusión distinta respecto de casos de una alta relevancia y que podrían ser de especial interés para la CPI. Con todo, en el ámbito latinoamericano, las deficiencias constatadas deberían ser entendidas como un llamado al fortalecimiento del nivel nacional antes que el recurso al nivel internacional, pues solo de aquel modo podría alcanzarse un compromiso genuino con el sistema de justicia penal internacional.

-VI-

FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DE LAS EMPRESAS*

1. CUESTIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA

1.1. Cuestión previa: enfoque en la empresa como tal («corporate approach»)

Se denomina Derecho Penal Internacional Económico a una parte del Derecho Penal Internacional (DPI) que se ocupa de aquellos *comportamientos de empresas o de sus responsables* que conllevan una infracción de normas penales del Derecho Internacional¹. Esos comportamientos están relacionados con la actividad económica (producción/procesamiento/comercialización de productos/servicios). Se trata pues de comportamientos del ámbito económi-

* El autor agradece a Gustavo Urquiza, por la adaptación del presente artículo para esta publicación desde una versión más extensa (Ambos, Derecho Penal Internacional Económico. Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas. Navarra: Thomson Reuters, 2018, en publicación).

1 Cfr. Jeßberger, Zur Einführung, en: Jeßberger, Florian/Kaleck, Wolfgang/Singelstein, Tobias (ed.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, Baden-Baden: Nomos 2015, p. 13 ss.; también Wittig, Petra: *Zu Legitimation und Grenzen eines rechtsstaatlichen Wirtschaftsvölkerstrafrechts*, en: Jeßberger, Florian/Kaleck, Wolfgang/Singelstein, Tobias (ed.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, Baden-Baden: Nomos 2015, p. 241, 242 («Aplicación del Derecho Penal Internacional vigente respecto de actores económicos...»); acerca de la creciente importancia del Derecho Penal Internacional en este ámbito International Commission of Jurists (ICJ) (2008), p. 5; a favor de un tal Derecho Penal Internacional Económico Soyer, Richard: *Unternehmensstrafrecht, Schutz von Menschenrechten und Strafzwecktheorien*, en: Kert, Robert/Lehner, Andrea (ed.), *Vielfalt des Strafrechts im internationalen Kontext. Festschrift für Frank Höpfel*, Wien: NWV, 2018, p. 113, 125.

co², que aparecen a menudo como comportamientos lícitos («neutrales») («ancillary/neutral business activities», «actions neutres»). Las normas penales del Derecho Internacional correspondientes son, en principio, los *crímenes nucleares* del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), es decir, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad; en esencia, se trata aquí de normas de sanción de graves violaciones de derechos humanos, así como de sus normas primarias de comportamiento³.

La ofensiva del Derecho Penal Internacional sobre el colectivo, esto es, la búsqueda de su *accountability* en el ámbito del Derecho Penal Internacional está basada en la premisa de que, por lo regular, la comisión de crímenes macrocriminales solo es posible con los inmensos recursos organizativos y financieros que usualmente son puestos a disposición por los actores económicos⁴. A menudo existe también una intervención estatal en los crímenes, de modo que una persecución penal está excluida de facto⁵.

Si bien en la discusión llevada a cabo en el ámbito del Derecho Penal Internacional se distingue entre la punibilidad de la empresa como tal y la del trabajador de la empresa, sin embargo, su enfoque principal –en el sentido de un modelo de imputación holístico-

2 Respecto al concepto de la relación con el negocio, relevante en ese sentido para la responsabilidad jurídica v. nota 33 y texto principal.

3 Acertadamente a favor de una limitación proveniente de los derechos humanos Thurner, Gabriel W. B.: *Internationales Unternehmensstrafrecht: Konzernverantwortlichkeit für schwere Menschenrechtsverletzungen*, Wien: Verl. Österreich 2012, p. 220 ss., 227 s., 277 s. (con un catálogo concreto en p. 224, que si bien contiene como cuarto grupo los crímenes nucleares del ECPI sin embargo en general se extiende más allá de ellos).

4 Abrantes, António Manuel: *Entre neutralidade e cumplicidade: O envolvimento de agentes económicos na comissão de crimes internacionais*, en: *RPCC* 26 (2016), 78; Bernaz, Nadia: *An Analysis of the ICC OTP's Policy Paper on Case Selection and Prioritization from the Perspective of Business and Human Rights*, en: *JICJ* 15 (2017), 527, 528.

5 Cfr. también Adam, Jendrik: *Die Strafbarkeit juristischer Personen im Völkerstrafrecht*, Baden-Baden: Nomos 2015, p. 246 (la no sanción de violaciones de derechos humanos como «ventaja» económica).

colectivo⁶– gira en torno a aquella⁷. Las razones esgrimidas son las que ya se conocen de la discusión del Derecho Penal Económico nacional –en donde, desde hace años, la responsabilidad penal de las personas jurídicas goza de una creciente preferencia⁸, como con-

6 Al respecto Diskussionsbeitrag: „Verbandsverantwortung im Völkerstrafrecht“, en ZStW 126 (2014), 129 con notas adicionales.

7 A favor por ejemplo Stoitchkova, Desislava: Towards Corporate Liability in International Criminal Law, Antwerp: Intersentia 2010, p. 108 ss.; Thurner (2012), p. 251 ss., 278 ss.; Engelhart, Marc: International Criminal Responsibility of Corporations, en Burchard, Christoph/Triffterer, Otto/Vogel, Joachim (Ed.), The Review Conference and the Future of the ICC. Proceedings of the First AIDP Symposium for Young Penalists in Tübingen, Germany, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2010, p. 175, 185, 186, 188 («special set of rules for corporate criminal responsibility», aunque sin desarrollo [186], y en todo caso una responsabilidad directa de personas jurídicas en cuanto a crímenes internacionales nucleares); Adam (2015) p. 225 ss. (quien ya al principio anuncia la fundamentación de un tal modelo de responsabilidad como objetivo de la investigación, p. 17 ss.); Kathollnig, Christoph: Unternehmensstrafrecht und Menschenrechtsverantwortung: die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen im Rahmen internationaler Unternehmensaktivitäten, Wien et al: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2016, p. 146, 251 s. (complemento ECPI o un propio código); Velten, Petra: Verbandsverantwortlichkeit als Ordnungsmittel für globales Wirtschaften?, en: ÖstAnwbl 2016, 603 («derecho penal especial para colectivos» respecto a violaciones de derechos humanos); Ryngaert, Cedric: Accountability for corporate human rights abuses: Lessons from the possible exercise of dutch national criminal jurisdiction over multinational corporations, en: CLF 29 (2018), 4.

8 Cfr. ya Dannecker, Gerhard: Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände, en: GA 2001, 101, 106 s. (hablando de una «tendencia mundial»). V. como ejemplo de modificaciones legislativas en ese sentido: LO 5/2010 de 22.6.2010, modificada por la LO 1/2015 de 31.03.2015 (España, al respecto Zugaldía Espinar, José Miguel: La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos: (análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal), Valencia: Tirant lo Blanch 2013, p. 59 ss.; v. también Silva Sánchez, Jesús María: Fundamentos del Derecho penal de la Empresa, 2.^a ed., Madrid et al: Edisofer et al, 2016, p. 319 ss., y especialmente 356 ss.; sobre la reforma española de 2015, Ibíd, p. 367 ss.); Ley n.º 20.393 de 2.12.2009 (Chile, v. al respecto Hernández Basualto, Héctor: Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: REJ 16 (2012), 75 ss.); Ley n.º 30424 de 21.4.2016, modificada mediante el Decreto Legislativo n.º 1352 de 7.1.2017 (Perú; aun cuando ambas leyes hacen referencia a la «responsabilidad administrativa de las personas jurídicas», sin embargo, existen voces en la literatura peruana que consideran ello como la incorporación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, v. al respecto García Cavero, Percy: La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal peruano: la Ley 30424, en: Ambos, Kai/Caro, Carlos/Urquiza, Gustavo (ed.) Imputación penal a los órganos de dirección en el contexto de estructuras empresariales.

secuencia de lo cual Alemania aparece cada vez más aislada⁹:

- Surgimiento de una estructura empresarial («corporate culture», «culture d'entreprise») que facilita o incluso promueve la comisión de delitos («actitud criminal del colectivo»¹⁰, «irresponsabilidad organizada»¹¹, «irresponsabilidad individual estructural»¹²) y encubre la identificación de los responsables («corporate veil»)¹³, debido a lo cual ella no puede ser modificada estructuralmente con el «reemplazo» o la criminalización de responsables individuales que sirven de chivos expiatorios («scapegoating» de directores individuales)¹⁴;

9 Cfr. también Meyer, ZStW 126 (2014), 124 («aldea gala», internacionalmente «ubicuo»).

10 Adam (2015) p. 244 (LK-Schünemann, citando el Vor §§ 25 ss. nm. 21); también Velten, ÖstAnwbl 2016, 599, 600; Long, Ryan: Bioethics, Complementarity and Corporate Criminal Liability, en: ICLR 17 (2017), 997 (1019: «flaws in corporate culture»).

11 Fundamentación del concepto en Schünemann, Bernd: Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Köln: Heymann 1979, p. 13 ss. (quien no solo lo ha utilizado para la fundamentación de una responsabilidad autónoma sino para la descripción de la, en su opinión, lamentable falta de responsabilidad de empresas); al respecto v. también Silva Sánchez (2016), p. 287 ss., con notas 7 y 8.

12 Heine, Günter: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken, Baden-Baden: Nomos 1995, p. 198; asimismo Dannecker, GA 148 (2001), 104.

13 Thurner (2012), p. 247; Meyer, ZStrR 131 (2013), 56; diferenciadamente Schmidt, Thomas M.: Crimes of Business in International Law. Concepts of Individual and Corporate Responsibility for the Rome Statute of the ICC, Baden-Baden: Nomos 2015, p. 384 ss.; desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico por ejemplo Dannecker, GA 148 (2001), 102 («encubrimiento de responsabilidades»); Yates Memorandum, p. 2 («responsibility... diffuse...»); recientemente Estellita, Heloisa: Responsabilidad penal de dirigentes de empresas por omissão, São Paulo: Marcial Pons 2017, p. 40, 47, 72.

14 Ortmann, Günther: Für ein Unternehmensstrafrecht. Sechs Thesen, sieben Fragen, eine Nachbemerkung, en: NZWiSt 2017, 247 (trabajadores de la empresa como «chivos expiatorios y peones sacrificados», pese a que ellos han actuado para y por medio de la empresa).

- Una mayor estigmatización a través del proceso penal y de la pena (reproche ético-social, *censure*)¹⁵ en comparación con el proceso y las sanciones civiles o administrativas y con ello un mejor efecto comunicativo (*expressive*), preventivo-especial¹⁶ y preventivo-general¹⁷;
- Asunción de una intimidación más efectiva respecto a agentes racionales («*rational choice Modell*») («*risk-benefit-calculation*»)¹⁸ y

15 Clapham, Andrew: The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court, en: Kamminga, Menno T. /Zia-Zarifi, Saman, *Liability of Multinational Corporations Under International Law*, Den Haag: Kluwer Law International 2000, p. 147; Thurner (2012), p. 237 s.; sin embargo, relativizando ello desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico *Kölner Entwurf*, p. 22 s. (porque entre las consecuencias jurídicas de las infracciones administrativas y las penales no existiría una diferencia sustancial, ético-socialmente justificable; por eso, el proyecto también utiliza el concepto «sanción» en lugar de «pena»).

16 Al respecto desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico *Holder Memorandum*, p. 1, 2 («*change of corporate culture*»); *Yates Memorandum*, p. 1 («*changes in corporate behaviour*»); basándose en el enfoque de los EE.UU *Kölner Entwurf*, p. 20, 21 s.

17 V. al respecto por ejemplo Kyriakakis, *Corporate Criminal Liability and the ICC Statute: The Comparative Law Statute*, en: NILR 56 (2009), 333 (361-4), quien se sirve de la teoría expresiva de la retribución –orientada preventivo-generalmente–; en general Kuntz, Marie: *Conceptualising Transnational Corporate Groups for International Criminal Law*, Baden-Baden: Nomos 2017, p. 32 («*enhance the effectiveness.*»); v. también Clapham en: Kamminga/Zia-Zarifi, p. 147; Ramasastry, *BerkJIntL* 20 (2002), 153 («*greater deterrent effect*»); *ICJ* (2008) Vol. 2, p. 6 («*effective means of shaping corporate conduct*»), 59 («*effective impetus to improving business behaviour*»); Engelhart, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 183; Thurner (2012), p. 69 s., 237; también Meyer, *ZStrR* 131 (2013), 83; Kubiciel, Michael: *Menschenrechte und Unternehmensstrafrecht*, *ÖstAnwbl* 2016, 577; Kathollnig (2016), p. 247; desde una perspectiva clásica del derecho penal económico Dannecker, *GA* 148 (2001), 104; *Yates Memorandum*, p. 1; Solaiman, Sheikh/Langsted, Lars Bo: *Crimes Committed by Directors Attributed to Corporations. Why Should Directors be Accessory?: Viewing Through the Complicity Rules in Common Law*, en: *CLF* 28 (2017), 129, 155; *Kölner Entwurf*, p. 13; crít. Vogel, Joachim: *Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht*, en: Kempf, Eberhard (ed.), *Unternehmensstrafrecht. 4. Symposium aus der Veranstaltungsreihe „Economy, Criminal Law, Ethics*», Berlin: De Gruyter 2012, p. 205 (214 s.); Schmidt (2015), p. 374 ss.

18 *ICJ* (2008) Vol. 2, p. 9; *Discusión* (distinguiendo entre personas jurídicas y naturales) en Huisman, Wim/van Sliedregt, Elies: *Rogue Traders. Dutch Businessmen*,

- Esperanza de una recuperación de activos más sencilla y sobre todo más fructífera en el caso de empresas con un patrimonio considerable (usualmente multinacionales) en comparación con personas individuales¹⁹.

Naturalmente, gran parte de esas suposiciones, especialmente en lo que respecta a la mayor capacidad de rendimiento del Derecho Penal, son empíricamente inciertas²⁰. Adicionalmente a ello, parece contradictorio aducir a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas las funciones y los fines del tradicional Derecho Penal de la culpabilidad orientado a personas naturales (estigmatización, efecto expresivo, intimidación, etc.), si aquellas solo se pueden fundamentar para las personas jurídicas por medio de su asimilación a través de las personas naturales –psíquicamente constituidas– (al respecto seguidamente v. I.2). Además, no puede pasarse por alto que un enfoque del Derecho Penal Internacional en el colectivo significa la inversión de su concepción original de un Derecho Penal individual proveniente de Núremberg. Finalmente, la sanción penal del colectivo como tal puede hacer desaparecer de la mira a los individuos responsables en la realidad.

International Crimes and Corporate Complicity, en: JICJ 8 (2010), 824 ss.; crít. en ese sentido Meyer, ZStrR 131 (2013), 82 s.; desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico Holder Memorandum, p. 2 («deterrence on a massive scale»); Yates Memorandum, p. 1.

19 Clapham en: Kamminga/Zia-Zarifi, p. 147; Schabas, William A.: Enforcing international humanitarian law: Catching the accomplices, en: IRRC 83 (2001), 439 (453); ICJ (2008) Vol. 2, p. 59 («enable victims' redress and remedy»); Thurner (2012), p. 237, 240; desde la perspectiva clásica del Derecho Penal Económico, por ejemplo, Dannecker, GA 148 (2001), 103.

20 Respecto a las pocas investigaciones que no ofrecen una imagen clara Karstedt, Susanne: Transnationale Unternehmen und Völkerstrafrecht: Kriminologische Perspektiven, en: Jeßberger, Florian/Kaleck, Wolfgang/Singelstein, Tobias (ed.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, Baden-Baden: Nomos 2015, p. 179 ss. (regulación no penal más efectiva); exigiendo más investigaciones Schmidt (2015), p. 388 s.; en ese sentido, sobre el ámbito español v. Silva Sánchez (2016); p. 325 («... la reforma legal no ha venido precedida de estudio empírico alguno que avalara las suposiciones de un sector de la doctrina y permitiera superar las objeciones político-criminales a la implantación de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas»).

Por otro lado, la jurisprudencia de Núremberg referida al Derecho Penal Internacional Económico y aún más la actual implicación de empresas en violaciones de derechos humanos muestra ya sin embargo que una exclusiva persecución (penal individual) de los miembros de la empresa no se ajusta a la dinámica colectiva del comportamiento criminal empresarial –la empresa es precisamente más que la suma de sus miembros (sin pretender abogar con ello, sin embargo, por una aproximación fundada sistémicamente/en la sociología de la organización o, incluso, por una equiparación con las personas naturales, al respecto *infra* I.2)–²¹. Adicionalmente a ello, desde una perspectiva político-criminal-normativa no puede existir ninguna duda de que los graves abusos del poder económico que culminan en la comisión de crímenes internacionales constituyen un injusto merecedor de pena, de modo que existe la necesidad de un Derecho Penal Internacional Económico –e incluso enfocado en la empresa como tal–²²; en donde, no por último, la empresa aparece por eso como un destinatario idóneo de la imputación, sobre todo porque el mencionado «velo corporativo» («corporate veil») lleva a que la responsabilidad individual sea desfigurada hasta el punto de hacerla irreconocible²³.

21 Cfr. también Engelhart, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 184 («corporation as a special social system with its own rules and its own dynamics»); Zerbes, Ingeborg: Globales Wirtschaftshandeln als Gegenstand des Straf- und Strafverfahrensrechts: Eine Bestandsaufnahme, en: Jeßberger, Florian/Kaleck, Wolfgang/Singelstein, Tobias (ed.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, Baden-Baden: Nomos 2015, p. 214, 230 s., 234 («dinámica de un colectivo empresarial»).

22 Igualmente Zerbes, en: Jeßberger/Kaleck/Singelstein, p. 234 (responsabilidad penal porque no constituye un simple injusto administrativo); Singelstein, Tobias: Grenzen eines internationalen Wirtschaftsstrafrechts zur Ahndung von Menschenrechtsverletzungen, en: Jeßberger, Florian/Kaleck, Wolfgang/Singelstein, Tobias (ed.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, Baden-Baden: Nomos 2015, p. 145, 146 («consenso», de que determinados cursos de los acontecimientos «caen bajo la competencia del Derecho Penal...»); desde la clásica perspectiva del Derecho Penal Económico y resaltando la proporcionalmente escasa sanción según el derecho alemán Kölner Entwurf, p. 13 (comparación con el hurto de bicicletas punible).

23 Cfr. desde una perspectiva de la teoría de la organización Ortmann, NZWiSt 2017, 243.

En el caso de empresas que actúan de forma transnacional surge la cuestión respecto al destinatario de la imputación del injusto de Derecho Penal Internacional: ¿la empresa matriz o la filial que actúa cerca al lugar de los hechos? En tal sentido, *Kuntz* ha desarrollado un concepto autónomo y supranacional de empresas autónomas –recurriendo al derecho internacional de inversiones²⁴, al derecho europeo de competencia («single economic entity doctrine»)²⁵ y al derecho de daños y de competencia de los EE.UU. («enterprise theory»)²⁶, como resultado de lo cual, el control definitivo de la matriz surge de su control efectivo sobre la(s) filial(es)²⁷. De ello se sigue que en caso la matriz permanezca inactiva a pesar de un comportamiento relevante para el Derecho Penal Internacional por parte de la filial, aquella puede ser responsabilizada por omisión («parent liability») –en caso de que se asuma una posición de garante de vigilancia frente a la fuente de peligro que representa la «filial»²⁸– en todo caso si en el resultado de injusto se ha realizado el peligro relacionado con el negocio²⁹. No obstante, aquí ha de considerarse que en tales casos los requisitos de la responsabilidad por

24 *Kuntz* (2017) p. 72 ss., 328 (demostrando previamente que del Derecho Internacional general no puede derivarse ningún criterio, p. 62 ss.).

25 *Kuntz* (2017) p. 111 ss. (160-2), 328 s.

26 *Kuntz* (2017) p. 204 ss. (242 s.), 248 ss., 331 s. donde el derecho de los EEUU –como el del Reino Unido (Ibíd, p. 163, 167 ss., 197 ss., 330 s.)– distingue en principio más estrictamente (recurriendo a criterios jurídicos) entre la matriz y las filiales («Salomon principle», «separation of legal personalities»).

27 *Kuntz* (2017) p. 253 ss., 332 s., 337 («parent’s power to control the subsidiary» y «actual exercise of parental control», siendo que estos controles se pueden fijar de la mano de determinados criterios). Igualmente, en el resultado, aunque con una fundamentación menos elaborada *Stoitchkova* (2010) p. 140 ss.; *Thurner* (2012), p. 254 s.; *Kathollnig* (2016), p. 155 (por medio de autoría o complicidad en caso de un hacer activo).

28 *Wittig*, en: *Jeßberger/Kaleck/Singelstein*, p. 249; brevemente sobre la relación matriz-filial desde una perspectiva del Derecho Penal Económico clásico v. *Silva Sánchez* (2016), p. 233 («parece que la matriz debe intervenir si recibe la información relativa a un hecho ilícito (aunque sea en la forma de meras sospechas»).

29 Cfr. también *Zerbes*, en: *Jeßberger/Kaleck/Singelstein*, p. 205, 222 ss., 235 ss.; *Kubiciel*, *ÖstAnwbl* 2016, 578; en ese sentido, respecto al derecho holandés (más bien restrictivo) *Ryngaert*, *CLF* 29 (2018), 10 s. (de acuerdo con lo cual para la imputación no sería suficiente el mero control de la matriz).

omisión tienen que ser adecuados al contexto de comisión del Derecho Penal Internacional, es decir, tienen que ser *flexibilizados de acuerdo con el contexto específico*³⁰. En relación con la posición y el deber de garantía esto significa, por ejemplo, que existen deberes de supervisión más intensos para la matriz en caso de operaciones en zonas riesgosas con estructuras de gobierno deficitarias («weak governance zones»)³¹. El criterio de la *relación con la actividad de la empresa* del comportamiento específicamente peligroso, como, por ejemplo, la represión violenta de un movimiento local de protesta, también tiene que ser adecuado de acuerdo con el contexto específico, de modo tal que ello ya ha de ser afirmado cuando el comportamiento relevante ha servido en un sentido amplio al interés empresarial de maximización de las ganancias³²; pues dado que las empresas tienen que actuar para maximizar las ganancias, entonces, en todo comportamiento dirigido a ese fin existe también una relación interna con la actividad de la empresa³³.

30 Zerbes, en: Jeßberger/Kaleck/Singelstein, p. 236-8, 240 (Los criterios de imputación tendrían que «ser colmados con contenidos modificados», de modo que una «corresponsabilidad» por un injusto grave en la actividad empresarial puede ser comprendida adecuadamente en las regiones riesgosas); Wittig, en: *Ibíd.*, p. 249 s. (aseguramiento de un proceso no violento con la cooperación con las fuerzas de seguridad locales), 250 s. (competencia plena de la directiva), 257 («muestra de la imputación... caracterizado de otra manera...»).

31 Sobre este concepto OECD (2006). Respecto al contexto de la práctica jurídica en general Karstedt, en: Jeßberger/Kaleck/Singelstein, p. 159, 171 ss.

32 Zerbes, en: Jeßberger/Kaleck/Singelstein, p. 237 s. En este sentido también Momsen, Carsten/Grützner, Thomas (ed.): *Wirtschaftsstrafrecht: Handbuch für Unternehmen und Anwaltspraxis*, München: Beck 2013, p. 75 s. (suficiente «riesgo abstracto típico del negocio», que puede realizarse a través de delitos económicos centrales y –podría añadirse– de crímenes internacionales según las circunstancias).

33 Cfr. respecto al concepto –a veces entendido más estrictamente– de la relación con el negocio (*Betriebsbezogenheit*) en el marco del § 130 OWiG («Contravenciones de deberes... que conciernen al titular...») Rogall, Klaus: § 130 Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen, en: *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, München: Beck, 5. ed 2018, § 130 nm. 81 ss.; Niesler, en: *Graf/Jäger/Wittig*, § 130 OWiG nm. 62 (Relación con el campo de acción o con la administración del negocio); Raum, Rolf: 4. Kapitel. *Allgemeine Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts*, en *Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, München: Beck, 4. ed. 2014, p. 257, 302 (relación interna, persecución del fin de la empresa); von Galen/Maas, en: *Leitner/Rosenau*, § 130 OWiG nm. 56 ss. («Relación con la

1.2. Modelo de organización versus modelo de atribución

Las cuestiones fundamentales acerca de la capacidad de acción, de culpabilidad y de ser penadas,³⁴ de las empresas, que en el ám-

administración del negocio y empresa»).

- 34 Conciso por ejemplo Kuntz (2017) p. 31 con referencias adicionales en nota 74 («pragmatic approach concerning moral blameworthiness.»); considera superables («not insurmountable») los problemas conceptuales ICJ (2008) Vol. 2, p. 58 (sin embargo, sin ofrecer explicaciones concretas); cfr. también Long, ICLR 17 (2017), 997, 1014 ss. (quien quiere lidiar con la crítica –formulada también y precisamente en la discusión angloamericana [cfr. por todos Hasnas, John: The Centenary of Mistake: One Hundred Years of Corporate Criminal Responsibility, en: American Cr.L.Rev. 46 (2009), 1329 ss. con notas adicionales; resumidamente Beale, Sara Sun: Die Entwicklung des US-amerikanischen Rechts der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen, en: ZStW 126 (2014), 27 (36 ss.)]– respecto a la ausencia de responsabilidad moral de personas jurídicas por medio de un enfoque reactivo-normativo y consecuencialista radical en el sentido de Strawson, de acuerdo con la cual solo dependería de si «our lives will be better by projecting the norm of international criminal liability» (2019)). En la literatura jurídico penal nacional ya con anterioridad Dannecker, GA 148 (2001), 107 ss. (justificando una compatibilidad con las categorías fundamentales mencionadas en el texto principal); recientemente Kölner Entwurf, p. 17, 22 s. (ninguna contradicción con el principio de culpabilidad puesto que éste sería derivado de la dignidad humana, pero los colectivos «no tomarían parte... en la protección de la dignidad»; «sanción» en lugar de «pena»; al respecto ya supra nota 10); sin embargo, crít. Schönemann, Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?, en: Sieber, Ulrich/Dannecker, Gerhard/Kindhäuser, Urs/Vogel, Joachim/Walter, Tonio (ed.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Köln: Heymanns 2008, p. 429, 430 ss.; rechazando ello recientemente Greco, GA 162 (2015) 503 ss. (no existe una imputabilidad porque la culpabilidad sería personalísima, ni tampoco capacidad de ser penada porque la pena requeriría la culpabilidad –considerando la supresión de derechos congénitos causada con ella, por ejemplo, de la libertad–; v. también Silva Sánchez (2016), p. 310, quien basado en la ausencia de libertad y autoconciencia en la persona jurídica niega que sus hechos «[puedan] mostrar las características mínimas de la acción humana tal como ésta se examina en los niveles sistemáticos de la acción, la imputación subjetiva y la culpabilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva de una construcción del delito que no prescinde de la concepción directiva de las normas jurídico-penales». Por eso, a los hechos de las personas jurídicas tampoco se las podría considerar culpables en un sentido clásico puesto que el reproche jurídico en sentido estricto estaría condicionado a un sujeto con conciencia y libertad, relación que precisamente estaría ausente en las propuestas alternativas al principio clásico de culpabilidad (p. 311); en definitiva, la falta de conciencia y libertad junto a otras dificultades (relativas al hecho) llevarían a tener que reconocer que no existiría un «hecho antijurídico suficiente para soportar una culpabilidad por el hecho que diera lugar a la imposi-

bito de lengua alemana pueden rastrearse hasta el siglo XIX³⁵, solo poseen una importancia reducida en la discusión del Derecho Penal

ción de una pena» aunque sí una «base fáctica suficiente» para otras consecuencias jurídico-penales contra las personas jurídicas (p. 317 Cigüela Sola, Javier: La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa, Madrid: Pons 2015., p. 381 ss. y passim; el mismo, InDret 1/2016, 18 ss.; el mismo, GA 163 (2016), 625 ss. (no existe una integración de una organización en el concepto de culpabilidad tradicional, orientado a un derecho penal individual, «puesto que ella como metasujeto colectivo no cumple con los requisitos de identidad,... para actuar frente a la norma de derecho penal como persona» [Schuld und Identität in kollektiven Organisationen: eine Kritik der Kollektivschuld, en: GA 2016, 625; Culpabilidad, p. 383], al disponer únicamente de una «identidad narrativa» o «temporal» [GA 163 (2016), 626 ss.; más detalladamente el mismo (2015) p. 154 ss.] sin «capacidad de iniciativa propia» [GA 163 (2016), 630; más detalladamente, el mismo (2015), p. 166 ss.], sin «capacidad de comprender el sentido de la propia acción» [GA 163 (2016), 632; más detalladamente el mismo (2015), p. 211 ss.] y sin «identidad política» ni «ética» [GA 2016, 633 ss.; más detalladamente el mismo (2015), p. 243 ss. y 261 ss.], expresado brevemente, a ella le faltaría la capacidad de «causar autónomamente el hecho organizativo» y ella «desarrolla la organización únicamente como aporte de sus miembros», es decir, su organización depende de otros [GA 163 (2016), 637, resaltado en el original]); Mulch, Franziska: Strafe und andere staatliche Maßnahmen gegenüber juristischen Personen. Zu den Legitimationsbedingungen entsprechender Rechtseingriffe, Berlin: Duncker & Humblot 2017, p. 43 ss., 199 ss. (quien rechaza una responsabilidad penal de personas jurídicas por falta de reprochabilidad personal y capacidad de ser penada); Gracia Martín, Luis: ¿Tiene hoy sentido –y si lo tiene, en qué dirección y con qué alcance– algún debate sobre la posibilidad de penar y sancionar a la persona jurídica?, en: Silva Sánchez et al., Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2017, p. 115 ss. con notas adicionales (contra el Art. 31 bis Código Penal español); igualmente en contra Murmann, Uwe: Unternehmensstrafrecht, en Ambos, Kai/Bock, Stefanie (ed.), Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts, Berlin: Duncker & Humblot, 2018; también crít., pero en última instancia dejando la cuestión abierta Estellita (2017) p. 63 ss., 73.

- 35 Cfr. por una parte Savigny, Friedrich Carl von: System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 2, Darmstadt: Wissensch. Buchges. 1840, p. 312, 350-2 (denominada como teoría de la ficción, según la cual persona jurídica no sería un ser racional, sensible, sino «solo un ser que tiene un patrimonio», por lo cual su «existencia real» se basaría en «la voluntad representativa» de su trabajador, «la cual, como consecuencia de una ficción, puede serle atribuida como su propia voluntad» [312]; sin embargo, esto solo podría valer en el Derecho Civil) y por otra parte O.v. Gierke, Otto Friedrich von: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Zürich: Holms 1887, p. 603, 607 s., 743 s., 754 s. (reconocimiento de la «personalidad colectiva real» de las personas jurídicas y entonces la «capacidad de voluntad y de acción» así como la capacidad penal de cometer delitos que se deriva de aquello).

Internacional, pues, especialmente en el círculo jurídico angloamericano, el extendido reconocimiento de una responsabilidad penal de la empresa es aceptado con cierta despreocupación pragmática como algo dado y además, por las razones mencionadas, existe el convencimiento de su necesidad político-criminal. De cualquier modo, la fragmentación de los enfoques presentes en los derechos nacionales, con sus modelos de responsabilidad configurados de un modo diverso, hace difícil hallar un modelo de responsabilidad universalmente aceptable. Por eso, la discusión del Derecho Penal Internacional también gira esencialmente en torno a los dos grandes modelos de responsabilidad, a saber, el de la responsabilidad colectiva de la persona jurídica en sí (modelo de organización) y el de la imputación individual, derivada (modelo de atribución)³⁶. El enfoque colectivo orientado a la culpabilidad por organización de la empresa³⁷ («culpabilidad por la conducción del negocio» a causa del manejo deficiente del riesgo y una realización del riesgo típico del

36 Cfr. Meyer, ZStrR 131 (2013), 78 ss. (quien en última instancia critica una «determinación arbitraria de los puntos definitivos de la imputación con base en consideraciones de utilidad», 84); Adam (2015) p. 190 ss. (teorías de la atribución, en especial la doble atribución del comportamiento y culpabilidad, teoría de la identificación y vicarious liability), 197 ss. (teorías sistémicas: de la personalidad colectiva al sistema autónomo, responsabilidad por el estado, adelantamiento; en general, a favor, especialmente respecto a la imputabilidad p. 207 ss.); desde una perspectiva del common law por ejemplo Colvin, CLF 6 (1995), 1 ss. (quien respecto al modelo de atribución habla de las «nominalist theories» y respecto al modelo de responsabilidad colectiva –de forma absolutamente sorprendente– habla de «realist theories»); a favor del «modelo de organización» Van den Herik, Larissa: Subjecting corporations to the ICC regime: analyzing the legal counterarguments, en: Burchard, Christoph/Triffterer, Otto/Vogel, Joachim (Ed.), *The Review Conference and the Future of the ICC. Proceedings of the First AIDP Symposium for Young Penalists in Tübingen, Germany, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2010*, p. 171 s.; crít. Weigend, Thomas: *Societas delinquere non potest? A German Perspective*, en: JICJ 6 (2008), 927, 936 ss., 944 s.

37 Fundamental Tiedemann, Klaus: Die „Bebußung“ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, en: NJW 1988, 1169, 1172 ss. («culpabilidad por organización», «déficit de organización»); el mismo (2017), p. 180 s. Explícitamente a favor de un traslado al Derecho Penal Internacional Thurner (2012), p. 264, 276.

negocio³⁸, organización o ética empresarial deficitaria³⁹, «policy»⁴⁰ criminal), incluso en el caso de un concepto jurídico de persona con contenido sistémico (sobre esto, seguidamente), no ignora el hecho de que *siempre se actúa mediante personas naturales*⁴¹, si no se quiere ya fingir jurídicamente el elemento de comportamiento –recordando a von Savigny⁴²⁻⁴³.

38 Heine (1995) p. 253 s., 261 ss. (265 s.), 308 ss. (308, 310, 313); concretizando respecto a la gestión defectuosa del riesgo y a la realización del peligro típica del negocio *Ibid.*, p. 271 ss., 288 ss.; a favor Thurner (2012), p. 260.

39 Dannecker, GA 148 (2001), 112 s., 117 (estructura organizacional o ética empresarial deficitaria en el sentido de una ética social).

40 En ese sentido, v. ACJHPR, Art. 46C Protocolo de Malabo.

41 Cfr. por ejemplo Nerlich, Volker: Core Crimes and Transnational Business Corporations, en: JICJ 8 (2010), 895; Zerbes, en: Jeßberger/Kaleck/Singelstein, p. 232; también Kuntz (2017), p. 31 («acting through natural persons»); desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico por ejemplo Dannecker, GA 148 (2001), 109 ss. (persona natural como destinatario de la norma desde un punto de vista ontológico, sin embargo, con una fundamentación de deberes originales para la empresa), 118 s. (desencadenamiento de la responsabilidad a causa de un «comportamiento defectuoso de todas las personas que actúan por el colectivo» y adscripción a éste); Greco, GA 162 (2015), 508 (por eso «modelo de atribución camuflado»); Silva Sánchez (2016), p. 303 («los intentos de configurar un modelo de responsabilidad por hecho propio acabarían en la imputación de un hecho ajeno» y «cuando se intenta concretar el hecho, se acaba asociándolo a una persona física, y si se mantiene su vinculación exclusiva a la persona jurídica, entonces no parece fácil concretarlo»); Cigüela Sola (2015), p. 182 s. y el mismo, GA 163 (2016), 629 (actuación de la persona jurídica tiene su «origen en las acciones primarias de otros sujetos.»); el mismo (2015), p. 169 y GA 163 (2016), 631 (el defecto de organización «aparece frecuentemente de modo acumulativo y difuso por parte de los miembros» [resaltado en el original]); el mismo (2015), p. 204 s. y GA 163 (2016), 632 (el conocimiento de la organización se compone «del de sus miembros»), el mismo (2015), p. 277 ss. y GA 163 (2016), 637 (condiciones de la identidad (temporal, organizativa, cognitiva, ética y política) de una persona jurídica se desarrolla solo como «aporte de sus miembros» [resaltado en GA]); Mulch (2017) p. 192 con notas adicionales (comportamiento individual como desencadenante de la responsabilidad); Estellita (2017) p. 66 («decisões e comportamentos de pessoas naturais»). Sin embargo, los defensores de un enfoque meramente consecuencialista como, por ejemplo, Long, ICLR 17 (2017), 997 (1014 ss.), *supra* nota 29, no se plantean esa cuestión.

42 *Supra* nota 30.

43 En ese sentido la crítica en Meyer, ZStrR 131 (2013), 81 respecto a la fundamentación sistémica de la responsabilidad, que en última instancia acabaría en una ficción jurídica («corporate knowledge» o incluso «intent» ficticio, inexistencia de una relación actual entre un conocimiento/voluntad colectivo agregado y la acción del injusto, inexistencia de una capacidad de reflexión sobre el injusto).

En ese sentido, también en el derecho angloamericano («common law»), favorable al modelo de organización, se reconoce que una empresa tendría que actuar «por medio de personas vivas» («through living persons»⁴⁴). Según *Colvin* el colectivo actuaría «como una entidad real» («as real entity») por medio del conjunto de sus trabajadores⁴⁵ (de lo cual también surgiría su imputabilidad, así como su capacidad de ser sancionada penalmente)⁴⁶. En el marco de su investigación acerca de la responsabilidad de la empresa como consecuencia de la imputación del comportamiento (punible) de sus directivos en el derecho angloamericano (especialmente, australiano) Solaiman y Langsted parten de que una «corporación es incapaz de hacer algo, mucho menos cometer un delito, sin sus agentes humanos»⁴⁷; la empresa actuaría por medio de la suma de sus trabajadores, cuyo conocimiento agregado («aggregate») representaría al mismo tiempo el tipo subjetivo⁴⁸. En un ámbito práctico

44 Fundamental House of Lords, *Tesco Supermarkets Ltd. v Nattras*, [1972] AC 153, 170 (Lord Reid): «A living person has a mind which can have knowledge or intention or be negligent and he has hands to carry out his intentions. A corporation has none of these: it must act through living persons, though not always one or the same person». (Resaltado del autor); igualmente Simester, Andrew P./Spencer, John R./Stark, Findlay/Sullivan, G.R./Virgo, Graham: *Simester and Sullivan's Criminal law: theory and doctrine*, 6th., Oxford, Portland: Hart Publishing 2016, p. 288 («... gateway to corporate liability... through the conduct... of persons connected with the company»).

45 Respecto a la correspondiente «theory of aggregation» cfr. por ejemplo Simester et al. (2016), p. 285 s. («faults of any two or more persons associated with the company may be aggregated and attributed in toto to the company»; es decir se trata de la fundamentación subjetiva de la responsabilidad, de una «corporate guilt» [Resaltado en el original]).

46 *Colvin*, CLF 6 (1995), 18 ss., 23 ss. (el colectivo tendría un deber de configurar las estructuras organizacionales que eviten delitos; si omitiera ello, sería responsable a causa de su «organisational responsibility» [al respecto y sobre la corporate negligence 25 ss.]; el ámbito subjetivo del hecho [«mental state»] se derivaría de la corporate culture o policy [31 ss.]; v. su propuesta de ley p. 40 s.).

47 Solaiman / Langsted, CLF 28 (2017), 129 así como 130, 137, 144. [Texto original: «corporation is unable to do anything, let alone commit an offence, without its human agent...»].

48 Solaiman / Langsted, CLF 28 (2017), 130 (con referencia a Denning L J en *House of Lords, H L Bolton (Engineering) Co Ltd v T J Graham & Sons Ltd*, [1957] 1 QB 159, 172 tal como es citado en *Supreme Court of South Australia, The Queen v Goodall* (1975) 11 SASR 94, 112: la empresa «in many ways be likened to a human

los memorandos de los ex Fiscales Generales adjuntos de los Estados Unidos Eric Holder (2009-2015) y Sally Quillian Yates (2015-2017) resaltan el comportamiento de los miembros del colectivo⁴⁹, y especialmente el Memorando de Yates contiene referencias prácticas sobre la persecución más eficiente del personal directivo⁵⁰. En el caso de autores cercanos al círculo jurídico europeo-continental («civil law») puede leerse algo similar. En el modelo holístico de *Stoitchkova* la imputación al colectivo como tal se produce como consecuencia de una «aggregation» de los aportes al hecho de sus miembros⁵¹. *Adam* se decide en el resultado por un modelo de atribución modificado, el cual es combinado con una responsabilidad por omisión y organización y con lo cual no deja mucho de su anteriormente defendido enfoque sistémico; no obstante, se renuncia a la condena de la persona natural⁵².

Sin embargo, si esto es así, es decir, si los colectivos se componen de personas naturales y actúan mediante ellas, entonces, a pesar de una extrema normativización los teóricos de una «perso-

body» con algunos trabajadores, quienes serían «nothing more than hands to do the work» mientras que los directivos serían «who represent the directing mind and will of the company, and control what it does») y 156 s. (con referencia a U.S. District Court for the District of Massachusetts, *US v Bank of New England* 821 s. 2d 844, 854 [1st Cir 1987]: conocimiento del banco como «sum of the knowledge of all of the employees»).

49 Holder Memorandum, p. 4 («corporation can only act through natural persons...»); Yates Memorandum, p. 1 ss. («individual accountability for corporate wrongdoing» [p. 1], «... investigations should focus on individuals from the inception of the investigation» [Punto 2, p. 4]).

50 Yates Memorandum, p. 1 ss.; al respecto v. *Silva Sánchez* (2016), p. 424 («golpe de timón en el American Way de afrontar la delincuencia de empresa»).

51 *Stoitchkova* (2010) p. 113 ss. («combined acts or omissions of individual agents where each act or omission is in itself insufficient» [114]), con lo que entiende los posibles aportes al hecho de una manera amplia en el plano objetivo [134-7] y exige subjetivamente una «constructive corporate fault» [118-21] así como *dolus eventualis* e imprudencia [121-34]). Similar *Thurner* (2012), p. 259, 277 («Imputación de la culpabilidad del órgano como culpabilidad propia», culpabilidad de los «trabajadores»).

52 *Adam* (2015) p. 225 ss. (225), 233 s.; respecto a su enfoque esencialmente sistémico teórico ya supra nota 31.

nalidad de la empresa» («corporate personality») independiente –es decir, el colectivo como una persona social (con capacidad de acción, de injusto y de ser penada)– tampoco ignoran el hecho naturalístico de que incluso la interacción más elaborada de personas en un complejo colectivo e interpretada desde la perspectiva de la sociología de la organización no transforma a esas personas en máquinas ni al colectivo en una persona con todas las características específicas de la personalidad (así como la inteligencia artificial más desarrollada tampoco convierte una máquina en una persona).⁵³ Con ello no se niega la existencia de una específica cultura corporativa («corporate culture») producto de la cooperación sistémica y la interacción de personas naturales organizadas en la forma de un colectivo, pero el colectivo es y sigue siendo «persona» solo en un mero sentido jurídico, «sin una realidad trascendente más allá del ámbito meramente legal»⁵⁴.

Entre los teóricos de la personalidad autónoma del colectivo⁵⁵ *Carlos Gómez-Jara*⁵⁶ defiende la posición quizás más radical. Él defiende –con base en la teoría de los sistemas sociales autopoieticos– un concepto constructivista de la culpabilidad empresarial⁵⁷,

53 V. también Dandekar, Thomas/Kunz, Meik: Bioinformatik. Ein einführendes Lehrbuch, Heidelberg: Springer Spektrum 2017, p. 203 ss.

54 Simester et al. (2016), p. 288 (con referencia a Hart) [Texto original: «with no transcendent reality beyond the merely legal realm»]. La opinión de Lord Hoffman que allí se cita y que se remonta al empirismo inglés referida a que «there is no such thing as the company itself» queda sin embargo demasiado rezagada respecto a los conocimientos actuales de la sociología de la organización, a los cuales se hará referencia a continuación en el texto principal.

55 Ya con anterioridad, sin embargo, con una menor elaboración desde una perspectiva de la sociología de la organización Dannecker, GA 148 (2001), 108 s., 111, 116 s. (empresas como «sujetos sociales reales, autónomos» con una capacidad de acción fundadora de un injusto, aunque con su constitución jurídica como condición de su imputabilidad penal).

56 Cfr. en especial Gómez-Jara Díez, Carlos: La culpabilidad penal de la empresa, Madrid: Marcial Pons 2005; resumidamente en alemán el mismo, ZStW 119 (2007), 290.

57 Gómez-Jara Díez (2005) p. 201 ss.; el mismo, Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuldbegriffs, en: ZStW 119 (2007), 293 ss., 302 ss. (la organización como sistema autopoietico que se reproduciría por sí misma). Crít. Cigüela Sola

como resultado de lo cual se distingue⁵⁸ entre personas jurídicas imputables e imputables y se hace depender la imputabilidad –tanto en el caso de personas naturales como jurídicas– de la «autorreferencialidad»⁵⁹. La cuestión de si ésta se halla lo suficientemente desarrollada para la afirmación de la imputabilidad dependería de la complejidad interna de la persona jurídica⁶⁰. Esta complejidad sería el fundamento de la capacidad de autoorganización, autodeterminación y autodirección, de lo cual se derivaría la «competencia sobre su ámbito de organización»⁶¹ y la correspondiente responsabilidad por su aseguramiento⁶²; esto constituiría un equivalente funcional de la capacidad de acción propia de la persona natural⁶³. Si bien Gómez-Jara reconoce las acciones de personas naturales en el marco de las personas jurídicas⁶⁴, considera que ello «no es

(2015), p. 189 ss., 382 s. (según el cual, la perspectiva de la sociología de la organización pasaría por alto la diferencia entre el «ser social» y el «deber-ser normativo».

- 58 Gómez-Jara Díez, ¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel, *Polít. Crim.* Vol. 5, N.º 10 (diciembre 2010), Doc. 1, 455 ss.
- 59 Gómez-Jara Díez, *Polít. crim.* Vol. 5, N.º 10 (diciembre 2010), Doc. 1, 456 s.; el mismo (2005) p. 242 ss.
- 60 Gómez-Jara Díez, *Polít. crim.* Vol. 5, N.º 10 (diciembre 2010), Doc. 1, 457 («la complejidad interna suficiente es un presupuesto para el desarrollo de una autorreferencialidad bastante que permita la autodeterminación del propio sistema con respecto al entorno»); el mismo, *ZStW* 119 (2007), 309 («autorreferencialidad como consecuencia de una suficiente complejidad interna»).
- 61 Gómez-Jara Díez, *Polít. crim.* Vol. 5, N.º 10 (diciembre 2010), Doc. 1, p. 461 («cierta competencia sobre su ámbito de organización», [resaltado en el original]); el mismo, Capítulo V, en: Bajo Fernández/Feijoo Sánchez/Gómez-Jara Díez, p. 121 («una determinada competencia o **posición de garante sobre su propio ámbito organizativo**», [resaltado en el original]).
- 62 Gómez-Jara Díez, *ZStW* 119 (2007), 324, 325 ss. (libertad de autoorganización y responsabilidad por las consecuencias).
- 63 Gómez-Jara Díez, Capítulo V: Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Bajo Fernández, Miguel/Feijoo Sánchez, Bernardo/Gómez-Jara Díez, Carlos, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid: Marcial Pons 2012, p. 122.
- 64 Gómez-Jara Díez, Capítulo V, en: Bajo Fernández/Feijoo Sánchez/Gómez-Jara Díez, p. 109; con más detalle Gómez Jara Díez, Capítulo VI: El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad) en: Bajo Fernández, Miguel/Feijoo Sánchez, Bernardo/Gómez-Jara Díez, Carlos, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid: Marcial Pons 2012, p. 135 ss.

lo propio de la persona jurídica»⁶⁵. En ese sentido, solo constituirían presupuestos no identificables con el injusto realizado por medio del defecto de organización⁶⁶. Lo decisivo para la determinación del injusto de la persona jurídica sería únicamente el ejercicio deficitario de la libertad de autoorganización⁶⁷ y el cuestionamiento subyacente de la norma penal⁶⁸. De manera similar, *Ortmann*⁶⁹, desde una perspectiva de la teoría de la organización, se ha basado recientemente en el grado de autoorganización y la autonomización de las organizaciones para fundamentar la capacidad de acción de éstas, independiente de sus miembros –actuación que «pasa a través de la actuación de sus miembros individuales»–⁷⁰. El comportamiento organizacional podría ser entendido como una «causación imputable»

65 Gómez-Jara Díez, Capítulo VI, en: Bajo Fernández/Feijoo Sánchez/Gómez-Jara Díez, p. 136 («**no es lo propio de la persona jurídica**» [resaltado en el original]).

66 Gómez-Jara Díez, Capítulo V, en: Bajo Fernández/ Feijoo Sánchez/Gómez-Jara Díez (Cap. IV nota 56) p. 109: «la persona jurídica... no responde por dichos presupuestos –es decir, acciones u omisiones de personas físicas– sino... por su propio injusto (defecto de organización) y su propia culpabilidad (cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad)»; cfr. también (en el marco de la proscripción de una responsabilidad por hechos ajenos) *Ibíd.*, p. 135: «Desde una perspectiva estrictamente jurídico-penal, los comportamientos de personas físicas **sólo pueden considerarse como presupuestos de la responsabilidad de las personas jurídicas pero no como su fundamento**» (resaltado en el original).

67 Gómez-Jara Díez, Capítulo VI, en: Bajo Fernández/Feijoo Sánchez/Gómez-Jara Díez (Cap. IV nota 56) p. 140 «... la persona jurídica tiene una libertad de autoorganización que puede utilizar correcta o defectuosamente. Cuando dicha libertad es utilizada de modo defectuoso, se produce un defecto de organización, que desde la perspectiva jurídico-penal constituye su injusto propio. O expresado de otra manera, lo que una persona jurídica “hace” es organizarse. Y dicha organización puede ser correcta o defectuosa. La persona física actúa, precisamente en el marco de esa organización correcta o defectuosa. Cuando la persona física actúa delictivamente dentro de una organización correcta, no se puede considerar que concurre el injusto propio de la persona jurídica. Sin embargo, cuando se produce dicha actuación delictiva en el seno de una organización defectuosa, entonces sí se puede considerar que concurre el injusto propio de la persona jurídica». (resaltado en el original). Cfr. también el mismo, *ZStW* 119 (2007), 330 ss.

68 La capacidad para ese cuestionamiento se sigue de nuevo de la propia complejidad de la respectiva empresa, lo cual posibilitaría su capacidad para participar en el discurso público sobre normas en el sentido de un «good corporate citizen»; Gómez-Jara Díez, *ZStW* 119 (2007), 315 s., 327 ss.

69 Ortmann, *NZWiSt* 2017, 241.

70 Ortmann, *NZWiSt* 2017, 241 s. (resaltado en el original).

(socialmente relevante) en el sentido de Jakobs⁷¹ –quien no obstante rechaza la responsabilidad penal de las personas jurídicas^{72–73}. Las organizaciones, en especial las empresas, actuarían como «actores corporativos»; si bien el «surgimiento» de su capacidad organizacional de acción y responsabilidad se construiría sobre la base de acciones individuales y la responsabilidad individual, sin embargo, no se reduciría a ello⁷⁴. La acción corporativa sería una realidad, y solo una ficción en el sentido de una producción de consecuencias prácticas y reales, de la causación imputable como «interconexión cíclica de autodescripción y heterodescripción, por una parte, y de autoimputación y heteroimputación de la decisión, la actuación y la comunicación, por otra parte...»⁷⁵. La culpabilidad de la acción organizacional radicaría en la decisión contraria al Derecho a pesar de la existencia de una «posibilidad de actuar de un modo distinto»; ello tendría que orientarse por la «capacidad de acción y por la responsabilidad» específicas de la persona jurídica, es decir, una «responsabilidad empresarial» («corporate responsibility»), y no por

71 Jakobs Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie [Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg am 21. Mai 1992], München: Beck 1992, p. 29 (respecto a la relevancia social del concepto de acción –como elemento conector entre sociedad y derecho penal, que consistiría en «hacer comprensible el mundo social»– Ibíd, 12, 27 ss., 45 s.).

72 A favor del reconocimiento de la capacidad de acción de las personas jurídicas Jakobs, Günther: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. ed, Berlin: De Gruyter 1991, 6/44 s. («determinación valorativa del sujeto de imputación», «Output». «Conformidad constitucional de las actuaciones del órgano» [de la persona jurídica] como sus propias acciones); la explícita finalidad de esa perspectiva con referencia a la «relatividad de la personalidad» sin embargo Jakobs, Strafbarkeit juristischer Personen?, en: Prittwitz, Cornelius/ Baurmann, Michael/ Günther, Klaus/Kuhlen, Lotar/Merkel, Reinhard/Nestler, Cornelius/Schulz, Lorenz (ed.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Baden-Baden: Nomos 2002, p. 559, 560 con nota 7, 561 ss. (donde él enfatiza especialmente la diferencia entre la persona jurídica y natural y rechaza una adscripción en el ámbito de la acción, así como una transferencia de la culpabilidad).

73 Ortmann, NZWiSt 2017, 243 («Organizaciones como los „colaboradores imputables“ de los modernos... con lo cual es por mucho la mayor potencia», resaltado en el original).

74 Ortmann, NZWiSt 2017, 243 s.

75 Ortmann, NZWiSt 2017, 245 s. (246).

un concepto de culpabilidad derivado de la dignidad humana.⁷⁶ La culpabilidad por organización sería precisamente «la culpabilidad de la organización»⁷⁷. Por lo demás, tendría que distinguirse entre un defecto de organización –meramente imprudente– y una realización –dolosa– de fines u objetivos empresariales por medio de un comportamiento punible –«un objetivo organizacional»–⁷⁸.

En el *modelo de la atribución*, la responsabilidad se vincula –de un modo igualmente derivado– al comportamiento (relacionado con el negocio)⁷⁹ del miembro de la empresa. Aquí, sin embargo, la asunción de la subsistencia de una responsabilidad del correspondiente miembro⁸⁰ –más allá de la absolutamente controvertida cuestión sobre su fundamentación⁸¹ (contingente a la organización interna de la empresa) y sobre la que aquí no se profundizará– conduce a una duplicación o acumulación de la responsabilidad –responsabilidad paralela del trabajador y de la empresa– difícilmente justificable desde una perspectiva dogmática⁸². Si la imputación

76 Ortmann, NZWiSt 2017, 246 s.

77 Ortmann, NZWiSt 2017, 248 (resaltado en el original).

78 Ortmann, NZWiSt 2017, 248.

79 Sobre el concepto v. ya nota 28 y texto principal.

80 A favor ya v. Gierke, p. 769 («sanción simultánea de los titulares o cotitulares de los órganos culpables individualmente»); asimismo desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional Thurner (2012), p. 263, 276 s., 282; desde la perspectiva clásica del Derecho Penal Económico Holder Memorandum, p. 2; Dannecker, GA 2001, 124; Vogel, en: Kempf, p. 213 s.; Solaiman/Langsted, CLF 28 (2017), 129, 142 ss., 148 ss. (quienes, en contra de la jurisprudencia angloamericana dominante, quieren hacer responsables a los directivos como «principal» y no solo como «accomplice»); asimismo Rat der Europäischen Union, p. 10 así como Art. 121-2 párr. 3 CP (responsabilidad penal del respectivo trabajador permanece intacta).

81 Sobre ello recientemente Utz, Maximilian: Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, Berlin: Duncker & Humblot 2016; desde una perspectiva del derecho comparado Estellita (2017), p. 37 ss. y passim (especialmente la referencia a la discusión brasileña, alemana y española con amplias referencias).

82 Crít. sobre todo Jakobs, en: Prittwitz et al., 2002, 565, según el cual una adscripción del comportamiento del órgano (trabajador) a la empresa presupondría que dicho comportamiento le fuera excluido a aquél, puesto que quedaría consumido mediante la adscripción; igualmente crít. Weigend, JICJ 6 (2008), 933 («split of personality»); en contra ya Tiedemann, NJW 1988, 1173 (culpabilidad de organización como «culpabilidad previa» del colectivo); el mismo (2017), p. 181 (distintos sujetos

presupone el control o dominio, entonces surge el problema de que a menudo las empresas no dominan suficientemente a sus trabajadores (órganos)⁸³, aunque tanto las premisas como la configuración concreta del dominio exigen una discusión más detallada.

Desde una perspectiva práctica se discute ante todo si bastaría con el comportamiento punible de cualquier trabajador de la empresa (modelo del motivo, vicarious liability)⁸⁴ o si sería necesario que ese comportamiento haya sido realizado por un directivo (directing mind)⁸⁵ (teoría de la identificación o teoría del *alter-ego*)⁸⁶.

de imputación); Vogel, en: Kempf, p. 207 con nota 8 (según el cual en el ámbito de la participación una adscripción del autor principal al partícipe también tendría lugar sin la exclusión del comportamiento respecto de éste y que tendría que concederse primacía a los argumentos político criminales; con referencia a la exposición de motivos en el ámbito suizo); v. también Silva Sánchez (2016), p. 298, para quien el modelo de atribución abonaría más bien a una responsabilidad alternativa y, por eso, no fundamentaría satisfactoriamente una sanción simultánea del órgano y de la persona jurídica (además, en el contexto de su análisis de la legislación española, señala que «el carácter acumulativo de la responsabilidad puede resultar especialmente criticable en los casos de personas jurídicas de pequeñas dimensiones», p. 337, con nota al pie 30). El problema también es conocido en el derecho angloamericano, cfr. Solaiman / Langsted, CLF 28 (2017), 142 s. con referencia a la decisión contenida en Supreme Court of South Australia, *The Queen v Goodall* (v. nota 43), donde Bray CJ hablaba de «some sort of metaphysical bifurcation or duplication of one act by one man», «so that it is in law both the act of the company and the separate act of himself as an individual», pero consideraba esto en el resultado como irrelevante ((1975) 11 SASR 94, 99 s.).

83 Schünemann, en: Sieber et al., p. 431; a favor Weigend, JICJ 6 (2008), 937.

84 Al respecto Colvin, CLF 6 (1995), 6 ss.; Vogel, en: Kempf, p. 210.

85 Respecto al origen en la jurisprudencia inglesa cfr. Kuntz (2017) p. 165 ss.; sobre el asunto igualmente el Model Penal Code (MPC) de los EE.UU, que hace depender la responsabilidad penal de que «the commission of the offense was authorized, requested, commanded, performed or recklessly tolerated by the board of directors or by a high managerial agent acting on behalf of the corporation within the scope of his office or employment». (§ 2.07(1)(c) Official Draft 1962); a favor también Kölner Entwurf, p. 22; igualmente en el ámbito de la Unión Europea, la posición del Consejo, según la cual la responsabilidad jurídico penal de una persona jurídica es posible cuando los delitos «fueron cometidos a su favor por una persona que ha actuado individualmente o como parte de un órgano de la persona jurídica y que... ostenta... una posición directiva...» (Rat der Europäischen Union, p. 9 s.). Respecto a la compleja definición abstracta de los directivos cfr. Dannecker, GA 148 (2001), 122 s.; para una definición v. Kölner Entwurf, p. 3 (§ 1 párr. 4).

86 Sobre esto Colvin, CLF 6 (1995), 8 ss.; Adam (2015) p. 192 ss.; Solaiman / Langs-

En última instancia, se requiere de ambos enfoques (*modelo dual*), porque tanto un directivo⁸⁷ como cualquier otro trabajador pueden actuar⁸⁸, pero ha de distinguirse las exigencias en caso de una imputación a la empresa o a cargo de ella: en el caso de un directivo, éste actúa como si se tratara del colectivo mismo y su comportamiento (punible) es al mismo tiempo el del colectivo⁸⁹; en el caso de otro trabajador, su comportamiento puede imputarse directamente al colectivo (cuando aquél ha actuado en el marco de su competencia) o como infracción del deber de vigilancia (en caso de un hecho excesivo)⁹⁰, siempre que allí se manifieste la ya mencionada culpabilidad por organización como consecuencia de una organización deficiente o de una ética empresarial⁹¹ ausente⁹². Por

ted, CLF 28 (2017), 131 (así como ya las referencias de la jurisprudencia supra nota 43); crít. desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional Thurner (2012), p. 256 s.; crít. sobre la fundamentación de la imputación desde el punto de vista del derecho comparado Heine (1995) p. 221 s.

- 87 Donde la definición del «level of authority» tiene que manejarse de modo flexible y debería reflejar la «wide variety of decision-making systems in legal persons», cfr. OECD (2009), párr. 2 b.
- 88 Igualmente, Meyer, ZStW 126 (2014), 128 (planteamiento de identificación para el ámbito directivo y la culpabilidad por organización para los niveles medio/inferior); igual en el resultado desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico Dannecker, GA 148 (2001), 118 («comportamiento defectuoso de todas las personas que actúan para el colectivo»).
- 89 Cfr. House of Lords, Tesco Supermarkets, supra nota 39: «... the person who acts is not speaking or acting for the company. He is acting as the company and his mind which directs his acts is the mind of the company... He is an embodiment of the company or, one could say, he hears and speaks through the persona of the company, within his appropriate sphere, and his mind is the mind of the company. If it is a guilty mind then that guilt is the guilt of the company». Cfr. también Zerbes, en: Jeßberger/Kaleck/Singelstein, p. 232 s.
- 90 Zerbes, en: Jeßberger/Kaleck/Singelstein, p. 233; en este sentido también UK Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, según el cual un colectivo es responsable de la muerte de una persona, cuando esto puede atribuirse a un «gross breach of a relevant duty of care owed by the organisation to the deceased», cfr. sección 1, accesible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/19/section/1> (último acceso: 25.03.2018); igualmente Kyriakakis, NILR 56 (2009), 365 («organisational model for the attribution of criminal fault to the corporation»). Respecto a la decisión de actuar en el marco de la competencia y excesivamente también Dannecker, GA 148 (2001), 118.
- 91 Supra nota 32 ss. y texto principal.
- 92 Cfr. desde la clásica perspectiva del Derecho Penal Económico Dannecker, GA 148

un lado, el comportamiento criminal del trabajador constituye en cualquier caso un indicio de la responsabilidad de la empresa, por otro lado, ello depende de forma decisiva de la organización de la empresa, por lo cual el modelo de la atribución desemboca en un «modelo organizacional oculto» («hidden organisational model»)⁹³ o resulta equiparable a un modelo de «responsabilidad estructural»⁹⁴. En ese sentido, también es importante observar que la culpabilidad por organización –en correspondencia con la nueva situación

(2001), 119, 121; Wirtschaftsstrafrecht, 5. ed., München: Franz Vahlen 2017, p. 181 (imputación del comportamiento del órgano complementado con el elemento colectivo de la organización consistente en un defecto de organización y de vigilancia). Esto corresponde al § 130 OWiG, según el cual la infracción (dolosa o imprudente) del deber de vigilancia del empresario en caso de comisión simultánea de una «contravención» (condición objetiva de la punibilidad) tiene un efecto fundamentador de la responsabilidad con base en su falta de vigilancia (omisión propia y peligro abstracto), cfr. más detalladamente Rogall, § 130 nm. 17 ss., 38 ss.; von Galen/Maas, § 130 nm. 54 ss. Cfr. también respecto a la punibilidad por corrupción OECD (2009), B), párr. 2 b. tercer guion («A person with the highest level managerial authority fails to prevent a lower level person from bribing...»)

93 Debo esta idea a una acotación en la discusión realizada por Carsten Momsen en el marco del Simposio realizado en Berlín mencionado en la presentación. Similar también Thurner (2012), p. 277 cuando propone una «imputación penal combinada a la empresa».

94 A favor de ello, con base en su rechazo de una culpabilidad propia de la organización (nota 29) Cigüela Sola (2015), p. 291 ss., 384 ss. (según el cual «aquellas personas jurídicas de organización suficientemente compleja, en cuyo seno se haya cometido un delito que se coexplique, en mayor o menor medida, por la influencia de factores criminógenos que lo han facilitado o promovido, radicados en el contexto de interacción que la organización ofrece, y que constituirían un „injusto estructural/objetivo“ valorado negativamente por el Derecho», p. 384 s.). El modelo de «responsabilidad estructural» constituiría un «nuevo „subsistema“, análogo al „subsistema de medidas de seguridad“... [diferenciado] del „Derecho penal nuclear“, con sus propios principios y reglas», p. 386). Similar Silva Sánchez (2016), p. 358 ss. cuando (al analizar la regulación española) señala que las «dinámicas de grupo internas» conformarían una «realidad objetivamente favorecedora de la comisión de delitos», es decir un «estado de injusto» entendido como «injusto sistémico» (p. 359), en donde lo fundamental residiría en que el hecho antijurídico de la persona física manifieste «un estado de defectuosa organización de la persona jurídica que permita prever una continuidad en la actividad delictiva, de no ser corregido» (p. 360). Dicho injusto no daría lugar a una culpabilidad habilitante de penas stricto sensu, pero sí representaría una base fáctica suficiente para la imposición de consecuencias jurídico-penales contra las personas jurídicas (de la mano de un «juicio de pasado», «juicio de presente» y «juicio de futuro», p. 360 s.), las cuales serían entendidas como un caso de la «segunda velocidad del Derecho Penal» (p. 364 s.).

legal francesa⁹⁵– puede ser presumida cuando una empresa no ha instaurado un programa de compliance, en especial respecto a posibles riesgos para los derechos humanos^{96 y 97}. Sin embargo, esto significa a la inversa que en caso de un compliance perfecto habrá de reconocerse a la empresa una «defensa basada en una debida diligencia» («due diligence defence»⁹⁸); la cual tiene como efecto el cumplimiento (casi) perfecto de los deberes de diligencia respecto a los derechos humanos, es decir, algo así como una «distancia prudencial» respecto a la responsabilidad penal de la empresa⁹⁹.

Adicionalmente a ello, se discute si tiene que probarse el delito concreto e identificar al trabajador o si, en cambio, basta con que se haya cometido un delito desde la empresa –en el sentido de la mencionada «responsabilité diffuse»¹⁰⁰ del ámbito francés–¹⁰¹. A fa-

95 Loi no. 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1).

96 *Ibíd*, Art. 1 párr. 4: «... mesure de vigilance... à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droit humains...».

97 En caso de que uno de ellos no hubiese sido creado luego de tres meses, la empresa puede ser obligada a ello, a pedido de cualquier persona con un interés justificado (*Ibíd*, Art. 1 penúltimo párr.).

98 Cfr. también Simester et al. (2016), p. 289 con notas adicionales en nota 129; Kathollnig (2016), p. 49 (exclusión de la responsabilidad penal con base en la existencia de compliance); Ryngaert, CLF 29 (2018), 9; respecto a las posibles medidas (preventivas) de compliance con efectos excluyentes de la pena (de la mano del caso Nestlé) cfr. Müller-Hoff, Claudia /Schmidt, Thomas.: Strafanzeige gegen Nestle. Ein Präzedenzfall für menschenrechtliche Haftung von Unternehmen?, *juridikum* 2012, 265 s.

99 Kathollnig (2016), p. 251.

100 Cfr. Art. 121-2 Code Penal (CP) («responsables... des infractions commises... para leur organs ou representants»); al respecto Walther, Julien: Schuld und Haftung juristischer Personen im deutsch-französischen Vergleich Kurze Bemerkungen zum Zusammenspiel von Dogmatik und Pragmatik, en: GA 2015, 682, 683, 691), donde ésta, sin embargo, no se halla restringida de manera explícita a los directivos («organs our representants») y la jurisprudencia ha abogado por una «responsabilite diffuse» (renuncia a una persona natural identificable) (*Ibíd*, 692).

101 Así Engelhart, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 186 s., que en general considera a la(s) persona(s) natural(es) y jurídica(s) como sujetos de imputación independientes entre sí, donde el comportamiento de aquellas tendría que evaluarse «in the corporate context» pero no tendría que ser imputable a una persona determinada. Más bien bastaría con que se demostrara que algún empleado ha cometido el hecho y

vor de esto habla no solo que toda necesidad de individualización o identificación conduce precisamente a problemas de comprobación («corporate veil»)¹⁰², los cuales serían evitados mediante una responsabilidad autónoma de las empresas¹⁰³, sino también que la ausencia de identificación se debe a la organización defectuosa y por eso ha de ser soportada por la empresa¹⁰⁴.

Desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional habla a favor del modelo de atribución que este sería más compatible con la orientación individual del ECPI. En ese sentido, el modelo propuesto por la delegación francesa de la CPI en 1998¹⁰⁵ también repre-

existiera una correspondiente infracción de la supervisión de la persona jurídica. Igualmente, Thurner (2012), p. 263 s. (basta la imputación objetiva del comportamiento descuidado a la empresa); igualmente desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico Dannecker, GA 148 (2001), 118. Crít. por ejemplo, Weigend, JICJ 6 (2008), 934 («... if an individual offender becomes a mere fiction, so does the model itself»).

102 Cfr. ya supra nota 8 con el texto principal.

103 Acertadamente Weigend, JICJ 6 (2008), 933; crít. también Meyer, ZStrR 131 (2013), 80, según el cual el modelo de la atribución compartiría los problemas de responsabilidad asociados a la responsabilidad individual como consecuencia de recurrir a la responsabilidad del trabajador.

104 Cfr. también Bundesgericht, 6B_7/2014, Arrêt du 21 juillet 2014, Erwäg. [considerando] 3.4.3. («... l'existence de carences d'organisation et que celles-ci empêchent d'imputer celle-là à une personne physique déterminée au sein de l'entreprise»).

105 UN Doc. A/CONF. 183/C.1/WGGP/L.5/Rev.2, 251 s., «working paper on article 23, paragraphs 5 and 6.

5. Without prejudice to any individual criminal responsibility of natural persons under this Statute, the Court may also have jurisdiction over a juridical person for a crime under this Statute.

Charges may be filed by the Prosecutor against a juridical person, and the Court may render a judgement over a juridical person for the crime charged, if:

- (a) The charges filed by the Prosecutor against the natural person and the juridical person allege the matters referred to in subparagraphs (b) and (c); and
- (b) The natural person charged was in a position of control within the juridical person under the national law of the State where the juridical person was registered at the time the crime was committed; and
- (c) The crime was committed by the natural person acting on behalf of and with the explicit consent of that juridical person and in the course of its activities; and
- (d) The natural person has been convicted of the crime charged. For the purpose of this Statute, “juridical person” means a corporation whose concrete, real or dominant

senta un estricto *modelo de atribución individual-accesorio*, pues el comportamiento del trabajador de la empresa que desencadena la responsabilidad del colectivo requeriría de la condena de aquél; es decir, la responsabilidad penal individual se convierte en el punto de partida de la imputación. Pero con ello, son reimportados al Derecho Penal Internacional Económico los problemas de la responsabilidad individual especialmente virulentos en el Derecho Penal Económico («corporate veil»)¹⁰⁶. Es decir, la responsabilidad podría fracasar debido a la imposibilidad de que el hecho cometido desde la empresa sea imputado concretamente a alguno de sus trabajadores. Por otro lado, el modelo francés –que sigue la denominada doctrina de la identificación– está limitado a los miembros del nivel directivo de la persona jurídica, es decir, a los «directing minds»¹⁰⁷. Si bien esta limitación puede explicarse por el hecho de que solo los directivos de una empresa –a modo de un alter ego– son quienes la representan y, por eso, pueden fundamentar su injusto y culpabilidad¹⁰⁸; sin embargo, con ello se deja completamente de lado

objective is seeking private profit or benefit, and not a State or other public body in the exercise of State authority, a public international body or an organization registered under the national law of a State as a non-profit organization.

6. The proceedings with respect to a juridical person under this article shall be in accordance with this Statute and the relevant Rules of Procedure and Evidence. The Prosecutor may file charges against the natural and juridical persons jointly or separately. The natural person and the juridical person may be jointly tried. If convicted, the juridical person may incur the penalties referred to in article 76. These penalties shall be enforced in accordance with the provisions of article 99» (nota al pie suprimida).

106 Crít. en ese sentido también Clapham, Andrew: *Extending International Criminal Law beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups*, en: JICJ 6 (2008), 915 ss. (917): «difficulties connected to any supposed need to first find an individual perpetrator», con referencia a Kyriakakis, Joanna: *Australian Prosecution of Corporations for International Crimes: The Potential of the Commonwealth Criminal Code*, en: JICJ 5 (2007), 809 (825)); Engelhart, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 187; contra una persecución o condena de la persona natural también OECD (2009), B) párr. 1.

107 Igualmente, Stoitchkova (2010) p. 110 s.

108 Cfr. Colvin, Eric: *Corporate Personality and Criminal Liability*, en: CLF 6 (1995), 8 ss.; Dannecker, GA 148 (2001), 122 (reconocimiento de un propio injusto y de una propia culpabilidad de la organización, lo cual justifica la imposición de una pena solo en caso de un comportamiento de directivos).

el comportamiento de otros trabajadores, relevante en el ámbito del Derecho Penal Internacional –a diferencia del enfoque dual que aquí se defiende–. De todos modos, a favor de una restricción a los directivos habla desde una perspectiva procesal penal internacional el que con ello se tendría en cuenta el principio de la persecución de los «más responsables» («most responsible»¹⁰⁹); no obstante, esa consideración desatiende el hecho de que en última instancia se trata de la responsabilidad colectiva (de la empresa) y la persecución de los trabajadores (directivos) solo sirve como acceso («gateway») para ello¹¹⁰.

2. FORMAS DE INTERVENCIÓN PUNIBLE

La praxis jurídica distingue entre una intervención en calidad de autor y una intervención carente de esa condición.¹¹¹ Ello puede traducirse en clave jurídico-penal, y siguiendo el modelo diferenciador (terminológico-funcional) del Art. 25 ECPI¹¹², como una autoría (Art. 25 párr. 3 (a)) y una participación (Art. 25 párr. 3 (b)-(d)). A la complicidad le corresponde una especial importancia práctica. La responsabilidad del superior en el sentido del Art. 28 ECPI podría venir en consideración para la responsabilidad (*commission par omission*) por autoría (omisiva), en todo caso, siempre que se trate de la responsabilidad por las consecuencias dañosas provocadas por los subordinados¹¹³.

109 Al respecto ICC/OTP (2016), párr. 42 s.; al respecto también Ambos, en: Ackermann/Ambos/Sikirić, p. 24, 44 s., 48 con notas adicionales [en español v. el mismo, en: Silva Sánchez/Queralt Jiménez/Corcoy Bidasolo/Castañeira Palou, p. 9 ss., 13].

110 Cfr. ya Simester et al. (2016), p. 188.

111 Cfr. Ambos, Derecho Penal Internacional Económico, Navarra: Thomson-Reuters, 2018.

112 Cfr. Ambos Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe, 5. ed., München: Beck 2018, § 7 nm. 13, 17 ss.; el mismo Treatise on International Criminal Law Vol. I, Oxford: OUP 2013, p. 144 ss.

113 Para una distinción entre una responsabilidad en calidad de autoría con base en una omisión impropia (comisión por omisión) y una responsabilidad en calidad de participación debido a la infracción de un deber de vigilancia y la omisión de

2.1. Responsabilidad en calidad de autoría

Una responsabilidad en calidad de autoría por un hacer activo vendría en consideración en los – seguramente pocos – casos en los que trabajadores mismos de la empresa cometen crímenes internacionales – como autores que actúan directamente (Art. 25(3)(a) Alt. 1 ECPI) –, conjuntamente (Art. 25(3)(a) Alt. 2 ECPI) o por medio de otro (Art. 25(3)(a) Alt. 3 ECPI). La última de las modalidades mencionadas, es decir, la *autoría mediata*, permite imputar al personal directivo los delitos de quienes actúan directamente, siempre que, con base en la *teoría del dominio de la organización*¹¹⁴, se considere admisible una autoría mediata respecto de ejecutores del hecho plenamente responsables¹¹⁵. Si bien en el ámbito del Derecho Penal Internacional esta forma de imputación ha sido reconocida por parte de la jurisprudencia de la CPI¹¹⁶, sin embargo, ello solo ha sucedido en relación con el comportamiento de actores estatales o no estatales (paramilitares) en el marco de conflictos armados y, precisamente, sin relación con la criminalidad de empresa. Incluso si, de acuerdo con la jurisprudencia alemana de la instancia más alta¹¹⁷, se quiere trasladar esa teoría –en contra de Roxin, su *spiritus*

denunciar un delito cfr. §§ 4, 14, 15 VStGB.

- 114 Roxin *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9. ed, Berlin/Boston: De Gruyter 2015, p. 242 ss., 736 ss.; el mismo (2003), § 25 nm. 105 ss.
- 115 Para una discusión v. Meini, Iván: *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus empresarios*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 181 ss. así como Urquiza, Gustavo: *Acerca de la responsabilidad penal de los directivos por los delitos cometidos desde la empresa. ¿Un nuevo supuesto de autoría mediata?*, en: Pariona, Raúl (ed.), *Veinte años de vigencia del Código Penal Peruano: desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales*, Lima: Grijley 2012, p. 245 ss.; recientemente Caro: Caro, Carlos: *Empresas criminales y autoría mediata*, en: Ambos, Kai/Caro, Carlos/Urquiza, Gustavo (ed.), *Imputación penal a los órganos de dirección en el contexto de estructuras empresariales*, Lima (en publicación).
- 116 Cfr. Ambos (2018) § 7 nm. 25; el mismo, en: *Article 25*, en: Triffterer, Otto/Ambos, Kai (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court – A Commentary*, 3. ed., München: Beck 2016, pp. 979-1029, Art. 25 nm. 13 s.
- 117 Así ya la «sentencia sobre los disparos en el muro» BGHSt 40, 218 (236); posteriormente BGHSt 48, 331 (342); 49, 147 (163 s.); NStZ 1998, 568; JR 2004, 245 (246).

rector¹¹⁸ – a esta área, ello requiere de un esfuerzo considerable para fundamentar convincentemente un dominio de la dirección respecto de los hechos de los trabajadores de la empresa o de terceros que actúan como ejecutores directos. Aquí se trata menos de la comprobación del –de por sí prescindible¹¹⁹– criterio del apartamiento del derecho¹²⁰, que de la cuestión referida a si la respectiva empresa está organizada vertical y jerárquicamente, de forma tal que pueda partirse realmente de un dominio sobre el ejecutor del hecho plenamente responsable –por medio de la estructura organizacional–.

Pero en el caso de una eventual *responsabilidad en coautoría* también podría resultar difícil la comprobación de una autoría funcional¹²¹. Una responsabilidad conjunta en sentido amplio –con base en la «common purpose liability» reconocida en el Derecho Internacional y que ha adquirido una gran relevancia¹²² en los Tribunales Ad Hoc de la ONU particularmente en forma de la denominada empresa criminal conjunta («joint criminal enterprise», jce)– viene en consideración en caso de una cooperación de la empresa

118 Roxin (2015), p. 748 ss.; el mismo, (2003), § 25 nm 129 ss.

119 Ambos, Kai: Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate – Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze, en: GA 145 (1998), pp. 241 ss. (242, 245); el mismo, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot 2004 [versión en castellano: La parte general del Derecho Penal Internacional, (trad. de Ezequiel Malarino), Bogotá: Temis 2005]. p. 606 ss. con notas adicionales [en español v. el mismo (2005), p. 234 ss.].

120 Insistiendo en ello también con respecto a las empresas económicas Roxin Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. II, München: Beck 2003, § 25 nm. 130.

121 Cfr. también Farrell, Norman: Attributing Criminal Liability to Corporate Actors. Some Lessons from the International Tribunals, en: JICJ 8 (2010), 873 (880); Vest, Hans: Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law, en: JICJ 8 (2010), 851, 869.

122 Cfr. Ambos (2013), p. 123 ss., 160 ss. 172 ss.; el mismo (2018), § 7 nm. 19, 30 ss. Sin embargo, en el Estatuto de la CPI, en especial en el Art. 25 (igualmente, § 7 nm. 31) no se encuentra un fundamento jurídico explícito, por lo cual la doctrina de la JCE no ha tenido relevancia hasta ahora en la jurisprudencia de la CPI (en contra Lubanga, Decision on the Confirmation of Charges, PTC I, ICC-01/04-01/06-803, 29 de enero 2007, párr. 335).

con (otros) actores criminales, por ejemplo, para la expulsión de una población local¹²³. El propósito criminal o la empresa criminal consiste aquí en el comportamiento concretamente punible (planeamiento y ejecución); en tal sentido, resulta irrelevante el propósito general de la empresa¹²⁴. Sin embargo, surgen complejas cuestiones (de delimitación) respecto a la responsabilidad en calidad de participación del Art. 25(3)(d) ECPI¹²⁵, pues allí se trata sobre todo de un (otro) aporte al crimen de un grupo, que –de acuerdo con la idea fundamental del jce– actúa con un «objetivo común» («common purpose»)¹²⁶.

Una responsabilidad por omisión de los directivos de empresas podría fundamentarse en general en la figura de la *responsabilidad del superior* en virtud del Art. 28(b) ECPI –en lo que respecta a los superiores civiles (no militares)–¹²⁷. Sin embargo, si se concibe la

123 Cfr. también ICJ (2008) Vol. 2, p. 36; Farrell, JICJ 8 (2010), 879; Vest, JICJ 8 (2010), 868 s.

124 Orientándose por ello y confundiendo como consecuencia de esto la figura jurídica de la JCE Thurner (2012), p. 255 s.

125 *Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465, Decision on the Confirmation of Charges, 16.12.2011, párr. 282 considera la jce y el Art. 25(3)(d) como «not identical», pero «similar» y menciona cuatro diferencias (posibles) (i) Forma de la intervención, (ii) pertenencia o no pertenencia al grupo, (iii) aporte al propósito común o al crimen cometido y (iv) criterio subjetivo.

126 Cfr. más detalladamente Ambos, en: Triffterer/Ambos, Art. 25 nm. 28 ss.; Ambos, *The ICC and Common Purpose – What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?*, en: Stahn (ed.), *Law and Practice of the ICC*, 2015, p. 592 ss. [en español v. el mismo, *Revista penal*, 34 (2014), p. 5 ss.]; brevemente el mismo (2018) § 7 nm. 43; crít. en nuestro contexto también Burchard, JICJ 8 (2010), 941-45; más optimista Farrell, JICJ 8 (2010), 880 s. («more likely to capture a broader range of culpability of corporate actors...»).

127 A favor de una responsabilidad general del superior en caso de hechos del subordinado (trabajador de la empresa) referidos a la organización como forma independiente de intervención (§ 25a StGB) –orientada a los §§ 4, 13, 14 VStGB– debido a la «relevancia para el sistema» de estos hechos Bülte, Jens: *Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 777 ss. (812 ss., 891), 917 ss., 921 ss. (925, 970 ss.); crít. Hoyer, Andreas: *Rezension «Bülte, Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht»*, en: GA 2018, 57 ss.; a favor desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional Kelly, Michael: *Grafting the Command Responsibility Doctrine onto Corporate Criminal Liability for Atrocities*, en: *Emory Intl L.Rev.* 24 (2010), 671 ss.

responsabilidad del superior civil en dependencia de la del superior militar, entonces resulta difícil divisar una semejanza estructural suficiente entre el directivo civil de una empresa y un comandante militar¹²⁸. Adicionalmente a ello, en el caso de las empresas que actúan de modo transnacional faltará por lo regular, en todo caso respecto a la dirección de la empresa que se encuentra alejada del lugar de los hechos, su «control y autoridad efectivos» («effective authority and control») sobre los subordinados que cometen el hecho¹²⁹ o el «control y responsabilidad efectivos» («effective responsibility and control») sobre las actividades relacionadas con los crímenes¹³⁰. Sin embargo, de ello se sigue a la inversa que un control efectivo podría ser aceptado si los directivos de la empresa en el lugar pueden coordinar o vigilar el comportamiento típicamente relevante; sin embargo, en caso de que ellos incluso hubieran emitido órdenes criminales, por ejemplo, a las fuerzas de seguridad (privadas)¹³¹, entonces viene en consideración, una responsabilidad por un hacer activo en virtud del Art. 25(3)(b) ECPI¹³². En el marco de la responsabilidad del superior resultaría difícil probar el conocimiento («knowledge») o la imprudencia consciente («consciously disregarded information...»)¹³³ del personal directivo de la empresa respecto de los crímenes de sus subordinados.

128 Cfr. Schmidt (2015) p. 326 ss. (359 s., 364), para quien faltaría una «sufficient similitude... to military authority relationships» y las «unilateral capabilities of (military) superiors»; sobre su modelo de tipos de autoría *Ibíd.*, p. 75 ss.; *crít.* respecto del control efectivo también Vest, JICJ 8 (2010), 870, 872. Similar al «limited value» de la «command responsibility» del Derecho Penal Internacional en cuanto a la posible responsabilidad por omisión de las organizaciones internacionales que no actúan de acuerdo con las obligaciones correspondientes a su mandato («role responsibility») Klabbers, Jan: Reflections on the Role Responsibility: The Responsibility of International Organizations for Failing to Act, en: EJIL 28 (2017), 1133, 1152 s. (puesto que organizaciones internacionales «do not normally encounter the type of situations encountered by military leaders»).

129 Art. 28(b) oración 1 ECPI.

130 Art. 28(b)(ii) ECPI.

131 Afirmando en este caso la responsabilidad del superior ICJ (2008), Vol. 2, p. 39.

132 Cfr. Ambos, en: Triffterer/Ambos, Art. 25 nm. 18 ss.; el mismo (2018) § 7 nm. 45.

133 Respecto a este estándar cercano a la «wilful blindness», Ambos (2013) p. 227 s.

2.2. Complicidad punible versus comportamientos «neutrales»

2.2.1. Ámbito objetivo

Las mencionadas formas de intervención carentes de la calidad de autoría, es decir, formas de complicidad, hacen surgir la cuestión sobre la delimitación entre la complicidad punible y otros comportamientos («neutrales») que no alcanzan el umbral de punibilidad. Las exigencias objetivas de la complicidad no han sido aclaradas de modo suficiente en el Derecho Penal Internacional. En principio, el aporte al hecho tiene que ser *esencial* para la comisión del hecho principal¹³⁴, y el límite mínimo de ese requisito de esencialidad tiene que determinarse caso por caso. Como ya se ha señalado en otro lugar¹³⁵, es posible recurrir a los criterios de la imputación objetiva¹³⁶. Entre ellos también se podría tener en cuenta el criterio (adicional) de la «dirección específica» («specific direction»), el cual es considerado por distintos tribunales y en parte de modo distinto por estos¹³⁷. Dejando de lado la determinación precisa de ese lími-

134 Cfr. Ambos, en: Triffterer/Ambos, Art. 21 ss.; brevemente el mismo (2018) § 7 nm. 42; igualmente ICJ (2018), Vol. 2, p. 36; CDH, Principios Rectores, principio 17 («efectos relevantes»); Vest, JICJ 8 (2010), 857, 860; respecto a un estándar idéntico basado en el Alien Tort Statute (ATS) de los EE.UU Michalowski, Sabine: Doing Business with a Bad Actor: How to Draw the Line Between Legitimate Commercial Activities and Those that Trigger Corporate Complicity Liability, en: Texas Int.L.J. 50 (2015), 410 ss. (414: «inherently harmful or specifically designed to assist with the realization of harmful purposes...»).

135 Ambos, en: Triffterer/Ambos, Art. 25 nm 26; con respecto al Art. 25(3)(d) Ambos, en: Stahn, p. 603, 606.

136 A favor de la imputación objetiva, en especial el incremento del riesgo también Vest, JICJ 8 (2010), 864; a favor de una mera limitación de la causalidad excesivamente amplia por medio de las «proximate causes» Reggio, Andrea: Aiding and Abetting in International Criminal Law: The Responsibility of Corporate Agents and Businessmen For «Trading with the Enemy» of Mankind, en: ICLR 5 (2005), 671.

137 Más detalladamente Ambos (2018), § 7 nm 42 con notas adicionales de la literatura y jurisprudencia; respecto a la aplicación en nuestro contexto Michalowski, Texas Int.L.J. 50 (2015) 430 ss. (432: «assistance was specifically meant to further the human rights violations»), quien sin embargo rechaza la restricción del tipo de complicidad conectada con ello (457 s.); en contra también Farrell, JICJ 8 (2010), 890.

te mínimo puede sostenerse en cualquier caso que las exigencias no son demasiado altas –únicamente han de excluirse los aportes «infinitesimales»¹³⁸, los cuales de todos modos entrarían en conflicto con la exigencia de la causalidad¹³⁹ y el umbral de relevancia (gravity threshold) como principio fundamental de competencia del ECPI (v. por ejemplo Art. 17 párr. 1(d) ECPI)–.

Los criterios propuestos por la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) para la determinación del comportamiento empresarial relevante –desde «posibilitar» («enabling»), pasando por «exacerbar» («exacerbating») y hasta «facilitar» («facilitating») crímenes internacionales¹⁴⁰– ofrecen una buena base para la discusión de la determinación de los «crímenes nucleares político-empresariales» («corporate-political core crimes»), siempre que se comparta el punto de partida normativo del merecimiento general de pena del comportamiento descrito¹⁴¹; sin embargo, ellos describen solo un comportamiento empresarial riesgoso («zone of legal risk»)¹⁴², no punible *per se*. Aquí el criterio de «enabling» –en el sentido de un

138 ICC, Mbarushimana Confirmation Decision 16.12.2011, párr. 277; similar en nuestro contexto Vest, JICJ 8 (2010), 858 (Exclusión de una «absolute minimal assistance»); Michalowski, Texas Int.L.J. 50 (2015) 444 («more than a minimal effect»). Contra «a certain minimum degree», sin embargo, ICC, Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-422-Red, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, 23.3.2016, párr. 44.

139 Recientemente ICC, Prosecutor v. Bemba et al., ICC-01/05-01/13, Judgment 19 October 2016, párr. 90 («effect on the commission... general causal requirement»), 94 («causal requirement... furthered, advanced or facilitated the commission...»). Esto corresponde al primer y tercer criterio («enables» y «facilitates» violaciones de derechos humanos) de la ICJ (2008), Vol. 1, p. 8-9 (donde basta la existencia alternativa de los tres criterios –el segundo es la exacerbación [«exacerbates»] de la situación de los derechos humanos–); a favor de una exigencia de causalidad restringida Kathollnig (2016), p. 154; Thurner (2012), p. 269 considera sin embargo que esa «relación causal» no es necesaria, aunque por lo demás sigue a la Comisión Internacional de Juristas.

140 ICJ (2008), Vol. 1, p. 9, 10 ss.

141 Cfr. Burchard, JICJ 8 (2010), 925 s., quien –inspirado en los criterios de la ICJ– quiere abarcar con ello los crímenes de actores políticos apoyados por la empresa; a favor también Thurner (2012), p. 269 s.

142 ICJ (2008), Vol. 1, p. 13.

aporte relevante («crucial») y necesario¹⁴³– se corresponde con la exigencia de esencialidad, mientras que el de «exacerbating» recuerda al incremento del riesgo en el sentido de la teoría de la imputación objetiva¹⁴⁴ y el de «facilitating» –como una facilitación del hecho principal¹⁴⁵– a la exigencia mínima del Derecho Penal Internacional para la responsabilidad penal por complicidad¹⁴⁶. En definitiva, la capacidad de rendimiento de estos y otros criterios recién puede manifestarse en la discusión y solución de casos concretos complejos («hard cases»). Así, por ejemplo, en casos de entrega de instrumentos directos del delito¹⁴⁷ («tailor-made»), podría satisfacerse la exigencia de esencialidad y con ello, por lo regular, también un «enabling», pues sin tal instrumento no hay un hecho o en todo caso solo en una forma sustancialmente/significativamente distinta. En cuanto a la ya mencionada «silent complicity» una punibilidad solo vendría en consideración si pudiera verse en el silencio de la empresa una forma de cooperación psíquica que se presentara como una facilitación («facilitating») del hecho principal¹⁴⁸.

143 ICJ (2008), Vol. 1, p. 9, 11 s. («abuses would not occur without the contribution of the company», «at least one such crucial ingredient», «necessary... factor» [resaltado en el original]).

144 ICJ (2008), Vol. 1, p. 9, 12 («company makes the situation worse... abuse would have occurred on a smaller scale, or with less frequency...», «increased the range of... abuses..., number of victims..., severity of the harm...», «substantial negative effect»). Respecto al riesgo o incremento del peligro y a la correspondiente exclusión de la imputación en caso de reducción del riesgo Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I, 4. ed, München: Beck 2006, § 11 nm. 53-57.

145 ICJ (2008), Vol. 1, p. 9, 12 s. («... company's conduct makes it easier to carry out the abuses or changes the way the abuses are carried out, including... methods... timing or... efficiency»; «... crime would not have happened in the same way»).

146 Cfr. Art. 25(3)(c) ECPI («facilitating») y Ambos, en: Triffterer/Ambos, Art. 25 nm 21 ss. con notas adicionales especialmente respecto a la jurisprudencia.

147 Acerca de la especial relevancia jurídico-penal en el suministro de «goods and services» «tailor-made» –en lugar de solo «generic»– ICJ (2008), Vol. 1, p. 27 ss.; también ICJ (2008), Vol. 2, p. 37.

148 Similar ICJ (2008), Vol. 1, p. 14 s., cuando allí en el marco de una «silent presence» –neutral en sí misma– debe exigirse la manifestación de «approval and moral encouragement to commit the gross human rights abuses»; igualmente ICJ (2008), Vol. 2, p. 20; respecto a una «moral contribution» en este sentido también Reggio, ICLR 5 (2005), 623, 672 s.

También resulta útil el criterio –también propuesto inicialmente por la CIJ¹⁴⁹– de la proximidad («proximity») entre el comportamiento de la empresa/sus directivos y los crímenes/autores/víctimas. La CIJ entiende la «proximity» –en un sentido geográfico-espacial y cualitativo (duración, frecuencia y/o intensidad)– como relación de cercanía entre la empresa y los hechos, autores o víctimas¹⁵⁰. De ello se sigue que la responsabilidad penal de la empresa resulta más probable mientras más cercana se encuentren ella a los hechos, autores o víctimas¹⁵¹. A la inversa, de ello se sigue que con un considerable alejamiento («remoteness») entre el comportamiento empresarial y los crímenes ya no puede fundamentarse materialmente –por ausencia de una relación de imputación– una responsabilidad penal o en todo caso ella es difícilmente comprobable desde una perspectiva procesal¹⁵². En ese contexto, a los deberes de diligencia (intensificados) en materia de derechos humanos y en el marco de las cadenas de suministro («supply chain due diligence») le corresponde una especial relevancia, pues a través de ello puede com-

149 ICJ (2008), Vol. 1, p. 8, 9, 23 ss.

150 ICJ (2008), Vol. 1, p. 8, 9, 23 ss. (8: «Was the company close or proximate (geographically, or in terms of the duration, frequency and/or intensity of interactions or relationship) to the principal perpetrator of the human rights abuses or the victims?» [p. 8]; Proximidad «in time and space and relationship», «certain level of closeness» [24]); resumidamente Schmidt (2015) p. 172 s.; a favor Thurner (2012), p. 273 s.; cfr. también Ramasastry, *BerkJIntL* 20 (2002), 118 («level, degree and duration», donde el grado de complicidad pertenece a la esencialidad en el sentido arriba mencionado, pero ella supone una «substantial assistance» por medio de una «duration», 150).

151 ICJ (2008), Vol. 1, p. 9 («the closer in these respects that the company or its employees are to the situation or the actors involved the more likely it is that the company's conduct will be found in law to have enabled, exacerbated or facilitated the abuses and the more likely it is that the law will hold that the company knew or should have known of the risk»), 24 («the closer –or more proximate– a company is, in time and space and relationship, to those who carry out the human rights abuses or those who suffer the abuses, the more likely it is that the company could be held legally responsible when it is complicit»); respecto a la «evidence of proximity» *Ibid*, 25 s. En el resultado igualmente Vest, *JICJ* 8 (2010), 853.

152 Cfr. Burchard, *JICJ* 8 (2010), 925 (distinguiendo entre «causal», «motivational» y «organizational and structural remoteness»); similar en el resultado Reggio, *ICLR* 5 (2005), 672 (respecto al alejamiento en el sentido de causalidad); Kathollnig (2016), p. 157 s. (causalidad como problema central de la determinación de la responsabilidad en el marco de las cadenas de suministro).

pensarse la creciente dilución de la relación de imputación¹⁵³.

Cuando la acción de participación no consiste ya *per se* en un comportamiento (antijurídico) prohibido, por ejemplo, debido a la infracción de normas permisivas o prohibitivas (embargo!)¹⁵⁴, surge, en cuanto a su relevancia penal, el problema discutido bajo el nombre de *acciones neutrales o cotidianas*¹⁵⁵. Ya en Núremberg, Telford Taylor, fiscal en el proceso contra Krupp, señaló, por ejemplo, que el tráfico de armas no sería «criminal por sí mismo»¹⁵⁶. De manera similar, en el proceso *Wilhelmstraßen* se rechazó una condena contra Rasche, miembro de la junta directiva del Dresdner Bank, por el otorgamiento de créditos bancarios a empresas de las SS porque ello tendría que valorarse solo como un comportamiento económico habitual, el cual podría quizás ser considerado moralmente reprochable, pero no representaría una violación del Derecho Internacional¹⁵⁷. En el proceso contra IG Farben –aunque confundiendo

153 De otra opinión, sin embargo Kathollnig (2016), p. 157, cuando quiere negar que la mera infracción de la «due diligence» sobre derechos humanos constituya aún una infracción del cuidado de índole jurídico-penal.

154 Respecto a la persecución de infracciones a sanciones de la ONU ICJ (2008), Vol. 2, p. 50 s.; sobre el significado de un embargo en este contexto también Reggio, ICLR 5 (2005), 660.

155 Cfr. por ejemplo Meyer, Frank: *Multinationale Unternehmen und das Völkerstrafrecht*, en: ZStrR 131 (2013), 62, 65 («conducta económica neutral»). Una acción «neutral» es *per se* atípica porque no es socialmente dañosa o porque no lesiona o pone en peligro un bien jurídico, cfr. Burchard, JICJ 8 (2010), 921 con nota 6. El problema es a menudo pasado por alto en la literatura. En ese sentido Stoitchkova (2010) p. 104 señala, por ejemplo, que la «lawfulness of the conduct does not preclude liability», es decir, priva a la legalidad del comportamiento de toda relevancia. Un comportamiento en calidad de autoría, esto es una «acción directamente dañosa para un bien jurídico», no vale a limine como neutral, cfr. por ejemplo Heyer, Antje: *Grund und Grenze der Beihilfestrafbarkeit im Völkerstrafrecht: zugleich ein Beitrag zur Entwicklung eines Wirtschaftsvölkerstrafrechts*, Köln: Inst. for Internat. Peace and Security Law, 2013, p. 40, 478.

156 TWC, Vol. IX, p. 60: «The armorer's trade is no more inherently unlawful than that of the soldier or diplomat; all of these professions revolve around war and statecraft, but that does not make them criminal *per se*».

157 TWC, Vol. XIV, p. 622 («The real question is, is it a crime to make a loan, knowing or having good reason to believe that the borrower will use the funds in financing enterprises which are employed in using labor in violation of either national or international law? Does he [Rasche] stand in any different position than one who

el nivel objetivo y el subjetivo¹⁵⁸– se reconoció incluso la posibilidad de un uso neutral del gas venenoso Zyklon B entregado al campo de concentración.¹⁵⁹ Aunque estos puntos de vista deben ser considerados en el especial contexto histórico de los procesos penales económicos de Núremberg –en los que los fiscales y jueces estadounidenses también se ocuparon de distinguir¹⁶⁰ el capitalismo nacionalsocialista criminal del capitalismo estadounidense «limpio»–, sin embargo, aquellos se encuentran paradigmáticamente al servicio de una jurisprudencia (estadounidense) favorable a la economía, que –dejando de lado el fuerte enfoque en el colectivo en el ámbito de la persecución previsto en el Memorando Holder¹⁶¹– pretende excluir tendencialmente y ya en el nivel objetivo a las meras operaciones comerciales de una punibilidad por complicidad¹⁶². Incluso la CIJ –más bien favorable a la responsabilidad– concede que una

sells supplies or raw materials to a builder building a house, knowing that the structure will be used for an unlawful purpose? A bank sells money or credit in the same manner as the merchandiser of any other commodity. It does not become a partner in enterprise, and the interest charged is merely the gross profit, which the bank realizes from the transaction, out of which it must deduct its business costs, and from which it hopes to realize a net profit. Loans or sale of commodities to be used in an unlawful enterprise may well be condemned from a moral standpoint and reflect no credit on the part of the lender or seller in either case, but the transaction can hardly be said to be a crime. Our duty is to try and punish those guilty of violating international law, and we are not prepared to state that such loans constitute a violation of that law, nor has our attention been drawn to any ruling to the contrary». Crít. desde la perspectiva actual de la amplia criminalización de la financiación de crímenes transnacionales Burchard, JICJ 8 (2010), 931; también Ramasastry, *BerkJIntL* 20 (2002), 113, 118.

158 Crít. también Burchard, JICJ 8 (2010), 938.

159 TWC, Vol. VIII, p. 1169 («But neither the volume of production nor the fact that large shipments were destined to concentration camps would alone be sufficient to lead us to conclude that those who knew of such facts must also have had knowledge of the criminal purposes to which this substance was being put. Any such conclusion is refuted by the well-known need for insecticides wherever large numbers of displaced persons, brought in from widely scattered regions, are confined in congested quarters lacking adequate sanitary facilities»).

160 Cfr. Priemel, Kim Christian: *The Betrayal: The Nuremberg Trials and German Divergence*, Oxford/New York: OUP 2016, p. 196 ss. («Saving Capitalism»).

161 Holder Memorandum; posteriormente Yates Memorandum.

162 Para un análisis crítico de la ATS y la jurisprudencia de los EE.UU. cfr. en ese sentido Michalowski, *Texas Int.L.J.* 50 (2015), 409 ss., 435 ss., 444 («... activity that goes beyond making a mere commercial transaction»).

práctica comercial orientada al lucro por sí sola no podría fundamentar la responsabilidad¹⁶³. En todo caso, esto resulta convincente cuando –en el sentido de la ya citada teoría de la imputación objetiva¹⁶⁴– los correspondientes actos de aportación no incrementan el riesgo¹⁶⁵ específico del hecho o éste no se ha realizado en el resultado concreto¹⁶⁶, es decir, cuando ellos, dicho de modo general, no se han revelado específicamente como socialmente dañosos o concretamente peligrosos.¹⁶⁷ De cualquier forma, concurre aquél caso –inexistencia de una fundamentación de un riesgo específico del hecho– cuando el mencionado umbral mínimo de relevancia no es superado o cuando el aporte resulta completamente irrelevante en el contexto del hecho¹⁶⁸. Sin embargo, se tendrá que distinguir entre productos peligrosos per se o incluso letales, especialmente armas, y productos no peligrosos¹⁶⁹; en este último caso, el riesgo específico del hecho no se incrementa per se, pero sí eventualmente debido

163 ICJ (2008), Vol. 1, p. 15 («... company will not be held legally responsible merely for commercial engagement with the perpetrator...» [resaltado en el original]); similar Reggio, ICLR 5 (2005), 655, 664 (compra o venta no es criminal per se).

164 Supra nota 130.

165 Sobre la desaprobación normativa y la ausencia de «neutralidad» resultante de tales riesgos específicos del hecho cfr. Heyer, p. 487 ss., 555 s.; resumidamente Schmidt (2015), p. 293 ss. con notas adicionales, quien por lo demás rechaza también un riesgo especialmente permitido («risk permission») para los superiores civiles en el sentido del Art. 28(b) ECPI (Ibíd, p. 360 ss.).

166 A favor de la aceptación de una justificación en casos correspondientes a «negocios comunes» Rackow, Peter: *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, Frankfurt a.M.: Lang 2007, p. 551 ss. Para un panorama exhaustivo sobre la «emergence of the risk standard» en nuestro contexto Schmidt (2015) p. 201 ss., quien sin embargo incluso aboga por una restricción basada en los derechos humanos respecto al riesgo permitido (ponderación de libertad y seguridad en el contexto del Art. 21 párr. 3 ECPI) (p. 212 ss.) y en el resultado rechaza su aceptación, entre otras cosas, como consecuencia del estándar subjetivo estricto del Art. 30 ECPI (296 s., 300).

167 Cfr. Burchard, JICJ 8 (2010), 921 («specific social harm or an unacceptable degree of social dangerousness»).

168 Michalowski, *Texas Int.L.J.* 50 (2015) 461 habla en ese sentido de la «immateriality of the assistance» y ofrece el ejemplo elocuente del zapatero de Hitler, cuyo comportamiento –confeción de los zapatos– era penalmente irrelevante ya desde una perspectiva objetiva.

169 Cfr. Kaleck, Wolfgang/Saage-Maaß, Miriam: *Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes. The Status Quo and its Challenges*, en: JICJ (2010), 721.

al uso incorrecto de estos productos de uso doble («dual use») (por ejemplo, equipos informáticos).

El *contexto comisivo* también puede ser relevante. Así podrá distinguirse de acuerdo a ello, si una empresa opera en un estado totalitario y le ayuda a realizar sus planes criminales –como en el mencionado caso de IG-Farben en relación con el Estado nacional-socialista– o si ella se encuentra dentro de un estado democrático-liberal y hace sus negocios allí. En el primer caso resulta dudoso si el comportamiento de la empresa puede ya ser considerado «neutral» o si el criterio de la neutralidad más bien «pierde... su poder diferenciador» en un contexto totalitario¹⁷⁰.

Sin embargo, seguramente va demasiado lejos el dudar de modo general que el comportamiento efectuado en el marco de la actividad de empresas transnacionales pueda ser designado como «cotidiano» y «normal»¹⁷¹, aun cuando ha de admitirse que el merecimiento de pena de los aportes al hecho en el marco de un contexto macrocriminal relacionado con un conflicto parece más evidente que fuera de ese contexto¹⁷². En última instancia, la punibilidad y el merecimiento de pena solo pueden ser juzgadas en la mayoría de los casos con base en una valoración global *objetiva-subjetiva*, en la cual solo el aspecto subjetivo del hecho dará a la conducta (objetiva) externamente neutral un significado delictivo. Aquí uno podría orientarse con base en la distinción, propuesta originalmente por Roxin, entre conocimiento (en general punible) y el mero tener-possible (en general no punible) de la resolución delictiva/del sentido delictivo¹⁷³. Esto nos lleva al ámbito subjetivo del hecho.

170 Jeßberger, Florian: Die I.G. Farben vor Gericht, en: JZ 2009, 931.

171 Wittig, en: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein, p. 253.

172 Vest, JICJ 8 (2010), 855 s.; Kathollnig (2016), p. 159.

173 Cfr. Roxin (2003) § 26 nm. 220 ss.; igualmente la tendencia de la jurisprudencia alemana, recientemente BGH, decisión del 21.12.2016, en NStZ 2017, 337, 338; decisión del 26.1.2017, en StV 2018, 19 (sin embargo, aceptación de una punibilidad, cuando el cómplice «con su cooperación, se interesa en ayudar a un autor reconociblemente dispuesto al hecho»); crít. Schörner, Christian/ Bockemühl, Jan:

2.2.2. Ámbito subjetivo

En el ámbito subjetivo, el cómplice tiene que conocer el efecto incrementador del riesgo que tendrá su aporte respecto del hecho principal¹⁷⁴, sin embargo, sin tener que conocer sus detalles¹⁷⁵, es decir, tampoco el hecho (o los hechos) individual(es) específico(s) que subyace(n) al hecho global de Derecho Penal Internacional¹⁷⁶. Ese conocimiento positivo parece ser adecuado a la luz del principio de culpabilidad y además plausible desde una perspectiva probatoria. Pues en el caso de la macrocriminalidad propia del Derecho Penal Internacional, las empresas que realizan actividades en zonas de crisis no podrán invocar de manera creíble el desconocimiento de las intenciones o actividades criminales de sus socios, si se tiene en cuenta la extensa cobertura que actualmente poseen los modernos medios de comunicación¹⁷⁷. Si bien no se podrá inferir sin

Zur Frage der strafbaren Beihilfe bei berufstypischen Handlungen, en: StV 2018, 20.

- 174 Así también Schabas, IRRC 83 (2001), 450; Ramasastry, Anita: Corporate Complicity: From Nuremberg to Rangoon – An Examination of Forced Labor Cases and Their Impact on the Liability of Multinational Corporations, en: BerkJIntL 20 (2002), 143; Reggio, ICLR 5 (2005), 647, 681 (según el análisis de la jurisprudencia nacional); Vest, JICJ 8 (2010), 859 («awareness»); Farrell, JICJ 8 (2010), 882, 889; Huisman/van Sliedregt, JICJ 8 (2010), 822; Michalowski, Texas Int.L.J. 50 (2015) 462 ss. (conocimiento «actual», «relevant»); Olson, Danielle: Corporate Complicity in Human Rights Violations under International Criminal Law, en: Int. Human Rights Law Journal, Vol. 1, issue 1, Article 5, 10 s. (rechazando la exigencia de una intención); Aceves et al., p. 5 ss.; CDH, Principios Rectores, principio 17 («a sabiendas»); Wisner, JICJ 15 (2017), 348 s., 352; sobre la «evidence of knowledge» ICJ (2008), Vol. 1, p. 21 ss.
- 175 ICJ (2008), Vol. 1, p. 21 (no es necesario un conocimiento del «full extent» de los crímenes, bastando el conocimiento de «some abuses» o «one of a group of crimes»); ICJ (2008), Vol. 2, p. 21; Reggio, ICLR 5 (2005), 681 («not of the specific crime»); Farrell, JICJ 8 (2010), 882; Burchard, JICJ 8 (2010), 939; Michalowski, Texas Int.L.J. 50 (2015) 463 s. Esto corresponde a las exigencias generales del tipo subjetivo de la complicidad, Roxin (2003), § 26 nm. 272 ss.; Ambos, Kai/Bock, Stefanie: Germany, en: Reed, Alan/Bohlander, Michael, Participation in Crime. Domestic, Comparative and International Perspectives, Farnham: Ashgate 2013, p. 334. Poco claro Vest, JICJ 8 (2010), 853 («... has to know specifically...»).
- 176 Sin embargo, a favor de tal conocimiento de la «sub-offence» Burchard, JICJ 8 (2010), 939.
- 177 Schabas, IRRC 83 (2001), 450 s.; Reggio, ICLR 5 (2005), 654 («extremely unlikely

más el conocimiento de la mera presencia en una zona de crisis¹⁷⁸, esto se seguirá a menudo de la información disponible o podrá ser asumida como consecuencia del comportamiento pasado o de la posición de la empresa/de sus trabajadores¹⁷⁹. En última instancia, el conocimiento positivo podrá ser derivado con frecuencia del contexto comisivo del hecho¹⁸⁰.

Sin embargo, *menores exigencias subjetivas*, ya sea en la forma del dolo eventual o de la *recklessness*¹⁸¹, llevarían a que las empresas y sus trabajadores estuvieran expuestos a un riesgo más alto de punibilidad en caso de operaciones realizadas en zonas de crisis, lo cual solo podría ser eludido mediante una investigación minuciosa de sus socios. No obstante, tales deberes activos de investigación se dejarían derivar posiblemente de los deberes intensificados de diligencia en materia de derechos humanos¹⁸², sin embargo, ello re-

that an economic actor does not have knowledge...»); no obstante, crít. Kaleck / Saage-Maaß, JICJ 8 (2010), 716 («difficult to prove...»).

178 Igualmente ICJ (2008), Vol. 2, p. 23.

179 Cfr. ICJ (2008), Vol. 2, p. 23 s.

180 Igualmente Michalowski, Texas Int.L.J. 50 (2015) 462 s.

181 A favor ICJ (2008), Vol. 1, p. 19 («... even though it may not have wanted the abuses to occur, undertook the course of conduct anyway» = dolo eventualis), 20 ss. («should have known», «foreseeability», «wilful blindness»); Thurner (2012), p. 272 s., 276; Kathollnig (2016), p. 160, 162.

182 Esos deberes de diligencia en materia de derechos humanos («human rights due diligence») pueden hallarse, por ejemplo, en el contexto de los denominados principios Ruggie. Según aquellos, las empresas deben desarrollar procedimientos, sobre todo para una «evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas» CDH, Principios Rectores, principio 17 así como principios 18-21; crít. sobre la falta de una distinción entre el Management de «business risks» y el «standard of conduct required to discharge any obligation» Bonniticha, Jonathan/McCorquodale, Robert: The Concept of «Due Diligence» in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, en: EJIL 28 (2017), 899 ss. (proponiendo incluso una aclaración de la relación entre ambos aspectos); réplica de Ruggie, John G./Sherman, John: The Concept of «Due Diligence» in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonniticha and Robert McCorquodale, en: EJIL 28 (2017), 921 ss. (923 ss.); dúplica de Bonniticha/McCorquodale, Rejoinder, EJIL 28 (2017), 929 ss. Acerca de la posible concretización por medio del sistema interamericano de derechos humanos

quiere con seguridad de obligaciones «más intensas» y más precisas para la fundamentación de una responsabilidad penal. La responsabilidad por omisión en cuestión –omisión de una investigación activa– requiere de una especial posición de deber que sea similar a una garantía por custodia de la respectiva empresa con respecto a los bienes jurídicos eventualmente puestos en peligro, pues solo entonces se puede fundamentar deberes o mandatos de actuación que vayan más allá de meras prohibiciones de comportamientos (*neminem laedere*)¹⁸³. Independientemente de esas consideraciones, desde una perspectiva jurídica general la aceptación de tales deberes de investigación tendría en todo caso consecuencias perjudiciales para la disposición a las inversiones.

Por otro lado, un *requisito de intención* adicional, como surge por ejemplo del Art. 25(3)(c) ECPI («for the purpose of facilitating»; «en vue de facilitar») parece dar lugar a una situación desproporcionadamente restringida¹⁸⁴, dado que una empresa no persigue

Cantú Rivera, Humberto: Business and Human Rights in the Americas: Defining a Latin American Route to Corporate Responsibility, en: Letnar Černič, Jernej/Carrillo-Santarelli, Nicolás (ed.), *The Future of Business and Human Rights. Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*, Cambridge et al: Intersentia 2018, p. 180 ss. A favor (pero sin una fundamentación adicional) Michalowski, *Texas Int.L.J.* 50 (2015) 463 («due diligence responsibilities», «active inquiries»).

183 En el fondo se trata de los deberes de actuación para la fundamentación de la punibilidad por omisión, cfr. originalmente Feuerbach, Paul Johann Anselm «Ritter von»: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen*, Giessen: Heyer, 2. ed. 1803, § 24, p. 24 s. con referencia a Winkler, Karl Wilhelm: *De Crimine Omissionis*, Univ., Diss., Leipzig 1776 (exigiendo un «especial argumento jurídico» que fundamente la «vinculación respecto a la comisión»); recientemente con una perspectiva de derecho comparado (respecto al derecho alemán, inglés y francés) Schrägle, Hannes: *Das begehungsgleiche Unterlassungsdelikt. Eine rechtsgeschichtliche, rechtsvergleichende und dogmatische Untersuchung und die Entwicklung eines Systems der Garantietypen*, Berlin: Duncker & Humblot 2017, p. 13 ss., 51 ss.; específicamente sobre el common law Ashworth, Andrew: *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford: Hart 2013.

184 Sin embargo, a favor la jurisprudencia de la ATS desde U.S. Court of Appeals for the 2nd Circuit, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, cfr. Michalowski, *Texas Int.L.J.* 50 (2015) 414 ss. (414, 427); a favor también Burchard,

a menudo el objetivo de cooperar con crímenes internacionales, sino únicamente la maximización de las ganancias¹⁸⁵. Una reinterpretación cognitiva del requisito de intención, tal como se discute en el marco de la intención de destruir propia del crimen de genocidio¹⁸⁶, no puede ser fundamentada convincentemente en nuestro contexto.¹⁸⁷ Sin embargo, viene en consideración una interpretación restrictiva consistente en que la intención –como consecuencia de la exigencia de un doble dolo en la participación– solo ha de referirse a la acción de complicidad y no al hecho principal; respecto a este rige el requisito del dolo que allí se encuentra previsto¹⁸⁸. A favor de esa interpretación restrictiva habla también desde una perspectiva político-criminal-consecuencialista el hecho de que la exigencia de un componente doloso voluntativo se convertiría fácilmente en un obstáculo para la persecución¹⁸⁹. Es decir, un comportamiento

Christoph: Ancillary and neutral business contributions to «Corporate-Political Core Crime», en: JICJ 8 (2010), 939 s.; explícitamente en contra Farrell, JICJ 8 (2010), 885 ss., concluyendo que el requisito de intención no es exigido en el ámbito del Derecho Internacional consuetudinario (889); en contra también Huisman/van Sliedregt, JICJ 8 (2010), 823.

- 185 Cfr. también Ramasastry, Anita/Thompson, Robert. C.: *Commerce, Crime and Conflict. Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law*, Oslo: Fafo 2006, p. 18 s.; Burchard, JICJ 8 (2010), 925 («motivational remoteness» como expresión de diferentes fines de un actor político y una empresa); Kathollnig (2016), p. 162
- 186 Cfr. *Ambos Treatise on International Criminal Law Vol. II*, Oxford: OUP 2014, p. 27 ss. con notas adicionales.
- 187 Sin embargo, a favor Vest, JICJ 8 (2010), 862.
- 188 Cfr. Stewart, James G.: *An important new orthodoxy on complicity in the ICC Statute?*, 21 de enero de 2015, accesible en <http://jamesgstewart.com/the-important-new-orthodoxy-on-complicity-in-the-icc-statute/>; también Van Sliedregt, Elies/Popova, Alexandra: *Interpreting «For the Purpose of Facilitating» in Article 25(3)(c)?*, 22 de diciembre de 2014, accesible en <http://jamesgstewart.com/interpreting-for-the-purpose-of-facilitating-in-article-253c/>; a favor Ambos, en: Triffterer/Ambos, Art. 25 nm. 27 con nota 194 s.; a favor Wisner, Sandra: *The Invisible Hand. International Criminal Responsibility of Business Leaders for Aiding and Abetting the Forcible Transfer of Population in the Occupied Palestinian Territory*, en: JICJ 15 (2017), 349.
- 189 Cfr. también Ramasastry/Thompson (2006), p. 19 («too high a threshold»); Farrell, JICJ 8 (2010), 889 («unnecessarily onerous», «difficult to prosecute»); Burchard, JICJ 8 (2010), 939 («difficult to establish»), 944 (respecto al Art. 25(3)(d)); Huisman/van Sliedregt, JICJ 8 (2010), 828 («too high a threshold»); Michalowski, Texas

orientado a un objetivo solo existirá cuando la empresa se hace cómplice criminal de un régimen o de un actor no estatal en el sentido de la mencionada intervención con calidad de autoría, es decir, cuando actúa al mismo tiempo con «animus auctoris»¹⁹⁰. En tal sentido, con base en un estándar de dolo incrementado voluntativamente no habría sido posible la condena contra van Anraat, puesto que a éste seguramente le era indiferente si Saddam Hussein quería utilizar los componentes del gas mostaza que le fueron entregados para un asesinato masivo de su propia población civil o solo para el blanqueo de textiles¹⁹¹.

Sin embargo, se puede recurrir a ese requisito voluntativo consistente en la persecución de un objetivo criminal de un modo complementario o alternativo. En el ámbito del derecho positivo surge una *combinación cognitiva-voluntativa* del estándar general de dolo del Art. 30 ECPI en conexión con las exigencias cognitivo-volitivas alternativas del Art. 25 párr. 3 (d)(i) y (ii) ECPI: o el partícipe es consciente de que su aporte incrementa el riesgo o él persigue por sí mismo el objetivo criminal. De acuerdo con ello, la persecución del objetivo criminal no tiene que existir de forma adicional (cumulativa), sino que basta con su concurrencia alternativa. Desde una perspectiva político criminal y de persecución estratégica habla a favor de una exigencia volitiva para el dolo la idea de una restricción de la persecución penal a los «most responsible», pues por lo regular son estos quienes precisamente persiguen el fin de cometer el hecho principal y por eso –dejando de lado el acceso total a la empresa representada por ellos– deberían caer primordialmente en la mira de una persecución internacional¹⁹². Quien (tampoco)

Int.L.J. 50 (2015) 438 («in most cases of corporate complicity... difficult to satisfy this criterion [intent]»; para una derivación –poco aceptable– del elemento voluntativo desde el conocimiento ICJ (2008), Vol. 2, p. 22.

190 Acertadamente Burchard, JICJ 8 (2010), 941.

191 En realidad, el Tribunal de distrito de La Haya sostuvo que un estándar de dolo eventual/previsibilidad era suficiente, cfr. Huisman/van Sliedregt, JICJ 8 (2010), 807 s., 821.

192 Al respecto ya las referencias en supra nota 104. Considerando a los «senior execu-

no quiere cooperar con el hecho principal es «menos responsable» («less responsible») y por ello –en el marco de una justicia penal internacional estructuralmente sobrecargada– solo posee una importancia subordinada.

El enfoque –aquí defendido– primariamente cognitivo, aunque complementado con el elemento doloso de la intención descarta en todo caso la reducción (adicional) de las exigencias del dolo, ya sea mediante la creación de un tipo de complicidad específico de Derecho Penal Económico con dolo eventual¹⁹³ o en general con un aporte objetivo al hecho de especial peso (aquí denominado como modelo de la compensación) –en cierto modo, como una inversión del incremento usual de las exigencias subjetivas para la compensación de un escaso aporte objetivo al hecho–.

3. RESUMEN

En el contexto del Derecho Penal Internacional Económico, la discusión acerca de la fundamentación de la responsabilidad penal de las empresas se remite esencialmente a los enfoques ya conocidos del Derecho Penal Económico clásico, es decir, los denominados modelos de organización (responsabilidad colectiva de la persona jurídica) y de atribución (de imputación individual, derivada). En principio, y sin negar con ello la existencia de una cultura corporativa (“corporate culture”), la fundamentación de esa responsabilidad con base en el modelo de organización debe quedar descartada si, sobre todo, se tiene en cuenta el hecho difícilmente refutable de que la empresa actúa a través de sus miembros, una circunstancia que, por cierto, no es ignorada por los defensores mismos de ese modelo. Por otro lado, el modelo de atribución también ha de enfrentar diversas dificultades, como, por ejemplo, el riesgo de una eventual acumulación de las responsabilidades del trabajador y de la empresa. Otras cuestiones son la de la determinación del estatus

tives» de Caterpillar como «most responsible» Wisner, JICJ 15 (2017), 356.
193 Stoitchkova (2010), p. 108 ss.

del trabajador de la empresa que desencadena la responsabilidad de ésta, frente a la cual se adopta aquí un modelo dual (es decir, referida a los directivos y a otros trabajadores de menor jerarquía) aunque con exigencias diversas en cada caso), así como de la eventual necesidad de identificación de delito y del trabajador, lo cual tendría que rechazarse si precisamente se pretende evitar problemas de comprobación (“corporate veil”) y, además, hacer justicia a la organización defectuosa de la empresa.

Una fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con base en el modelo de la atribución lleva sin embargo a otras cuestiones, entre ellas, las relativas a las formas de intervención, en donde desde una perspectiva práctica cobra particular relevancia la complicidad. En primer lugar, viene en consideración en el ámbito objetivo la necesidad de un umbral mínimo de punibilidad que permita distinguir entre un acto de participación y las así denominadas “conductas neutras”. Respecto a esta cuestión resulta relevante la “esencialidad” del aporte, cuyo límite mínimo ha de ser determinado, sin embargo, caso por caso y para lo cual podrían ser de utilidad, entre otros, los criterios de la imputación objetiva. En segundo lugar, en el ámbito subjetivo se precisa la definición de un estándar que resulte adecuado y que, al mismo tiempo, no termine desincentivando por completo la necesaria actividad empresarial (respetuosa de la ley) ni obstaculizando la persecución penal. Ambas condiciones parecen ser cumplidas por un enfoque primariamente cognitivo (conocimiento positivo del cómplice respecto del efecto incrementador del riesgo que tiene su aporte respecto del hecho principal, sin conocimiento de los detalles del hecho) aunque complementado con una interpretación restrictiva de la intención (intención referida únicamente a la acción de complicidad y no al hecho principal).

De cualquier modo, más allá de la posibilidad de una fundamentación de la responsabilidad penal internacional de las empresas, la búsqueda de una *accountability* de las personas mediante el recurso al Derecho Penal Internacional no ha de pasar por alto que

otras circunstancias – como las menores perspectivas intimidatorias del Derecho Penal Internacional Económico en comparación con el Derecho Penal Económico clásico o los objetivos modestos de Derecho Penal Internacional – pueden servir justamente para evitar que se depositen expectativas demasiado altas en la consecución de ese cometido.

-VII-

EL CRIMEN DE GENOCIDIO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SEGÚN EL ARTÍCULO 7 DE LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS*

1. RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE LA MAYORÍA Y DE LA OPINIÓN DISIDENTE: ASPECTOS LEGALES RELEVANTES

Vasiliauskas (V), quien durante los años subsiguientes a la segunda guerra mundial en la Lituania ocupada se desempeñó como agente operacional del Servicio Secreto Soviético MGB (posteriormente KGB), fue condenado por las cortes domésticas debido a que en enero de 1953 participó en el homicidio de dos miembros de los partisanos de Lituania, quienes luchaban contra los ocupantes soviéticos. Tanto la Corte de primera instancia (Corte Regional de Kaunas) como la Corte de apelación aplicaron el artículo 99 del Código Penal lituano del 1 de mayo de 2003,¹ el cual se encontraba

* Agradezco a Bill Browning (Londres) y a Marko Milanovic (Nottingham), así como a los editores de la Revista *Human Rights Law Review* por sus valiosos comentarios. También quiero agradecer a mi asistente de investigación Jerre Sander por su ayuda en la preparación de la versión final. Traducción a cargo de Gustavo Emilio Cote Barco.

Nota del traductor: las citas textuales en inglés han sido traducidas al español, pero la versión original se encuentra entre corchetes.

1 De acuerdo con esta norma: “Una persona que buscando destruir algunos o todos los miembros de un grupo nacional, étnico, racial, religioso, social o político organice, esté a cargo o participe en el asesinato, tortura o lesión de los miembros del grupo, en la obstaculización de su desarrollo intelectual, en su deportación, o de cualquier otra manera en la imposición de situaciones que causen la muerte de algunos o todos los miembros del grupo, o en la restricción de nacimientos entre los miembros del grupo, o en el traslado forzado de los niños a otros grupos, deberá ser

vigente para el momento en que V fue condenado, pero no en la época en que ocurrieron los hechos; esta decisión fue confirmada por la Corte Suprema lituana.² Se debe resaltar que el artículo 99 contempla una definición de genocidio más amplia que la prevista en el artículo II de la Convención contra el Genocidio e incluye también grupos sociales y políticos. Además, esta definición había sido acogida en Lituania en 1998 por medio del artículo 77 del anterior Código Penal.³

La Corte Constitucional lituana, en decisión del 18 de marzo de 2014, consideró que ampliar la definición de genocidio era una cuestión que recaía dentro de la discrecionalidad de cada Estado y que la definición acogida en Lituania se justificaba dado “el contexto legal e histórico concreto” [*a concrete legal and historical context*].⁴ Sin embargo, el TEDH sostuvo que la aplicación retroactiva de esta definición amplia violaba el principio de legalidad (prohibición de aplicación retroactiva del Derecho Penal), ya que ésta incluía grupos (políticos y sociales) que no estaban cubiertos por la definición que para el momento de la comisión de los hechos era válida de acuerdo al Derecho Internacional.⁵ Precisamente, este punto constituye la cuestión clave que dividió a los miembros de la Gran Sala en lo que al artículo 7 CEDH se refiere.

sancionado con pena de prisión por un término de cinco a veinte años o de por vida” (subrayado por fuera del texto original), [*“A person who, seeking to physically destroy some or all of the members of any national, ethnic, racial, religious, social or political group, organises, is in charge of or participates in killing, torturing or causing bodily harm to them, hindering their mental development, deporting them or otherwise inflicting on them situations which bring about the death of some or all of them, restricting births to members of those groups or forcibly transferring their children to other groups, shall be punished by imprisonment for a term of from five to twenty years or by life imprisonment”*], *Vasiliauskas v Lithuania*, nota al pie 1, párr. 53.

2 Sobre el Derecho doméstico relevante, *ibíd.*, párr. 48 ss.

3 Reproducido en *ibíd.*, párr. 52.

4 Decisión de la Corte Constitucional de Lituania, párrafo 6.5, citada en *Vasiliauskas v Lithuania*, nota al pie 1, párr. 59.

5 *Ibíd.*, párr. 60.

El artículo 7 CEDH requiere en su párrafo 1 que la conducta (acción u omisión), con base en la cual se declara la responsabilidad penal de una persona, constituya “una infracción según el derecho nacional o internacional” en el momento en que fue cometida. Solo si este no es el caso, en particular si la conducta respectiva no era criminal conforme al Derecho Internacional, entra en consideración la muy cuestionada cláusula de Núremberg (artículo 7 párrafo 2 CEDH). Esta cláusula busca asegurar “el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Más adelante se volverá sobre la relación que existe entre estos dos párrafos.

Tanto la mayoría de la Sala como los jueces disidentes estaban de acuerdo, y de hecho esto no se encontraba en disputa, con “que en 1953 el genocidio había sido reconocido claramente como un crimen por el Derecho Internacional” [*“that the crime of genocide was clearly recognised as a crime under international law in 1953”*].⁶ Por consiguiente, el genocidio, tal como había sido definido en la Resolución 96 de 1946 de la Asamblea General de Naciones Unidas,⁷ así como en la Convención contra el Genocidio⁸ de 1948 (artículo II) y por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su opinión consultiva⁹ de 1951, era considerado una “infracción” según el Derecho Internacional en el momento en que fueron cometidos los hechos, en el sentido del artículo 7 (1) CEDH. Adicionalmente, según el Tribunal los instrumentos relevantes eran “suficientemente accesibles”

6 Ibid., párr. 169; también párr. 172; opinión disidente de Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris en párr. 6.

7 Adoptada el 11 de diciembre de 1946.

8 Adoptada el 9 de diciembre de 1948 por unanimidad de los 56 participantes en la reunión plenaria número 179 de la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 260 (III), la cual fue ratificada por la Unión Soviética el 3 de mayo de 1954 y entró en vigor para Lituania el 9 de abril de 1992), nota al pie 1, párr. 79.

9 CIJ, Reportes de 1951, p. 23. Para mayor información sobre las decisiones de la CIJ ver *Vasiliauskas v Lithuania*, nota al pie 1, párr. 105 ss.

[“*sufficiently accessible*”] para el peticionario.¹⁰

No obstante, la mayoría y los jueces disidentes se dividieron frente a la calificación de la conducta de V, específicamente con relación a los grupos protegidos por el delito de genocidio. La mayoría, con nueve votos contra ocho, encontró en este punto una violación del artículo 7.¹¹ Al discutir sobre la previsibilidad, los jueces que defendieron la opinión mayoritaria adoptaron una visión estricta y limitaron el genocidio –como era aplicable en el momento de la conducta e incluso hasta hoy– a los cuatro tipos de grupos mencionados en la Convención de 1948 y en el artículo 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), es decir, a grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos, excluyendo específicamente a los grupos políticos.¹² Respecto al requisito de la destrucción “en parte”, la mayoría consideró que al tratarse de hechos ocurridos en 1953, dicho elemento se debía entender como una parte sustancial del grupo respectivo.¹³ Para la mayoría de la Sala, la ampliación subsiguiente de esta interpretación hacia un enfoque más cualitativo (como una parte “distinguible” [“*distinct*”] o “prominente” [“*prominent*”] del grupo)¹⁴ no era previsible para ese entonces.¹⁵ De forma similar, la Sala sostuvo que si bien los Estados son autónomos para definir en el Derecho interno de una manera más amplia el genocidio, “dicha autonomía no permite a los tribunales domésticos condenar de forma retroactiva a las personas acusadas conforme a esa definición amplia”.¹⁶ En consecuencia, la mayoría consideró que la condena de V, fundamentada en una definición amplia que incluye a los

10 Ibid., párr. 168.

11 Ibid., p. 66 (núm. 2)

12 Ibid., párr. 170 ss. (170, 175), 178.

13 Ibid., párr. 176.

14 Sobre este desarrollo ver Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, vol. II, 2014, p. 41-4.

15 *Vasiliasukas v Lithuania*, nota al pie 1, párr. 177.

16 [“*such discretion does not permit domestic tribunals to convict persons accused under that broader definition retrospectively*”] Ibid., párr. 181; también párr. 184 con referencias.

grupos políticos, violaba la prohibición de aplicación retroactiva de leyes penales. Como tal, dicha condena no era previsible para V, ni siquiera contando con la asistencia de un abogado.¹⁷ Adicionalmente, para la mayoría, considerar al grupo partisano al que las víctimas de V pertenecían como un grupo nacional en el sentido del delito de genocidio constituía una analogía en detrimento de V (y por tanto prohibida por el artículo 7 (1) CEDH), lo cual también hacía que la condena impuesta a V no se hubiera podido prever.¹⁸ Finalmente, pero no menos importante, se debe decir que de acuerdo con la posición mayoritaria de la Sala, la condena tampoco se hubiera podido justificar por medio del párrafo 2 del artículo 7,¹⁹ dado que dicha disposición no permitiría una excepción general de la prohibición de retroactividad y solo sería una aclaración contextual de esta norma, incluida en la CEDH para ratificar que no había duda sobre la validez de los juicios realizados después de la Segunda Guerra Mundial respecto a crímenes cometidos durante la guerra.²⁰

Los jueces disidentes Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris²¹ aceptaron, tal y como era reconocido a nivel internacional, que los grupos sociales y políticos no estaban cubiertos

17 Ibid., párr. 181; ver también párr. 185 y 186.

18 Ibid., párr. 183 con referencias (“[...] el Tribunal considera que la conclusión de las cortes domésticas, según la cual las víctimas cabían dentro de la definición de genocidio como parte de un grupo protegido, constituye una interpretación por analogía en detrimento del peticionario, lo cual hace su condena imprevisible [...]”, [“... *the Court considers that the domestic courts’ conclusion that victims came within the definition of genocide as part of a protected group was an interpretation by analogy, to the applicant’s detriment, which rendered his conviction unforeseeable ...*”]), también párr. 185 y 186.

19 Ibid., párr. 188-190.

20 Ibid., párr. 189 (citando a *Maktouf and Damjanović*), también párr. 188 con más referencias (entre otras afirmando que el párrafo 2 solamente se ha aplicado una vez en el contexto de las deportaciones soviéticas después de la Segunda Guerra Mundial).

21 Los jueces disidentes Sajó, Vučinić and Turković no se pronunciaron sobre el fondo del asunto, ya que consideraron que la aplicación era inadmisibile, dado que según ellos la Corte Constitucional de Lituania ya había dado una solución satisfactoria al caso.

por el delito de genocidio, y por consiguiente que un ataque contra “un grupo puramente político por sí mismo” [*“a purely political group per se”*] no podía dar lugar a una condena por este delito.²² Sin embargo, ellos también afirmaron que considerar a los partisanos “exclusivamente a través del prisma de un ‘grupo político’” [*“exclusively through the prism of a ‘political group’”*] era “excesivamente formalista” [*“excessively formalistic”*] y en vez de esto argumentaron que la destrucción de dicho grupo hubiera podido afectar “la supervivencia del grupo nacional o étnico [lituano] como un todo”.²³ Haciendo referencia a la Corte de apelación lituana, los jueces disidentes mencionados arriba sostuvieron también, “que la razón de ser de los partisanos era la protección de la nación lituana de cara a un régimen que intentaba destruir su identidad única y específica”.²⁴ La campaña soviética “había sido llevada a cabo precisamente sobre la base específica de los criterios de la nacionalidad y etnicidad de los habitantes”, de manera que la naturaleza política del grupo estaba “intrínsecamente ligada” [*“intrinsically linked”*] a la nacional y étnica.²⁵ La Corte Suprema, al confirmar la decisión de la Corte de apelación, consideró en este mismo sentido que en el periodo relevante (1944-1953) “los partisanos encarnaban la resistencia ‘nacional’ armada [...]”.²⁶ Es más, los jueces disidentes estuvieron de acuerdo en que el movimiento partisano no hubiera podido sobrevivir “sin el apoyo de la nación lituana, esto es, el grupo nacional”.²⁷ En consecuencia, en opinión de los jueces Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris, “el argumento según el

22 Nota al pie 7, párr. 9.

23 [*“the survival of the national or ethnic group [of the Lithuanians] as a whole”*] *Ibid.*, párr. 11; esto se reafirma en la opinión disidente adicional del juez Power-Forde, párr. 94 (“... rather blinkered approach”).

24 [*“that the very raison d’être of the partisans was the protection of the Lithuanian nation in the face of a regime which intended to destroy its unique and specific identity”*] Nota al pie 7, párr. 15.

25 [*“had been carried out precisely on the precise basis of the criteria of the inhabitants’ nationality-ethnicity”*] *Ibid.*

26 [*“the partisans embodied the ‘nation’s’ armed resistance ...”*] *Ibid.*

27 [*“without support from the Lithuanian nation, that is, the national group”*] *Ibid.*

cual J.A. y A.A. [las víctimas partisanas], en cuanto lituanos desde el punto de vista étnico, fueron atacados específicamente debido a su pertenencia al movimiento partisano, cuyos miembros eran simultáneamente una parte significativa y emblemática del grupo nacional, es lo suficientemente fuerte” como para convertir la conducta de V “en un genocidio con base étnica y nacional”.²⁸ Este punto es reafirmado por el juez Kūris en su opinión disidente adicional, en donde sostiene que “el movimiento partisano representaba el cuerpo y el espíritu de la nación lituana”.²⁹ Asimismo, el juez disidente Ziemele también señaló que los partisanos “formaban la columna vertebral de la nación lituana”.³⁰ De acuerdo con este razonamiento, la mayoría debió haber diferenciado con mayor claridad entre el ataque a “una parte prominente de un grupo nacional” debido a razones políticas (o a cualquier otro tipo de motivo discriminatorio) y el ataque “a un grupo político clara y simplemente”.³¹ Incluso, para los jueces disidentes, al limitar su análisis a los grupos políticos, la mayoría malinterpretó “el contexto de los eventos de la posguerra en Lituania” y optó por un “contexto ideológico estrecho”.³²

Para los jueces disidentes, al concebir “un grupo protegido (una nación) que se defiende a sí mismo contra la destrucción de su estructura por medio de un movimiento de resistencia” solamente

28 [“there is considerable force in the argument that J.A. and A.A. [the partisan-victims], as ethnic Lithuanians, were targeted specifically for their membership of the partisan movement whose members were, simultaneously, a significant and emblematic part of the national group ... an act of genocide on an ethno-national basis ...”] *Ibíd.*, párr. 16.

29 [“the partisan movement represented the body and the spirit of the Lithuanian nation”] Opinión disidente adicional del juez Kūris, párr. 4 (criticando en los párrafos 3 y 4 la selectividad de la mayoría al presentar la jurisprudencia nacional).

30 [“formed the backbone of the Lithuanian nation”] Opinión disidente del juez Ziemele, párr. 14; también párr. 23 (citando también la Corte de apelación la cual atribuye los partisanos al grupo nacional y étnico).

31 [“a prominent part of a national group ... a political group plainly and simple”] *Ibíd.*, párr. 15.

32 [“the context of post war events in Lithuania ... a narrow ideological context”] *Ibíd.*, párr. 24.

como un grupo político, la decisión mayoritaria adoptó un enfoque “demasiado formal” [*“overly formalistic”*], inconsistente [*“inconsistent”*] con el propósito de la Convención contra el Genocidio.³³ En su opinión, el ataque estuvo dirigido al movimiento partisano, el cual constituía una parte sustancial (“en parte”) del grupo nacional lituano.³⁴ La determinación de la representatividad de dicho grupo con relación a los grupos protegidos por el crimen de genocidio dependería entonces de los jueces nacionales y de la sociedad afectada; de acuerdo con el juez Kūris, su decisión sobre este punto debía ser respetada por el Tribunal de Estrasburgo, pues ellos no estaban obligados a ser excesivamente explícitos si el TEDH ignoraba la realidad política e histórica de su país.³⁵

De esta manera, los jueces disidentes concluyeron, que “se podía considerar razonablemente que la conducta de V caía dentro del ámbito del delito de genocidio según el artículo II de la Convención contra el Genocidio”, y que esto “pudo haber sido previsto de forma razonable por el peticionario en el momento de los hechos”.³⁶ Por consiguiente, en su opinión, no hubo violación del artículo 7.

33 [*“a protected group (a nation) which defends itself against the destruction of its very fabric through the mobilisation of a resistance movement”*] Nota al pie 7, párr. 16.

34 *Ibíd.*, párr. 17 ss. (27); también nota al pie 30, párr. 4 (“una parte sustancial y emblemática de la nación” [*“substantive and emblematic part of that nation”*]); de forma similar nota al pie 31, párr. 23, citando a la Corte Constitucional lituana (“[...] dirigido a la destrucción de grupos que representaban una parte significativa de la nación lituana y cuya destrucción tendría un impacto en la supervivencia de toda la nación de Lituania” [*“... aimed at destroying the groups that represented a significant part of the Lithuanian nation and whose destruction had an impact on the survival of the entire Lithuanian nation”*]).

35 Nota al pie 30, párr. 4 ss.

36 [*“could reasonably be regarded as falling within the ambit of the offence of genocide under Article II of the Genocide Convention”* ... *“reasonably have been foreseen by the applicant at the material time”*] Nota al pie 7, párr. 36.

2. ANÁLISIS CRÍTICO

2.1. La estructura peculiar del genocidio y el artículo 7

El genocidio es un crimen de intención especial, es decir un crimen cuyo lado o requisito subjetivo (*mens rea*) va más allá del lado objetivo (*actus reus*).³⁷ El genocidio exige un elemento subjetivo (*mental element*) extendido, esto es la intención adicional de destruir total o parcialmente uno de los grupos protegidos. En otras palabras, el perpetrador desea o tiene como propósito la destrucción de uno de los grupos protegidos, para lo cual se vale de actos que, sin embargo, pueden no alcanzar el fin perseguido por el perpetrador, es decir la destrucción total o sustancial del grupo respectivo. De hecho, este estricto requisito subjetivo explica por qué existen tan pocas condenas por genocidio y porqué es tan difícil para los fiscales o investigadores convencer a los jueces penales de que un acusado ha obrado con intención genocida.³⁸

Al parecer, la Corte Suprema de Lituania, tal como se cita en la decisión del Tribunal de Estrasburgo, interpretó de forma equivocada el requisito subjetivo especial del genocidio al afirmar de la siguiente manera que el peticionario efectivamente había actuado con intención directa: “Al realizar dichas acciones [las cuales llevaron a la muerte de los dos partisanos, él] conocía el objetivo del gobierno soviético –erradicar a todos los partisanos de Lituania” además “sabía que los hermanos J.A. y A.A eran partisanos, y com-

37 Nota al pie 15, p. 5, 21-2, 38-9.

38 El ejemplo más reciente es la sentencia contra *Karadzic* del 24 de marzo de 2016 proferida por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (*Prosecutor v Karadzic*, IT-95-5/18-T, Judgment), mediante la cual el acusado fue absuelto de los cargos de genocidio formulados con base en hechos ocurridos en varias municipalidades de Bosnia y Herzegovina, al tiempo que fue condenado por este mismo delito con relación a los eventos de Srebrenica. Al respecto ver: Ambos, “Karadzic’s Genocidal Intent as the ‘Only Reasonable Inference?’”, en *EJILTalk*, 1 de abril de 2016, www.ejiltalk.org/karadzics-genocidal-intent-as-the-only-reasonable-inference/ (última fecha de consulta 16 de junio de 2016).

prendía que durante la operación ellos serían asesinados [...] y [...] quería que esto sucediera”³⁹.

En esta afirmación se interpreta erróneamente la intención especial del genocidio, ya que ésta no podía darse por probada si el perpetrador actuó solo con la intención de matar a las víctimas. Él tenía que haberlo hecho con el objetivo adicional y más amplio de destruir el grupo al cual estas víctimas pertenecían; es decir, él o ella debe atacar a sus víctimas debido a su afiliación o lealtad para con el grupo. Por consiguiente, la Corte Suprema debió haber constatado si el peticionario realmente atacó a estos dos partisanos debido a su pertenencia (lealtad) al grupo con el objetivo adicional de destruir dicho grupo. De manera similar, si bien la decisión aquí comentada se refiere a las directrices de la Corte Suprema lituana, las cuales requieren acertadamente con relación al genocidio el objetivo de exterminar personas en cuanto miembros de un grupo en particular, también sugiere que *esta* intención se puede inferir de la pertenencia del perpetrador a una organización represiva de un régimen de ocupación, pues este hecho implica que él comprende el objetivo de dicha organización. Sin embargo, comprender la finalidad represiva de una organización de este tipo con relación a los partisanos lituanos no es lo mismo que pretender la destrucción del grupo nacional (lituano) al cual ellos pertenecían.

Además, al hacer referencia a este delito,⁴⁰ el TEDH solo menciona la estructura peculiar del crimen de genocidio sin analizarla con detenimiento y, en particular, sin conectarla con el estándar del artículo 7. De acuerdo con este estándar, la infracción penal relevante no solamente debe existir al momento de la comisión de

39 [“when taking those actions [leading to the killing of the two partisanos, he] had known the goal of the Soviet government – to eradicate all Lithuanian partisanos” and he “knew that the brothers J.A. and A.A. were partisanos, and understood that during the operation they would be killed ... and ... wished that to happen”] Nota al pie 1, párr. 41.

40 Ver por ejemplo *ibíd*, párr. 176 y 185.

los hechos, sino que además debe ser suficientemente accesible y la consiguiente criminalización debe ser previsible.⁴¹ El enfoque del Tribunal sobre la dimensión sustantiva del principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*) es, sin embargo, más liberal que la de países pertenecientes al *civil law*, como Alemania o Francia, en al menos dos aspectos. Primero, el término “Derecho” es entendido de manera más amplia para incluir Derecho consuetudinario no escrito⁴² y, segundo, este enfoque admite la interpretación judicial con el fin de adaptar el Derecho a nuevas circunstancias sociales.⁴³ Teniendo en cuenta lo anterior, el TEDH debió haber examinado si la condena de V era “consistente con la esencia” [“*consistent with the essence*”] de la infracción correspondiente y si la misma “podía haber sido prevista forma razonable” [“*could reasonably have been foreseen*”] en el momento de la conducta relevante.⁴⁴

2.2. Previsibilidad y genocidio

La previsibilidad, en cuanto requisito clave del artículo 7, depende de la conducta/infracción que se encuentre en consideración y de la persona cuya responsabilidad por dicha infracción se esté discutiendo.⁴⁵ El TEDH acogió un enfoque más o menos flexible en el que se debe tener en cuenta cada caso concreto (*case by case*), dejando abierta la pregunta de si dicho estándar se debe entender de forma objetiva o subjetiva. Mientras su referencia a la “razonabi-

41 Ver por ejemplo las siguientes decisiones del TEDH: *Sunday Times v United Kingdom* (Application No. 6538/74, Merits), 26 abril de 1979, párr. 49; *Kafkaris v Cyprus* (Application No. 21906/04, Merits and Just Satisfaction), 12 de febrero de 2008, párr. 139-40; *Kononov v Latvia* (Application No. 36376/04, Merits and Just Satisfaction), 17 de mayo de 2010, párr. 185.

42 Nota al pie 1, párr. 154.

43 Sobre esta base, para el TEDH no hubo violación del artículo 7 cuando en Inglaterra se eliminó por vía judicial la excusa del matrimonio en casos de violación. Ver *S.W. v UK* (Series A no. 335-B), 22 de noviembre de 1995, párr. 36; ver también nota al pie 1, párr. 155 con más referencias.

44 *Ibíd.*, párr. 162.

45 *Ibíd.*, párr. 157 con más referencias.

lidad” [“*reasonableness*”]⁴⁶ sugiere que su punto de partida es una valoración objetiva,⁴⁷ similar al estándar de hombre razonable o persona promedio como se conoce en el contexto de la responsabilidad penal por negligencia, el Tribunal también sostiene que se deben tener en cuenta tanto las circunstancias personales como las habilidades del acusado.⁴⁸ En el caso que aquí se discute, el TEDH exigió un “cuidado especial” [“*special care*”] por parte de “personas que desarrollan una actividad profesional y que están acostumbradas a tener que proceder con un alto grado de precaución en el ejercicio de su ocupación”.⁴⁹ Por lo general, se espera que en especial (aunque no solo) estas personas busquen asesoría legal si no son capaces de entender completamente por sí mismas su situación legal.⁵⁰ Por consiguiente, la previsibilidad se puede aceptar incluso si la criminalidad o la punibilidad de la conducta del perpetrador solo podía haber sido reconocida mediante la ayuda de un experto en Derecho.⁵¹ Como resultado, el punto de partida del Tribunal, aparentemente objetivo, resulta considerablemente “subjetivizado” o “personalizado” en detrimento del peticionario. En otras palabras, la razonabilidad sería solo un estándar mínimo que se debe cumplir

46 TEDH, *Cantoni v France* (Application No 17862/91, Merits and Just Satisfaction), 11 de noviembre de 1996, párr. 35; *Camilleri v Malta* (Application No 42931/10, Merits and Just Satisfaction), 22 de enero de 2013, párr. 37; también nota al pie 1, párr. 156.

47 Ver también Schabas, *The ECHR. A Commentary*, 2015, p. 341.

48 ECtHR, *Soros v France* (Application No 50425/06 Merits and Just Satisfaction), 6 de octubre de 2011, párr. 53 (“*Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d’une grande prudence dans l’exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d’eux qu’ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu’il comporte*”). Ver también Schabas, nota al pie 48, p. 341.

49 [“*persons carrying on a professional activity, who are used to having to proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation*”] Nota al pie 1, párr. 157.

50 TEDH, *Soros v France*, nota al pie 49, párr. 53 (“*La prévisibilité de la loi ne s’oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d’un acte déterminé*”); *Groppera Radio-AG et al. v Switzerland* (Application No 10890/84, Merits), 28 de marzo de 1990, párr. 68.

51 Nota al pie 1, párr. 157 (“consejo legal para valorar [...] las consecuencias que puede acarrear una determinada acción” [“*legal advice to assess the consequences which a given action may entail*”]).

con relación a cualquier persona, pero éste se podría actualizar o ajustar cuando se trate de personas con conocimientos o habilidades especiales y que, adicionalmente, pueden/deben contar con asesoría profesional. Al respecto se debe advertir, que todo esto puede convertir la previsibilidad, desde la perspectiva del peticionario (acusado), en un estándar más bien bajo, el cual resulta fácil de cumplir y por consiguiente de poca ayuda con miras a la preservación de la legalidad.

Lo anterior es confirmado por las siguientes afirmaciones de los jueces disidentes, los cuales aceptan la previsibilidad con relación a la calificación de la conducta del peticionario como genocidio dirigido contra un grupo nacional:

“nosotros no estamos convencidos de que el peticionario no haya podido conocer el riesgo de ser acusado y condenado por el delito de genocidio”⁵²

“es probable que él hubiera sido asesorado en el sentido de que su conducta evidenciaba las características esenciales del crimen de genocidio tal como era previsto por el Derecho Internacional en ese momento”⁵³

“nosotros encontramos probable que el peticionario pudo haber previsto que él se encontraba en riesgo de ser acusado y condenado por genocidio [...]”⁵⁴

Esto da lugar a preguntas adicionales: ¿es suficiente que los jueces consideren “probable” que el peticionario (acusado) haya podido prever la criminalización de su conducta?, ¿Los jueces no

52 [“we are not persuaded that the applicant could not have known that he risked being charged with and found guilty of the offence of genocide”] Nota al pie 7, párr. 30.

53 [“it is likely that he would have been advised that what he was doing bore the essential characteristics of the crime of genocide as it stood under international law at the time”] *Ibíd.*

54 [“we find it likely that the applicant could have foreseen that he risked being charged with and convicted of genocide ...”] *Ibíd.*

deberían estar “convencidos”, es decir seguros, como lo exigía la mayoría?⁵⁵

Finalmente, al parecer el Tribunal no ajusta su estándar de previsibilidad a la infracción penal específica en cuestión. En otras palabras, en el momento de hacer la valoración sobre la previsibilidad, aparentemente el TEDH no tuvo en cuenta el carácter particular del genocidio, en cuanto infracción que exige una intención especial. Esto no es convincente, ya que si el peticionario (acusado) necesita capturar la esencia de la infracción como existía en el momento de la comisión, es decir el fundamento de su ilicitud (*wrongfulness*), el hecho de que la infracción respectiva sea especial, en el sentido de que su ilicitud proviene sobre todo de un elemento mental específico, hace una diferencia importante; así ocurre precisamente, por ejemplo, con la intención de destruir uno de los grupos protegidos por el delito de genocidio. El TEDH debió, por lo menos, haber tratado este problema al aclarar su concepto de previsibilidad.

2.3. Resistencia armada y el concepto de “grupo nacional”

En el centro del argumento de los jueces disidentes, según el cual el peticionario cometió un genocidio en los términos en los que dicho crimen era definido en 1953, se encuentra la proposición de que el ataque contra los partisanos de Lituania constituyó un ataque contra el grupo nacional lituano. La idea de grupo nacional ha sido definida como toda agrupación de personas unidas entre sí por la misma nacionalidad.⁵⁶ Sin embargo, esta definición resulta problemática, especialmente en grandes sociedades de emigrantes,

55 Ver nota al pie 18.

56 Ver *Prosecutor v Akayesu* (ICTR-96-4-T (1998) Judgement), párr. 512 (“un grupo nacional es definido como un conjunto de personas frente al cual existe la percepción de que comparten un vínculo legal común basado en la ciudadanía, articulado a partir de derechos y deberes recíprocos” [“a national group is defined as a collection of people who are perceived to share a legal bond based on common citizenship, coupled with reciprocity of rights and duties”]).

ya que es ambigua y no es lo suficientemente específica. Adicionalmente, el razonamiento de los disidentes permite recordar el argumento del juez Baltasar Garzón y de algunos activistas de derechos humanos, quienes afirmaron que los asesinatos y las persecuciones políticas que tuvieron lugar en los años setenta en el cono sur de América Latina (especialmente en Argentina, Chile y Uruguay) alcanzaron a tener la categoría de genocidios, ya que, según ellos, los miembros de las guerrillas de izquierda y de otros grupos disidentes fueron atacados no tanto por sus convicciones políticas sino por su nacionalidad. Los defensores de este argumento intentaron evitar las limitaciones que se desprendían de la definición estrecha de genocidio (aceptada tanto por la mayoría como por la minoría de la Sala en el caso en discusión)⁵⁷, la cual excluye a los grupos políticos. Empero, esto conduce a la afirmación más o menos absurda, de que los perpetradores militares de derecha, por ejemplo, argentinos asesinaron a sus víctimas argentinas de izquierda, debido a su nacionalidad; en otras palabras, que argentinos, chilenos o uruguayos mataron a argentinos, chilenos o uruguayos, debido a su vínculo común de nacionalidad. Esto no solamente no tiene sentido, sino que además ignora el hecho de que la naturaleza de dichos crímenes era política; en estos casos el adversario era asesinado dado que los perpetradores querían eliminar la ideología política que las víctimas representaban.

Las cosas no son muy diferentes cuando se está bajo un régimen de ocupación. En estos casos el ocupante está interesado en que la población que habita el lugar ocupado coopere, por ejemplo, trabajando, pagando impuestos, etc., pero rechaza cualquier forma de resistencia, especialmente cuando es armada. Así las cosas, normalmente un poder ocupante no reprime este tipo de resistencia debido a su lealtad con la nación ocupada sino debido al hecho de la resistencia misma ante el régimen u orden jurídico impuesto.

57 Ver *Vasiliauskas v Lithuania*, nota al pie 1, párr. 175; nota al pie 7, párr. 9; nota al pie 15, p. 6-9.

En este caso la represión no tiene una motivación nacional, étnica o racial, sino política, ya que el ocupante no tolera ninguna fuerza política que le dispute su posición de poder. Dicho de otra manera: el ocupante no extermina a los miembros de los grupos partisanos, guerrilleros o milicianos por su nacionalidad (de hecho, esto no es relevante para un ocupante racional), sino por su resistencia armada ante la fuerza de ocupación. Como lo señaló correctamente la mayoría de la Sala del TEDH en el caso objeto de discusión: “[...] sus acciones [las del peticionario] y las del MGB estaban dirigidas al exterminio de los partisanos en cuanto un grupo separado y claramente identificable, caracterizado por su resistencia armada ante el poder soviético”.⁵⁸

El grupo atacado fue entonces el de los partisanos, el cual era parte al mismo tiempo de la nación lituana. Pero, si los ocupantes realmente hubieran atacado al grupo nacional como tal y su intención de destruir hubiera estado dirigida contra ese grupo, los perpetradores no deberían haber sido juzgados por haber atacado a las víctimas en cuanto miembros de los partisanos, sino directamente por atacarlos en cuanto miembros del respectivo grupo nacional. De otra manera, cualquier grupo de resistencia armada que represente una parte sustancial de un grupo nacional se convierte en un grupo nacional en el sentido del crimen de genocidio.⁵⁹ De hecho, así lo afirmaron los jueces disidentes. Sin embargo, esta visión ignora que en estos casos la fuerza que impulsa las acciones delictivas no es la nacionalidad sino las convicciones políticas, es decir que los partisanos son atacados por ser un grupo político, no uno nacional. Además, en ese caso se tendría que afirmar y probar que los perpetradores (o sea los ocupantes soviéticos) efectivamente que-

58 [“...his [the applicant’s] actions, and those of the MGB, were aimed at the extermination of the partisans as a separate and clearly identifiable group, characterised by its armed resistance to Soviet power”] *Vasiliauskas v Lithuania*, nota al pie 1, párr. 182.

59 Crítico al respecto también Vest, nota al pie 1, p. 491 ss. al discutir sobre todo la forma como el TEDH abordó el problema de la intención especial.

rían destruir al grupo nacional en cuanto tal, es decir la identidad e independencia lituanas.⁶⁰ Una afirmación semejante sería insostenible si, como normalmente ocurrió en las ocupaciones que tuvieron lugar después de la Segunda Guerra Mundial, los miembros del respectivo grupo nacional al mismo tiempo eran promovidos y nombrados en posiciones de poder en los territorios ocupados.

2.4. Interpretación judicial y legalidad

Si el artículo 7 CEDH exige la criminalización de la conducta para el momento en que ella tuvo lugar, una ampliación *subsiguiente* de la definición del crimen respectivo, por ejemplo, en el caso en cuestión mediante la inclusión de los grupos políticos o por medio de un entendimiento más amplio del elemento “en parte”, no puede desplazar una definición anterior más restringida, aplicable en el momento de la comisión de los hechos. En otras palabras, si bien la ampliación de la definición de un crimen por medios legislativos o judiciales es perfectamente posible y puede ser incluso necesaria de acuerdo con el desarrollo del Derecho Internacional, el entendimiento correcto de la prohibición de retroactividad supone que la definición de un crimen solo puede ser aplicada como era interpretada por la jurisprudencia existente en dicho momento. Teniendo en cuenta lo anterior, se debe decir que la siguiente afirmación de la opinión disidente resulta desconcertante: “El hecho de que el desarrollo de la interpretación judicial de la Convención contra el Genocidio de 1948 haya tomado tiempo no puede significar por sí mismo que un genocidio no podía ocurrir con anterioridad a dicha interpretación”⁶¹.

Por supuesto, un genocidio pudo haber “ocurrido” antes de que esta conducta fuera definida con mayor precisión a través de la

60 Nota del traductor: en la versión original “*the Lithuanian nationhood*”.

61 [“*The fact that judicial interpretation of the 1948 Genocide Convention took time to develop cannot in itself mean that genocide did not occur prior to such interpretation*”] Nota al pie 7, párr. 18.

jurisprudencia, es decir, un genocidio pudo haber ocurrido en los términos de la definición contenida en la Convención, tal y como dicha definición existía en el momento en que la Convención fue suscrita. Sin embargo, para cumplir con el artículo 7 y con el principio de legalidad allí previsto, la conducta que desde 1948 es llamada “genocidio” tendría que haber sido definida legalmente como tal *en el momento en que fue cometida*. Por consiguiente, un “genocidio” en sentido jurídico puede haber sido cometido desde 1948 y para esto pueden ser pertinentes diferentes definiciones (amplias o restringidas), pero la definición relevante debe ser siempre la que era aplicable, o sea la existente, en el momento de la comisión. En otras palabras, una definición (jurisprudencial) subsiguiente solo se debería aplicar de forma retroactiva, si se mantiene dentro de los límites de la interpretación estricta y no deriva de manera ilegítima en analogía (*lex stricta*). Como resultado, la afirmación citada líneas arriba se tendría que reformular de la siguiente manera:

“El hecho de que el desarrollo de la interpretación judicial de la Convención contra el Genocidio de 1948 haya tomado tiempo ~~no puede significar por sí mismo~~ [significa] que un genocidio no podía ocurrir con anterioridad a dicha interpretación, [ya que el principio de legalidad (*lex praevia*) permite solo la aplicación de la interpretación *existente al momento de la comisión* o de una *interpretación permisible de acuerdo con los términos en que está redactada la norma*]”.

2.5. ¿Cuál es el rol del Tribunal en casos como este o cuál es el rol que razonablemente debería cumplir?

A parte de la cuestión más bien técnica sobre cómo interpretar el elemento “grupo nacional” en el contexto del genocidio, entre la mayoría y la minoría de la Sala parece haber también una diferencia fundamental respecto al rol general del Tribunal frente a casos en los que miembros de regímenes antiguos han sido enjuiciados

penalmente por regímenes nuevos. Desafortunadamente, ésta es una mala práctica en Europa oriental (como puede verse actualmente en Ucrania y Georgia) así como en América Latina. Mientras la mayoría reconoce claramente la legitimidad de la aplicación del Derecho Penal para afrontar el pasado siempre que se respeten las garantías del Estado de Derecho,⁶² la minoría toma un enfoque que puede ser catalogado como de “anti-impunidad” o “efecto útil” (*effet utile*).⁶³ Los jueces disidentes Villiger, Power-Forde, Pinto de Albuquerque y Kūris apelaron al rol del TEDH como “conciencia de Europa” [“*conscience of Europe*”], según el cual el Tribunal no debería seguir un razonamiento demasiado “formalista” [“*formalistic reasoning*”] en su lucha contra la impunidad,⁶⁴ ya que ésta no debería “sobrevivir” [“*outlive*”] a los autores de crímenes de sistema.⁶⁵ Para el juez Ziemele, en el complejo proceso socio-político de tratar con el pasado el TEDH debería haber seguido, al aplicar el artículo 7, “principios más amplios con relación al derecho a la verdad y a la prohibición de impunidad”.⁶⁶ De manera similar, el juez Power-

62 *Vasiliauskas v Lithuania*, nota al pie 1, párr.159 (“[...] en el evento de un cambio de la soberanía estatal sobre un territorio o de un cambio de régimen político sobre un territorio nacional, es completamente legítimo que un Estado de Derecho adelante procesos penales en contra de quienes han cometido crímenes bajo un régimen anterior” [“... in the event of a change of State sovereignty over a territory or a change of political regime on a national territory, it is entirely legitimate for a State governed by the rule of law to bring criminal proceedings against those who have committed crimes under a former regime”]).

63 El principio de *effet utile* ha sido desarrollado por la Corte Europea de Justicia para asegurar la efectividad de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión Europea (por esta razón también ha sido denominado “principio de efectividad” [“*principle of effectiveness*”]). Al respecto ver C-234/04 *Kapferer v Schlank & Schick GmbH*, 16 de marzo de 2006, párr. 22; en sentido similar insistiendo en la efectividad de derechos *Bellet v France* (Application No 23805/94, Merits and Just Satisfaction), 4 de diciembre de 1995, párr. 36 (“Para que el derecho de acceso sea efectivo, un individuo debe tener una oportunidad clara y práctica para cuestionar un acto que constituye una interferencia en sus derechos” [“*For the right of access to be effective, an individual must have a clear, practical opportunity to challenge an act that is an interference with his rights*”]).

64 Nota al pie 7, párr. 18.

65 *Ibid.*, párr. 39.

66 [“*broader principles regarding the right to truth and prohibition of impunity*”] Nota al pie 31, párr. 27.

Forde atribuye al TEDH incluso la función de establecer directamente el registro histórico de hechos del pasado: “El Tribunal tuvo la oportunidad de referirse a lo que sucedió en la era soviética –de la cual el peticionario fue un partícipe voluntario– con el nombre apropiado. A través de esta jurisprudencia el TEDH se ha negado a hacerlo y en vez de esto ha preferido concluir que el peticionario fue tratado injustamente al ser condenado por genocidio en las cortes de Lituania”⁶⁷.

En mi modesta opinión, esto es pedirle al Tribunal, a cualquier tribunal, demasiado. Un tribunal, penal o de cualquier otra naturaleza, no es una comisión de la verdad. Por esta misma razón, comisiones de este tipo son establecidas en procesos de transición con el fin de complementar la labor de los jueces (penales), no con el objetivo de reemplazarlos. Precisamente, con relación al Derecho Penal Internacional es ampliamente reconocido, que un llamado general a establecer por vía judicial registros históricos⁶⁸ va más allá del mandato y de la capacidad de un tribunal de carácter penal,⁶⁹ y que por lo tanto esta tarea se debe dejar a comisiones de la verdad interdisciplinarias.⁷⁰ Los mismo ocurre con una corte de derechos humanos. Éstas deben dejar a los historiadores o a otros científicos

67 [“The Court was presented with an opportunity to refer to what happened in the Soviet era—and in which the applicant was a wilful participant—by its proper name. Through this case law, it has shied away from so doing, preferring instead to conclude that the applicant was wronged for having been convicted of genocide by the Lithuanian courts”] Opinión disidente (adicional) del juez Power-Forde, nota al pie 24, párr. 94.

68 En favor de este objetivo demasiado abyecto Rauxloh, *ICLR*, 10 (2010), 739-44; Burens, *ZIS*, 8 (2013), 322, 324-26 (con procesos penales que complementan a las comisiones de verdad y reconciliación).

69 En este mismo sentido Damaška, *ChicKentLR*, 83 (2008), 332, 335-6, 340-2, 364, quien argumenta que los tribunales penales internacionales carecen de competencia institucional para escribir la historia y deberían por consiguiente asumir un rol más modesto; ver también Turner and Weigend, “Negotiated Justice”, en Sluiter et al., *International Criminal Procedure* (2013), p. 1406.

70 Ver Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, vol. III (2016), Capítulo I, C.(3); sobre comisiones de verdad y reconciliación (efectivas) ver ibíd., Capítulo III, B. (2) (d)(ii).

sociales capaces de hacerlo la tarea de escribir la historia. De hecho, la visión expansiva defendida por la minoría en el caso objeto de discusión no solamente sobrecarga al Derecho Penal y a sus tribunales, sino que también pone en riesgo⁷¹ sus credenciales liberales (legalidad, culpabilidad y justicia)⁷².

71 Ver Robinson, “The identity crisis of international criminal law”, *LJIL*, 21 (2008), 925 ss., quien argumenta que el “liberalismo jurídico penal [*criminal law liberalism*]” es sutilmente menoscabado por el “liberalismo de derechos humanos” [*human rights liberalism*]” debido a enfoques interpretativos, confusiones sustantivas y estructurales, así como a supuestos ideológicos; también crítico con relación a la jurisprudencia y movimiento de derechos humanos en América Latina, Pastor, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, *Nueva Doctrina Penal*, 10 (2005), 73 ss.

72 Ver Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, vol. I (2013), p. 87 ss.

-VIII-

CASO RWABUKOMBE: INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL ALEMÁN DE LA (CO)AUTORÍA Y LA INTENCIÓN DE DESTRUIR EN EL GENOCIDIO*

1. ANTECEDENTES FÁCTICOS

Onesphore Rwabukombe nació en Byumba, Ruanda, en 1957. La población de Ruanda está compuesta por los grupos étnicos Hutu, Tutsi y Twa.¹ En 1991 el grupo étnico de los Hutu, al cual pertenece el procesado, constituía en Ruanda el grupo mayoritario con aproximadamente el 90% de la población, al lado de los Tutsi (aprox. 10%) y los Twa (menos del 1%). Rwabukombe hizo carrera como político y en 1988 el presidente de Ruanda Juvénal Habyarimana lo nombró alcalde de la municipalidad de Muvumba, la cual se encuentra al norte del país y tenía aproximadamente 65.000 habitantes. En octubre de 1990 el *Front Patriotique Rwandais* (FPR), integrado principalmente por Tutsi, cruzó la frontera con Uganda y ocupó Muvumba. La contraofensiva del ejército ruandés *Forces*

* Agradezco a Christopher Penkuhn, por el apoyo en la investigación y a Margaret Hiley por su invaluable ayuda en la preparación de la versión en inglés (especialmente las citas de la jurisprudencia y doctrina alemanas fueron traducidas al inglés por ella). Traducción del inglés a cargo de Gustavo Emilio Cote Barco.

Nota del traductor: las citas textuales en inglés han sido traducidas al español. Además, entre paréntesis y en cursiva se han transcrito a lo largo del texto principal algunos términos técnicos o expresiones en inglés que son importantes para la comprensión del texto. Las citas textuales en alemán también han sido traducidas al español, pero la versión original se mantiene entre paréntesis en la nota al pie respectiva.

1 N. Knust, *Strafrecht und Gacaca* (Berlin: Duncker & Humblot, 2013), p. 8-19; W. Schicho, *Handbuch Afrika*, vol. I (Frankfurt am Main: Brandes & Apsel, 1999), p. 240-243; cada texto provee una explicación del desarrollo histórico.

Armées Rwandaises (FAR), dominado por los Hutu, generó un largo conflicto armado que forzó a buena parte de la población civil a huir hacia el sur de Ruanda. Como consecuencia, en febrero de 1993 Rwabukombe llegó a la municipalidad de Murambi (ubicada al sur de Muvumba), en donde también se encuentra Kiziguro, lugar en el que posteriormente se cometería el crimen. Allí Rwabukombe continuó actuando como alcalde de los pobladores que habían huido de Muvumba, al lado del alcalde real, Juan-Baptiste Gatete, el cual también pertenecía a la etnia Hutu. Durante el tiempo que siguió a estos hechos la posición de Rwabukombe en la administración local se fortaleció poco a poco.

El conflicto alcanzó su punto más álgido cuando el avión presidencial de Ruanda fue derribado el 6 de abril de 1994, lo cual produjo la muerte del presidente Hutu Habyarimana y de otros miembros del alto mando. Los Tutsi fueron señalados de ser cómplices del FPR y por lo tanto como responsables de este atentado; en consecuencia, se desató una persecución sistemática contra los miembros de dicho grupo, a quienes se acusó de ser “enemigos del Estado”. Estos hechos derivaron en el genocidio de Ruanda, en el cual fueron asesinados entre 500.000 y 1.000.000 de miembros de la minoría Tutsi entre abril y julio de 1994.

Los ataques al grupo étnico Tutsi en Murambi tuvieron lugar a partir del 7 de abril de 1994. Algunos Tutsi huyeron a los terrenos de la iglesia de Kiziguro, así como a un hospital cercano. El 10 de abril de 1994 el procesado, junto con el alcalde Gatete y otros oficiales, visitó el hospital e indagó sobre cuantos Tutsi habían adentro. Mientras tanto, cientos de Hutu de Murambi, refugiados de Muvumba y miembros de las milicias extremistas Interahamwe,² armados con machetes, hachas, palos, picas y otros instrumentos, rodearon el terreno de la iglesia. Al principio ellos no atacaron, ya que es-

2 Sobre este término ver W. Schicho, nota al pie 1, p. 252; N. Knust, nota al pie 1, p. 19 con n. 64.

peraron obedientemente órdenes para actuar. En este contexto, el OLG de Fráncfort señaló que las personas armadas “no hubieran sido capaces de realizar un ataque coordinado sin ‘personas con autoridad’”.³ El mismo día Rwabukombe, Gatete y otras personas a las que se hace referencia como “administradores” se aproximaron a la iglesia y advirtieron a los sacerdotes que sus vidas estarían en peligro si no dejaban dichos terrenos. Posteriormente los sacerdotes se retiraron. En la tarde las personas con autoridad que se encontraban presentes, entre ellas Rwabukombe, decidieron que la iglesia debía ser atacada con el objetivo de matar a quienes habían buscado refugio allí.

El 11 de abril de 1994, día del crimen, Rwabukombe, Gatete y otros “administradores” se dirigieron al patio interior de la iglesia, lugar en donde se encontraban la mayoría de las posteriores víctimas. Gatete ordenó a las personas armadas que “hicieran su trabajo”, después de lo cual éstas comenzaron a matar en una forma extremadamente cruel a quienes estaban reunidos en este lugar. La presencia de Rwabukombe y Gatete, siendo las dos personas con autoridad, le dio a los perpetradores del crimen “la seguridad de que estaban actuando correctamente”⁴ y tuvo que haber sido interpretada por éstos como una señal de que aquellos aprobaban sus actos. Además, Rwabukombe gritó a los que estaban llevando a cabo la matanza: “trabajen!”, “ayuden!”, “comiencen su trabajo!”.⁵ Más aún, a lo largo del día Rwabukombe indagó en varias oportunidades con las personas armadas estacionadas en la entrada del patio interior de la iglesia sobre el progreso de los asesinatos, dando

3 OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 18 de febrero de 2014 (5 – 3 StE 4/10 – 4 – 3/10), pará. 246 (orig. “ohne die ‘Autoritätspersonen’ auch nicht zu einem koordinierten Angriff fähig”) con comentarios de G. Werle y B. Burghardt, “Der Völkermord in Ruanda und die deutsche Strafjustiz”, 10 *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* (2015), 46-56.

4 OLG Frankfurt am Main, Sentencia de 18 de febrero de 2014 (5 – 3 StE 4/10 – 4 – 3/10), pará. 261 (orig. “die Gewissheit, richtig zu handeln”).

5 OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 18 de febrero de 2014 (5 – 3 StE 4/10 – 4 – 3/10), pará. 262 (orig. “‘Arbeitet!’, ‘Helft!’, ‘Fangt mit eurer Arbeit an!’”).

instrucciones de que no se dejara escapar a nadie. Rwabukombe y otras personas con autoridad también trajeron más atacantes a los terrenos de la iglesia y motivaron a aquellos que ya estaban llevando a cabo la masacre para que continuaran su trabajo. Fuera de eso, Rwabukombe ordenó a los atacantes que transportaran hasta el patio interior a los Tutsi que todavía se encontraban en el hospital.

2. PROCESO DE ASILO Y CONDENA DE PRIMERA INSTANCIA EN ALEMANIA

Rwabukombe huyó a Alemania, a donde llegó el 21 de agosto de 2002. Aquí presentó una solicitud de asilo que fue negada el 26 de septiembre de ese mismo año por la Oficina Federal para el Reconocimiento de Refugiados Extranjeros [*Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge*] (ahora: Oficina Federal para Migración y Refugiados [*Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*]). Sin embargo, Rwabukombe inició los procesos legales pertinentes ante el tribunal administrativo competente y éste obligó a la Oficina Federal mediante decisión del 23 de noviembre de 2006 a reconocerlo a él y a su esposa como refugiados. En octubre de 2007 fueron enviadas a las autoridades alemanas tanto una acusación escrita por el Fiscal General de Ruanda como una orden de arresto con fecha del 19 de agosto de 2007.⁶ El 6 de noviembre de 2008 el OLG de Fráncfort se negó a extraditar a Rwabukombe a su país, argumentando que en Ruanda no le podía ser garantizado un proceso justo.⁷ El 26 de julio de 2010 el juez de instrucción del

6 El OLG de Fráncfort habla aquí de “*international arrest warrant*” (OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 18 de febrero de 2014 (5 – 3 StE 4/10 – 4 – 3/10), pará. 132). Sin embargo, una “*international arrest warrant*” solo puede ser expedida por una institución judicial internacional, como por ejemplo la Corte Penal Internacional (art. 58(1) Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) ; ver también art. 20(2) Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) y art. 19(2) Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).

7 OLG Frankfurt am Main, Decisión del 6 de noviembre de 2008 (2 Ausl A 175/07), en 14 *Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport (NSiZ-RR)* (2009),

BGH emitió una orden de arresto en contra del procesado, quien hasta el momento no había tenido antecedentes criminales. En consecuencia, Rwabukombe fue arrestado y ha estado en detención provisional (*pre-trial detention*) desde entonces. Simultáneamente, con la segunda sentencia del OLG de Fráncfort se ordenó la continuación de la detención preventiva.⁸ Mientras tanto, un recurso de apelación fue presentado en contra de la segunda sentencia del OLG de Fráncfort, pero no son de esperar consecuencias legales adicionales.

La competencia del OLG de Fráncfort frente al proceso y la acusación por el delito de genocidio conforme al art. 220a (antigua versión) del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch – StGB*) se fundamentó inicialmente en el art. 120(1) no. 8 (antigua versión) de la Ley alemana de organización del poder judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz – GVG*).⁹ El juicio en contra de Rwabukombe fue abierto el 18 de enero de 2011; el 18 de febrero de 2014 éste fue condenado como cómplice de genocidio – el “crimen de crímenes” (“*crime of crimes*”)¹⁰ – de acuerdo con los artículos 220a (antigua

82.

- 8 OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 29 de diciembre de 2015 (4-3 StE 4/10 - 4 - 1/15). El OLG siguió en esta ocasión la interpretación del BGH y condenó al procesado a cadena perpetua como coautor por el delito de genocidio.
- 9 El Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch, VStGB*) del 26 de junio de 2002 derogó el antiguo tipo penal de genocidio que se encontraba en el art. 220a StGB y lo transfirió al VStGB. Desde entonces, los crímenes internacionales (*core crimes*) se incluyeron como tipos penales entre los art. 6 y 12 de dicho Código. Tanto el art. 220a StGB como el art. 6 VStGB se basan en la definición internacional contemplada en la Convención contra el Genocidio y en el art. 6 del Estatuto de la CPI. Al mismo tiempo, la regla prevista en el art. 120(1) no. 8 GVG fue adoptada y se previó la jurisdicción del OLG por todos los actos contemplados en el VStGB. En todo caso, de acuerdo con el principio de legalidad previsto en el art. 2(1) StGB, aquí se aplican los art. 220a StGB (antigua versión) y 120(1) no. 8 GVG (antigua versión), debido a éstas constituyen las normas vigentes en el momento de los hechos.
- 10 K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law, vol. II, The Crimes and Sentencing* (Oxford: University Press, 2014), p. 2 con más referencias en el pie de página número 9; L. May, *Genocide* (Cambridge et al.: University Press, 2010), p. 1; H. Vest, *Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen?* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006), p. 143; W. Schabas, *The ICC: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford: University

versión) y 27 StGB. Se debe mencionar que la aplicación del Derecho Penal alemán y con él de la jurisdicción alemana surgen del principio de jurisdicción universal, el cual siempre ha sido reconocido para casos de genocidio.¹¹ El OLG encontró probado que la conducta de Gatete y de los demás atacantes cumplió con todos los elementos del crimen de genocidio y que ellos actuaron con la intención (especial) de destruir que es necesaria para que se configure este delito. Con relación a Gatete, el Tribunal se basó en la teoría del “autor detrás del autor”, justificando la imputación como autor mediato (art. 25(1) alternativa 2 StGB) en su posición de liderazgo en la administración pública.¹² Respecto al acusado Rwabukombe, el Tribunal estableció que éste ayudó como cómplice al acto principal realizado por Gatete y los demás atacantes. Sin embargo, el OLG se negó a condenar a Rwabukombe como coautor (*co-perpetrator*). En el Derecho Penal alemán la coautoría (*co-perpetration*) es considerada más grave que la participación (o *secondary participation*), especialmente cuando se trata de la mera asistencia. El Tribunal consideró, desde una perspectiva objetiva, que Rwabukombe no había tenido el control físico del hecho, necesario para ser autor, y, desde una perspectiva subjetiva, que él no actuó con la intención independiente de destruir el grupo étnico de los Tutsi.¹³ De hecho,

Press, 2010), p. 119; C.J.M. Safferling y J. Grzywotz 92 *Juristische Rundschau (JR)* (2016), 186, p. 192.

- 11 De acuerdo con el Derecho actual art. 1 VStGB; de acuerdo con el Derecho anterior aplicable en este caso (art. 2(1) StGB, ver nota al pie 9 incluyendo mi texto) art. 6(1) StGB.
- 12 OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 18 de febrero de 2014 (5 – 3 StE 4/10 – 4 – 3/10), pará. 735.
- 13 OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 18 de febrero de 2014 (5 – 3 StE 4/10 – 4 – 3/10), pará. 747, 763-765. Según el Derecho Penal alemán, para ser condenado como autor el perpetrador debe reunir o cumplir con todos los elementos (objetivos y subjetivos) del crimen (J. Wessels, W. Beulke, and H. Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (45th ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2015), no. 741; U. Murmann, *Grundkurs Strafrecht* (3rd ed., Munich: C.H. Beck, 2015), § 27 no. 18). En consecuencia, tanto el autor directo como el autor mediato o los coautores de un genocidio deben actuar con la intención general de llevar a cabo la conducta (dolo) así como con una intención (especial) de destruir. Si únicamente se actúa con la intención de apoyar y con conocimiento de la intención de destruir del perpetrador principal, solo es posible imponer una sanción a título de complicidad según el art. 27 StGB.

dada la postura (solamente) ambivalente del acusado frente a la destrucción de los Tutsi, el Tribunal consideró que no era posible concluir más allá de la duda razonable que éste hubiera *querido* destruir dicho grupo étnico.¹⁴

3. DECISIÓN DE APELACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL ALEMÁN

La sentencia del OLG de Fráncfort fue atacada por medio de un recurso de casación (*Revision*)¹⁵ presentado por el Fiscal General y por cuatro partes civiles. Según éstos, Rwabukombe no solamente había ayudado a la comisión del genocidio, sino que habría contribuido a su (co)perpetración. Como consecuencia, el 21 de mayo de 2015 el Tribunal Federal (BGH) anuló la sentencia del OLG de Fráncfort y remitió el proceso a una cámara diferente del Tribunal para que fuera resuelto nuevamente. La casación presentada por Rwabukombe fue rechazada por carecer de mérito.

14 OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 18 de febrero de 2014 (5 – 3 StE 4/10 – 4 – 3/10), pará. 227-232.

15 En el proceso penal alemán el recurso de casación (*Revision*) no conduce a una nueva determinación de los hechos, ya que en él se discuten solamente aspectos legales. En consecuencia, como resultado de una casación (*Revision*) no tiene lugar un nuevo juicio. Este recurso se diferencia de la apelación (*Berufung*), ya que esta última permite debatir aspectos fácticos y jurídicos y constituye una segunda instancia en estricto sentido. (C. Roxin y B. Schönemann, *Strafverfahrensrecht* (28th ed., Munich: C.H. Beck, 2014), § 54 no. 1, § 55 no. 1; K. Volk y A. Engländer, *Grundkurs StPO* (8th ed., Munich: C.H. Beck, 2013), § 34 no. 3, § 36 no. 1). En todo caso, el recurso de *Berufung* se diferencia del *appeal* en el procedimiento penal internacional, a pesar de que este último permite revisar errores de hecho y de derecho de la sentencia, de manera que puede ser visto como una especie de “casación extendida” (K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, vol. III, *International Criminal Procedure* (Oxford: University Press, 2016), p. 549-508; see Kirsch, “Verteidigung in Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (JStGH)”, *Strafverteidiger (StV)* 23 (2003), 636-640, p. 637; ver Lundqvist, “Admitting and Evaluating Evidence in the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Appeals Chamber Proceedings”, *Leiden Journal of International Law (LJIL)* 15 (2002), 641-666, p. 655-664; para una evaluación de “*appeal*” como *Berufung*, ver Gless, *Internationales Strafrecht* (2nd ed., Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2015), no. 897-899).

En su análisis el BGH abordó en primer lugar los requisitos de la coautoría. Al respecto, el BGH afirmó que para que esta forma de responsabilidad se dé, no es necesario que el acusado esté presente en el momento en el que el crimen es efectivamente cometido; de hecho, una contribución durante la etapa de preparación sería suficiente.¹⁶ Sobre esta base, el BHG consideró que la valoración realizada en primera instancia por parte del Tribunal contenía errores de Derecho, ya que este no tuvo en cuenta suficientemente que el “acusado, quien en virtud de su posición y rol era una eminente persona con autoridad y respetada, había estado involucrado incluso en la preparación de la masacre”.¹⁷ Frente a esta circunstancia el BGH se enfocó en las reuniones de personas que tenían algún tipo de autoridad y en las que se acordó matar a quienes habían buscado protección en la iglesia y en el hospital, las cuales fueron mencionadas líneas arriba. Además, el BHG se refirió a otras actividades realizadas por Rwabukombe y que fueron significativas para la perpetración del crimen, como por ejemplo las veces en que él exhortó a las personas armadas para que asesinaran a las víctimas, sus preguntas sobre el progreso de la matanza, el traslado – realizado por él mismo – de más atacantes Hutu hacia la iglesia, y, finalmente, el movimiento de más víctimas Tutsi desde el hospital vecino a los terrenos de la iglesia por solicitud suya.¹⁸ Para el BGH estas

16 BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *Juristenzeitung (JZ)* (2016), 103, p. 104 con más referencias: “La aceptación de la coautoría no necesariamente exige la intervención en el suceso principal; incluso una contribución realizada en la etapa de preparación del hecho que es relevante de manera inmediata a la luz del tipo penal [...] puede ser suficiente ” (orig. “Die Annahme von Mittäterschaft erfordert allerdings nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen; es kann sogar ein Beitrag im Vorbereitungsstadium des unmittelbar tatbestandlichen Handelns ... genügen”); con comentarios: Berster 11 *ZIS* (2016), 72; Burghardt 71 *JZ* (2016), 106 (cadena perpetua en el VStGB desactualizada, 108); C.J.M. Safferling and J. Grzywotz 92 *JR* (2016), 186 (crítico con relación a la falta de armonización entre la jurisprudencia alemana y la internacional, 192).

17 BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *JZ* (2016), 103, p. 104 (ver orig: dass der “Angeklagte, der aufgrund seiner Stellung und Funktion eine herausgehobene Autoritäts- und Respektsperson war, bereits in die Vorbereitungen des Massakers eingebunden war”).

18 BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *JZ* (2016), 103, p. 104.

actividades constituyen contribuciones sustanciales e independientes, las cuales van más allá de solamente soportar un acto principal llevado a cabo por otros.¹⁹ En consecuencia, el BGH consideró al acusado como coautor (*direct co-perpetrator*) y al mismo tiempo rechazó la perpetración indirecta fundada en el dominio en virtud de una organización (*Organisationsherrschaft*),²⁰ la cual había sido alegada por el Fiscal General al sustentar la casación.²¹

Con relación a la intención genocida, el BGH – a diferencia del OLG – se concentró en el hecho de que la (al menos) destrucción parcial de los Tutsi pudo haber representado solo un objetivo intermedio, en la medida en que constituía un resultado necesario para que el procesado no perdiera su posición de autoridad.²² Además, el BGH afirmó enfáticamente que era posible derivar el elemento de la intención de manera circunstancial a partir de la importante contribución objetiva que el procesado hizo a los hechos, lo cual debe ser considerado en el contexto de estos eventos como un todo.²³

19 BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 105.

20 Ver BGH, Sentencia del 26 de julio de 1994 (5 StR 98/94), en BGHSt 40, 218-240, p. 233-238.

21 Ver BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 105.

22 BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 105. Ver también G. Werle y F. Jeßberger, *Principles of International Criminal Law* (3rd ed., Oxford et al.: Oxford University Press, 2014), no. 841.

23 BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 105; al respecto K. Ambos, *Internationales Strafrecht* (4th ed., Munich: C.H. Beck, 2014), § 7 no. 148; *ibid.*, nota al pie 10, p. 37-38; C.J.M. Safferling, *Internationales Strafrecht* (Berlin: Springer, 2011), § 6 no. 40; W. Schabas, *Genocide* (2nd ed., Cambridge et al.: Cambridge University Press, 2009), p. 264-267. Ver también ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Sentencia del 3 de febrero de 2015 (2015/4), disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (última visita: 27 de junio de 2016), par. 143-148.

4. ANÁLISIS CRÍTICO

4.1. La forma correcta de intervención

La primera pregunta que surge es si Rwabukombe debe ser considerado como autor (*principal perpetrator*) o como cómplice. Este problema es especialmente significativo debido al grado de la pena a imponer.²⁴ En un primer paso, podemos estar de acuerdo con el BGH en que el acusado – con base en las observaciones del OLG – cumple con los requisitos de la autoría. Sin embargo, con relación a este punto es posible seguir dos caminos diferentes, aunque los dos no son igualmente convincentes: por un lado, de acuerdo con la estructura jerárquica de la perpetración del crimen, el acusado podría ser clasificado como autor mediato (*indirect perpetrator*); pero, por otro lado, siguiendo la argumentación del BGH, podríamos aceptar la coautoría (*direct co-perpetration*) en la ejecución de los actos homicidas, aun cuando el acusado no realizó por sí mismo ninguno de éstos. No solamente la condición de líder que ostentaba el acusado – al lado de Juan-Baptiste Gatete – sino también la influencia concreta que tuvo respecto a la decisión sobre el momento de la comisión de los hechos y la forma en que ellos fueron llevados a cabo parecen hablar en favor de la autoría mediata o perpetración indirecta. De acuerdo con los hallazgos fácticos del OLG, Rwabukombe coordinó y dirigió los actos con la cooperación de Gatete (y posiblemente de otras “personas con autoridad”). Esto sugiere la coperpetración indirecta (*indirect co-perpetration*) tal y como fue reconocida, por ejemplo, por la CPI en el juicio contra *Katanga*.²⁵ El problema con esta posición es que para justificarse a sí

24 De acuerdo con la segunda frase del art. 27(2) StGB, el cómplice puede ser sancionado de forma más benigna que el autor. En cambio, según el art. 26 StGB, el instigador o determinador (segunda forma de participación al lado de la complicidad) debe ser sancionado igual que el autor.

25 ICC, Decision on the Confirmation of Charges, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui* (ICC-01/04-01/07-717), Pre-Trial Chamber I, 30 de septiembre de 2008, pará. 492, 521-522; ver también K. Ambos, “Art. 25”, en O. Triffterer and K. Ambos

misma necesita acudir a la doctrina del dominio de la organización (*Organisationsherrschaft*), con el fin de superar la falta de control de la persona que se encuentra detrás de los hechos cuando las conductas delictivas son llevadas a cabo por perpetradores completamente responsables (“autor detrás del autor”).²⁶ Esto conduce al problema de si la doctrina del dominio de la organización, la cual fue desarrollada en el contexto de jerarquías formales (o terror de Estado), realmente se puede aplicar sin más en casos de jerarquías informales en el contexto de milicias no estatales o incluso, como en el presente caso, cuando se trata de una multitud o turba de civiles.²⁷

Con base en lo anterior, resulta más convincente considerar al acusado como coautor directo o inmediato (*direct co-perpetrator* o *unmittelbare Mittäter*),²⁸ siguiendo lo dicho por el BGH, debido a que su contribución no se limitó solamente a dirigir a los atacantes. Por el contrario, la conducta de Rwabukombe estuvo orientada sobre todo a reforzar directamente los hechos, es decir a asegurar su resultado. De ahí que sea posible atribuirle la condición de pepe-

(eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (3rd ed., Munich: C.H. Beck et al., 2016), no. 14; *ibíd.*, “Zur ‘Organisation’ bei der Organisationsherrschaft”, en M. Heinrich et al. (eds), *Strafrecht als Scientia universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, vol. I* (Berlin et al.: de Gruyter, 2011), 837-852, p. 844-846; G. Werle and B. Burghardt, “Die mittelbare Täterschaft im Völkerstrafrecht”, in R. Bloy et al. (eds), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag* (Berlin: Duncker & Humblot, 2010), 849-864, p. 853, 862-869; T. Weigend, “Perpetration through an Organization. The Unexpected Career of a German Legal Concept”, 9 *Journal of International Criminal Justice (JICJ)* (2011), 91-111, p. 92-94.

26 Sobre esta explicación de la teoría de *Organisationsherrschaft* en el contexto del Derecho Penal Internacional, ver K. Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts* (2nd ed., Berlin: Duncker & Humblot, 2004), p. 590-611; *ibíd.*, *Treatise on International Criminal Law, vol. I, Foundations and General Part* (Oxford: University Press, 2013), p. 154-160; *Ibid.*, “The Fujimori Judgment”, 9 *JICJ* (2011), 137-158, p. 145-157.

27 Al respecto K. Ambos, “Zur ‘Organisation’ bei der Organisationsherrschaft”, nota al pie 25, p. 841-849.

28 *BGH*, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *JZ* (2016), 103, p. 106-107. De acuerdo *Burghardt* 71 *JZ* (2016), 106-7.

trador principal con fundamento en lo que él mismo hizo. En principio, el hecho de que un interviniente se encuentre en los niveles más altos de una organización estructurada jerárquicamente – cuya existencia en este caso es altamente cuestionable tal y como se sugirió líneas atrás – no impide la valoración de acciones individuales como contribuciones funcionales al crimen en cuestión.²⁹ Para la fundamentación de la coautoría resulta entonces crucial probar la existencia de contribuciones esenciales (*key contributions*) al hecho global,³⁰ para lo cual no es necesario realizar demandas exageradas con relación al requisito del dominio (funcional) del hecho.³¹ La intervención en la etapa preparatoria puede ser suficiente,³² especialmente en contextos de macro criminalidad, como ocurre en los crímenes relevantes para el Derecho Penal Internacional, los cuales normalmente son cometidos de manera colectiva y por esto, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de criminalidad ordinaria,³³ suele ser muy difícil identificar contribuciones individuales concretas.

29 Ver W. Joecks, “§ 25”, en W. Joecks and K. Miebach (eds), *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, vol. I* (2nd ed., Munich: C.H. Beck, 2011), no. 227 (“sistema de perpetradores estructurado verticalmente”); E.-J. Lampe, “Tätersystem: Spuren und Strukturen”, 119 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* (2007), 471-517, p. 508-516.

30 ICC, Decision on the Confirmation of Charges, *Prosecutor v. Lubanga* (ICC-01/04-01/06-803), Pre-Trial Chamber I, 29 de enero de 2007, pará. 332, 346-348; ICC, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, *Prosecutor v. Lubanga* (ICC-01/04-01/06-2842), Trial Chamber I, 14 de marzo de 2012, pará. 989-1006; G. Werle and F. Jeßberger, nota al pie 22, p. 540-541; H. Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principles to International Crimes* (Oxford et al.: Hart, 2009), p. 278; K. Ambos, *Treatise on ICL I*, nota al pie 26, p. 150-153; T. Weigend, “Intent, Mistake of Law, and Co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges”, 6 *JICJ* (2008), 471-487, p. 476-480.

31 Ver *BGH*, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *JZ* (2016), 103, p. 104.

32 *BGH*, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *JZ* (2016), 103, p. 104; *OLG Frankfurt am Main*, Sentencia del 29 de diciembre de 2015 (4-3 StE 4/10 - 4 - 1/15), pará. 259; un punto de vista diferente es dado por C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, vol. II* (München: C.H. Beck, 2003), § 25 no. 122.

33 K. Ambos, *Treatise on ICL I*, nota al pie 26, p. 84-86; P. Behrens, “Between Abstract Event and Individualized Crime: Genocidal Intent in the Case of Croatia”, 28 *LJIL* (2015), 923-935, p. 925-929.

A este respecto, con base en los hallazgos del OLG, es posible articular varios argumentos que soportan la coautoría (*co-perpetration*): por un lado, la participación de Rwabukombe en la planeación del ataque teniendo una posición de liderazgo constituye la actividad crucial durante la etapa preparatoria, a partir de la cual se deriva su control sobre la configuración de los hechos.³⁴ Adicionalmente, el traslado de más atacantes a los terrenos de la iglesia y la orden de llevar a los Tutsi que se encontraban en el hospital vecino al patio interior de la misma y por consiguiente a su muerte también confirma que la intervención del procesado constituyó una contribución indispensable y por lo tanto esencial al acto de matar lo más rápido posible a todos aquellos que habían sido reunidos en dicho lugar. Por otro lado, la perpetración directa se puede deducir de la presencia misma del procesado durante los actos homicidas. En este caso, la presencia del procesado y las órdenes que éste dio (junto a las órdenes de otras personas con autoridad) no solamente motivaron a las personas armadas para que continuaran el ataque hasta que murieran todos aquellos que estaban huyendo, sino que también fueron los factores decisivos que llevaron, desde un primer momento, a que dichas personas atacaran. De acuerdo con esto, la presencia del procesado puede ser catalogada como una contribución tan importante y por consiguiente indispensable, de tal manera que puede fundamentar la imputación a título de coautor junto a quienes efectivamente cometieron la matanza. El plan común para cometer el crimen, requerido por esta forma de responsabilidad, es evidente en la decisión de atacar y matar que conecta al procesado y a quienes directamente realizaron los asesinatos. Esta visión es problemática, claro está, dado que entre el procesado y los perpetradores materiales no existía una relación horizontal como ocurre normalmente en la coautoría (*co-perpetration*), pues aquel representaba una figura con autoridad para éstos, tal y como se resalta

34 G. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (2nd ed., Berlin: de Gruyter, 1991), p. 21/49-51; ICC, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, *Prosecutor v. Lubanga* (ICC-01/04-01/06-2842), Trial Chamber I, 14 de marzo de 2012, pará. 1003-1006.

en las dos sentencias. Estas dificultades muestran cómo la clásica teoría alemana sobre intervención, la cual diferencia, por un lado, distintas clases de autoría y, por otro, la participación, es llevada hasta sus límites en casos como este. De todas maneras, no se puede perder de vista que existen razones suficientes para considerar todo el suceso, es decir la masacre de las 400 personas, como un hecho global (*overall crime* o *Gesamttat*) y por lo tanto como el punto de referencia para la imputación.³⁵ Así las cosas, la pregunta relevante es si el procesado es un perpetrador principal (es decir un autor) o secundario (o sea un partícipe) con relación a dicho crimen global; como se ha explicado hasta aquí, la realización de contribuciones directas al crimen global hablaría en favor de la primera posibilidad.

4.2. La destrucción social del grupo étnico de los Tutsi

De forma más o menos incidental, el BGH incluyó la destrucción social de un grupo entre los elementos objetivos del genocidio.³⁶ El BGH siguió en este punto su propia jurisprudencia así como la del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG).³⁷ Sin embargo, se debe recordar que a pesar de las discusiones que tuvieron lugar durante las negociaciones del Estatuto de Roma de la CPI, esta interpretación extensiva no fue incluida

35 Al respecto K. Ambos, “Zur ‘Organisation’ bei der Organisationsherrschaft”, nota al pie 25, p. 845-846. También OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 29 de diciembre de 2015 (4-3 StE 4/10 - 4 - 1/15), pará. 276-280.

36 BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 105.

37 BVerfG, Sentencia del 12 de diciembre de 2000 (2 BvR 1290/99), en 54 NJW (2001), 1848-1853, p. 1850; BGH, Sentencia del 30 de abril de 1999 (3 StR 215/98), en BGHSt 45, 64-91, p. 80; ver también G. Werle, “Die deutsche Rechtsprechung zur Zerstörungsabsicht beim Völkermord und die Europäische Menschenrechtskonvention”, en M. Hettinger et al. (eds.), *Festschrift für Wilfried Küper* (Heidelberg: C.F. Müller, 2007), 675-690; C.J.M. Safferling, “Wider die Feinde der Humanität - Der Tatbestand des Völkermordes nach der Römischen Konferenz”, 41 *Juristische Schulung (JuS)* (2001), 735-739, p. 738; C. Kreß, “§ 6 VStGB”, en W. Joecks and K. Miebach (eds.), *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, vol. VIII* (2nd ed., Munich: C.H. Beck, 2013), no. 71 con más referencias en el pie de página 226.

en dicho Estatuto.³⁸ La destrucción social de un grupo se podría subsumir en los elementos de este crimen si el elemento “grupo [...] como tal” (“*group as such*”) – el cual fue incluido en el § 6 VStGB y en el art. 6 Estatuto de la CPI – se interpreta de manera amplia y la existencia del grupo es reconocida a partir de sus vínculos o relaciones sociales.³⁹ En cualquier caso, el requisito objetivo de la destrucción física del grupo no se ve alterado por este enfoque.⁴⁰

4.3. La intención (especial) de destruir

4.3.1. Enfoque volitivo (purpose-based) o cognitivo (knowledge-based approach)

Para que el requisito de la intención genocida de destruir se cumpla, asumiendo que los hechos fueron perpetrados directamente por el procesado, es necesario que él mismo haya tenido dicha intención, no siendo suficiente solamente el conocimiento al respecto (como ocurre en los casos de complicidad).⁴¹ En cuanto crimen que supone un tipo de intención adicional,⁴² el genocidio requiere

38 Ver ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Sentencia del 3 de febrero de 2015 (2015/4), disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (última visita: 27 de junio de 2016), par. 136; W. Schabas, “Art. 6”, in O. Triffterer and K. Ambos (eds), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (3rd ed., Munich: C.H. Beck et al., 2016), no. 16.

39 K. Ambos, nota al pie 10, p. 39-40 con notas sobre el desarrollo histórico (p. 40); C.J.M. Safferling, nota al pie 23, § 6 no. 38; para una visión diferente ver C. Kreß, nota al pie 37, no. 71-72. Sobre un intento de restricción ver L. Berster, “The Alleged Non-Existence of Cultural Genocide”, 13 *JICJ* (2015), 677-692, p. 682-684; ibid., “Entscheidungsanmerkung. Völkermord in Ruanda – zum Merkmal der Zerstörungsabsicht”, 11 *ZIS* (2016), 72-74, p. 73.

40 Para un recuento detallado ver K. Ambos, nota al pie 10, p. 39-40. Sobre la interpretación ambigua en la jurisprudencia alemana ver ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Radislav Krstic* (IT-98-33-T), Trial Chamber, 2 de agosto de 2001, par. 579.

41 H.-H. Jescheck y Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil* (5th ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996), § 30 III 2; C. Roxin, nota al pie 32, § 26 no. 268-270; R. Reniger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (7th ed., Munich: C.H. Beck, 2015), § 27 no. 114. Ver arriba la nota al pie 13 así como el texto principal.

42 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Cri-*

la intención especial (es decir específica) de destruir por lo menos una parte del grupo en cuestión. Este requisito subjetivo del genocidio constituye una exigencia alta, lo cual se puede constatar en la reciente sentencia proferida por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia con relación al líder serbio Radovan Karadžić, quien fue condenado a título de genocidio “únicamente” por los actos cometidos por sus subordinados en Srebrenica, pero absuelto frente a los hechos que tuvieron lugar en otras comunidades bosnias.⁴³

A este respecto el BGH afirma con base en su propia jurisprudencia⁴⁴ que no es necesario que la intención de destruir constituya la motivación decisiva para llevar a cabo los actos de genocidio, pero que dicha intención debe estar acompañada en todo caso por (o se debe soportar en) la voluntad de alcanzar un resultado particu-

me of Genocide (Croatia v. Serbia), Sentencia del 3 de febrero de 2015 (2015/4), disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (última visita: 27 de junio de 2016), par. 132 (“Es considerado como dolo especial, es decir como una intención específica, la cual, para que se pueda establecer un genocidio, debe estar presente como un elemento adicional a la intención requerida para cada uno de los actos individuales cometidos”); K. Ambos, nota al pie 10, p. 21 con más referencias en el pie de página 144; O. Triffterer, “Genocide. Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as such”. 14 *LJIL* (2001), 399-408, p. 402 (“elemento mental extendido”); W. Schabas, nota al pie 23, p. 270-273.

43 ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Radovan Karadžić* (IT-95-5/18-T), Trial Chamber, 24 de marzo de 2016, par. 2595-2626. Al respecto K. Ambos, “Karadžić’s Genocidal Intent as the only ‘Reasonable Inference’?”, *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 1 April 2016, disponible en <http://www.ejiltalk.org/karadzics-genocidal-intent-as-the-only-reasonable-inference/> (última visita: 27 de junio de 2016); *Ibid.*, “Absicht zum Völkermord?”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (FAZ), 31 de marzo de 2016, disponible en <http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/urteil-im-fall-radovan-karadzic-absicht-zum-voelkermord-14153500.html> (última visita: 27 de junio de 2016).

44 *BGH*, Decisión del 21 de febrero de 2001 (3 StR 244/00), 54 *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* (2001), 2732-2734, p. 2733; también ICC, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest, *Prosecutor v. Al Bashir* (ICC-02/0501/09-3), Pre-Trial Chamber I, 4 de marzo de 2009, par. 139, pie de página 154; C.J.M. Safferling, nota al pie 23, § 6 no. 37; G. Werle and F. Jeßberger, nota al pie 22, p. 841. *OLG Frankfurt am Main*, Sentencia del 29 de diciembre de 2015 (4-3 StE 4/10 - 4 - 1/15) hace énfasis, sin embargo, en que la intención requerida se puede inferir de las circunstancias de un ataque dirigido estructuralmente (par. 225).

lar.⁴⁵ Este enfoque, el cual en el debate internacional se denomina *purpose-based approach*, exige que incluso aquellos perpetradores que se encuentran en la base de una jerarquía determinada claramente posean la intención de destruir. Dicha forma de entender la intención genocida, fundada estrictamente en la voluntad, resulta tan poco convincente como el extremo contrario en donde el requisito de la intención se tiene por cumplido exclusivamente con base en el conocimiento (*knowledge-based approach*). De acuerdo con esta última posición, solamente el conocimiento sobre la intención genocida de quienes están al mando del hecho global es suficiente.⁴⁶ Sin embargo, sobre la base de este enfoque cognitivo, es posible predicar una interpretación teleológica de acuerdo con la cual el conocimiento puede ser suficiente en los niveles más bajos de una organización, pero se debe agregar un elemento volutivo a medida que se asciende a través de los distintos niveles jerárquicos.⁴⁷ En consecuencia, se puede asumir un doble estándar, de acuerdo con el cual, cuando se trata de los líderes de un grupo u organización, se debe exigir la intención en el sentido de voluntad dirigida a un propósito específico o a producir un resultado, mientras que cuando se trata de quienes actúan directamente y bajo la dirección de aquellos

45 *BGH*, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *JZ* (2016), 103, p. 105. También C.J.M. Safferling y J. Grzywotz 92 *JR* (2016), 186, p. 189; Burghardt 71 *JZ* (2016), 106, p. 107-108.

46 A.K.A. Greenwalt, "Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation", 99 *Columbia Law Review (ColLR)* (1999), 2259-2294; H. Vest, *Genozid durch organisatorische Machtapparate* (Baden-Baden: Nomos, 2002), p. 101-110; C. Kreß, nota al pie 37, no. 82; O. Triffterer, "Kriminalpolitische und dogmatische Überlegungen zum Entwurf gleichlautender 'Elements of Crimes' für alle Tatbestände des Völkermordes", en B. Schünemann et al. (eds), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, 1415-1446, p. 1440-1441; L. Berster, "Entscheidungsanmerkung. Völkermord in Ruanda – zum Merkmal der Zerstörungsabsicht", 11 *ZIS* (2016), 72-74, p. 72. Sobre la regulación de este punto en el contexto de la CPI ver "Discussion Paper proposed by the Coordinator, Article 6: The crime of genocide", UN Doc. PCNICC/1999/WGEC/RT.1.

47 K. Ambos, nota al pie 10, p. 27-38; *ibíd.*, "What does 'intent to destroy' in genocide mean?", 91 *International Review of the Red Cross (IRRC)* (2009), 833-858, p. 854-858; al respect ver también H. Uertz-Retzlaff, "Zwanzig Jahre in Den Haag. Erfahrungen einer Staatsanwältin", 10 *ZIS* (2015), 532-536, p. 535; crítico al respecto C. Kreß, nota al pie 37, no. 83 ("abierto a interpretación").

sería suficiente el conocimiento sobre la idoneidad de los actos en cuanto medio para la destrucción del grupo.

4.3.2. Objetivos finales e intermedios

En el caso que se comenta, el BGH siguió el denominado *purpose-based approach* con relación a todos los niveles jerárquicos, pero, al mismo tiempo, aceptó la intención de destruir a través del concepto de objetivos intermedios. Así, para aceptar que efectivamente existió la intención de destruir, sería suficiente con que ésta constituyera un objetivo intermedio en el camino hacia un resultado final pretendido por el perpetrador.⁴⁸ Según el OLG, la preservación de la posición de poder (como “alcalde”) constituyó el objetivo final del procesado.

Aquí, el BGH se está moviendo en el terreno de la doctrina tradicional sobre el elemento volitivo del dolo. Desde 1961 el BGH estableció que la intención (o elemento volitivo del dolo) también incluye objetivos intermedios a no ser que éstos no sean deseados por el autor.⁴⁹ Este tribunal confirmó recientemente esta opinión.⁵⁰

48 BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 105. Ver también S. Gless, nota al pie 15, no. 821; G. Werle y F. Jeßberger, nota al pie 22, p. 841.

49 BGH, Sentencia del 23 de febrero de 1961 (4 StR 7/61), en BGHSt 16, 1-7, p. 6 (“Sin embargo, si [...] la ganancia patrimonial (en el contexto del art. 263 StGB) constituye un resultado deseado y previsto de su conducta fraudulenta y patrimonialmente dañosa, entonces su conducta también se explica en función de dicha ganancia” – orig. “Ist ihm aber ... der Vermögensvorteil (i.R.d. § 263 StGB) als sicher vorausgesehener und gewollter Erfolg seines täuschenden und vermögensschädigenden Verhaltens erwünscht, so kommt es ihm auch auf diesen Vorteil bei seinem Handeln an”).

50 BGH, Sentencia del 11 de diciembre de 2014 (3 StR 265/14), en 34 Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (wistra) (2015), 311, p. 320 (“La obtención de una ganancia no debe haber sido la finalidad única, decisiva o preponderante, tampoco debe haber sido el objetivo perseguido en primera línea. Es suficiente cuando la ventaja o ganancia es perseguida por el autor al lado de otros objetivos o como un medio necesario para alcanzar otro objetivo subyacente” – orig. “Die Vorteils Erlangung muss weder der einzige, der entscheidende, der überwiegende, noch der in erster Linie verfolgte Zweck gewesen sein. Es genügt vielmehr, wenn

Sin embargo, no parece del todo adecuado equiparar la consecución de un objetivo final por medio de la producción de un resultado u objetivo solamente intermedio (como en este caso) con la realización de ese objetivo intermedio. Esta ecuación puede ser convincente si el perpetrador persigue o se esfuerza en sentido volitivo por conseguir el objetivo intermedio necesario, es decir, si efectivamente lo desea.⁵¹ Empero, en la medida en que el perpetrador no quiera producir el resultado intermedio de manera explícita, no es posible afirmar que éste actúa “con intención” con relación a dicho resultado.

En este caso, a pesar de que el OLG consideró que el asesinato de los Tutsi constituía un resultado necesario desde el punto de vista del procesado, no hizo ninguna consideración con relación al aspecto volitivo y, en particular, no determinó si el procesado deseaba o no dicho resultado (intermedio). El BGH aceptó, de la misma manera, que el asesinato de los Tutsi (resultado intermedio) constituía un medio necesario para que Rwabukombe preservara su posición de poder (objetivo final).⁵² El problema radica en que

der Vorteil vom Täter neben anderen Zielen oder als notwendiges Mittel für einen dahinter liegenden Zweckerstrebt wird”).

- 51 Con relación al tipo penal de estafa en el art. 263 StGB, W. Perron, “§ 263”, en A. Schönke and H. Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch* (29th ed., Munich: C.H. Beck, 2014), no. 169; también R. Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil I* (18th ed., Munich: C.H. Beck, 2016), § 13 no. 238: “también la búsqueda de objetivos intermedios necesarios [...] a los que se ha apuntado al mismo tiempo como una plataforma indispensable [...]” (orig. “ebenso das Streben nach notwendigen Zwischenzielen ..., die gleichsam als unentbehrliche Plattform anvisiert wurden...”); para una visión diferente ver K. Kühl, “§ 263”, en K. Lackner y K. Kühl (eds.), *Strafgesetzbuch* (28th ed., Munich: C.H. Beck, 2014), no. 58: “según la cual es suficiente cuando el autor busca una ventaja en cuanto medio para otro objetivo, pero no es suficiente cuando dicha ventaja solamente es un resultado necesario de la conducta o deseado por el autor” (“wonach es genüge, wenn der Täter den Vorteil als Mittel für einen anderweitigen Zweck anstrebe, es jedoch nicht genüge, wenn der Vorteil nur notwendige oder sogar dem Täter erwünschte Folge des Verhaltens ist”).
- 52 *BGH*, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *JZ* (2016), 103, p. 105 (“si la destrucción [...] representó para el acusado un medio necesario con el fin de alcanzar un objetivo subyacente –la preservación de su posición en el sistema estatal de Ruanda”, orig. “... ob die Zerstörung ... sich für den Angeklagten als not-

esto no necesariamente significa que el procesado tuvo la intención específica de destruir que exige el genocidio, ya que es posible que el resultado intermedio haya sido aceptado solamente en el sentido del *dolo eventual*.⁵³ De acuerdo con el principio *in dubio pro reo*, en caso de duda se debe aceptar esta última posibilidad.

4.3.3. Irrelevancia de los motivos

El tema de la relevancia de los motivos, el cual no fue tratado por el BGH, está estrechamente relacionado con la pregunta sobre el punto de referencia de la voluntad (*purposeful will*) de alcanzar un resultado específico. Si bien los objetivos intermedios pueden estar cubiertos por la intención (o dolo) con relación al objetivo final, por lo menos a través de la figura del dolo eventual, por regla general no ocurre lo mismo con los motivos que generan o justifican un acto concreto. Esto, debido a que mientras la intención se refiere a la pregunta de si el perpetrador actuó consciente o deliberadamente, los motivos proveen información sobre las razones específicas por las que se realizó una conducta (¿el “por qué?”), pero no afectan el aspecto psicológico del acto.⁵⁴

Respecto a los elementos del crimen de genocidio, esto significa que el perpetrador debe actuar con la intención de destruir un grupo completamente o en parte, pero las razones (motivos) que tuvo

wendiges Mittel für einen dahinter liegenden Zweck – die Erhaltung seiner Stellung im staatlichen System Ruandas – darstellte”).

53 Sobre esta forma de elemento subjetivo propia del *civil law* ver K. Ambos, *Treatise on ICL I*, nota al pie 26, p. 119, 276-8.

54 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Sentencia del 3 de febrero de 2015 (2015/4), disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (última visita: 27 de junio de 2016), Separate Opinion Judge Bhandari, pará 49-50; K. Ambos, nota al pie 10, p. 40 con más referencias sobre la jurisprudencia de los tribunals *ad hoc*; P. Behrens, nota al pie 33, 923-935, p. 932-934; ver también A. Zahar and G. Sluiter, *International Criminal Law* (Oxford: University Press, 2007), p. 180; G.W. Mugwanya, *The Crime of Genocide in International Law* (London: Cameron May, 2007), p. 155-156.

para hacerlo, como por ejemplo sus creencias racistas, son irrelevantes.⁵⁵ En consecuencia, en el caso de Rwabukombe, el objetivo (o razón) de preservar cierta posición o cierto grado de poder político no impide aceptar que éste actuó con la intención de destruir. Es lamentable que el BGH no haya analizado explícitamente este punto.

55 K. Ambos, nota al pie 10, p. 40; G.W. Mugwanya, nota al pie 53, p. 232; B. Lüders, nota al pie 10, p. 145; una visión alternativa ha sido propuesta por W. Schabas, nota al pie 42, p. 294-306; C. Kreß, nota al pie 37, no. 90; una visión diferente es dada en L. Berster, "Entscheidungsanmerkung. Völkermord in Ruanda – zum Merkmal der Zerstörungsabsicht", 11 *ZIS* (2016), 72-74, p. 74.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO
EICHMANN*

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo se centrará principalmente en algunas cuestiones jurídicas del proceso contra Eichmann, basándose en trabajos anteriores¹ y presentando tres tesis. *La primera tesis* – en la única que me referiré al libro de Hannah Arendt – es que en el proceso Eichmann vimos por primera vez, al menos explícitamente en este tipo de casos de macrocriminalidad², un enfrentamiento entre los actores jurídicos, los “insiders” (es decir: el fiscal, el juez y la defensa) y los observadores externos, los “outsiders” (por ejemplo: los historiadores, antropólogos, etc.). *La segunda tesis* es que el Estado de Israel, en ese entonces recién fundado, demostró en el caso Eichmann que era capaz de llevar a cabo un proceso justo (*fair trial*), en circunstancias en que otros Estados fueron incapaces de hacerlo. Debemos recordar que Eichmann no era un criminal ordinario, de hecho, había sido el organizador del Holocausto. *La tercera tesis* que me gustaría plantear es que, en el campo de la autoría y la

* Traducción del inglés y portugués a cargo de Diego Fernando Tarapués Sandino y María Cecilia Dómine.

1 Cfr. Ambos, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, en particular p. 182 ss. También hay una versión resumida y actualizada en español: *La parte general del derecho penal internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2005, reimpr. Temis, Bogotá, 2006, p. 216 ss.; y en Portugués: *A parte geral do direito penal internacional. Bases para uma elaboração dogmática*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 250 ss.

2 Véase el concepto de macrocriminalidad en Jäger, H., *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989.

participación, la sentencia es bastante confusa con respecto a la responsabilidad de Eichmann en relación con su participación en la empresa criminal de la “Solución Final”.

2. OUTSIDERS VS. INSIDERS Y JUICIO JUSTO

No hay mucho que decir acerca de mis dos primeras tesis, ya que ambas son bastante evidentes. *La primera tesis puede ser comprobada mediante el análisis de los testimonios de los operadores judiciales del proceso, los cuales aún están vivos. En efecto, en una entrevista reciente*³ Gabriel Bach, *el fiscal israelí del proceso, declaró:*

“Yo no sabía nada de Hannah Arendt antes de que ella llegara. Llegó unos días antes del proceso, y me dijeron: es una filósofa llegada de Estados Unidos. Hannah Arendt, quiere escribir algo en contra del proceso (antes de que comenzara). Eso fue un poco raro para mí, y le he dicho que estoy dispuesto a encontrarme con ella y que podíamos hablar sobre los problemas que ella pudiera tener. Después de dos días recibí la respuesta: ella no estaba dispuesta a hablar con nadie de la fiscalía. Nuevamente me sorprendió, quiero decir, no debe aceptar lo que decimos, pero que no estaba dispuesto a hablar con nadie de la fiscalía, era algo extraño. Sin embargo, a continuación, di instrucciones, para que no solamente pudiera estar presente todos los días, sino también para que pudiera consultar todos los documentos, tanto de la defensa como de la acusación, de tal modo que pudiera formarse una idea sobre cualquier problema que pudiera llegar a tener.

Y luego escribió este libro. [...] Que ha expresado no sólo ideas extrañas, y en realidad muchos de los documentos que se citan, [...] se han tergiversado por completo. [...] Entre otras cosas, es-

³ Los extractos son una traducción del alemán de una entrevista dada por Bach en *Deutschlandradio Kultur*, 7.4.2011, disponible en <http://www.dradio.de/dkultur/sendungen/thema/1431281/> (consultado el 24.1.2012).

cribió, por ejemplo, que retratamos a Eichmann de una manera muy oscura, lo que reduciría la culpa de Hitler y Himmler. Ella escribe esto en aquel libro. Por supuesto, algo ridículo. Es claro que Hitler y Himmler eran culpables, ellos fueron los que concibieron la idea. Eichmann fue el responsable de la ejecución. Pero el hecho de que él fuera tan fanático y de que por esta misma razón se le mantuviera durante todo ese tiempo como responsable de la sección judía, no reduce la culpa de aquellos que tomaron anteriormente las decisiones principales.

Todas estas cosas son realmente muy extrañas y difícilmente pueden ser aceptadas. [...] Es absolutamente erróneo afirmar que él sólo cumplía o ejecutaba órdenes simplemente de manera banal. Nosotros conseguimos demostrarlo realmente en este proceso”.

Parece entonces que Hannah Arendt no quería saber (ni mucho menos entender) la perspectiva de los operadores judiciales. Según este último, representado por Bach, Hannah Arendt hizo un retrato errado del juicio, incluso distorsionando la “verdad” del juicio. Este enfoque ha sido igualmente objeto de crítica en un libro publicado dos años después del fallo⁴.

Obviamente esto es sólo una parte de la verdad. De hecho, el punto de vista estrictamente jurídico no era de interés para Hannah Arendt. Ella trata de comprender el fenómeno Eichmann como “banalidad del mal”, es decir, como un representante del sistema nazi que sólo pudo existir y funcionar debido a la existencia de muchas personas banales, tan mediocres como el propio Eichmann, que formaban el engranaje del sistema e incluso se habían convertido en piezas imprescindibles en la maquinaria de destrucción nazi⁵.

4 Cfr. Robinson, J., *And the crooked shall be made straight: The Eichmann Trial, the Jewish catastrophe and Hannah Arendt's narrative*, Macmillan, New York, 1965.

5 Para una defensa de Arendt y un análisis de la expresión “*banality of evil*”, véase recientemente Luban, D., *Hannah Arendt as a theorist of international criminal law*,

Evidentemente, la crítica de Hannah Arendt fue causa de mucha inquietud entre los fiscales, pero es importante reconocer las diferencias de perspectiva. En este sentido, su punto de vista proviene de afuera del proceso (*outsider*) y, además, no se centró en las cuestiones técnicas (los asuntos penales del proceso), sino que se enfocó sólo en los aspectos sociológicos, psicológicos y antropológicos. Ambas perspectivas son legítimas y cumplen funciones importantes, aunque diferentes. Las dos perspectivas reflejan la tensión entre la visión externa interdisciplinaria, y la visión jurídica interna de un tribunal penal, que sólo trata de determinar si el acusado es o no culpable⁶.

En cuanto a *mi segunda tesis*, vale la pena recordar que el Estado de Israel ha demostrado una gran independencia en el caso Eichmann, lo que garantiza que Eichmann tuvo un juicio justo⁷. A Eichmann se le permitió elegir a cualquier abogado (alemán) que él quisiera, fuera nazi o no⁸. El propio Fiscal Bach recordó que, en su primer encuentro con Eichmann, le informó de su derecho a guardar silencio y a tener un abogado⁹. Existe un amplio consenso en la gran cantidad de literatura jurídica sobre el proceso (especialmente en inglés y alemán) que Eichmann tuvo un juicio justo¹⁰.

International Criminal Law Review, 11 (2011), p. 621 ss. (621), que establece que la crítica a Arendt: “raises questions that are still relevant today”.

6 Véase recientemente Birn, R., “Criminals as manipulative witnesses: A case study of SS General von dem Bach-Zelewski”, *Journal of International Criminal Justice* (“*JICJ*”), 9 (2011), p. 444 ss., que alude a la “[...] inherent tension between historical narratives and legal requirements” (p. 474).

7 Sobre la detención de Eichmann en Buenos Aires y la reparación posterior de la violación de la soberanía argentina, cfr. Ambos, K., *Der Allgemeine Teil*, (supra nota 1) p. 190. Sobre la doctrina de “*male captus, bene detentus*”, que es relevante en este contexto, cfr. PAULUSSEN, C., *¿Male captus bene detentus? Surrendering suspects to the International Criminal Court*, Antwerp, Intersentia, 2010.

8 Eichmann fue defendido por el Dr. Robert Servatius (cfr. Taylor, T., *Die Nürnberger Prozesse*, 2. ed., Heyne, München, 1996, p. 496; Große, C., *Der Eichmann-Prozess zwischen Politik und Recht*, M: Lange/ Frankfurt, 1995, p. 22).

9 En la versión completa de la entrevista (supra nota 3), la cual no es reproducida en la *website* anteriormente indicada.

10 Ver las referencias en Ambos, *Der Allgemeine Teil*, (supra nota 1), en nota al pie n. 110.

Esto no puede ser sobreestimado, dado el hecho de que en estos casos siempre existe el peligro de que a los acusados se les prive de sus derechos más básicos y se les aplique un Derecho penal del enemigo¹¹.

3. EL TIPO DE RESPONSABILIDAD APLICADA A EICHMANN: AUTOR PRINCIPAL, CÓMPLICE U ¿OTRA FIGURA DE IMPUTACIÓN MÁS?

La *fairness* del proceso también puede demostrarse por medio de las teorías de la parte general aplicadas para fundamentar la imputación del holocausto nazi a Eichmann. Desafortunadamente, esta parte de la sentencia – y esta es mi *tercera tesis* – es bastante confusa.

En primer lugar, la Corte de Jerusalén no consideró suficiente, para fundamentar la responsabilidad penal de Eichmann, el hecho de que éste había pertenecido a organizaciones declaradas criminales por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg¹², es decir, rechazó la responsabilidad por la mera pertenencia. Recordemos que Eichmann era el jefe de la sección IV B 4 de la Oficina Central de Seguridad del Reich (*Reichssicherheitshauptamt*), una oficina que resultó de la fusión de los servicios de seguridad del partido nazi y de la policía de seguridad del Estado nazi (*Gestapo*). En el ejercicio de esta función, Eichmann organizó y coordinó la deportación de los judíos

11 Este fenómeno se discute exhaustivamente en Cancio Meliá, M./Gómez-Jara Diez, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid / BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2006, que incluye un artículo mío en el volumen I, pp. 119-162.

12 Eichmann fue un miembro del SS (*Schutzstaffel*), del SD (*Sicherheitsdienst*) y de la *Gestapo*, todas declaradas como organizaciones criminales por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg. El cuerpo de dirección política del partido nazi (*Korps der Politischen Leiter der NSDAP*) también fue declarado como organización criminal. El SA (*Sturmabteilung*), el gobierno del imperio y la junta militar bajo el alto comando de *Wehrmacht* no fueron considerados como criminales (Internationaler Militärgerichtshof, *Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Gerichtshof Nürnberg*; Internationaler Militärgerichtshof, 1947, Volumen 1, pp. 286-314).

a los campos de concentración. No obstante, la Corte consideró que fue necesario para Eichmann haber actuado con miras a la comisión de delitos, es decir, que había tomado una conducta activa más allá de la mera pertenencia a una organización criminal¹³.

Con esta declaración, la Corte adoptó un enfoque mucho más garantista que el Derecho penal de la mayoría de las democracias occidentales, en donde se tipifica como delito la mera pertenencia a organizaciones criminales o terroristas¹⁴. De hecho, en términos generales, el Derecho penal israelí tipifica como delito también la pertenencia por medio de cuatro delitos con variaciones en su denominación, en la carga de la prueba y en las sanciones¹⁵.

El segundo aspecto significativo que demuestra que el juicio fue justo (*fair trial*) se relaciona con el tema de la *conspiracy*. Aquí hay que tener en cuenta el hecho de que el Derecho penal israelí está

13 En este sentido, el fallo señala: “*The Prosecution had to prove the Accused’s membership in these organizations – and this membership is not in dispute – and in addition that the Accused took part in the commission of crimes, as a member of these organizations – and this has been proved*”. Cfr. “*District Court of Jerusalem, case of Adolf Eichmann, 12 December 1961*”, *International Law Reports*, 36, p. 5-276, parágrafo 215 (énfasis del autor).

14 Véase el estudio profundo de Morozinis, I., *Dogmatik der Organisationsdelikte: eine kritische Darstellung der täterschaftlichen Zurechnungslehre in legalen und illegalen Organisationsstrukturen aus strafrechtsdogmatischer und rechtstheoretischer Sicht sowie ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.

15 Los delitos se encuentran en las secciones 58 y 85 del (*Emergency*) *Defence Regulations 1945*, sección 3 de la *Prevention of Terrorism Ordinance No. 3 of 5708-1948*, y sección 147 del Código Penal israelí de 1977. La Corte Militar israelí de apelaciones interpreta la “pertenencia” incluyendo la pertenencia nominal-pasiva (Appeal no. 7\68 Baransi v. The Military Prosecutor, Collection [of the Military Court of Appeal] 2, 62, at 67 [1968]). Además, se resolvió que la mera intención de unirse a una organización ilegal es suficiente para la condena (Appeal no. 8\70 Baransi v. The Military Prosecutor, Collection 3, 7, at 30 [1970]). Recientemente, la Corte Suprema de Israel ha interpretado “la pertenencia a una organización terrorista” en el contexto de la detención preventiva de los “combatientes ilegales”. La Corte hizo un esfuerzo para limitar el alcance de este término, señalando que: “... *it is insufficient to show any tenuous connection with a terrorist organization in order to be included within the cycle of hostilities in the broad meaning of this concept*” (CrimA 6659/06 A. v. The State of Israel, 11 June 2008, para. 21 of Justice Beinisch’s judgement).

fuertemente influenciado por el *common law* inglés¹⁶ y que los conceptos de Derecho penal de la Europa continental adquirieron cierta importancia sólo después del juicio de Eichmann¹⁷. La influencia del Derecho inglés explica por qué la fiscalía utilizó el concepto del *common law* de la *conspiracy* en el caso contra Eichmann. Sin embargo, la Corte rechazó este concepto, por razones de prueba, y aplicó un concepto bastante estrecho de *conspiracy* exigiendo “más que el mero consentimiento”¹⁸.

Esto nos conduce al punto de la responsabilidad individual utilizado realmente por la Corte para condenar a Eichmann, es decir, la autoría de Eichmann o la participación (secundaria) en los hechos criminales. Para empezar, tenemos un problema terminológico aquí. Dado que el fallo fue escrito originalmente en la lengua oficial del Estado de Israel, el hebreo, y ya que muy pocas personas pueden leer en hebreo, la gran mayoría de los analistas se han basado en la versión en inglés¹⁹ o en otra versión traducida²⁰. Esto puede ayudar a explicar la confusión terminológica de esta parte de la sentencia con relación al modo de responsabilidad (forma de comisión o par-

16 Cfr. “*District Court of Jerusalem*”, supra nota 13, párrafo 189: “[...] in conformity with the rules of English Common Law, from which they are derived [...]”.

17 Esto se debió principalmente a Sheneor Zalman Feller, un judío de origen rumano, jurista en la práctica y profesor en Bucarest, que había emigrado a Israel en 1964 y se convirtió en profesor de la *Hebrew University* (HU) en 1967. Él introdujo algunos conceptos originarios del Derecho rumano y soviético (puesto que ejerció también como fiscal en la Unión Soviética) y fue supervisor de doctorado de Mordeachi Kremnitzer y Miri Gur Arye, que más tarde se convirtieron en profesores de la HU y que fueron muy influyentes en algunas reformas legales (agradezco al profesor Mir Gur Arye por compartir esta información conmigo).

18 En este sentido, el fallo señala: “*We do not consider that a person who consents to the perpetration of a criminal act or acts (for this is the essence of the conspiracy), makes himself ipso facto liable, without any additional ground of responsibility, as actual perpetrator of all those acts. [...] Such responsibility demands [...] something more than mere consent, such as soliciting, aiding, abetting, and even in the extreme case of common purpose [...] at least the presence of the Accused at the commission of the crime*”. Cfr. “*District Court of Jerusalem*”, supra nota 13, párrafo 188.

19 Originalmente publicada en el *International Law Reports* (supra nota 13).

20 Hay una versión alemana en Less, A.W. (org.), *Schuldig: das Urteil gegen Adolf Eichmann*, Athenäum, Frankfurt, 1987.

ticipación secundaria). La Corte utiliza palabras diferentes que son inconsistentes y contradictorias: por un lado, se dice que Eichmann es un cómplice²¹. En este sentido, tendemos a pensar en el concepto de “cómplice” que existe en la Europa continental. Sin embargo, en el *common law* y en el Derecho inglés *complicity* puede implicar más que la mera asistencia o cooperación en el delito principal como normalmente se entiende en la mayoría de los sistemas del *civil law*²². El término *accomplice* también puede entenderse en el sentido de un coautor, el cual es una persona que actúa “con otro” (art. 25 (3) (a) Estatuto de la CPI), o como el “colaborador necesario” del Derecho penal español²³.

El fallo también habla del *principal offender*²⁴ – en terminología clásica del *common law*, *principal of first degree* – que en los

-
- 21 “District Court of Jerusalem, case of Adolf Eichmann, 12 December 1961” (supra nota 13), parágrafo 194: “[...] everyone who acted in the extermination of Jews, knowing about the plan for the Final Solution and its advancement, is to be regarded as an accomplice in the annihilation of the millions who were exterminated [...]”.
- 22 Si bien Ashworth, A., *Principles of Criminal Law*, 6th ed., OUP, Oxford, 2009, p. 404 ss., parece entender “*complicity*” en el sentido de complicidad o en otras formas de participación secundaria (“*principal is a person whose acts fall within the legal definition of the crime, whereas an accomplice is anyone who aids, abets, counsels, or procures a principal. [...] Two persons can be co-principals, so long as together they satisfy the definition of the substantive offence and each of them inflicted wounds on the victim with the required fault, for example*”), Ormerod, *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 13th ed, OUP, Oxford, 2011, p. 190 s. no hace una distinción tan clara (“*The distinction between a joint principal and an aider or abettor is sometimes a fine one. [...], the test would be: did D2 by his own act contribute to the causation of the actus reus? If he did, he is a principal*”).
- 23 De conformidad con el artículo 28 (2) del Código Penal español, “[l]os que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado” también califican como autores. Véase, recientemente a favor de una introducción en Alemania, Díaz y García, M., “*Der Einfluss der Roxinschen Täterschaftstheorie (insbesondere betreffend die Mittäterschaft) auf die spanische Rechtslehre und Rechtsprechung*”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* (“GA”) 158, (2011), pp. 259, 282 ss.
- 24 “District Court of Jerusalem, supra nota 13”, parágrafo 194: “His responsibility is that of a ‘principal offender’ who perpetrated the entire crime in co-operation with the others”. Aquí la Corte compara este tipo de responsabilidad con la responsabilidad de dos personas que colaboran en la falsificación de un documento (*Ibid.*: “Two persons may collaborate in the forging of a document, each one of them forging only a part of the document”).

sistemas del *civil law* sería el autor material o directo que comete el delito – en el sentido más estricto – con sus propias manos. Sin embargo, en el *common law* se utiliza el término *principal* solamente en contraposición al *secondary participant*, es decir, la persona que desempeña un papel menos importante en la ejecución del delito. Aquí queda también claro que la Corte no adopta el modelo diferenciado o dualista de participación (*Differenzierungsmodell*), el cual distingue entre las diferentes formas de participación en el nivel de atribución de responsabilidad (como, por lo menos terminológicamente, en el art. 25 (3) del Estatuto de la CPI²⁵, es decir, distinción entre formas de autoría [directa, con otro o por conducto de otro] y formas de participación secundaria [instigación y complicidad])²⁶, sino que utiliza el sistema unitario de autor (*Einheitstätermodell*)²⁷, el cual considera cualquier contribución causal para el resultado criminal sin importar la forma específica de coparticipación²⁸.

La cuestión de la forma correcta y precisa de imputación de la responsabilidad es particularmente relevante, dado el hecho de que Claus Roxin desarrolló la teoría del dominio del hecho (*Tatherrschaft*) por medio de un aparato organizado de poder (*Organisationsherrschaft*) alrededor de la misma época en que tuvo lugar el juicio de Eichmann (en la década de 1960), tomando los hechos del caso como un ejemplo. Sin embargo, el Tribunal de Jerusalén no hizo uso de esta teoría. De hecho, no se podía tener tan siquiera cono-

25 Véase sobre las diferentes formas de participación del art. 25 (3) del Estatuto de la CPI, Ambos, K., “Article 25”, en O. Triffterer (ed.), “Commentary of the Rome Statute of the ICC”, 2nd. ed., 2008, 743 ss.

26 Una forma de participación adicional es el ya mencionado (supra nota 23) “colaborador necesario” del Derecho penal español.

27 “District Court of Jerusalem”, supra nota 13, parágrafo 197: “[...] we wish to emphasize that in any case the Accused is regarded as committing the crime itself [...] whether he committed an act in order to facilitate or to aid another in carrying out the extermination [...], or whether he counselled or solicited others to exterminate [...]”.

28 En cuanto a los diferentes tipos de autor unitario, véase el trabajo reciente de Rotsch, T., “Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, p. 131 ss. y *passim*.

cimiento sobre ésta, ya que el trabajo de Roxin sólo se publicó con posterioridad al juicio (en 1963)²⁹. En su lugar, la responsabilidad de Eichmann fue determinada con relación a su participación en la “Solución Final”, es decir, cualquier tipo de participación, independientemente de su forma concreta (bien sea un tipo de autoría o una forma de participación secundaria), fue considerada suficiente. En efecto, aunque se rechazó un tipo puro de responsabilidad organizacional o colectiva, el punto de referencia fue la empresa colectiva de la “Solución Final”. Lo anterior se deduce a partir de dos consideraciones. Por un lado, ello se puede inferir a través de las diversas referencias a la “Solución Final” en el fallo³⁰. Por otro lado, el juicio se refiere al aparato organizado de poder nazi en el que Eichmann participó deliberadamente³¹. Finalmente, Eichmann es considerado como responsable al igual que cualquier persona que

29 Roxin publicó su artículo fundamental sobre “*Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*” en GA, 110 (1963), pp. 193-207 (para una versión al inglés, véase “*Crimes as Part of Organized Power Structures*”, JICJ 9 [2011], pp. 191-205). Obviamente, él ya había trabajado sobre el artículo antes y por eso el desarrollo de su teoría fue efectivamente paralelo al juicio de Eichmann que finalizó con el fallo del 12 de diciembre de 1961. La primera edición del trabajo de Roxin para su *Habilitation (Täterschaft und Tatherrschaft)*, en la cual la teoría del dominio del hecho fue en términos generales más desarrollada se publicó en 1963 (8° ed. del 2006); sobre la “*Organisationsherrschaftslehre*”, véase p. 242 ss. de aquel libro.

30 Por ejemplo: “[...] *all the acts perpetrated during the implementation of the Final Solution of the Jewish Question are to be regarded as one single whole, and the Accused’s criminal responsibility is to be decided upon accordingly [...]*”, “*District Court of Jerusalem*”, supra nota 13, parágrafo 190. “*Hence, the Accused will be convicted (if no justification for his acts are found) of the general crime of the ‘Final Solution’ in all its forms, as an accomplice to the commission of the crime, and his conviction will extend to all the many acts forming part of that crime, both the acts in which he took an active part in his own sector and the acts committed by his accomplices to the crime in other sectors on the same front*”, *Ibíd.*, parágrafo 195.

31 En este sentido, el fallo señala: “*It was therefore clear from the outset that a complicated apparatus was required to carry out the task. Everyone who was let into the secret of the extermination, from a certain rank upwards, was aware, too, that such an apparatus existed and that it was functioning, although not everyone of them knew how each part of the machine operated, with what means, at what pace, and not even at which place. Hence, the extermination campaign was one single comprehensive act, which cannot be divided into acts or operations carried out by various people at various times and in different places. One team of people accomplished it jointly at all times and in all places*”, *Ibíd.*, parágrafo 193.

a sabiendas participó en la empresa criminal nazi del Holocausto³².

Por lo tanto, podemos concluir que la Corte argumentó básicamente que aquel tipo de macrocrímenes en cuestión deben ser tratados de acuerdo con su naturaleza específica. La estructura ordinaria de las formas individuales de imputación (distinción entre autoría y participación) no refleja adecuadamente esta naturaleza específica, es decir, no sirve en este contexto, ya que ignora la relación especial entre la criminalidad sistémica y la individual en un contexto macrocriminal. Si bien está claro que el Derecho penal internacional debe preocuparse principalmente de la macrocriminalidad y que al Derecho penal nacional normalmente le concierne lo referente a la delincuencia individual y común, los límites entre los niveles sistémico e individual no son siempre claros. Mientras que el Derecho penal nacional, ordinariamente, en cualquier nivel y, de cualquier forma, siempre apunta al autor individual, es claro que el Derecho penal internacional no puede ignorar los trasfondos políticos, sociales, económicos y culturales de los sucesos criminales (*the crime base*). Por lo tanto, va mucho más allá del establecimiento de

32 En este sentido, el fallo señala: “*But more important than that: In such an enormous and complicated crime as the one we are now considering [the final solution, K.A.], wherein many people participated at various levels and in various modes of activity – the planners, the organizers and those executing the acts, according to their various ranks – there is not much point in using the ordinary concepts of counselling and soliciting to commit a crime. For these crimes were committed en masse, not only in regard to the number of the victims, but also in regard to the numbers of those who perpetrated the crime, and the extent to which any one of the many criminals were close to, or remote from, the actual killer of the victim, means nothing as far as the measure of his responsibility is concerned. On the contrary, in general, the degree of responsibility increases as we draw further away from the man who uses the fatal instrument with his own hands and reach the higher ranks of command, the ‘counsellors’ in the language of our Law. As regards the victims who did not die but were placed in living conditions calculated to bring about their physical destruction, it is especially difficult to define in technical terms who abetted whom: he who hunted down the victims and deported them to a concentration camp, or he who forced them to work there*”, *Ibid.*, parágrafo 197 (énfasis del autor); “[...] even if we view each sector of the implementation of the Final Solution separately, there was not one sector wherein the Accused did not act in one way or another, with a varying degree of intensiveness, so that this alternative way would also lead us to find him guilty all along the front of extermination activities”, *Ibid.*, parágrafo 198.

la mera responsabilidad individual. También parece claro que los niveles individual y sistémico no son mutuamente excluyentes, sino que más bien se complementan entre sí; un enfoque parcial sobre el uno o sobre el otro no permitiría tomar completamente en cuenta las complejidades de la macrocriminalidad.

Si bien Eichmann fue condenado en últimas como un *principal offender*, con base en sus diversos actos de apoyo y colaboración en la “Solución Final”, la Corte argumentó en favor de un tipo de responsabilidad colectiva o de organización. De hecho, el razonamiento de la Corte nos recuerda el concepto de empresa criminal conjunta (*joint criminal enterprise*), que ha experimentado una especie de resurgimiento en el *case law* de los Tribunales *Ad Hoc* de la ONU, especialmente en el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (“ICTY”)³³. Sin embargo, no se debe olvidar que este concepto ha sido muy criticado en la doctrina³⁴ y es aún rechazado por la Corte Penal Internacional³⁵.

Volviendo al concepto de dominio del hecho por medio de un aparato organizado de poder (*Organisationsherrschaft*), la cuestión central sigue siendo – y este tema no fue analizado en el juicio con-

33 La doctrina de la *joint criminal enterprise* (*jce*) fue introducida por primera vez en el caso *Tadic*, Appeals Chamber Judgment, 15.7.1999 (IT-94-1-A), parágrafo 172 ss.; recientemente véase, *Prosecutor v. Gotovina et al.*, Trial Judgment 15.4.2011 (IT-06-90-T), parágrafo 1950 ss.; cfr. Ambos, K., *Internationales Strafrecht*, 3rd ed., C.H. Beck, München 2011, § 7, números marginales (nm.) 30-31, con referencias a la jurisprudencia y al *case law*.

34 Cfr. Ambos, K., “*Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility*”, *JICJ*, t. 5 (2007), pp. 159-183; (versión en español en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, 2ª época, t. 19, 2007, pp. 39-78); véase también, AMBOS, K., *Internationales Strafrecht*, supra nota 33, § 7, nm. 32, con más referencias.

35 Cfr. Lubanga Decision on the Confirmation of Charges, ICC 01/04-01/06, Jan 27, 2007, para. 329, 334-335 (discutiendo sobre la *jce* bajo el “enfoque subjetivo” y rechazándola); véase también *Mbarushimana Decision on the Confirmation of Charges*, ICC 01/04-01/10, Dec. 16, 2011, para. 280-2 (refiriendo a la *jce* y declarando en términos generales que las formas de responsabilidad admitidas por la ICTY no pueden ser aplicadas automáticamente ante la Corte Penal Internacional, sin embargo, aplicando el estándar de “contribución significativa” a la *jce*).

tra Eichmann – si una persona como Eichmann, perteneciente a un régimen intermedio, en el nivel organizacional, puede tener dominio del hecho en el significado de esta teoría. A este respecto, ya había dicho anteriormente en mi trabajo de *Habilitation* que:

“(…) Visto detenidamente no se puede negar que sólo el vértice de la organización, que regularmente está constituido formalmente como consejo de defensa nacional, como junta o también como mero gobierno, puede ejercitar un dominio absoluto por medio de y sobre el aparato organizado de poder que de él depende. Además, esta instancia representa al Estado de manera especial y carga con la responsabilidad por posibles injerencias en los derechos fundamentales, a cuya abstención el ciudadano tiene derecho frente al Estado. Todo otro poder es solamente derivado y por ello su ejercicio le es imputable a la conducción del Estado. Sólo el dominio de la conducción del Estado no puede ser bloqueado desde arriba o perturbado de cualquier otra forma. Por el contrario, tal “perturbación” es del todo posible en un funcionario de nivel alto o medio como Eichmann: Sus órdenes de transportar a los judíos en los campos de concentración podrían haber sido retiradas o anuladas en todo momento por sus superiores. Del mismo modo, su poder de mando sobre los ejecutores directos podría haber sido impedido sin problemas por sus superiores, pues en última instancia los autores directos no eran responsables ante Eichmann, sino ante los vértices de la conducción del nacionalsocialismo. (...)”³⁶

“(…) Se debe decir, por tanto, que el dominio por organización podrá fundamentarse sin duda alguna sólo respecto de aquellos hombres de atrás del Estado, cuyo poder de mando y cuyas órdenes no pueden sin más ser retiradas o anuladas, es decir, respecto de aquellos que en este sentido dominan y gobiernan “sin perturbación alguna”. Según lo dicho, esto es así sólo respecto

36 Ambos, K., Parte General, supra nota 1, p. 231 (notas de pie de página omitidas).

del propio vértice de la organización en un gobierno formalmente constituido y, en casos excepcionales, también respecto de la conducción de las fuerzas de seguridad militares o policiales (“los generales”) que se encuentran fuera del gobierno civil. Además, su capacidad de dominar la organización se ha de suponer, sin más, cuando éstos gobiernan por sí solos o cuando pertenecen al gobierno. (...)”³⁷

“(...) Por el contrario, los autores que no pertenecen al vértice de la organización, pero sí por ejemplo al nivel medio de conducción, poseen dominio de la organización dentro del aparato a lo sumo respecto de sus subordinados. Ellos no dominan todo el aparato, sino a lo sumo una parte de éste. Este dominio parcial justifica su consideración como autores mediatos al menos respecto de la parte de los sucesos bajo su dominio. Por otra parte, su dependencia del vértice de la organización parece hablar en contra de una autoría mediata y en favor de una coautoría fundada en la división funcional del trabajo. Sin tal división del trabajo de ningún modo se hubiera podido realizar la “Solución Final”. Tampoco hubiera podido funcionar tan eficientemente la maquinaria de exterminio de un campo de concentración como Auschwitz, en particular bajo la orden y supervisión del comandante de campo Höß. (...)”³⁸

37 *Ibid.*, p. 232

38 *Ibid.*, p. 232. Véase también un trabajo anterior de mi autoría, “*Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate - Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze*”, GA 145 (1998), pp. 226-245 (versión en español, *inter alia*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, 2º Parte, t. 3, 1999, pp. 133-165), en donde (p. 238) me abstengo de ir “más allá del empleado intermedio a la Eichmann”. Para un análisis de la reciente aplicación de la doctrina respecto al ex presidente peruano Alberto Fujimori, véase Ambos, K., “*The Fujimori Judgment: A President’s Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus*”, JICJ 9 (2011), 137-158; en castellano: “*El juicio a Fujimori: Responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado*”, Revista de Derecho Penal y Criminología (Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho). 3era Época, no. 5 (2011), 229-272; ver también

En un artículo más reciente de mi autoría, en conmemoración del cumpleaños número ochenta de Claus Roxin (celebrado el 15 de mayo de 2011), escribí lo siguiente:

“Cuando, en cambio, se coloca a esto último en el centro de la imputación penal y se comprende el dominio de la organización como dominio sobre o a través de la organización (en su conjunto), un dominio parcial como en la relación que se da entre los destinatarios de las órdenes y los que las emiten en las posiciones intermedias no puede ser suficiente para la fundamentación del dominio de la organización. Los intervinientes con “dominio parcial” en la macrocriminalidad que a la vez reciben e imparten órdenes son (en todo caso) coautores. El eventual déficit de equiparación de rango con relación a los destinatarios de sus órdenes (quienes podrán ser autores directos) debe verse como su déficit de dominio frente a la cúspide de la organización dado que ello es lo que impide en última instancia su dominio (total) de la organización. Únicamente sucederá otra cosa, esto es, un dominio de la organización de estas personas en el sentido aquí establecido (sobre la organización en conjunto) si lo relacionamos con un sistema criminal complejo dentro del cual varias sub-organizaciones u organizaciones subordinadas intervienen de manera independiente y que, por lo tanto, también pueden ser dominadas autónomamente.”³⁹

En cualquier caso, parece evidente –y aquí la Corte de Jerusalén acertó– que las formas comunes de autoría y participación no pueden sencillamente aplicarse a los actos cometidos en el contexto macrocriminal. Como esta criminalidad se caracteriza por una com-

Ambos/Meini (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*. Lima (Ara), 2010.

39 Ambos, K., “Sobre la “organización” en el dominio de la organización”, *InDret* (Revista para el análisis del derecho) 3/2011 (julio de 2011), www.indret.com (la versión original en alemán se publicó en Schünemann, B., et al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, De Gruyter, Berlin, 2011, 837-852 (851).

binación de estructuras individuales y colectivas de imputación⁴⁰ y, además de esto, por una organización que planifica, coordina y que finalmente lleva a cabo los actos criminales, debemos colocar a esta última en el centro de nuestras atenciones. Como lo sostuve en el libro homenaje a Roxin:

“El aparato organizado de poder como “sistema de injusto compuesto” es – en el sentido de la dicotomía de Lampe – al mismo tiempo parte y motor del “injusto del sistema”. De este modo, se encuentra en el centro de la imputación penal y “colectiviza” – propiamente en el sentido de la ya reconocida doble imputación (colectiva-individual) del Derecho penal internacional (principio de imputación del hecho colectivo: “*Zurechnungsprinzip Gesamttat*”) – la perspectiva clásica individual del Derecho penal. El vértice de la organización se sirve de la funcionalidad del aparato para la realización del injusto del sistema, aquella actúa, a través del aparato, conjuntamente con los autores inmediatos para la consecución del fin organizativo supraindividual al cual se hallan subordinados en última instancia todos los miembros de la organización.”⁴¹

Puede así surgir una nueva perspectiva sobre la *Organisationsherrschaft*. La cuestión central que se debe explorar más a fondo radica en si esta forma de imputación puede incluirse en el sistema ordinario de imputación de la responsabilidad como un tipo de autoría mediata, o si debe ser concebida de manera autónoma, como una forma independiente de imputación para ser aplicada en casos de macrocriminalidad.

40 Cfr. Ambos, K., supra nota 33, § 7, nm. 10 ss.

41 Ambos, K., supra nota 39, pp. 13-14 (en la versión original en alemán, pp. 847-848, notas de pie de página omitidas).

-X-

TRASFONDOS POLÍTICOS Y JURÍDICOS DE LA SENTENCIA CONTRA EL EX-PRESIDENTE PERUANO ALBERTO FUJIMORI*

1. INTRODUCCIÓN

El 7 de abril de 2009 la Sala Penal Especial (en adelante la Sala Especial) de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (CSJ) condenó mediante sentencia de primera instancia al ex-presidente Alberto Fujimori Fujimori a una pena de 25 años de privación de libertad, la cual fue confirmada en segunda instancia el 30 de diciembre de 2009 por la Primera Sala Transitoria (en adelante la Sala Transitoria) de la Corte Suprema de Justicia¹. Fujimori fue encontrado culpable de homicidio calificado de 25 personas y de lesiones graves de 4 víctimas, a causa de los sucesos cometidos en Barrios Altos (noviembre de 1991) y La Cantuta (julio de 1992), crímenes cometidos por las fuerzas de seguridad peruana, como también debido al secuestro agravado en dos casos (abril y julio de 1992) en el caso de Sótanos SIE (Servicio de Inteligencia del

* Agradezco a Florian Huber por su indispensable ayuda en la redacción de este artículo. Traducción del alemán a cargo de Diego Fernando Tarapués Sandino. Revisión del Prof. Dr. Ivan Meini, Lima y del autor.

1 Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial (CSJ-SPE), Exp. No. AV 19-2001 (acumulado), 7 de abril de 2009, Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE, disponible en: <http://www.pj.gob.pe/noticias/noticias.asp?codigo=10410&opcion=detalle> (el 3 de abril de 2010); Suprema de Justicia de la República del Perú, Primera Sala Penal Transitoria (CSJ-PSPT), Exp. No. 19-2001-09-AV, 30 de diciembre de 2009; disponible en: <http://www.pj.gob.pe/Corte-Suprema/spe/index.asp?opcion=inicio> (el 3 de abril de 2010).

Ejército).² La Sala Especial y la Sala Transitoria fundamentaron la responsabilidad penal de Fujimori en su rol como autor mediato en virtud del dominio de la voluntad en un aparato de poder organizado.³

En este trabajo deben ser tratados prioritariamente los fundamentos políticos y jurídicos del proceso contra Fujimori, tomando en cuenta en particular la discusión internacional. Para ello, en principio, se trata la extensa impunidad en las violaciones de Derechos Humanos durante la presidencia de Fujimori (acápito I), luego es presentada la importancia e influencia de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación peruana (CVR) y de la jurisprudencia interamericana en el proceso Fujimori (II) así como los procedimientos previos de extradición entre Chile y Perú (III), para finalmente concluir el artículo con unos comentarios (dogmáticos) a la sentencia aquí mencionada (IV).

2. IMPUNIDAD EN LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS DURANTE LA PRESIDENCIA DE FUJIMORI

Alberto Fujimori, ingeniero y profesor de matemáticas⁴ de nacionalidad peruana y japonesa, fue elegido el 29 de julio de 1990

2 CSJ-SPE, (*supra* n. 1), Parte IV Decisión, Fallo, párrafo 821 y ss.

3 CSJ-SPE, (*supra* n. 1), Parte III Capítulo II, La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, párrafo 718-748.

4 Tuve la oportunidad de conocer personalmente a Fujimori en su calidad de rector de la Universidad Agraria La Molina en Lima en el año de 1988. Fujimori moderaba en aquel tiempo un programa político bastante popular en la televisión peruana y me pidió una entrevista en su Universidad para hacerme algunas preguntas acerca de la legislación terrorista (alemana) para aquel programa nocturno (Investigación que realizaba en ese entonces por encargo de la ONG “Comisión Andina de Juristas”, cfr. Ambos, Terrorismo y Ley, Lima 1989). Esa conversación me quedó como un recuerdo vivo, porque ya desde aquel entonces salía a la luz pública los rasgos autoritarios de Fujimori: La conversación se desarrolló más bien como un incómodo interrogatorio que como un diálogo y después de haber dado respuesta a todas las preguntas, Fujimori me despidió sin mas palabras y sin tan siquiera preguntar cómo volvería a mi domicilio en Lima.

como político *outsider* en la presidencia del Perú.⁵ Después de la reelección en dos ocasiones (1995 y 2000), en su tercer mandato sólo estuvo hasta noviembre de 2000, debiendo abandonar el país en dirección hacia Japón a consecuencia de un escándalo de corrupción. Desde allí, renunció el 17 de noviembre al cargo por medio de Fax.⁶

Tras su elección como presidente en el año de 1990, Fujimori estableció reformas económicas⁷ y una lucha radical contra los grupos insurgentes activos desde inicios de la década de los ochenta, Sendero Luminoso (SL) y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru⁸ (MRTA).⁹ Uno de sus más grandes éxitos fue la detención de Abimael Guzmán (“Presidente Gonzalo”), el legendario líder de SL, el 12 de septiembre de 1992; aquella captura condujo a un considerable debilitamiento de la organización.¹⁰ Pese a este éxito,

5 Fujimori's Controversial Career, BBC News, 25 de junio de 2001, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/705482.stm> (consultado el 3 de abril de 2010).

6 Fujimori: Decline and Fall, BBC NEWS, 18 de septiembre de 2000, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/1031752.stm> (consultado el 3 de abril de 2010).

7 Al respecto, véase: Bruce Kay, “Fujipopulism” and the Liberal State in Peru, 1990 - 1995, *Journal of Interamerican Studies and World Affairs* 38 (1996), pp. 55-68; Susan Stokes, *Democratic Accountability and Policy Change: Economic Policy in Fujimori's Peru*, *Comparative Politics* 29 (1997), pp. 209-226.

8 Council on Foreign Relations, *Shining Path, Túpac Amaru (Peru, leftists)*, 27 de agosto de 2009, <http://www.cfr.org/publication/9276/> (“Both organizations operated most forcefully in the 1980s and early 1990s, when Peru's government fought a costly war against both insurgencies, but disproportionately the Shining Path.”) (consultado el 3 de abril de 2010); en total 69.200 personas fueron víctimas del conflicto entre 1980 hasta el 2000, de los cuales en el 46% de los casos SL fue responsable y en el 30% las instituciones del Estado, véase: Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR), *Informe Final, Anexo 2, Estimación total del número de víctimas*, <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/Tomo%20-%20ANEXOS/ANEXO%202.pdf> (consultado el 3 de abril de 2010).

9 Al respecto, véase: Inter-American Commission of Human Rights (IACHR), *Annual Report 1993*, OEA/Ser.L/V.85 Doc. 9 rev., 11 de febrero de 1994, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/93eng/chap.4d.htm> (consultado el 3 de abril de 2010).

10 Annette Fingscheidt, *Der Krieg im anderen Land, Perus Aufarbeitung von zwanzig Jahren Gewalt und Menschenrechtsverletzungen*, p. 12, <http://www.menschenrechte.org/beitraege/lateinamerika/PERUDerKriegImAnderenLand.pdf> (consultado el 3 de abril de 2010).

el gobierno de Fujimori continuó en los siguientes años su política autoritaria y represiva en la lucha contra el “terrorismo”¹¹ y eso devino en la violación sistemática de Derechos Humanos.¹² El régimen crecientemente corrupto e infiltrado por el servicio secreto, tomó al Estado y a sus instituciones cada vez más bajo su control.¹³ Fujimori concentró en su persona el poder político y ejerció también directamente – como comandante supremo de las fuerzas armadas, de las agencias secretas de inteligencia y policía – control militar sobre las instituciones estatales.¹⁴ La dirección de las operaciones del servicio secreto se hizo a cargo de la agencia central de inteligencia SIN (Servicio de Inteligencia Nacional) bajo la dirección de facto de Vladimiro Montesinos, un asesor cercano de Fujimori. En el año de 1991 esta autoridad fundó, con la colaboración del presidente, el mal afamado comando especial paramilitar Colina,¹⁵ cuya tarea principal consistía en la eliminación física de presuntos miembros del SL.¹⁶ Este grupo llevó a cabo, entre otras cosas, las operaciones

-
- 11 John Hamilton, *The Fall of Fujimori: A Diplomat’s perspective*, Fletcher Foreign. World Affairs 30 (2006), pp. 191-212 (192).
 - 12 Amnesty International, *Peru/Japan: Alberto Fujimori ex-president of Perú must be brought to justice*, 21 de octubre de 2001, <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR46/017/2001/en/f68b86d0-d8cc-11dd-ad8c-f3d4445c118e/amr460172001en.pdf> (consultado el 3 de abril de 2010).
 - 13 Human Rights Watch, *Probable Cause - Evidence Implicating Fujimori*, Vol. 17, No. 6 (B), diciembre de 2005, p. 4.
 - 14 CSJ-SPE (*supra* n. 1), Parte II Capítulo III, párrafo 207 ss. y párrafo 745.
 - 15 CSJ-SPE (*supra* n. 1), Parte II Capítulo VII (El Destacamiento Especial de Inteligencia Colina), párrafo 324 ss. El grupo Colina estuvo integrado a la SIE, la cual a su vez estaba subordinada a la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINTE), sujeta formalmente a la Jefatura del Estado Mayor del Ejército (JEMGE); pero informaba a Montesinos quien conducía la SIN, que coordinaba todas las actividades de inteligencia. Bajo la dirección del SIN, el SIE prestó ayuda logística a Colina, mientras la DINTE fue la responsable de los planes operativos y de la financiación de Colina; viendo por la estructura y funciones de las autoridades de inteligencia y seguridad, CSJ-SPE (*supra* n. 1), Parte II Capítulo V (El Servicio de Inteligencia Nacional), pp. 259 ss., y Capítulo VI (La Dirección Nacional de Inteligencia y el Servicio de Inteligencia del Ejército), pp. 272 ss.
 - 16 CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafo 663 (“Ello determinó un contexto institucional y político que posibilitó una estrategia, en un sector concreto de la lucha contra la subversión terrorista, de eliminación física de presuntos terroristas – que es el caso de los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta (...)”) y párrafo 745 (“La estrategia

en los casos Barrios Altos y La Cantuta; en el primero fueron asesinados presuntos miembros del SL, en el segundo, 14 personas en la Universidad Nacional la Cantuta fueron secuestradas y más tarde ejecutadas.¹⁷

Tras aumentar las tensiones con el Congreso, el cual se opuso a una serie de medidas del gobierno en la “lucha contra el terrorismo”, el gobierno de Fujimori llevó a cabo en la noche del 5 al 6 de abril de 1992, con el apoyo de las fuerzas armadas y de una gran parte de la población¹⁸, un golpe de Estado (así llamado auto-golpe) para dejar sin efecto la Constitución, el Congreso, la Corte Suprema de Justicia y para disolver otros órganos estatales y establecer un gobierno de emergencia.¹⁹ Después de una intensa crítica internacional se aprobó en 1993 una nueva Constitución, la cual, sin embargo, fue considerada como insuficiente en el restablecimiento de la democracia con las garantías jurídico-estatales necesarias.²⁰

específica acordada para ello fue la identificación, ubicación, intervención y eliminación física de los integrantes y simpatizantes de los grupos terroristas.”).

- 17 Rudolph Brandes, *Who's Afraid of Universal Jurisdiction?; The Fujimori Case*, *Southwestern Journal of International Law* 15 (2008-2009), pp. 123-140 (124); acerca de la responsabilidad del Grupo Colina por otras acciones, véase: CSJ-SPE (*supra* n. 1), Parte II Capítulo XIII (Otros Delitos del Destacamento Especial de Inteligencia Colina), pp. 483 ss.
- 18 Véase: Eduardo González Cueva, *The Peruvian Truth and Reconciliation Commission and the challenge of impunity*, en: Roht-Arriaza/Mariezcurrena (coords.), *Transitional justice in the twenty-first century: beyond truth versus justice*, Cambridge (Cambridge University Press) 2006, pp. 70-93, 72 (“with the assent of most of the population”).
- 19 Al respecto, véase: María McFarland Sanchez-Moreno, *When a Constitution is a Constitution: Focus on Peru*, *NYU Journal of International Law and Politics* 33 (2000-2001), pp. 561-616 (564 ss.).
- 20 M. McFarland Sanchez-Moreno (*When a Constitution is a Constitution: Focus on Peru*, *NYU Journal of International Law and Politics* 33 [2000-2001], pp. 561-616 [579]) en este sentido habla de una “Democradura” (579); Cfr. de Velaúnde López de Romaña, *Diez Temas Fundamentales sobre la Administración de Justicia*, en: Comisión Andina de Juristas (coord.), *Reforma del Estado. Reforma de la Constitución*, Lima 2005, p. 77 (78: “La Constitución regía solamente aparentemente.”).

Después, a consecuencia del golpe de Estado en abril de 1992, la encomendada comisión de investigación parlamentaria tuvo que abandonar el trabajo de las investigaciones en el caso Barrios Altos, iniciando más tarde la justicia nuevas investigaciones en los casos La Cantuta y Barrios Altos.²¹ Como respuesta a eso, en primer lugar, la ley Nr. 26291 del 10 de febrero de 1994 (también conocida como la Ley Cantuta) fue modificada en lo concerniente a las mayorías requeridas en los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la militar, para poder asignar de esta manera las investigaciones en el caso La Cantuta a los tribunales militares.²² Cuando en 1995 comenzó una nueva investigación en el caso Barrios Altos, fue aprobada en el Congreso, el 15 de junio de 1995, la ley 26479²³, una ley que concedió una amnistía general a los miembros del Ejército y de la Policía por los delitos cometidos en relación con la lucha contra el terrorismo. El artículo 1 de la ley establece una:

“(...) amnistía general al personal Militar, Policial o Civil, cualquiera que fuere su situación Militar o Policial o Funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los Fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde Mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente Ley”.²⁴

Cuando la juez encargada del caso Barrios Altos cuestionó la

21 Al respecto, véase: Lisa LaPlante, *Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes*, *Virginia Journal of International Law* 49 (2008-2009), pp. 915-984 (947, 952).

22 McFarland Sanchez-Moreno (*supra* n. 20) p. 594.

23 Véase: “Normas Legales”, *Diario Oficial El Peruano*, Lima, 15 de Junio de 1995.

24 Véase: K. Ambos, *Impunidad y derecho penal internacional*, Buenos Aires (Ad-hoc) 1999, p. 160. En el mismo libro (p. 126 ss.) se encuentra también un análisis internacional y constitucional, entre otras cosas, de estas leyes de amnistía en la región.

constitucionalidad de la amnistía general,²⁵ la ley (sic!) 26492 del 2 de julio de 1995²⁶ ordenó que las disposiciones de amnistías eran compatibles con las obligaciones internacionales y que la justicia en consecuencia debía cumplir forzosamente la ley de amnistía y su validez no podía ponerse en cuestión con recursos legales.²⁷ Con eso terminaron las investigaciones hasta la renuncia de Fujimori.

3. IMPORTANCIA E INFLUENCIA DE LA COMISIÓN DE LA VERDAD Y LA RECONCILIACIÓN DEL PERÚ Y DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA EN EL PROCESO PENAL CONTRA FUJIMORI

Después de que Fujimori abandonara el país, se designó un gobierno de transición a cargo del presidente interino Valentín Paniagua; el cual, con apoyo de una oposición democrática mayoritaria en el Congreso, preparó el retorno del Perú a la democracia por medio de nuevas elecciones para julio de 2001. Bajo el gobierno de Paniagua se instaló el 2 de junio de 2001 la Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Perú (CVR).²⁸ La Comisión compuesta por 12 Comisionados²⁹ tuvo la función “(...) de esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los Derechos Humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado, así como proponer iniciati-

25 Dan Kuwali/ Juan Pérez-Leon Acevedo, *Smokescreens - A Survey of the Evolving Trends in Amnesty Laws in African and Latin America*, *Malawi Law Journal* 2 (2008), pp. 115-134 (128).

26 Véase: «Normas Legales», *Diario Oficial El Peruano*, Lima, 2 de julio de 1995.

27 Elisabeth Salmón, *Reflections on international humanitarian law and transitional justice: lessons to be learnt from the Latin American experience*, *International Review of the Red Cross* 88 (2006), pp. 327-353 (334).

28 Decreto Supremo N°. 065-2001-PCM del 2 de junio de 2001, <http://www.planintegraldereparaciones.gob.pe/pdf/DS%20065-2001-PCM.pdf> (consultado el 3 de abril de 2010).

29 Artículo 4 del Decreto Supremo N°. 065-2001-PCM, modificado a través del artículo 2 del Decreto Supremo No. 101-2001-PCM del 4 de septiembre de 2001 (*supra* n. 28).

vas destinadas a afirmar la paz y la concordia entre los peruanos.”³⁰

Al mismo tiempo, la CVR tuvo el encargo de investigar las causas políticas, sociales y culturales de la violencia terrorista, fomentar el esclarecimiento de los hechos a través de instituciones jurídicas, elaborar propuestas de reparación y crear los respectivos mecanismos de ejecución de las reparaciones.³¹ Con respecto a los delitos cometidos tuvo que investigar los homicidios, desapariciones forzadas, secuestros, torturas, violaciones de derechos colectivos de los grupos indígenas y otros delitos graves.³²

Después de dos años, el 28 de agosto de 2003, la CVR presentó su informe final al público.³³ Ahí ella describe el contexto, causas, razones y consecuencias del conflicto interno, el rol de los actores armados, de los partidos políticos y de las instituciones, casos representativos de sucesos violentos y el modo y manera de la perpetración sistemática de las graves violaciones a los Derechos Humanos, así como los daños físicos y psíquicos causados a las víctimas.³⁴ Finalmente, la CVR hizo propuestas para la reforma institucional y

30 Artículo 1 del Decreto Supremo N°. 065-2001-PCM (*supra* n. 28): “Créase la Comisión de la Verdad encargada de esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los Derechos Humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado, así como proponer iniciativas destinadas a afirmar la paz y la concordia entre los peruanos.”

31 Artículo 2 del Decreto Supremo N°. 065-2001-PCM (*supra* n. 28).

32 Artículo 3 del Decreto Supremo N°. 065-2001-PCM (*supra* n. 28): “La Comisión de la Verdad enfocará su trabajo sobre los siguientes hechos, siempre y cuando sean imputables a las organizaciones terroristas, a los agentes del Estado o a grupos paramilitares: a) Asesinatos y secuestros; b) Desapariciones forzadas; c) Torturas y otras lesiones graves; d) Violaciones a los derechos colectivos de las comunidades andinas y nativas del país; e) Otros crímenes y graves violaciones contra los derechos de las personas.”

33 CVR (*supra* n. 8), Informe Final, <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php> (consultado el 3 de abril de 2010).

34 En el trabajo de la Comisión, véase: Javier Ciurlizza/ Eduardo González, Verdad y justicia desde la óptica de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, en: Lisa Magarrell/ Leonardo Filippini (coords.), El legado de la verdad, La justicia penal en la transición peruana, New York (ICTJ) 2006, pp. 85 ss.

la preparación de un programa de reparaciones. En cuanto a la persecución penal de las graves violaciones a los Derechos Humanos, la CVR realizó investigaciones para el esclarecimiento de 73 casos concretos y representativos y recomendó a las autoridades retomar las investigaciones penales en 47 casos y, de ser el caso, castigar a los “autores”.³⁵ Además, la CVR pudo identificar responsables.³⁶ Así, con respecto a la responsabilidad de Fujimori se llegó a la conclusión de que: “La CVR posee indicios razonables para afirmar que el presidente Alberto Fujimori, su asesor Vladimiro Montesinos y altos funcionarios del SIN tienen responsabilidad penal por los asesinatos, desapariciones forzadas y masacres perpetradas por el escuadrón de la muerte denominado «Colina».”³⁷

Ante todo, las Leyes de Amnistía No. 26.479 y 26.492 de 1995 fueron criticadas fuertemente por Organizaciones de Derechos Humanos nacionales e internacionales (gubernamentales y no gubernamentales).³⁸ Además, estuvieron pendientes hasta el año 2000 aproximadamente 300 casos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos³⁹ que tuvo una influencia decisiva en el proceso de transición del Perú y en el proceso penal contra Fujimori.⁴⁰ Por

35 Eduardo Vega Luna, La responsabilidad penal de los agentes del Estado, en: Magarell/Filippini (*supra* n. 34), p. 105.

36 Acerca de los requisitos y condiciones para el nombramiento de responsables en el informe final de una comisión de la verdad, véase: Michael Freeman, Truth Commissions and Procedural Fairness, Cambridge (Cambridge University Press) 2006, p. 268 ss.

37 CVR (*supra* n. 8), Informe Final, Tomo VIII, Conclusiones Generales, “La CVR posee indicios razonables para afirmar que el presidente Alberto Fujimori, su asesor Vladimiro Montesinos y altos funcionarios del SIN tienen responsabilidad penal por los asesinatos, desapariciones forzadas y masacres perpetradas por el escuadrón de la muerte denominado «Colina».” párrafo 101, <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/TOMO%20VIII/CONCLUSIONES%20GENERALES.pdf> (consultado el 3 de abril de 2010).

38 Amnesty International, Amnesty laws consolidate impunity for human rights violations, 23 de febrero de 1996; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Annual Report 1996, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev., 14 de marzo de 1997, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/96eng/chap.5c.htm> (consultado el 3 de abril de 2010).

39 González Cueva (*supra* n. 18), 91.

40 Con mayor detalle en: Clara Sandoval, The Challenge of Impunity in Peru: The

eso, el 9 de julio de 1999 el gobierno de Fujimori quiso extraer la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) sobre el Perú,⁴¹ sin embargo, esto requiere, según la opinión de la CorteIDH, una renuncia previa –no efectuada por Perú– de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.⁴² Entre 1995 y 2007, la CorteIDH se pronunció sobre 22 casos de violaciones a la Convención Interamericana de Derechos Humanos por el Perú, de las cuales 18 se habrían producido durante la presidencia de Fujimori. Después de que fueron presentados y admitidos los casos de Barrios Altos y La Cantuta, la CorteIDH se pronunció sobre el caso Barrios Altos en marzo de 2001, seis meses luego de finalizar el régimen de Fujimori y tres meses antes de la instalación de la CVR, señalando que Perú es responsable por los acontecimientos en litigio. Aparte, la Corte fijó que:

“(…) son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los Derechos Humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (...) La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnis-

Significance of the Inter-American Court of Human Rights, *Essex Human Rights Review* 5 (2008), <http://www.ehrr.org/> (consultado el 3 de abril de 2010).

- 41 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, comunicado Nr. 21/99 del 9 de julio de 1999, <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/English/1999/21-99.htm> (consultado el 3 de abril de 2010); Cfr. James Cavallaro/Stephanie Erin Brewer, *Re-evaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court*, *American Journal of International Law* 102 (2008), pp. 768-827 (789).
- 42 CorteIDH, *Caso Ivcher-Bronstein v. Perú. Competencia. Sentencia del 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párrafo 56; Caso Tribunal Constitucional v. Perú. Competencia. Sentencia del 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párrafo 55.*

tía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma.”⁴³

Al respecto de las consecuencias jurídicas de dicha declaración de nulidad efectuada por la autoamnistía peruana, la CorteIDH aclaró:

“(…) Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.”⁴⁴

43 CorteIDH Caso Barrios Altos v. Perú. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrafo 41-42; Cfr. CorteIDH, Caso La Cantuta v. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párrafo 152. Acerca de la antijuricidad internacional de tales autoamnistías con especial referencia a Sudamérica, véase en Ambos (*supra* n. 4), pp. 236 ss.

44 CorteIDH, Barrios Altos (*supra* n. 43), párrafo 44.

El 29 de noviembre de 2006 – paralelo al procedimiento de extradición peruano-chileno contra Fujimori (a continuación, en el acápite III) – la CorteIDH condenó al Estado peruano en el caso La Cantuta por los secuestros y homicidios cometidos por el grupo Colina. La Corte determinó que el grupo Colina:

“(…) era un grupo adscrito al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) que operaba con conocimiento de la Presidencia de la República y del Comando del Ejército. Tenía una estructura jerárquica y su personal recibía, además de sus remuneraciones como oficiales y sub-oficiales del Ejército, dinero para gastos operativos y retribuciones económicas personales en carácter de bonificación. El Grupo Colina cumplía una política de Estado consistente en la identificación, el control y la eliminación de aquellas personas que se sospechaba pertenecían a los grupos insurgentes o contrarias al régimen del ex Presidente Alberto Fujimori, mediante acciones sistemáticas de ejecuciones extrajudiciales indiscriminadas, asesinatos selectivos, desapariciones forzadas y torturas.”⁴⁵

Además, deduce la CorteIDH de los artículos 8 (1) y 25 en relación con el art. 1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, una obligación jurídica internacional en la cooperación interestatal para la persecución penal y extradición producto de violaciones graves de los Derechos Humanos.⁴⁶ La Corte sostiene la necesidad de la obligación de cooperación dentro de la Comunidad Internacional, para evitar la impunidad en la violación sistemática de Derechos Humanos; el derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia) implica una obligación *erga omnes* de los Estados de tomar todas las medidas necesarias para el (propio) enjuiciamiento

45 CorteIDH, La Cantuta (*supra* n. 43), párrafo 80 (18).

46 CorteIDH, La Cantuta (*supra* n. 43), párrafo 158-160.

o extradición (*aut dedere aut judicare*)⁴⁷ de los responsables.⁴⁸ Con respecto a la relación entre una Comisión de la Verdad y una persecución penal estatal ordinaria, la CorteIDH ha decidido finalmente, en septiembre de 2006 en el caso *Almonacid Arellano*, que aquella comisión no puede sustituir este tipo de persecución.⁴⁹

4. EL PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN CONTRA FUJIMORI

Tras la llegada de Fujimori a Japón en noviembre de 2000, Perú solicitó su extradición, la cual fue rechazada por Japón alegando la nacionalidad japonesa de Fujimori.⁵⁰ Sin embargo, cuando Fujimori

47 Acerca de este principio, entre muchos: Cherif Bassiouni/ Edward Wise, *Aut Dedere Aut Judicare, The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht Boston (Nijhoff) 1995.

48 CorteIDH, *La Cantuta* (*supra* n. 43), párrafo 160: “Según ha sido reiteradamente señalado, los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional (*ius cogens*). En los términos del artículo 1.1 de la Convención Americana, los Estados están obligados a investigar las violaciones de Derechos Humanos y a juzgar y sancionar a los responsables. Ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de Derechos Humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal para estos efectos. El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el Derecho Internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos de esa índole, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo. La Corte recuerda que, bajo el mecanismo de garantía colectiva establecido en la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, los Estados Parte en la Convención deben colaborar entre sí en ese sentido.”.

49 CorteIDH, *Caso Almonacid-Arellano et al. v. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrafo 150*. Acerca de las complejas relaciones entre comisiones de la verdad y la persecución penal normal, véase: Ambos, *The legal framework of transitional justice: A systematic study with a special focus on the role of the ICC*, en: Ambos/ Large/Wierda (coords.), *Building a future on peace and justice: studies on transitional justice, peace and development*, Berlin (Springer) 2009, p. 19 (43 ss., párrafo 14); versión española: *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá (Temis) 2008.

50 Con mayor detalle en: Kent Anderson, *An Asian Pinochet? – Not Likely: The Unfulfilled International Law Promise in Japan’s Treatment of Former Peruvian President*

abandonó Japón y sorpresivamente entró a Chile, el 6 de noviembre de 2005,⁵¹ fue arrestado en razón de una orden de captura internacional solicitada por el Perú.⁵² El 6 de enero de 2006, Perú solicitó a Chile la extradición de Fujimori con base en un tratado de extradición entre ambos Estados vigente desde 1932.⁵³ La solicitud de extradición versaba sobre trece casos, de los cuales diez casos se referían a acusaciones de corrupción y tres a graves violaciones a los Derechos Humanos.⁵⁴ Aquellos actos eran, entre otros, el soborno de congresistas, la interceptación ilegal de opositores políticos, así como el desfalco y malversación de los fondos públicos en la financiación de las operaciones del servicio secreto y en el enriquecimiento personal.⁵⁵ Las violaciones de Derechos Humanos trataron de los casos ya mencionados en Barrios Altos y La Cantuta (resumidos en un caso), Sótanos SIE y (otros) casos de desapariciones (resumidos como “ampliación por desapariciones forzadas”).

Después de que la solicitud de extradición de Perú fuera rechazada el 11 de julio de 2007 en primera instancia,⁵⁶ por parte de un

Alberto Fujimori, *Stanford Journal of International Law* 38 (2002), pp. 177-206.

51 Acerca de los motivos del viaje a Chile, véase: Patricio Noboa, Former Peruvian President Albert Fujimori's Extradition Process, *Law and Business Review of the Americas* 14 (2008), pp. 621-630 (625).

52 Fujimori arrested on Chile visit, *BBC News*, 7 de septiembre de 2001, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/4413176.stm> (consultado el 1 de noviembre de 2009). Ya el 27 de agosto de 2001 había sido revocada la inmunidad de Fujimori por el Congreso peruano; véase: Human Rights Watch, Perú: Fujimori Immunity Vote Hailed, 30 de agosto de 2001, <http://www.hrw.org/en/news/2001/08/30/peru-fujimori-immunity-vote-hailed> (consultado el 3 de abril de 2010).

53 Tratado de extradición del 5 de noviembre de 1932 entre Chile y Perú, http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/traites/sp_traites-ext-chl-per.pdf (consultado el 3 de abril de 2010).

54 Para una visión general y un resumen corto de estos casos, véase: <http://www.minjus.gob.pe/extradiciones/CasoFujimori/cuadernillos03.asp> (consultado el 3 de abril de 2010).

55 Se trata de los siguientes casos: Congresistas tráfugas, Allanamiento, Medios de comunicación, Interceptación telefónica, 15 Millones, Sunat Borobio, Faisal-APRO-DEV, Medicinas chinas, Desvío de Fondos y Decretos de Urgencia (Ibidem; Cfr. Human Rights Watch (*supra* n. 13), 12-20).

56 Corte Suprema de Justicia de Chile, Primera Instancia, 11 de julio de 2007, Rol.

juez de la Corte Suprema chilena por falta de indicios suficientes,⁵⁷ la Sala Penal compuesta por tres miembros autorizó en segunda instancia el 21 de septiembre de 2007 la extradición de Fujimori por siete de los trece casos mencionados.⁵⁸ Entre ellos se encontraban dos de los casos de Derechos Humanos (Barrios Altos/La Cantuta y Sótanos SIE) y cinco de los casos de corrupción.⁵⁹ A diferencia de la decisión de primera instancia, la Sala Penal dictaminó que en los siete casos ya señalados junto a los requisitos jurídicos formales⁶⁰ también existía una sospecha inicial⁶¹ que justificaba la extra-

Nº. 5646-2005, párrafos 112, 115, 122, <http://www.emol.com/noticias/documentos/pdfs/FalloMinalvarezFujimori.pdf> (consultado el 3 de abril de 2010). Cfr. Poder Judicial de la República de Chile, Noticias, 11 de julio de 2007, Ministro Orlando Álvarez rechaza solicitud de extradición de Alberto Fujimori, <http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=noticias.php?cod=1009> (consultado el 3 de abril de 2010).

- 57 Acerca del grado de sospecha necesario, véase abajo la nota 61.
- 58 Poder Judicial de la República de Chile, Noticias, 21 de septiembre de 2007, Corte Suprema dictamina extradición de Alberto Fujimori, <http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=noticias.php?cod=1111> (consultado el 3 de abril de 2010); la decisión es accesible bajo: Corte Suprema de Justicia de Chile, Segunda Instancia, 21 de septiembre de 2007, Rol. Nº. 3744-07, <http://www.andina.com.pe/edpespeciales/especiales/fallofujimori.pdf> (consultado el 3 de abril de 2010).
- 59 Congresistas tráfugas, Allanamiento, Medios de comunicación, Interceptación telefónica y 15 Millones; resumiendo: <http://www.minjus.gob.pe/extradiciones/Caso-Fujimori/procesosjudiciales01.asp> (consultado el 3 de abril de 2010).
- 60 Acorde al tratado de extradición entre Perú y Chile (*supra* n. 53), el país requirente de la extradición debe tener jurisdicción sobre el delito (art. 1), éste tiene que estar previsto con una pena mínima de un año en el país requerido (art. 2), no puede tratarse de un delito político (art. 3) y no procede en delitos que ya hayan sido penalizados o que hayan prescrito (art. 5). Además, se debe atender a los principios generales sobre la extradición como el principio de doble incriminación, así como al art. 647 del Código de Procedimiento Penal chileno (versión antigua), el cual es válido para las solicitudes de extradición por hechos cometidos antes del 16 de junio de 2005; Cfr. http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/chl/sp_chl-ext-gen-proc.html (consultado el 3 de abril de 2010).
- 61 Conforme al art. 647 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal chileno (versión antigua), en donde la Corte tiene que decidir sobre la petición, si la persona ha cometido el delito (“acreditar si el sindicado como reo ha cometido o no el delito que se le atribuye.”), donde se tiene en cuenta que este requisito ya se cumple con el conocimiento de la existencia de una sospecha inicial según el art. 274 del Código de Procedimiento Penal chileno (versión antigua) (“... contra quien aparecen fundadas sospechas de ser responsable de un delito”) (así CSJ, Segunda Instancia (*supra* n. 58), “Consideraciones generales, Primero”). En contraste a esto, el juez chileno de primera instancia había interpretado contrariamente el art. 647 no. 3 del Código

dición.⁶² Sin embargo, la Sala Penal restringió la extradición en dos aspectos: en primer lugar, los hechos del caso La Cantuta se tipificaron como homicidios y lesiones corporales agravadas, porque en Chile (a diferencia del Perú)⁶³ hasta el momento de la extradición el tipo penal de “desaparición forzada” todavía no se había codificado en el derecho interno – principio de doble incriminación⁶⁴ –; por otra parte, el caso de Sótanos SIE fue restringido a los secuestros del periodista Gustavo Gorriti y el empresario Samuel Dyer. Como resultado, si bien fue extraditado por primera vez un ex-presidente a su país para el enjuiciamiento por graves violaciones a los Derechos Humanos,⁶⁵ sin embargo, el principio legal de la especialidad en

de Procedimiento Penal chileno (versión antigua), interpretando que las pruebas presentadas por el Perú para una condena de Fujimori tendrían que ser bastantes (véase: *supra* n. 57, párrafo 122). Este riguroso punto de vista ha contado con críticas considerables (cfr. con detalle: Megan Haas, *Fujimori Extraditable!. Chilean Supreme Court Sets International Precedent for Human Rights Violations*, *University of Miami Inter-American Law Review* 39 (2007-2008), pp. 373-408 (389 ss.)).

62 Haas (*supra* n. 61), pp. 393 ss.

63 La desaparición forzada fue incorporada por primera vez en el Perú en 1995 en el art. 323 del Código Penal. Después de la derogación de este artículo por el Decreto Ley N°. 25475 del 5 de mayo de 1992, fue retomado nuevamente el tipo penal en el Código Penal peruano el 26 de junio de 1992 por Decreto Ley N°. 25592. En la actualidad, el Código Penal peruano en el art. 320 establece como punible la desaparición forzada; con mayor detalle en: Giovanna Vélez Fernández, *La Desaparición Forzada de las Personas y su tipificación en el Código Penal peruano*, Lima (Fondo Editorial) 2004; Ivan Meini, *Capítulo V - Perú*, en Ambos (coord.), *Desaparición Forzada de Personas – Análisis comparado e internacional*, Bogotá (Temis) 2009, pp. 107 ss.; acerca de la jurisprudencia peruana: Vega Luna (*supra* n. 35), pp. 124 ss.; acerca de la posición jurídica chilena, véase: Guzmán D., *Capítulo III-Chile*, en Ambos, *op. cit.*, pp. 55 ss.

64 Si bien el principio de doble incriminación no es mencionado en el tratado de extradición de 1932, es cierto que fue aplicado en la decisión de extradición por parte de la CSJ chilena conforme al art. 647 numeral 2 de Código de Procedimiento Penal chileno (versión antigua) en relación con la Convención Interamericana sobre Extradición (Montevideo Convention) del 26 de diciembre de 1933 y los arts. 344-381 de la Convención sobre Derecho Internacional (Código Bustamante), del 20 de febrero de 1928 (cfr. CSJ, Primera Instancia (*supra* n. 57), párrafo 7 y Segunda Instancia (*supra* n. 58), Consideraciones Generales, Quinto). Véase de manera general sobre la importancia de este principio: Geoff Gilbert, *Responding to International Crime*, Leiden (Nijhoff) 2006, pp. 101 ss.

65 Noboa (*supra* n. 51), p. 629. El dictador boliviano Luis García Meza (1980-1981) fue condenado en 1993 en ausencia y dos años más tarde fue extraditado desde Brasil para cumplir la pena.

materia de extradición⁶⁶ impidió la persecución penal de numerosas violaciones a los Derechos Humanos, resultando con esto – una vez más – impunidad. Por lo tanto, no es motivo de sorpresa que Perú prepare ahora una ampliación de la solicitud inicial de extradición por otros dos casos concernientes al contrabando de armas y al maltrato de prisioneros en la Cárcel Miguel Castro Castro de Lima.⁶⁷

5. LOS PROCESOS PENALES POR LOS CASOS BARRIOS ALTOS/ LA CANTUTA Y SÓTANOS SIE

Hasta la fecha (4 de abril de 2010), Fujimori ha sido condenado en los siete casos por los cuales la solicitud de extradición fue autorizada por Chile. Respecto a los cinco casos de corrupción, Fujimori evitó juicios públicos sometiéndose a los cargos formulados por la fiscalía y fue condenado en tres oportunidades: el 12 de diciembre de 2007 a seis años de privación de libertad (caso Allanamiento)⁶⁸, el 20 de julio de 2009 a siete años y medio de privación de libertad (caso 15 Millones)⁶⁹ y finalmente el 30 de septiembre de 2009 a

66 Aplicable aquí a causa del art. 8, párrafo 1, oración 2 del tratado de extradición de 1932 (*supra* n. 53), según el cual un proceso penal fundamentado en otros casos mencionados en la solicitud de extradición, en principio, sólo es permitido con la aprobación del Estado solicitante. Se trata incluso de un principio general del derecho de extradición. Por lo demás, se trata de un principio general del derecho de extradición, cfr. K. Ambos, *Internationales Strafrecht*, München (C.H. Beck) 2. edición, 2008, § 10 nm. 77 para más referencias.

67 “Nuevo paquete de extradición de Fujimori”, <http://www.larepublica.pe/archive/all/larepublica/20090411/3/node/186772/todos/15> (consultado el 3 de abril de 2010); por los sucesos relacionados con el trato a los reclusos de la prisión Miguel Castro Castro, Perú fue condenado por la CorteIDH el 25 de noviembre de 2006, CorteIDH, *Caso Miguel Castro-Castro Prison v. Perú*. Fonfo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

68 CSJ, Primera Sala Penal Transitoria, Exp. No. AV 13-2003, disponible en: http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/.%5C.%5CCorteSuprema%5Cspe%5CDocumentos%5CSentencia_exp_0013-2003_111207.pdf (consultado el 3 de abril de 2010); Fujimori, condenado a seis años de cárcel por el allanamiento del domicilio de Montesinos, <http://www.elmundo.es/elmundo/2007/12/12/internacional/1197419973.html> (consultado el 3 de abril de 2010). El caso hace referencia a la orden ilegal de Fujimori del año 2000, para registrar secretamente la vivienda de la esposa de Montesinos.

69 CSJ-SPE, Exp. No. AV 23-2001, 20 de julio de 2009, disponible en: <http://www>.

seis años de privación de libertad (casos Congressistas tráfugas, Medios de comunicación e Interceptación telefónica).⁷⁰ Según el Código Penal peruano vigente al momento de cometerse el hecho, la pena más grave – siendo esta la condena por las violaciones de derechos humanos en los casos de Barrios Altos/La Cantuta y Sótanos SIE – subsume las otras penas.⁷¹ El proceso penal de primera instancia por estos dos casos empezó el 10 de diciembre de 2007 y finalizó el 7 de abril de 2009 con la condena a 25 años de privación de libertad. Como se ha mencionado más arriba, la sentencia fue ratificada en segunda instancia el 30 de diciembre de 2009.

5.1. La clasificación penal de los hechos comprobados desde la perspectiva del derecho internacional y nacional

La Corte Interamericana calificó las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y las detenciones arbitrarias cometidas por el grupo Colina y las fuerzas armadas como crímenes de lesa humanidad.⁷² Como tribunal de derechos humanos, no se pronunció sobre posibles violaciones del Derecho Internacional Humanitario, dejando abierta la pregunta si en algún momento existió un conflicto armado no-internacional entre el Estado y los grupos terroristas según las normas del Derecho Internacional Humanitario

aprodeh.org.pe/documentos/sentenciacts.pdf (consultado el 3 de abril de 2010). El caso trata el desfalco de fondos públicos en una cantidad de 15 millones de dólares que Fujimori usó secretamente para el pago de una indemnización a Montesinos.

70 CSJ-SPE, Exp. No. AV 33-2003, 30 de septiembre de 2009, disponible en: <http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/documentos/ParteI300909.pdf> (consultado el 18 de octubre de 2009). Los casos se refieren al soborno de congresistas, a la compra ilegal de una estación de televisión y de un periódico, así como a la interceptación ilegal de opositores políticos.

71 El antiguo artículo 50 manifestaba: “Cuando concurren varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes, se impondrá la pena del delito más grave, debiendo el Juez tener en cuenta los otros, de conformidad con el artículo 48”. Conforme al actual artículo 50 la pena ha sido agravada (principio de asperación).

72 CorteIDH, La Cantuta (*supra* n. 43), párrafo 225 (“(...) los hechos de La Cantuta, cometidos contra las víctimas ejecutadas extrajudicialmente o desaparecidas forzadamente, constituyen crímenes contra la humanidad.”).

(artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y artículo 1 (2) del Segundo Protocolo Adicional de 1977). El Grupo de Trabajo conformado bajo la presidencia de Paniagua, que elaboró la propuesta para el establecimiento de la CVR y su mandato, introdujo inicialmente una referencia a las leyes de guerra, y se rehusó a denominar a los grupos armados no estatales como “terroristas”, llamándolos “subversivos”.⁷³ Sin embargo, el mismo Paniagua cambió el término para llamarlos “terroristas” y “organizaciones terroristas”, especialmente al grupo Sendero Luminoso.⁷⁴ La CVR, por su parte, describió explícitamente la situación en el Perú como un conflicto armado no-internacional.⁷⁵

Los dos fallos de la Corte Suprema de Justicia califican los crímenes cometidos en los casos de Barrios Altos y la Cantuta como crímenes de Estado y de lesa humanidad⁷⁶, pero no hacen alusión alguna al concepto de crímenes de guerra. Ambas Salas consideraron comprobado en el caso Barrios Altos el hecho que Colina llevó a cabo en dicho barrio de Lima una operación militar secreta contra presuntos miembros de SL el 3 de noviembre de 1991, matando a quince civiles desarmados e hiriendo gravemente a otros cuatro.⁷⁷ Además de eso, el 21 de junio de 1992 integrantes de Colina penetraron en la Universidad Eduardo Guzmán y Valle (“La Cantuta”) para secuestrar y posteriormente matar en un lugar secreto a nueve estudiantes y a un docente.⁷⁸ Con respecto a los homicidios

73 González (*supra* n. 18), p. 76

74 *Ibíd.*

75 CVR, Informe Final, Tomo I, Capítulo 4, p. 204, <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/TOMO%20I/Primera%20Parte%20El%20Proceso-Los%20hechos-Las%20v%EDctimas/Seccion%20Primera-Panorama%20General/4.%20LA%20DIMENSION%20JURIDICA%20DE%20LOS%20HECHOS.pdf> (consultado el 3 de abril de 2010).

76 CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafos 653, 675 y 717 (“Los asesinatos y lesiones graves de Barrios Altos y La Cantuta son también delitos contra la humanidad. Fundamentalmente, porque ellos se cometieron en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos.”); CSJ-PSPT (*supra* n. 1), p. 110.

77 Con mayor detalle de lo ocurrido en este caso, CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafos 367-446.

78 Con mayor detalle de lo ocurrido en este caso, CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafos 447-535.

en los casos Barrios Altos y la Cantuta, la Sala Especial los subsumió bajo el delito de homicidio calificado por alevosía (Art. 108 CP peruano).⁷⁹ En cuanto a las personas lesionadas en el caso Barrios Altos, la Sala calificó los hechos como lesiones graves conforme al artículo 121 del CP peruano.⁸⁰ El secuestro del periodista Gorriti el 6 de abril de 1992 se trató de una operación de Fujimori para detener opositores políticos en el marco del golpe de Estado. Después de su detención por miembros del SIE. Gorriti fue puesto en libertad al día siguiente, como resultado de protestas internacionales.⁸¹ El 27 de julio de 1992, el empresario Dyer fue arrestado en el aeropuerto de Lima por disposición del SIE sin orden judicial de captura y detenido en el edificio del SIE hasta el 5 de agosto de 1992. En opinión de la Sala, Fujimori había autorizado la detención, es decir, se trató de un secuestro que fue cometido por un régimen autoritario en violación de la Constitución y por eso (a la vez) representa un crimen de Estado.⁸² En este sentido, la Salas determinaron que se trató de un secuestro agravado a causa de trato cruel y degradante en el resultado de ambos casos (Art. 152 parágrafo 1 del CP peruano).⁸³

La calificación de los crímenes cometidos en Barrios Altos y La Cantuta como crímenes de lesa humanidad cometidos mediante un aparato de poder que operaba por fuera del orden jurídico fue aprobada por la Sala Transitoria en segunda instancia.⁸⁴ La Sala encontró que a pesar de la falta de incorporación del crimen de lesa humanidad como tal en el CP peruano, esta calificación no viola ni el principio de legalidad (especialmente en lo concerniente a la no-retroactividad del derecho penal), ni los principios de la doble incriminación (*double criminality*) y de la especificidad del derecho

79 CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafo 697-701 (párrafo 701 al final: “En consecuencia, se admite el homicidio por alevosía y se rechaza el homicidio por ferocidad.”).

80 *Ibidem*, párrafo 702-709 (para. 709 al final: “En tal virtud, es de concluir que el dolo (...) fue el de lesionarlos gravemente.”).

81 *Ibidem*, Parte II Capítulo XII, p. 536-557.

82 *Ibidem*, Parte II Capítulo XIII, p. 558-574.

83 *Ibidem*, párrafo 678; CSJ-PSPT (*supra* n. 1), p. 174-234.

84 CSJ-PSPT (*supra* n. 1), p. 110.

de extradición, pues Fujimori fue acusado y condenado justamente según las normas del CP peruano por homicidio agravado/asesinato, graves lesiones personales y secuestro agravado, respetando así el concepto de extradición de la Corte Suprema de Chile.⁸⁵ Tal como se mencionó con anterioridad, al momento de las desapariciones forzadas en el caso de La Cantuta en 1992, Perú había incorporado este crimen en su legislación interna, pero la falta de su incorporación en el derecho penal interno de Chile y el principio de la doble incriminación del derecho de extradición impidieron la Corte Suprema del Perú de condenar a Fujimori por desaparición forzada conforme al derecho penal interno.⁸⁶ Por lo tanto, con el uso del término “crímenes de lesa humanidad”, las Salas no pretendieron – como lo sostuvieron los abogados de Fujimori – introducir las normas de Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional al derecho penal interno mediante una aplicación directa de este Estatuto; más bien las Salas persiguieron el interés legítimo y legal de caracterizar los crímenes cometidos por Fujimori y su régimen según su verdadera naturaleza y dimensión internacional. De esta manera, las Salas tomaron en consideración la terminología utilizada también por la Corte IDH y aplicaron el concepto de crímenes de lesa humanidad sin violar los principios fundamentales de legalidad, irretroactividad y especificidad.

85 *Ibídem*, p. 111-113, 124

86 Por el contrario, la Corte Superior de Justicia de Lima pudo condenar al jefe de jure del SIN, Salazar Monroe, por las desapariciones forzadas en el caso de La Cantuta según el art. 320 del CP peruano por el carácter permanente del crimen; véase: Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Penal Especial, Exp. No. 03-2003-1° SPE/CSJLI, 8 de agosto de 2008, disponible en: http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/SENTENCIA_CANTUTA_SPE_CSJLIMA_100408.pdf (consultado el 3 de abril de 2010)

5.2. El papel de Fujimori en la comisión de los delitos comprobados

En los complejos aparatos de poder organizado que operan en gran medida en secreto y de manera informal, resulta difícil la reconstrucción de los procesos dentro de los aparatos de poder y la imputación de estos procesos a determinadas personas por su propia naturaleza.⁸⁷ Esto también se ve en el caso de Fujimori. Después de más de 100 audiencias y de la comparecencia de numerosos testigos, la Sala no pudo presentar pruebas directas de la responsabilidad penal de Fujimori en los casos Barrios Altos y La Cantuta,⁸⁸ sino que tuvo que basarse fundamentalmente en indicios (prueba indiciaria).

5.2.1. La importancia de la prueba indiciaria

En opinión de la Sala Especial, la prueba indiciaria se trata de una forma probatoria que se utiliza para derivar un hecho, que no ha sido probado directamente, de otro hecho conocido o probado en un proceso, recurriendo a criterios como la conclusión lógica y a la experiencia.⁸⁹ La Corte Suprema ya había hecho uso anteriormente de la prueba basada en indicios.⁹⁰ La prueba indiciaria ni es

87 Cfr. un punto de vista desde el Derecho Penal Internacional: Hector Olásolo, *The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes*, Oxford (Hart) 2009, p. 2.

88 La CSJ-SPE determinó que sólo tres hechos fueron comprobados como pruebas directas: la estrecha relación entre Fujimori y Montesinos, los vínculos entre Montesinos y Colina y las ordenes del líder de Colina para la comisión de los delitos en los casos Barrios Altos y La Cantuta, CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafo 662.

89 *Ibídem*, párrafo 658 (“...las conclusiones fácticas se sustentan en PRUEBA INDICIARIA – que sirve para establecer como sucedido un hecho no directamente probado, a partir de otro hecho, conocido y probado en el proceso, utilizando para ese paso los criterios de la lógica o de la experiencia.”); véase también acerca de la prueba indiciaria en el Derecho Penal peruano: San Martín Castro, *Derecho Procesal Penal II*, 2. ed. 2003, pp. 851-865. El autor fue uno de los jueces en el proceso, pero desistió en citar su propia obra.

90 CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafo 658 (“...esta modalidad de prueba [es] plenamente aceptada por la Corte Suprema de Justicia...”); así también San Martín Castro (*su-*

más incierta que la prueba directa, ni tampoco es subsidiaria frente a ésta.⁹¹ Además, la Sala pudo remitirse a prácticas del Derecho Penal Internacional y de los Derechos Humanos. Así, la CorteIDH ha manifestado:

“(...) La práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos. (...) La prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas.”⁹²

pra n. 89), 853 (“La prueba directa y la indiciaria (...) tienen pleno reconocimiento judicial.”).

- 91 CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafo 658 (“La corrección de esta modalidad de prueba –o, más específicamente, modo de valoración judicial de determinados hechos o circunstancias debidamente acreditados en el proceso– (...), que no es más insegura ni subsidiaria que la prueba directa, ...”); igualmente San Martín Castro (*supra* n. 89), 853 (“La prueba directa y la indiciaria, ambas en el mismo nivel, son aptas para formar la convicción judicial, sin que sea dable sostener que la convicción resultante de la segunda sea inferior a la resultante de la prueba directa.”); desde la perspectiva alemana, véase entre muchos a Ulrich Eisenberg, *Beweisrecht der StPO*, 6 ed. 2008, párrafo 9 („Ein Indizienbeweis kann, insbesondere wenn er mit sachlichen Beweismitteln geführt wird, durchaus verlässlicher sein als ein unmittelbarer Beweis.“) (“Una prueba indiciaria puede, especialmente si es producto de medios probatorios objetivos, ser definitivamente fiable como un medio de prueba.” –Traducción del autor–).
- 92 CorteIDH, Caso Velásquez-Rodríguez v. Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de Julio de 1988. Serie C No. 4, párrafos 130-131; Caso Godínez-Cruz v. Honduras. Fondo. Sentencia del 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párrafos 136-137. Acerca de la importancia de la prueba indiciaria en el marco del proceso penal internacional ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR), véase: Alexander Zahar/Göran Sluiter, *International Criminal Law*, Oxford (Oxford University Press) 2008, pp. 417 ss.

La prueba basada en indicios, sin embargo, está sujeta a requisitos formales y materiales: en primer lugar, requiere como regla básica, la existencia de un sinnúmero de indicios que son comprobados de acuerdo con las exigencias del régimen probatorio y que están en un contexto fáctico con el hecho que se pretende comprobar. En segundo lugar, tiene que existir una relación causal, natural y lógica entre los indicios y el hecho para comprobarse con base en deducciones lógicas y racionales, de modo que no surja duda razonable en la conclusión lógica de los indicios.⁹³ Por lo tanto, los indicios tendrían que ser determinados conforme a los principios de credibilidad y pertinencia para poder, considerando la experiencia, la lógica y los conocimientos científicos, derivar el acto punible.⁹⁴ En tercer lugar, la evaluación de los indicios debe efectuarse teniendo en cuenta una consideración global.⁹⁵ Especialmente no deben existir indicios contrarios que apoyen otra conclusión; además el indicio concluyente no debe estar en contradicción a otros ámbitos de hechos probados en el proceso.⁹⁶

93 CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafo 658 (“... esta modalidad de prueba (...) pasa por el cumplimiento de un conjunto de requisitos materiales y formales. Destaca, de un lado, (i) la existencia, como regla general, de una pluralidad de hechos-base, hechos indiciantes o indicios, debidamente acreditados conforme a las exigencias del derecho probatorio (...) y, de otro lado, (ii) la racionalidad de la inferencia obtenida –entre el hecho indiciario o indiciante y el hecho consecuencia o delictivo ha de existir una conexión natural, o enlace lógico o causal, una absoluta armonía, que permita efectuar la inferencia sin ninguna otra posibilidad alternativa razonable–.”).

94 *Ibidem*; véase en los criterios de la experiencia y la lógica también a la CorteIDH, Caso Servellón-García et al. v. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párrafo 35; Caso Ximenes-Lopes v. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de Julio de 2006. Serie C No. 149, párrafo 44; Caso Baldeón-García v. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párrafo 62.

95 *Ibidem*; acerca de la necesidad de una comprensión y evaluación conjunta de los indicios, véase también: Ambos (*supra* n. 66), § 8 nm. 39.

96 CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafo 659 (“... no deben existir máximas de experiencia aplicables igualmente fundadas, esto es, que no sea posible alcanzar conclusiones alternativas que gocen de un mismo grado de probabilidad; (...) la conclusión del razonamiento indiciario no debe entrar en contradicción con otros hechos declarados probados.”).

5.2.2. Valoración de los indicios en la investigación sobre la responsabilidad penal de Fujimori

Las investigaciones de la CorteIDH y de la CVR sobre la responsabilidad penal de Fujimori por los delitos cometidos en los casos Barrios Altos y La Cantuta, no son de carácter vinculante para la Sala.⁹⁷ Con respecto a la CorteIDH, ésta sólo puede decidir sobre una violación contractual estatal de los deberes de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y no sobre la responsabilidad de personas naturales o sobre su culpabilidad.⁹⁸ La misma CorteIDH ha subrayado reiteradamente esta distinción entre la responsabilidad estatal y la responsabilidad penal individual:

“(...) El procedimiento ante la Corte, como tribunal internacional que es, presenta particularidades y carácter propios por lo cual no le son aplicables, automáticamente, todos los elementos de los procesos ante tribunales internos. (...) En efecto, la protección internacional de los Derechos Humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los Derechos Humanos no tiene por objeto imponer pe-

97 CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafo 106, 123; sobre el valor probatorio de la sentencia de la CorteIDH y del informe final de la CVR, véase también: International Center for Transitional Justice, Consideraciones técnicas a partir del derecho internacional y el derecho comparado sobre el valor probatorio de algunas pruebas documentales en procesos penales, 12 de enero de 2009, disponible en: <http://www.ictj.org/images/content/1/2/1207.pdf> (consultado el 3 de abril de 2010).

98 CorteIDH, Caso 19 Comerciantes v. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de Julio de 2004. Serie C No. 109, párrafo 141 (“Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios.”); Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 75 (“[p]ara establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención, no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuye los hechos violatorios.”).

nas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones. (...) A diferencia del Derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de Derechos Humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado.”⁹⁹

Sin embargo, los conocimientos de tales órganos de control de Derechos Humanos no resultan totalmente irrelevantes para los procesos penales relativos a macrocriminalidad. Más bien, las investigaciones de Derechos Humanos pueden contribuir a una mejor comprensión del contexto macrocriminal, en especial en la clasificación contextual de los acontecimientos en Barrios Altos y La Cantuta, en vista de prácticas sistemáticas y generalizadas de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones de personas, existentes entre 1990 hasta 1993.¹⁰⁰ Como indicios para la aprobación de la responsabilidad penal de Fujimori por los delitos cometidos en los casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE, la Sala valoró las siguientes circunstancias:¹⁰¹ (i) los hechos sucedieron durante la presidencia de Fujimori y fueron cometidos por el servicio secreto peruano contra presuntos miembros del SL u opositores políticos;¹⁰²

99 CortelDH, Velásquez-Rodríguez (*supra* n. 92), párrafos 132, 134,135; Godínez-Cruz, (*supra* n. 92), párrafos 138, 140, 141.

100 CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafo 124 (“(...) a partir del Informe Final de la CVR, puede afirmarse con certeza que las numerosas desapariciones forzadas y ejecuciones arbitrarias perpetradas durante los años mil novecientos noventa - mil novecientos noventa y tres, aquellas atribuidas a agentes del Estado, configuraron una práctica sistemática y generalizada (...”).

101 Véase con mayor detalle: CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafos 660-664.

102 *Ibidem*, párrafo 660 (“Los cuatro hechos objeto de acusación ocurrieron durante el ejercicio del cargo de presidente de la República del imputado, fueron ejecutados materialmente por agentes públicos integrantes de los organismos de inteligencia o de los servicios secretos del Estado, y las víctimas eran, en un caso, ciudadanos sindicados como objetivos de inteligencia porque se les atribuyó abusivamente vinculación con la organización terrorista PCP-SL –a quienes se les ejecutó arbitraria-

(ii) las acciones fueron planeadas por el SIN que era dirigido por el asesor presidencial Montesinos;¹⁰³ (iii) por otra parte, éste dependía directamente de Fujimori y le informaba periódicamente sobre las actividades de inteligencia;¹⁰⁴ (iv) Colina surgió por disposición del SIN y estuvo integrado al DINTE y al SIE;¹⁰⁵ (v) las acciones de Colina requirieron de considerables recursos humanos, logísticos y financieros;¹⁰⁶ (vi) cualquier intento de esclarecimiento de estas actividades, sea a causa de anuncios, investigaciones periodísticas o judiciales, fue evacuado por el gobierno de Fujimori encubriendo cosas, negando hechos, desacreditando testigos y con la persecución de denunciantes;¹⁰⁷ (vii) Fujimori no sólo nombró a personas cercanas y confiables en altos cargos de los aparatos de seguridad, sino que defendió oficialmente sus méritos en la lucha contra el

mente o se les secuestró y ejecutó extrajudicialmente-, y en otro caso, un periodista y un empresario a los que se secuestró arbitrariamente como consecuencia de sus actividades sociales.”).

- 103 *Ibidem* (“Un dato común, amén de la ejecución delictiva a cargo de agentes de inteligencia, fue la actividad directiva del SIN, encargada por el imputado, como jefe de Estado y de Gobierno a Vladimiro Montesinos Torres.”).
- 104 *Ibidem* (“La rígida centralización de las actividades de inteligencia y de control del orden público y seguridad pública no sólo se concentraron en el SIN, sino que se residenció en una persona: Vladimiro Montesinos Torres. Éste sólo rendía cuenta al acusado, y lo hacía regular y constantemente.”).
- 105 *Ibidem* (“El Destacamento Especial de Inteligencia Colina nació por disposición del SIN y en los marcos institucionales de la DINTE y del SIE, con la intervención activa de los altos oficiales que integraban sus órganos de dirección, quienes seguían los dictados de Montesinos Torres. Como paso previo se dispuso la creación del Grupo de Análisis –alguno de cuyos integrantes, incluso, fueron felicitados por el acusado Fujimori Fujimori...”).
- 106 *Ibidem* (“La ejecución de las operaciones especiales de inteligencia referidas a Barrios Altos y La Cantuta (...) importó un despliegue de recursos logísticos y personales de dimensión apreciable...”).
- 107 *Ibidem* (“Frente a cada denuncia pública, revelación periodística o actividad de investigación que sugería razonablemente una intervención delictiva de agentes y personajes de inteligencia en los hechos de Barrios Altos y La Cantuta, la respuesta desde el Estado, bajo la conducción del SIN, fue un elaborado mecanismo de encubrimiento, que incluyó la negación de las fuentes, el descrédito de los denunciantes, la persecución de los disidentes y, frente a la rotundidad de las evidencias, el acotamiento de la responsabilidad a un sector de los ejecutores materiales, su aislamiento y exclusión de la intervención del conjunto de autores de mayor nivel o jerarquía militar o institucional.”).

terrorismo;¹⁰⁸ (viii) finalmente, Fujimori fue quien abogó por la promulgación de leyes tendientes a evitar investigaciones judiciales ordinarias, como las mencionadas leyes de amnistía.¹⁰⁹ Frente a este contexto, la Sala concluyó que Fujimori jugó un papel central en la comisión de los delitos, lo cual puede asumirse sobre la base de proposiciones empíricas generales. Él ocupó el cargo oficial más elevado y contaba con su propio aparato de poder criminal, con cuya ayuda persiguió una estrategia de eliminación física de presuntos terroristas; él concentró la dirección del servicio secreto en la persona de Montesinos, su asesor cercano, y fue informado directamente por medio de éste de las actividades de inteligencia; él tuvo un poder de mando y de dirección que no era simbólico, sino que también incluía la capacidad de dar órdenes específicas.¹¹⁰

108 *Ibíd*em (“El acusado Fujimori Fujimori no sólo impuso en los cargos más relevantes a personajes de su confianza, sino que, en los casos destacadísimos de Montesinos Torres y Hermoza Ríos, de decisiva intervención superior o calificada en los delitos objeto de juzgamiento, los defendió públicamente ante los cuestionamientos que surgían en su contra.”).

109 *Ibíd*em (“Fue el acusado Fujimori Fujimori quien promulgó las leyes más cuestionadas, no sólo para consolidar la competencia de la jurisdicción castrense en delitos de lesa humanidad sino para amnistiar a los ejecutores materiales que habían sido condenados...”).

110 *Ibíd*em, párrafo 664 (“Ello es así, primero, porque el citado imputado ostentaba el máximo cargo o nivel jerárquico dentro del Estado y que, en un contexto progresivamente autoritario, a partir de lo anterior, decidió constituir un aparato organizado de poder desde el SIN y definir una política específica, en los marcos de la lucha contra la subversión terrorista, para eliminar físicamente a presuntos terroristas; segundo, porque centralizó la inteligencia del Estado en el SIN y en la persona de Montesinos Torres, así como porque integrantes de los servicios secretos fueron los que material o directamente perpetraron los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta, y los secuestros de Gorriti Ellenbogen y Dyer Ampudia; tercero, porque Montesinos Torres le rendía cuenta de lo sucedido y, a partir de la extensión de las actividades del SIN y su fortalecimiento institucional, lo mantenía informado de todo lo ocurrido; y, cuarto, porque sus potestades de mando y dirección no fueron simbólicas, ni mediatizadas por una previa actuación de órganos colectivos, sino efectivas y directas, de suerte que las ejerció cotidianamente: él era el único que, en esas condiciones, podía hacerlo, y lo hizo.”).

5.2.3. Valoración dogmática-penal del comportamiento de Fujimori como autor mediato por dominio por organización

5.2.3.1. Marco teórico con respecto a la autoría mediata

La condena de Fujimori como autor mediato¹¹¹ se fundamenta en la teoría del control o dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder organizado¹¹², según la cual el hombre de atrás domina la voluntad del autor directo y sus actos por medio de un aparato de poder organizado.¹¹³ Esta teoría tiene su fundamento en el concepto de control o dominio del hecho (*Tatherrschaft*).¹¹⁴ Ha sido aplicada en varios procesos nacionales (p.ej. contra Adolf Eichmann¹¹⁵, los generales de la junta militar de Argentina¹¹⁶ y los disparos en el muro de la República Demócrata de Alemania¹¹⁷), de igual forma se encuentra en los procesos de Nuremberg contra varios juristas alemanes (*Juristenprozesse*)¹¹⁸, y ha sido adoptada recientemente por la Sala de Asuntos Preliminares de la Corte Pe-

111 Art. 23 del CP peruano, que establece tres formas de autoría (directa, mediata y coautoría) dice: 'El que realiza por si, o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente...'

112 CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafos 718-748 (que habla de "dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados"), CSJ-PSPT (*supra* n. 1), 39-52.

113 K. Ambos, Command Responsibility and organisationsherrschaft: ways of attributing international crimes to the most responsible, en André Noellkaemper y Harmen van der Wilt (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge (Cambridge University Press) 2009, pp. 127-157 (142).

114 Véase: C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin (De Gruyter) 8. edición, 2006, pp. 242-252, 704-717; véase también: K. Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlin (Dunker & Humblot) reimposición, 2004, pp. 557 ss; K. Ambos, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, Bogotá (Temis) 2006, pp. 216 ss; Olásolo (*supra* n. 87), pp. 116 ss.

115 Jerusalem District Court (12 December 1961) 36 ILR 236-237 para. 197.

116 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital (9 December 1985) 309-I/II Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ('Fallos') 1601-1602.

117 BGHSt 48, 218, 236; BGHSt 45, 270, 296; BGHSt 48, 331; BGHSt 49, 147.

118 US v Altstoetter et al. (Justice Trial), Judgment, US Military Tribunal sitting at Nuremberg (4 de Diciembre 1947) en *Trials of War Criminals (US-GPO, 1947)*, 985.

nal Internacional en el caso de Katanga/Ngudjolo Chui¹¹⁹. Dista de la teoría de la empresa criminal conjunta o común (*joint criminal enterprise*) en la medida que la responsabilidad penal no se constituye a partir de una intención compartida o un plan común (*shared intent or common purpose*) de los miembros de la empresa, sino que radica en el control del autor mediato sobre el acto o el hecho criminal.¹²⁰ En lo atinente al control sobre el acto, la teoría del dominio del hecho en virtud de un aparato organizado de poder constituye una forma muy particular de autoría mediata, porque va más allá de las formas clásicas de autoría mediata que se caracterizan por el uso de un autor directo como mero instrumento por el autor mediato, en donde el autor directo actúa sin responsabilidad penal por la existencia de un defecto (mental).¹²¹ En este caso, tiene sentido hablar de autoría “mediata”, pues el autor directo es solamente un instrumento en las “manos” del autor directo y es dominado y controlado por la voluntad y conocimiento de éste. Sin embargo, en el marco de la macrocriminalidad, es decir la criminalidad masiva y sistemática planeada y organizada por altos mandos del Estado o por un grupo no estatal, los autores directos usualmente actúan con plena responsabilidad penal, razón por la cual la teoría tradicional de la autoría mediata no resulta aplicable. Por lo tanto, es necesario hablar de un “autor (indirecto) detrás del autor (directo)” (*Täter hinter dem Täter*), donde el control del primero sobre el segundo no deviene de la falta de responsabilidad de este, sino del control del primero sobre la estructura de poder en la cual operan.¹²² Los fallos contra Fujimori confirman esta teoría y hacen un aporte importante para su desarrollo dogmático.

119 Prosecutor v Katanga and Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, case No. ICC-011 04-01107, 30 September 2008, para. 470 ss.

120 Olásolo, (*supra* n. 87), pp. 154, 265-266; K. Ambos, Principios e imputación en el Derecho penal internacional, Barcelona (Atelier) 2008, pp. 65 ss.; id., Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional, Bogotá (Universidad Externado) 2008, pp. 135 ss.

121 K. Ambos, Article 25: Individual criminal responsibility, en O. Triffterer (ed), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, München (C.H. Beck) 2. edición, impresión especial 2008, pp. 740-770c (752).

122 *Ibid.*, pp. 752-753.

En cuanto a otras formas de imputación, la Sala Especial señala que – respecto a la coautoría – acorde al argumento planteado por Roxin, falta entre el autor directo y el nivel estratégico superior, que controla el aparato de poder organizado, un plan criminal de mutuo acuerdo y con distribución del trabajo en función de una horizontalidad necesaria.¹²³ En su lugar, el autor por mando imparte, en términos de una estructura vertical, ordenes que son llevadas a cabo en el nivel más bajo por los autores ejecutivos. El jefe del aparato de poder organizado puede confiar en que el crimen será cometido a causa del funcionamiento independiente del aparato de poder y de la disposición criminal del autor directo.¹²⁴ En segundo lugar, la Sala rechaza el supuesto de una instigación, ya que ignoraría el rol de Fujimori como una figura central del aparato de poder.¹²⁵ En tercer lugar, descarta la figura de la responsabilidad del superior, ya que Fujimori jugó un papel activo en los hechos, lo cual no da lugar a hablar acerca de una responsabilidad por omisión.

123 CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafo 726 (“[La] expresión [“asignación de roles”] resulta más ideográfica que aquellas que usa comúnmente la doctrina penal contemporánea para explicar la relación entre el nivel estratégico y el ejecutor, y que aluden a una división del trabajo o distribución de funciones. Es más, tales referencias podrían confundir la autoría mediata con supuestos de coautoría.”) en referencia a Roxin, *Problemas Actuales de Dogmática Penal*, 2004, p. 234; por el contrario Günther Jakobs, *Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori* *Fujimori*, 4 *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* (2009), pp. 572 ss., http://www.zis-online.com/dat/ausgabe/2009_11_ger.pdf (consultado el 3 de abril de 2010), (en castellano en este volumen), asume que en tales casos se puede hablar de una interacción en el reparto de funciones y de una decisión común del hecho, así que la suposición de complicidad afecta mejor la igualdad jurídica de las partes y su mutua dependencia.

124 CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafo 726 (“El fundamento de ello no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el ‘mecanismo funcional del aparato’, esto es, su ‘automatismo’ o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí sólo. En consecuencia, el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se van a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato.”).

125 CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafo 720 (“Es importante destacar que en torno a esta modalidad de autoría mediata, subsisten algunas posiciones discrepantes entre los autores nacionales y extranjeros que la confunden con supuestos de coautoría, instigación o complicidad, pese a no darse en ella la horizontalidad, o la relación directa o periférica que caracteriza a aquéllas.”); crítico en este sentido Herzberg, 4 *ZIS* 2009, p. 576 ss. (en castellano en este volumen).

5.2.3.2. Los requisitos para la existencia de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados

Siguiendo de cerca al reconocido penalista alemán Claus Roxin, las Salas de la Corte Suprema de Justicia señalaron cinco requisitos para la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados:

- la existencia de una organización jerárquica (como requisito general), y – como requisitos específicos –
- el poder de mando del autor mediato,
- la desvinculación¹²⁶ de la organización del derecho,
- la fungibilidad del autor directo y
- la predisposición del autor directo a la realización del hecho ilícito.¹²⁷

5.2.3.2.1. La estructura jerárquica de la organización

La autoría mediata por dominio de organización requiere la existencia de una organización jerárquica con la asignación de diferentes roles a sus miembros, lo cual le permite a la organización actuar de manera autónoma e independiente de las contribuciones de sus integrantes.¹²⁸ La asignación de roles por el nivel estratégico superior de la organización se realiza de manera vertical a través de órdenes y por lo tanto se distingue de una división horizontal del trabajo, como es típico en el caso de la coautoría.¹²⁹ El funcionamiento automático del aparato implica el dominio sobre el he-

126 La CSJ-SPE (*supra* n. 1), utiliza además del término “desvinculación” también la expresión “apartamiento”, véase los párrafos 733 ss.

127 CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafos 726-727, CSJ-PSPT (*supra* n. 1), pp. 42-43.

128 CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafo 726.

129 *Ibíd.*, para una opinión contraria, véase: Jakobs (*supra* n. 123), p. 573.

cho y sobre los autores directos por parte de los autores mediatos del nivel estratégico superior. Sin embargo, la existencia de órdenes explícitas no es necesaria, si los actos de los autores directos son cometidos en el contexto de los objetivos establecidos y perseguidos por la organización.¹³⁰ Por lo tanto, resulta irrelevante el “cómo” y por “quién” son ejecutadas las órdenes, cuando los comandantes pueden estar seguros de que son ejecutadas por alguien de alguna u otra manera.¹³¹

5.2.3.2.2. El poder de mando

Los autores mediatos generalmente pertenecen al nivel superior estratégico. Fujimori, quien no sólo tenía poder político como presidente, sino que ejerció al mismo tiempo el comando sobre las fuerzas de seguridad, incluyendo las fuerzas armadas, el servicio de inteligencia y la policía, es un ejemplo paradigmático al respecto. Las órdenes de los jefes no necesariamente deben darse de manera formal a través de instrucciones – como ya se ha dicho –; pueden darse también de manera informal y encubierta o pueden darse por sentado¹³² como en el caso del líder de Sendero Luminoso, Abimael Guzmán, quien fue condenado como autor mediato a una cadena perpetua por homicidio.¹³³

Otro asunto tratado por las Salas es la *delimitación de autoría mediata y coautoría* según los niveles de jerarquía en el caso de los mandos medios.¹³⁴ De hecho, la pregunta acerca de hasta qué nivel

130 CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafo 726.

131 Véase: K. Ambos (*supra* n. 113), p. 145.

132 CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafos 730, 732.

133 Sala Penal Nacional, Primera Instancia, Exp. Acumulado N°. 560-03, 13 de octubre de 2006, disponible en: <http://www.icj.org/IMG/GuzmanDecision.pdf>; Segunda Sala Penal Transitoria de la CSJ, Sentencia de Segunda Instancia, Recurso de Nulidad No. 5385-2006, 14 de diciembre de 2007, disponible en: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20080616_33.pdf, ambas consultadas el 28 de septiembre de 2009.

134 CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafos 730-731.

de jerarquía se puede asumir el control del hecho por dominio del aparato de poder organizado, aún no ha sido analizada de manera profunda ni resuelta en la doctrina.¹³⁵ El fallo de primera instancia adopta una visión más amplia de la autoría mediata – parecida a la de Roxin y a los fallos de tribunales alemanes – extendiéndola a mandos medios que no sólo reciben órdenes del nivel superior estratégico, sino que poseen por su parte cierto poder de mando para dar órdenes a sus subordinados.¹³⁶ En estos casos, no se puede admitir como causas de exculpación el hecho de que solamente se encargan de la transmisión de órdenes o la falta de causalidad invocando el argumento que si no lo hubieran hecho ellos, otra persona lo habría hecho.¹³⁷ Como consecuencia, la autoría mediata no se limita a los integrantes del nivel superior estratégico y existe la posibilidad de una cadena de autores mediatos en una organización jerárquica.¹³⁸

Sin embargo, aunque la posibilidad de autoría mediata en un nivel jerárquico debajo del nivel superior estratégico ha sido reconocido en el caso de Eichmann¹³⁹, no se puede negar el hecho de que el control absoluto a través de un aparato de poder organizado y jerárquico sólo puede ser ejecutado por el nivel estratégico superior, es decir por el gobierno, cuando se trata de violencia estatal.¹⁴⁰ Adicionalmente, el nivel superior estratégico representa de manera especial al Estado y como tal carga con la responsabilidad por posibles transgresiones a los derechos fundamentales, pues el Estado tiene una obligación especial de proteger sus ciudadanos.¹⁴¹

135 K. Ambos, Parte General (*supra* n. 114), pp. 229 ss.

136 CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafo 731.

137 *Ibíd.*

138 *Ibíd.*, véase también C. Roxin, Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität, en E. Samson, F. Dencker, P. Frisch, H. Frister and W. Reiß (eds), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden (Nomos) 1999, pp. 549-561, 556.

139 K. Ambos (*supra* n. 113), p. 152-153.

140 H. Vest, Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das individuelle Strafrecht? 13 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (2001), pp. 457-498, 493 ss; K. Ambos, (*supra* n. 113), at 153.

141 Sobre la respectiva fundamentación normativa del dominio por organización ver

Todo otro poder es solamente derivado y por ello su ejercicio le es imputable al direccionamiento del Estado.¹⁴² Sólo el dominio de la conducción del Estado no puede ser bloqueado desde arriba o perturbado de cualquier otra forma. Se debe decir, por tanto, que el dominio por organización podrá fundamentarse, sin duda alguna, sólo respecto de aquellos hombres de atrás del Estado, cuyo poder de mando y cuyas órdenes no pueden sin más ser retiradas o anuladas, es decir, respecto de aquellos, que en este sentido dominan o gobiernan “sin perturbación alguna”.¹⁴³ Esto es así sólo respecto del propio vértice de la organización en un gobierno formalmente constituido y, en casos excepcionales, también respecto de la conducción de las fuerzas de seguridad militares o policiales (“los generales”) que se encuentran fuera del gobierno civil. Además, su capacidad de dominar la organización se ha de suponer, sin más, cuando éstos gobiernan por sí solos o cuando pertenecen al gobierno. Respecto al régimen de Fujimori, se puede constatar que el nivel superior estratégico fue compuesto por Fujimori como presidente y comandante de las fuerzas armadas, Vladimiro Montesinos y Julio Salazar Monroe, como los jefes de facto y de jure del servicio de inteligencia nacional SIN, y Nicolás de Bari Hermoza Ríos como comandante del estado conjunto de las fuerzas armadas.

Por el contrario, los autores que no pertenecen al vértice de la organización, pero sí por ejemplo a su nivel medio, poseen dominio de la organización dentro del aparato a lo sumo respecto de sus subordinados. Ellos no dominan todo el aparato, sino a lo mejor una parte de éste. Este dominio parcial justifica su consideración como autores mediatos al menos respecto de la parte de los sucesos bajo su dominio. Por otra parte, su dependencia del vértice de la organización parece hablar en contra de una autoría mediata y en favor de una coautoría fundada en la división funcional del tra-

infra (4) con nota 158 s. y texto principal.

142 K. Ambos, (*supra* n. 113), p. 153.

143 K. Ambos, Parte General (*supra* n. 114), p. 232; K. Ambos, (*supra* n. 113), p. 154.

bajo.¹⁴⁴ En este caso no pueden prosperar los usuales argumentos en contra de la coautoría en el marco de organizaciones formales, expuestos por último y una vez más por Roxin. Tampoco debe ser reemplazado el criterio de la resolución común a cometer el hecho, como proponen Jakobs y sus discípulos, por una mera decisión de inserción (*Einpassungsentschluss*). Por el contrario, se puede partir con la doctrina mayoritaria de un acuerdo de voluntades informal de los intervinientes. Aunque es cierto que en caso de delitos en el marco de un aparato organizado de poder por lo general – pero no siempre es así – quien emite la orden y quien la ejecuta no se conocen y tampoco deciden nada conjuntamente, ello no contraviene la asunción de coautoría, pues para el acuerdo de voluntades informal es suficiente que el ejecutor directo con su pertenencia a la organización criminal ponga en evidencia que está de acuerdo con quien emite la orden.¹⁴⁵ Este acuerdo de voluntades se manifiesta con la ejecución del hecho en cierto modo tácitamente. Por otra parte, la realización del tipo en coautoría no se debe entender de manera estricta en el sentido de excluir toda acción preparatoria. Dominio funcional del hecho no significa otra cosa que un actuar conjunto de los intervinientes fundado en la división de trabajo. En estos casos el actuar conjunto consiste en que el “autor de escritorio” – que no se “ensucia las manos” directamente durante la ejecución del hecho como el autor directo planea, prepara y ordena la comisión del hecho y el subordinado lo ejecuta. Ambas contribuciones al hecho son indispensables para su comisión; superior y subordinado dominan el hecho en la misma medida.¹⁴⁶ Se debe tener de presente, además, que está en la lógica del dominio funcional del hecho que a medida que el número de intervinientes crece, las aportaciones individuales al hecho pueden resultar cada vez más pequeñas, sin que esto deba conducir a una preponderancia en los otros inter-

144 K. Ambos, *Der Allgemeine Teil* (*supra* n. 114), p. 604; K. Ambos, *Parte General* (*supra* n. 114), p. 232.

145 K. Ambos, *Der Allgemeine Teil* (*supra* n. 114), p. 605; K. Ambos, *Parte General* (*supra* n. 114), p. 232.

146 K. Ambos, *Parte General* (*supra* n. 114), p. 233.

vinientes.¹⁴⁷ Finalmente, en cuanto al argumento de la diferencia estructural entre autoría mediata vertical y la coautoría horizontal, aunque en principio debe ser reconocida, con esto sólo se indica precisamente una diferencia estructural que no permite una delimitación segura en los casos límite. En este contexto, ella es idónea como argumento en favor de una autoría mediata solo en los casos en los cuales la relación vertical entre el hombre de atrás y el ejecutor no se superponga o perturbe con otra relación de dependencia del hombre de atrás.¹⁴⁸ Vale la pena mencionar en este contexto que la Corte Superior de Justicia de Lima, previa a la condena de Fujimori, había condenado a Salazar Monroe como autor mediato de las desapariciones de La Cantuta, argumentando que él formó parte del nivel superior estratégico en el vértice del gobierno de Fujimori.¹⁴⁹ En el mismo fallo, varios mandos medios de las fuerzas armadas y miembros del grupo Colina fueron condenados como coautores. En el fondo, el problema de la delimitación entre autoría mediata y coautoría en el caso de los niveles jerárquicos medios y bajos se centra en la decisión si se está dispuesto a aceptar el déficit de dominio del superior o, más bien, un déficit de equiparación entre los intervinientes. Puesto que el dominio es el único criterio determinante de la autoría mediata, no se pueden tolerar al respecto defectos o dudas; por el contrario, el criterio de equiparabilidad y simultaneidad de la coautoría no debe ser entendido de modo demasiado estricto.¹⁵⁰ Por lo tanto, la solución de la responsabilidad penal de mandos medios mediante la figura de la coautoría es más convincente, pues la autoría mediata se fundamenta en el control absoluto, por lo menos desde una perspectiva normativa, sobre el hecho y como tal no puede ser reconciliada con un control parcial o incluso la falta de control por la ausencia de una postura de influencia o liderazgo imperturbable.

147 *Ibíd.*

148 *Ibíd.*

149 Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Penal Especial (*supra* n. 86).

150 K. Ambos, Parte General (*supra* n. 114), p. 233.

5.2.3.2.3. La desvinculación de la organización del derecho

El segundo presupuesto específico reconocido por las Salas de la Corte Suprema de Justicia es la desvinculación de la organización del derecho.¹⁵¹ La organización, sea ésta el Estado o una parte de éste o un grupo no estatal, debe actuar al margen del derecho nacional o internacional. La desvinculación debe ser de carácter estructural, es decir violaciones aisladas de los derechos humanos que no forman parte de una política no son suficientes. En el caso de violencia masiva y sistemática estatal, no es necesario que todo el aparato estatal como tal funcione fuera de los límites del derecho nacional o internacional; basta que una parte de las instituciones, por ejemplo, las fuerzas de seguridad funcionen como un “Estado dentro del Estado” e implementen una política de violaciones de derechos humanos bajo el liderazgo de altos funcionarios. La desvinculación del derecho puede realizarse de manera instantánea mediante la decisión del nivel superior estratégico de abandonar el Estado de derecho, o de manera gradual por medio del deterioro continuo de las estructuras democráticas del Estado.¹⁵² El grado de culpabilidad del autor mediato es más intenso cuando el origen de la desvinculación parte de un marco de legalidad formal, pues – en primer lugar – en este caso se ha alejado del orden legal establecido que era la fuente del uso legítimo de poder, y – en segundo lugar – la estructura criminal que surge resulta ser menos identificable.¹⁵³ En este sentido, se puede notar que Fujimori fue condenado como autor mediato por los crímenes cometidos por el grupo Colina antes del golpe de Estado (caso Barrios Altos) y después del golpe (Caso La Cantuta). Por lo tanto, el golpe de Estado como tal no puede ser considerado exclusivamente como criterio o circunstancia decisiva para asumir que Fujimori lideró una organización ilegal.

151 CSJ-SPE (*supra* n.1), párrafos 733-736, CSJ-PSPT (*supra* n. 1), pp. 48-49.

152 CSJ-SPE (*supra* n.1), párrafo 735.

153 *Ibíd*, párrafo 731.

5.2.3.2.4. La fungibilidad

El tercer presupuesto específico consiste en la fungibilidad del autor directo (autor ejecutivo).¹⁵⁴ Este criterio pretende compensar la falta de control sobre el autor directo plenamente responsable, quien en cualquier momento puede tomar la decisión de abandonar el plan criminal. Solamente si la organización produce un número suficiente de potenciales ejecutores dispuestos y fungibles, se puede hablar de un dominio por medio de una organización, es decir a través de ejecutores intercambiables. Por lo tanto, el autor mediato no tanto o – desde una perspectiva naturalística – ni siquiera domina al autor directo (que es plenamente responsable), sino más bien – en el sentido de una fungibilidad *abstracta* – al conjunto de autores directos que forman parte de la organización criminal. Los autores directos no son más que ruedas intercambiables de la máquina del aparato de poder organizado, lo cual convierte la aparente libertad en un dato naturalístico que – desde una perspectiva normativa – no resulta tener más importancia.¹⁵⁵

En cuanto al significado preciso de la fungibilidad, la Sala Especial de la Corte Suprema de Justicia distingue entre fungibilidad *negativa* y *positiva*. La primera corresponde al concepto clásico y se refiere a situaciones en la cuales una negación o abstención de la persona interpuesta para realizar los designios delictivos del plan criminal de la organización no impedirá que aquellos se materialicen, porque el incumplimiento es compensado de manera inmediata por otro ejecutor que toma su lugar.¹⁵⁶ La fungibilidad positiva otorga al nivel estratégico superior la posibilidad de elegir para la comisión del hecho punible, desde el inicio, la mejor opción entre una pluralidad de ejecutores que tiene a disposición el aparato de poder.¹⁵⁷ El nivel estratégico superior puede elegir los ejecutores

154 CSJ-SPE (*supra* n.1), párrafos 737-739, CSJ-PSPT (*supra* n. 1), pp. 49-51.

155 K. Ambos (*supra* n. 113), p. 144.

156 CSJ-SPE (*supra* n. 1), párrafo 738.

157 *Ibíd.*, párrafo 738.

más calificados para el plan delictivo para evitar de esta manera cualquier fracaso de la acción. Respecto al caso de Fujimori esto significa que el hecho de que el grupo Colina estuviera conformado por solamente unas 30 personas – pocos cuando se compara la situación con los miles de autores directos del Holocausto o el genocidio en Ruanda – no excluye la fungibilidad de los autores directos, pues el nivel estratégico superior pudo elegir con antelación las personas más calificadas y entrenarlas para los hechos criminales. Por esta razón, un fracaso en la comisión de los crímenes fue prácticamente excluido. Teniendo en cuenta este criterio amplio, la fungibilidad concreta deja de ser relevante, es suficiente la ya mencionada fungibilidad abstracta.¹⁵⁸

De cualquier forma, el criterio de la fungibilidad no puede compensar de manera satisfactoria la falta de control fáctico del autor mediato sobre los autores directos plenamente responsables y por lo tanto no puede explicar plenamente el dominio del hecho. Desde una perspectiva puramente fáctica, naturalística o empírica, siempre hay casos en los cuales los autores directos no pueden ser cambiados sin frustrar la realización del crimen como tal. Se puede

158 Cfr. Ambos, *Parte General* (*supra* n. 114), pp. 222-223; el mismo, *Internationales Strafrecht* (*supra* n. 66), § 7 nm. 26, según el cual la fungibilidad no puede ser entendida de manera completamente empírica (naturalista) y (con ello) la falta eventual de una fungibilidad concreta no representa ningún impedimento para el dominio del hecho del hombre de atrás; véase también Mark Osiel, *Making Sense of Mass Atrocity*, Cambridge (Cambridge University Press) 2009, p. 102 (“In assessing the superior misconduct, the capacity to switch subordinates between positions may not be the most relevant type of control, [...]”). Raul Pariona, *La autoría mediata por organización en la Sentencia contra Fujimori*, 4 ZIS 2009, pp. 609 ss. (en castellano en este volumen) sostiene la fungibilidad y la elevada predisposición del hecho no como presupuestos, sino como meras características del dominio de la organización. La (todavía incipiente) jurisprudencia de la CPI relativiza la fungibilidad: “Attributes of the organisation – other than the replaceability of subordinates – may also enable automatic compliance with the senior authority’s orders. An alternative means by which a leader secures automatic compliance via his control of the apparatus may be through intensive, strict, and violent training regimes.” (Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo, *supra* n. 119, párrafo 518; destacado por el autor). Crit. Thomas Rotsch, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, Berlin (De Gruyter) 2009, pp. 326 ss.; el mismo, ZStW 112 (2000), pp. 526 ss.

pensar para esto en los guardas del muro en lo que fue la Alemania oriental: si no hubieran disparado, las personas habrían logrado fugarse a la parte occidental de Alemania y nadie habría podido impedir la fuga. Con la fuga exitosa se debería negar el dominio del hecho del vértice de la organización. Por lo tanto, el criterio de la fungibilidad se muestra inidóneo desde el punto de vista empírico para explicar convincentemente el dominio por organización y debe ser complementado por una *consideración normativa* que transporta la estructura de los delitos de deber a la teoría del dominio del hecho, sirviéndose de un concepto material de libertad¹⁵⁹. Así, el Estado aparece – en cuanto garante de los derechos fundamentales y debido a su deber de protección de allí resultante – como especial obligado frente a los ciudadanos y posee frente a ellos un poder de lesión especial. El estado lesiona su deber de protección con la orden antijurídica al ejecutor de lesionar a una determinada persona. La relación de dependencia entre el ciudadano y el Estado sería aquí comparable con la posición de garante en los delitos de omisión. También aquí el garante sería responsable porque lesiona frente a la víctima el deber especial de protección o de custodia que resulta de la posición de garante. En el caso de una orden antijurídica, la dependencia – también normativa – del ciudadano respecto del Estado fundamenta también el dominio del hecho de éste. Este dominio es ejercido por el Estado al impartir al ejecutor, un ciudadano, la orden antijurídica de lesionar a la víctima, otro ciudadano. Por tanto, se encuentran afectadas dos relaciones jurídicas: la relación de reconocimiento entre el Estado y ciudadano caracterizada por deberes especiales, así como la relación de reconocimiento general de los ciudadanos entre sí. El dominio del hecho del Estado, más precisamente, el dominio del hecho del vértice de

159 Véase de manera detallada sobre esto, K. Ambos, Parte General (supra n. 114), pp. 224 ss.; el mismo, Der Allgemeine Teil (supra n. 114), pp. 599-600; el mismo, (supra n. 113), pp. 148-151; fundamentalmente Uwe Murmann, Die Nebentäterschaft im Strafrecht: ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre, Berlin (Dunker & Humblot) 1993, pp. 60 ss., el mismo, Tatherrschaft und Weisungsmacht, Goltdammers Archiv (1996), pp. 275 ss.

la organización estatal se presenta como un “dominio sobre la cualidad de la relación”, esto es de la relación de reconocimiento entre el Estado y sus ciudadanos. Lo importante en esta relación es el deber especial del Estado frente al ciudadano derivado de la dogmática de los delitos de deber. En la otra relación de los ciudadanos entre sí – aquí: entre el autor que ejecuta la orden y la víctima – lo que interesa es su lesión por medio de la injerencia directa en la libertad ajena. Como consecuencia, ambas relaciones jurídicas son lesionadas. Pues, si se quiere imputar la lesión de la víctima al vértice de la organización estatal a través del ejecutor, entonces no se puede atender solamente a la relación entre el vértice de la organización y el ejecutor, sino que también la víctima debe ser tenida en consideración – por medio de la relación de reconocimiento general de los ciudadanos entre sí –. La obligación especial del Estado frente al ciudadano – que lo obliga a protegerlo y le prohíbe lesionarlo y que, al mismo tiempo, entraña un poder de lesión especial dentro de esta relación – proporciona, por tanto, una fundamentación normativa del dominio del hecho en todos los casos en los cuales se niega la fungibilidad por motivos empíricos.

Respecto al caso de Fujimori, esta cuestión en particular ha sido resaltada por Jakobs quien afirma el carácter de Fujimori como autor justamente en su posición de presidente que actúa con pleno conocimiento de las acciones del grupo Colina.¹⁶⁰ La Sala correctamente rechazó la aplicación de la figura de la responsabilidad del superior, ya que ésta se trata de una forma de responsabilidad por omisión, mientras que Fujimori gestionó activamente la creación del mencionado aparato de poder organizado y lo dirigió en vista a la ejecución concreta de delitos. Sin embargo, en este contexto, la Sala no ahondó en esta interpretación fáctico-normativa de la fungibilidad para determinar que a Fujimori – como jefe de gobierno – le corresponde una responsabilidad especial (posición de garante) debido a que él tenía que proteger a la población de la comisión de

160 G. Jakobs (*supra* n. 123), p. 574.

delitos por parte del aparato de poder estatal, por lo cual el incumplimiento (activo o pasivo) de esta obligación (especial) implica su responsabilidad como autor. Es de resaltar que con esto no se abandona la teoría del dominio del hecho, sino que ella es asegurada normativamente. La fundamentación normativa expuesta no reemplaza el punto de vista fáctico, sino que lo complementa. Aquellas consideraciones explican también por qué el grupo de autores mediatos debería limitarse al nivel estratégico superior, pues solamente los líderes – como representantes máximos del Estado – cargan el deber especial de proteger a los ciudadanos. Sin embargo, cabe anotar que esta construcción no es aplicable en los casos de líderes de organizaciones no estatales, donde el dominio por organización debe fundamentarse exclusivamente en criterios fácticos.

5.2.3.2.5. La predisposición del autor directo a la realización del hecho

El cuarto presupuesto específico, que va más allá de los presupuestos tradicionales expuestos hasta el momento, es la predisposición del autor directo que implica que éste no actúe como cualquier ciudadano ante la comisión de un delito, sino que deja de actuar como ente individual y pasa a ser parte del todo estratégico, operativo e ideológico que integra la organización jerárquica.¹⁶¹ Este requisito tiene su origen en la teoría de Schroeder¹⁶² sobre autoría mediata y ha sido previamente utilizado por la jurisprudencia alemana en los casos de los disparos en el muro (“Mauerschützenfälle”)¹⁶³. La Sala Especial de la Corte Suprema de Justicia menciona este presupuesto advirtiendo que ha sido Roxin quien ha considerado recientemente la inclusión e integración de este criterio. Sin embargo, la necesidad de este criterio sigue siendo controvertido.¹⁶⁴

161 CSJ-SPE (*supra* n.1), párrafos 740-741, CSJ-PSPT (*supra* n. 1), pp. 51-52.

162 F.-C. Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter- ein Beitrag zur Lehr von der mittelbaren Täterschaft*, Berlin (Duncker & Humblot) 1965.

163 BGHSt 40, 218, 237; BGHSt 40, 307, 316, BGHSt 45, 270, 296.

164 Véase por ejemplo Pariona (*supra* n. 157), p. 613, que entiende este criterio no

6. CONCLUSIÓN

La sentencia contra Alberto Fujimori puede calificarse como histórica por varias razones. Fujimori ha sido el primer expresidente en ser extraditado por un juicio en su contra por graves violaciones a los Derechos Humanos en su país, en donde se le sometió a un juicio justo. Por lo que respecta a la fundamentación de la responsabilidad personal de Fujimori, la sentencia confirma – de nuevo¹⁶⁵

como un presupuesto, sino sólo como una característica de la autoría mediata por dominio de la organización.

- 165 De manera reciente, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha proferido un fallo en la Sala de Casación Penal en donde se alude a la teoría del dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder en el caso del ex-gobernador del departamento de Sucre y sus nexos con los grupos paramilitares. Si bien la CSJ no dictaminó el fondo de la sentencia a partir de la autoría mediata, sí tomó la decisión de compulsar copias para que se investigue la responsabilidad del exgobernador bien sea como autor o como participe en los planes de esta organización criminal. En este sentido, la CSJ reconoce que en la estructura de los grupos paramilitares se ha constatado diversos elementos como la existencia de pluralidad de integrantes sustituibles (fungibilidad), el control (dominio) de la organización por un hombre de atrás y el dominio sobre la ejecución de aquellos hechos ilícitos penales (pp. 108-109), además se explica tal situación a partir de citas sobre autoría mediata (Carolina Bolea, *Autoría mediata en derecho penal*, Valencia, 2000; Iván Montoya, «La autoría mediata por dominio de organización: a propósito del caso Fujimori», <http://blog.pucp.edu.pe/item/27749>). Incluso se trae a colación a Roxín (notas: 96 y 104) resumiendo las exigencias de “la expresión teórica alemana mayoritaria: (i) autoría mediata como dominio de la organización; (ii) la fungibilidad en el marco del dominio de la organización; (iii) la necesidad del apartam[i]ento del Derecho del aparato de poder; (iv) la disponibilidad hacia el hecho específica de la organización; (v) el poder de imposición de los hombres de atrás como soporte fundamental del dominio del hecho; y, (vi) el dominio del resultado (Roxín, *La teoría del delito*, Lima (Grijley) 2007, pp. 513-534). En esta misma dirección se han proferido dos nuevos fallos contra ex-senadores por nexos con la misma organización paramilitar en donde se continúa aludiendo a la autoría mediata. En general, véanse las sentencias de única instancia del 3 de diciembre de 2009, Radicado 32672, (pp. 105-112), del 23 de febrero de 2010, Radicado 32805 (especialmente esta sentencia en donde hay un mayor desarrollo en la aplicación de la autoría mediata) (pp. 76-79) y del 18 de marzo del 2010, Radicado 27032 (pp. 153-154). Sin embargo, vale la pena resaltar que en Colombia impera la tesis de la “coautoría impropia” (coautoría sin presencia del elemento subjetivo) desplazando la aplicación de la autoría mediata en aparatos organizados de poder. Al respecto, resulta interesante el análisis que realiza Claudia López, en *Ambos* [coord.], *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Bogotá, 2 ed. 2009, p.187) en el caso colombiano, en donde se adhiere a la tesis del “autor tras el autor” “(...) es decir, imputando respon-

– la eficiencia de la teoría del dominio por organización en casos de responsabilidad macrocriminal de autores por mando. Lo que representa una aplicación verdaderamente ejemplar de esta teoría en un aparato de poder organizado, que consiste en una agencia de inteligencia, como parte del aparato estatal y Estado dentro del Estado. Eso demuestra la preponderancia de esta teoría frente a la responsabilidad del superior y de la empresa criminal conjunta (*joint criminal enterprise*) como otras formas de atribución de responsabilidad individual en el plano del Derecho Penal Internacional.¹⁶⁶ Igualmente, deja claro que el reconocimiento de la autoría mediata en el artículo 25 (3) (a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional y la aplicación (combinada) de la teoría del dominio del hecho para la fundamentación de coautoría o autoría mediata (por dominio de la organización) amerita el asentimiento a través de la Sala de Asuntos Preliminares de la Corte Penal Internacional¹⁶⁷. Pues los problemas conocidos de la teoría del dominio de la organización, que también han sido recordados reiteradamente con referencia al caso Fujimori,¹⁶⁸ no modifica en nada su mérito incomparable para

sabilidad tanto al autor material (quien tiene el dominio directo del hecho) como a quienes en virtud de la cadena de mando sean autores y coautores mediatos de los hechos punibles investigados”.

- 166 Cfr. acerca de la discusión internacional Olásolo (*supra* n. 87); Ambos, (*supra* n. 113), pp. 127-157 con numerosas referencias.
- 167 Cfr. Prosecutor v. Lubanga, Decision on the confirmation of charges, 29.1.2007 (ICC-01/04-01/06-803), párrafo 330 ss. (reconocimiento de la teoría del dominio del hecho como “control over the crime”), 342 ss. (dominio del hecho funcional [“joint control over the crime”] en complicidad); Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui (*supra* n. 119), párrafo 480 ss. (reconocimiento de la teoría del dominio del hecho como “control of the crime approach”), 490 ss. (complicidad [„co-perpetration“] y autor mediato [„indirect perpetration“]), párrafo 495 ss. (autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado); Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision pursuant to article 61 (7) (a) and (b) on the charges against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009 (ICC 01/05-01/08), párrafo 348 (reconocimiento del dominio del hecho funcional); acerca de esta decisión: Ambos, *Leiden Journal of International Law* 22 (2009), 715 ss.; en castellano en *Revista Penal (España)* 25 (enero 2010), 12-21.
- 168 Cfr. desde la perspectiva alemana especialmente las contribuciones de Jakobs (*supra* n. 123), pp. 572 ss y Herzberg (*supra* n. 125), pp. 576 ss; desde el punto de vista peruano las contribuciones de García y Meini en *ZIS* 2009, pp. 596 ss y pp. 603 ss.

hacer visible la responsabilidad de autores por mando en casos de sistemas ilícitos macrocriminales y considerar adecuadamente el contenido del injusto y de la culpa de su conducta. Por otro lado, los fallos muestran cómo – a pesar de la incorporación inadecuada de los crímenes internacionales como los de lesa humanidad al derecho interno y los retos respecto a la cooperación internacional - pueden ser superados estos obstáculos normativos sin violar principios fundamentales del derecho penal y el derecho de extradición. En este sentido, los fallos pueden servir como ejemplo positivo para otros tribunales penales nacionales e internacionales.

LA LEY DE AMNISTÍA (LEY 1820 DE 2016) Y EL MARCO INTERNACIONAL*

1. EL MARCO INTERNACIONAL: AMNISTÍAS ABSOLUTAS VERSUS CONDICIONADAS

En el Derecho Internacional se ha desarrollado un enfoque bifurcado que distingue entre amnistías absolutas y amnistías condicionadas.¹

* Agradezco a Susann Aboueldahab, colaboradora científica del CEDPAL, por la ayuda en la preparación de este texto. Además, agradezco a Gustavo Emilio Cote Barco por sus comentarios críticos.

1 Me refiero en esta parte a anteriores trabajos míos: *Legal Framework*, 54 ss., véase también *El marco jurídico de la justicia de transición*, 2009, 23-129; *Treatise on International Criminal Law, Volume I*, 2013, 124 ss. Para la misma distinción: John Dugard, *Dealing with crimes of a past regime*, *Leiden Journal of International Law (LJIL)*, 12, 2009, 1003 s. (1009); e ídem en Cassese/Gaeta/Jones *The Rome Statute of the International Criminal Court, Volume I*, 693 s. (699-700); Richard Goldstone/Nicole Fritz, *In the interests of justice and independent referral*, *LJIL* 13, 2000, 655 s. (663-4); Damien Vandermeersch, “Droit belge”, en Cassese/Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, 108; Office of the UN High Commissioner for Human Rights, *Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un Conflicto. Amnistías*, HR/PUB/09/1 (2009), p. 24 s., disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf; Karlijn Van der Voort/Marten Zwanenburg, *From ‘raison d’État’ to ‘état de droit international*, *International and Comparative Law Review (ICLR)* 1, 2001, 315 s. (325); Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013 (316 s.) (con relación a la jurisdicción de un tercer Estado); Juan Méndez, *National reconciliation, transnational justice and the International Criminal Court*, *Ethics & International Affairs (Ethics & Int. Aff)* 15, 2001, 25 s. (39-40); Gwen K. Young, *Amnesty and accountability*, *U.C. Davis Law Review (U.C. Davis L. Rev.)* 35, 2002, 427 s. (456-7); Darryl Robinson, *Serving the interests of justice*, *European Journal of International Law (EJIL)* 14, 2003, 481 s. (484); Anja Seibert-Fohr, *The relevance of the Rome Statute of the ICC for amnesties and truth*

1.1. Las amnistías absolutas (inadmisibles)

El primer tipo son las amnistías absolutas. Su finalidad primaria es esconder completamente crímenes del pasado prohibiendo cualquier investigación. El resultado es la indefensión de las víctimas y la perpetuación de la impunidad, impidiendo a las víctimas y sus familiares identificar a los autores, conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. De esta forma, este tipo de amnistías –que usualmente operan como autoamnistías, favoreciendo a las mismas autoridades que la han aprobado– obstruyen la investigación y el acceso a la justicia.² Un ejemplo clásico de una amnistía absoluta en el contexto latinoamericano es el Decreto chileno 2.191 de 1978, el cual concedió la amnistía a “autores, cómplices o encubridores” extendiéndola a todos los crímenes cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 (día del *coup d'état* del General Augusto Pinochet) y el 10 de marzo de 1978, sin hacer ninguna distinción entre delitos comunes y aquellos cometidos con motivación política.³

commissions, Max Planck Yearbook of United Nations Law (UNYB) 7, 2003, 553 s. (588, 590); Elizabeth Salmón, *Reflections on international humanitarian law and transitional justice*, International Review of the Red Cross (ICRC Int. Rev.) 88, 2006, 327 s. (331 s.); Ronald Slye, *The legitimacy of amnesties under international law and general principles of Anglo-American law*, Virginia Journal of International Law (Virginia Journal of Int'l L.) 43, 2002, 173 s. (240 s.) distinguiendo, ulteriormente, entre amnistías amnísticas, de compromiso, correctivas y responsables. Véase también Jens Ohlin, *A Meta-Theory of International Criminal Procedure*, UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs (UCLAJIL&ForAff) 14, 2009, 77 s. (116-18); Elizabeth King, *Amnesties in Times of Transition*, The George Washington International Law Review (GeoWashILR) 41, 2010, 577 s. (610); Robert Cryer, “Alternatives and complements to criminal prosecution”, en: Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst, *An introduction to international criminal law and procedure*, 2014, (569 s.); Christoph Safferling, *Internationales Strafrecht*, 2011, § 5 para. 64; Gerhard Werle, “Der Übergang vom Unrechtsregime zum Rechtsstaat: Vergessen oder Erinnerung? – Ein Vierteljahrhundert nach dem Ende der argentinischen Militärdiktatur”, en Muñoz Conde/Vormbaum, *Transformationen von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit*, 2010, 235 s.

2 Ambos, *El marco jurídico de la justicia de transición*, 2008, 90.

3 Decreto Ley 2191, publicado en el *Diario Oficial* núm. 30.042 del 19 de abril de 1978. Para un análisis de esta y otras normas de impunidad latinoamericana, véase Ambos, *Impunidad y derecho penal internacional* 1999, 127 y ss., 147 y ss.; e ídem, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997, 83 ss. (101-2), 227 ss.

El Derecho Internacional prohíbe de manera inequívoca este primer tipo de amnistías.⁴ No solamente instrumentos recientes toman esta posición, el más notable entre ellos es el Estatuto de la Corte Especial de Sierra Leona (CESL),⁵ sino también tribunales internacionales penales y de derechos humanos. El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) rechazó la amnistía para la tortura⁶ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) consideró inadmisibles las disposiciones correspondientes en la Ley de Amnistía peruana n° 26.479 (y su Ley Interpretativa n° 26.492).⁷ En este sentido, la CIDH se refirió al “establecimiento de excluyentes de la responsabilidad penal que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos”.⁸ Este último caso es un ejemplo de una clásica amnistía absoluta que viola los arts. 8 y 25 en relación con el art. 1 (1) y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).⁹ Leyes de amnistías abso-

4 Cf. Ambos, *Legal Framework*, v. *supra* nota 1, 55–62.

5 El art. 10 del Estatuto de la CESL reza: “Una amnistía ... no será un obstáculo a la persecución”.

6 *Prosecutor v. Furundzija* [10 December 1998], Judgement, IT-95-17/1-T (TPIY) par. 155 : “El hecho de que la tortura esté prohibida por una norma perentoria de derecho internacional (...) sirve a deslegitimar internacionalmente cualquier acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura. Sería un sinsentido sostener, por un lado, que a causa del valor de *jus cogens* de la prohibición contra la tortura, las reglas convencionales o consuetudinarias que prevean la tortura serían nulas e inválidas *ab initio*, y, por el otro, que un Estado podría no tenerla en cuenta, por ejemplo, tomando medidas nacionales que autoricen o aprueben la tortura o absuelvan a sus autores a través de una ley de amnistía” (traducción propia).

7 La Ley 26.479 de 14 junio 1995 (reimpreso en Normas Legales No. 229, 143–4) fue una amnistía absoluta a favor del ejército, la policía y además personal civil por crímenes cometidos en el marco de la lucha contra el terrorismo entre mayo 1980 y la promulgación de esta misma Ley; el objetivo de la Ley 26.492 fue ‘interpretar’ el alcance de la Ley de amnistía; cf. A este respecto Ambos, v. *supra* nota 3 *Straflo-sigkeit*, 95–6; e *idem*, v. *supra* nota 3, Impunidad, 140–1.

8 *Barrios Altos vs. Perú*, CIDH, Serie C No. 75 (14 de marzo de 2001), par. 41.

9 El art. 8 (1) de la CADH establece el derecho a ser oído por un tribunal indepen-

lutas resultan en el desamparo de las víctimas, violan el principio de igualdad (ya que tratan a los beneficiarios mejor que a otros delincuentes)¹⁰ y son manifiestamente incompatibles con la intención y el espíritu de la CADH.¹¹ Por lo tanto, la jurisprudencia de la CIDH es a nivel regional de especial importancia.¹² De manera simi-

diente e imparcial; el art. 25 (1) prevé el “derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención (...)”; el art. 1 (1) establece el deber del Estado de respetar los derechos y libertades de la CADH. Cf. también al respecto Javier Chinchón Álvarez, *Las leyes de amnistía en el sistema europeo de derechos humanos*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, no 52, 2015, 924 (nota 51).

- 10 Ambos, v. *supra* nota 3, *Straflosigkeit*, 214; cf. también Stefanie Bock, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, 303; en cuanto al principio correspondiente ‘no one can be judged in his own suit’, Dictamen consultivo de la CPJI sobre art. 3, par. 2, del Tratado de Lausanne (Frontera de Iraq y Turquía), No. B 12, p. 32 (21 de noviembre de 1925); véase también King, *GeoWashILR* 41, 2010, 617.
- 11 *Barrios Altos vs. Perú*, par. 43. Para la misma posición de la Comisión Interamericana con respecto a las amnistías en los casos previos de Argentina, Chile, El Salvador y Uruguay, véase Douglas Cassel, *Lessons from the Americas*, LCP 59, 1996, 197 s. (208–14) con referencias adicionales. Véase en general acerca de la jurisprudencia de la CIDH, Cf. Cryer, *Alternatives and complements to criminal prosecution*, 2014, 570 s.; Michael Kourabas, *A Vienna Convention Interpretation of the “Interests of Justice” Provision of the Rome Statute* UC Davis Journal of International Law & Policy (UCDavisJIL&Pol’y), 14 (2007), 59 (86–90), concluyendo en la p. 89 que la ‘jurisprudencia en este asunto se ha vuelto más concreto y potencialmente más expansivo’ y Gustavo Alvira, *Toward a new Amnesty*, Tulane Journal of International and Comparative Law (Tul. Journal of Int’l & Com. Law) 22, 2013, 119 s. (124 s.).
- 12 La CIDH ha rechazado este tipo de amnistías en los casos: *Gelman vs. Uruguay*, Serie C No. 221, paras. 226, 233 ss., Fondo y reparaciones (24 febrero 2011); *Gomes-Lund et al.* (Guerrilha do Araguaia) v Brazil, Serie C No. 219, Objeciones preliminares, méritos, reparaciones y costos, paras. 147–77 (24 noviembre 2010); *La Cantuta v Perú*, Serie C No. 162, paras. 62, 80, 174 (29 noviembre 2006) y *Almonacid-Arellano et al. v Chile*, Serie C No. 154, paras. 114, 118 (26 septiembre 2006). Véase también Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, v. *supra* nota 1, 423 s.; Eduardo Ferrer Mac-Gregor/ Carlos María Pelayo Möller, *Artículo 2. Deber a adoptar disposiciones de derecho interno*, en Steiner/ Uribe, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2014, 82 ss.; Juan Carlos Portilla, *Amnesty*, The Fletcher Forum of World Affairs (Fletcher F. WorldAff) 38, 2014, 169 s. (183 s.) y también Ambos/María Laura Böhm, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿Tribunal tímido y tribunal audaz?”, en: Ambos/ Malarino/ Elsner, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional* – Tomo II, 2011, 61 ss; Javier Chinchón Álvarez, *Las leyes de amnistía en el sistema europeo de derechos*

lar, la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) por su parte también ha sostenido que en casos de tortura no se deben impedir procedimientos penales por medio de amnistías o indultos.¹³

El Estatuto de la CPI, el cual se compromete expresamente en la lucha contra la impunidad (párrafos 4 a 6 del preámbulo)¹⁴, es considerado una expresión de *opinio juris* en el sentido de que las amnistías están prohibidas respecto a los crímenes internacionales nucleares de competencia de la CPI.¹⁵ Asimismo, la ONU dejó claro que en el contexto de tratados de paz no acepta cláusulas de amnistía respecto a crímenes internacionales como genocidio, crímenes contra la humanidad o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario (DIH).¹⁶ La misma postura se encuentra en la (poca

humanos, Revista de Derecho Comunitario Europeo, no 52, 2015, 926.

- 13 Abdülsamet Yaman v Turkey, 32446/96, para. 55 (2 noviembre 2004) y recientemente la decisión Marguš c. Croacia, 445/10 (27 de mayo de 2014), véase a este respecto Javier Chinchón Álvarez, Las leyes de amnistía en el sistema europeo de derechos humanos, Revista de Derecho Comunitario Europeo, no 52, 2015, 925 ss., 930 ss.; Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, 2013, 976 s.
- 14 Párrafo 4, “Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia” y párrafo 6, “Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”, véase también a este respecto Cf. Cryer, *Alternatives and complements to criminal prosecution*, 2014, 572 s.
- 15 Helmut Gropengießer/ Jörg Meißner, *Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court*, ICLR 5, 2005, 267 (272 s., 300); véase también Carsten Stahn, *Complementarity, amnesties and alternative forms of justice*, Journal of International Criminal Justice (JICJ) 3, 695 s. (702); Michael Scharf, *The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court*, Cornell International Law Journal (Cornell Int'l.L.J.) 32, 1999, 507 s. (522).
- 16 Report of the Secretary General on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone (S/2000/915, 4 October 2000, p. 22). En el mismo sentido, en el Informe del Secretario General sobre “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” (S/2004/616, 3 August 2004), se ha reconocido que “una amnistía cuidadosamente formulada puede ayudar al regreso y la reinserción” de los grupos armados (par. 32), pero al mismo tiempo confirmado que la ONU “nunca puede prometer amnistías para el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad o las graves violaciones de los derechos humanos ...” (Ibíd. par. 10, 32, 64). Véase también ICTJ-guidelines, pp. 1, 2 (“pro-

frecuente) práctica nacional¹⁷ y en la amplia literatura sobre amnistías.¹⁸ Con base en todo lo anterior, es posible afirmar que las amnistías absolutas son inadmisibles en el marco del Derecho (Penal) Internacional.

1.2. Las amnistías condicionadas (admisibles)

Las amnistías condicionadas, al contrario, no eximen automáticamente de castigo por hechos delictivos cometidos durante un cierto periodo de tiempo; más bien condicionan el beneficio a la realización de ciertos actos por parte del (los) beneficiario(s).¹⁹ De esta manera, los (antiguos) autores deben efectuar ciertos actos para satisfacer los reclamos legítimos de las víctimas, como la revelación completa de los crímenes que han cometido, el reconocimiento de responsabilidad y el arrepentimiento.²⁰ Lo esencial de una amnistía

hibición para el personal de la ONU de aprobar una amnistía respecto a graves violaciones a los derechos humanos.”) y Guidelines Negotiations, par. 13 (“necesario y propio para que sea concedida inmunidad de persecución ...; sin embargo, la ONU no puede consentir amnistías que conciernen crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio o fomentar a aquellos que violan obligaciones convencionales relevantes de las partes” en conflicto, cf. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States. Amnesties*, Nueva York: 2009, disponible en: http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/RuleofLawToolsAmnesties_OHCHR2009.pdf.

17 Cf. el análisis detallado en Ambos, *Legal Framework*, v. *supra* nota 1, 58–62.

18 Cf. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 2013, 972 ss.; Cassese, *International Criminal Law*, 2013, 312; Mark Freeman/ Max Pensky, “The Amnesty Controversy in International Law”, en: *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability. Comparative and International Perspectives*, 2012, 42 ss., Méndez, *National reconciliation, transnational justice and the International Criminal Court*, v. *supra* nota 1, 33; Cassese, *The Special Court and International Law*, JICJ 2, 2004, 1130 s.; Stahn, *Complementarity, amnesties and alternative forms of justice*, v. *supra* nota 15, 461; Gropengießer/ Meißner, v. *supra* nota 15, 272; Ruti Teitel, *Transitional Justice*, 2000, 58; Olson, *Prouoking the dragon on the patio*, ICRC Int. Rev. 88, 2006, 275 s., (383–4); y Ambos, *Legal Framework*, v. *supra* nota 1, 61 con más referencias.

19 Ambos, *Legal Framework*, v. *supra* nota 1, 62 e *idem*, *El marco jurídico de la justicia de transición*, v. *supra* nota 2, 104.

20 Cf. Cryer, *Alternatives and complements to criminal prosecution*, 2014, 574 s. Sobre posibles condiciones de las amnistías véase Mallinder, “Exploring the Practice of States in Introducing Amnesties”, en Ambos/Large/Wierda, *Building a Future on Peace and Justice*, 127 s. (paras. 42 s.) (dirección URL: <http://uir.ulster.ac.uk/2265/1/>)

condicionada, desde la perspectiva de las víctimas, es que prevea alguna forma de responsabilidad (*accountability*), si bien no dentro del marco de un juicio penal al menos sí a través de un mecanismo alternativo, como por ejemplo una comisión de la verdad y reconciliación (CVR).²¹ Cuanto más contribuyan las condiciones cumplidas en un caso concreto a una verdadera reconciliación, mayor responsabilidad traerá consigo una amnistía condicionada (*'accountable amnesty'*).²² El ejemplo más famoso de tal amnistía es el caso de Sudáfrica. Según las regulaciones en la Ley de Verdad y Reconciliación (*Truth and Reconciliation Act*) de 1995,²³ una amnistía individual puede ser concedida por un Comité de Amnistía específico bajo la condición de que, *inter alia*, el solicitante revele todos los hechos cometidos y éstos puedan ser considerados delitos políticos.²⁴

Mallinder - Nuremberg_chapter_June_20081.pdf, consultado por última vez el 25 de julio de 2017) incluida la figura 5 en donde constata que en la mayoría de los casos se han previsto medidas de reparación, seguidas por rendición/desarme, tiempo límite para la aplicación de la medida, arrepentimiento y cooperación, comisiones para la verdad y reconciliación, lustración y justicia basada en la comunidad.

21 Ambos, *Legal Framework*, v. *supra* nota 1, 104 s.

22 Cf. Slye, *The legitimacy of Amnesties under International Law*, v. *supra* nota 1, 245-6. Para una conclusión similar y un intento útil (aunque no completamente satisfactorio) de desarrollar criterios para evaluar la posible contribución de una amnistía a la reconciliación cfr. Mallinder, v. *supra* nota 20, paras. 54 s., afirmando en el par. 66 que el efecto sobre la reconciliación “depende de las amplias condiciones políticas de un Estado...”.

23 Su nombre completo es “Ley de Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación n° 34 de 1995” (“*Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995*”).

24 Véase la sección 3 (1) de la Ley n° 34 de 1995 según la cual la CVR debe facilitar “... la concesión de la amnistía a personas que hacen una completa revelación de todos los hechos importantes referidos a actos asociados con un objetivo político...”. La sección 20 (3) de la Ley define un acto “asociado con un objetivo político” recurriendo a ciertos criterios enumerados en la misma sección (por ejemplo el motivo del autor, el contexto y la naturaleza del acto, etc.). Véase también la Corte Constitucional de Sudáfrica, AZAPO et al. vs. The President et al. [25 de julio de 1996] Caso CCT 17/96, par. 32: “La amnistía contemplada no es una amnistía absoluta contra una persecución penal para todo el mundo, concedida automáticamente como un acto uniforme de amnesia legalmente obligatoria. Ella es autorizada en concreto con el propósito de lograr una transición constructiva hacia un orden democrático. Ella está disponible sólo si existe una completa revelación de los hechos al Comité de la Amnistía y si es claro que la transgresión concreta, cometida en el curso de los conflictos del pasado, fue realizada durante el período

Un argumento importante a favor de la amnistía condicionada surge del Derecho Internacional Humanitario (DIH), más precisamente del art. 6 (5) del Protocolo adicional II (PA II) a las cuatro convenciones de Ginebra.²⁵ Esta norma establece el deber de perseguir crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales y al mismo tiempo se refiere –según la interpretación prevaleciente y de acuerdo con la opinión del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) basada en los *travaux*²⁶– únicamente a la posibilidad de amnistías respecto a actos legales en combate y a violaciones mutuas del DIH que han sido cometidas como una consecuencia necesaria del conflicto. Es decir, el PA II no permite amnistías con respecto a infracciones al DIH y mucho menos para crímenes internacionales.²⁷

prescripto y con un objetivo político”. Para una evaluación crítica del proceso sudafricano que muchas veces es invocado como modelo sin mayor análisis: Jeremy Sarkin, *Carrots and sticks*, 2004, 234 s.; véase también las reflexiones críticas de Antje du Bois-Pedain, *Transitional Amnesty in South Africa*, 2007, 293 ss., e *Ibid.*, “The South African Amnesty Scheme – A Model for Dealing with Systematic and Politically Motivated Human Rights Violations?”, en: Gerhard Werle, *Justice in Transition – Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa*, 2005, 199 ss. 300 ss.; Volker Nerlich, “Lessons for the International Criminal Court: The Impact of Criminal Prosecutions on the South African Amnesty Process”, en: Gerhard Werle, *Justice in Transition – Prosecution and Amnesty in Germany and South Africa*, 2005, 55 ss.; e *Ibid.*, *Apartheidkriminalität vor Gericht*, 2002, 23 ss.; Paul Gready, *The Era of Transitional Justice. The Aftermath of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa and Beyond*, 2011, 93 ss., Ole Bubbenzer, *Post-TRC Prosecutions in South Africa*, 2009, 11 ss.

25 La disposición del art. 6 (5) del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, del 8 de junio de 1977, reza: “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”, disponible en: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201125/volume-1125-i-17513-english.pdf>.

26 Cf. Sandoz/ Swinarski/ Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, 1987, nm 4618: „El objeto de este párrafo es ftar un gesto de reconciliación que contribuya a restablecer el curso normal de la vida en un pueblo que ha estado dividido.“ Véase también Toni Pfanner, *Cooperation between truth commissions and the International Committee of the Red Cross*, ICRC Int. Rev. 88, 2006, 363 (371).

27 Concordantemente, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso

Mientras que esta disposición se aplica sólo en conflictos armados no internacionales, la jurisprudencia del TPIY en el caso *Tadic*,²⁸ al igual que el art. 8 (2) (c) y (e) del ER, indica que tampoco en el contexto de conflictos armados internacionales puede ser permitido que crímenes de guerra sean exonerados de castigo.²⁹ De acuerdo con el art. 6 (5) PA II, el cual supone cierta flexibilidad dada la referencia explícita que aquí se hace a las amnistías, se puede afirmar que luego de un conflicto armado debe existir la posibilidad de conceder beneficios penales, siempre que esto sea un instrumento apropiado y necesario para lograr la reconciliación nacional³⁰ y al mismo tiempo no socave la obligación del Estado de investigar.

Por consiguiente, según la doctrina predominante del doble enfoque, el cual ya se mencionó y en donde se distingue entre amnistías absolutas y condicionadas, el Derecho (Penal) Internacional

10.480, Informe no. 1/99, par. 116; UN-ECOSOC-Commission on Human Rights, Promotion and Protection of Human Rights. Impunity. Note by the Secretary General, Commission on Human Rights, 60th session, E/CN.4/2004/88, 27 de febrero de 2004, par. 27. Véase también véase Cf. Cryer, *Alternatives and complements to criminal prosecution*, 2014, 571 s.; Cassel, *Lessons from the Americas*, v. supra nota 11, 218; Méndez, *National reconciliation, transnational justice and the International Criminal Court*, v. supra nota 1, 35; Jessica Gavron, *Amnesties*, v. supra nota 1, 178; todos haciendo referencia a la posición del CICR; también Young, *Amnesty and accountability*, v. supra nota 1, 446-7; Laura Olson, *Provoking the dragon on the patio*, v. supra nota 18, 286; Salmón, *Reflections on international humanitarian law*, v. supra nota 1, 338.

28 *Prosecutor vs. Tadic* [2 October 1995] Decisión de Apelación, IT-94-1-AR 72 (TPIY) par. 71 et seq.

29 Véase ya Ambos, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, v. supra nota 3, 210-11; véase también Christian Tomuschat, "The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals", en Hans-Joachim Cremer, *Tradition und Weltoffenheit des Rechts, Festschrift für Steinberger*, 2002, 315; Werle, *Principles of International Criminal Law*, 2005, nm 191; Angel Sánchez, *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, 2004, 371; Gropengießer/ Meißner, v. supra nota 15, p. 272; Hafner/ Boon/ Rubesame/ Huston, *A Response to the American View*, EJIL 10, 1999, 108 (111); Gavron, *Amnesties*, v. supra nota 1, 103.

30 Mahnoush Arsanjani, *The International Criminal Court and national amnesty laws*, Proceedings of the Ninety-Third Annual Meeting of the American Society of International Law 65, 1999, 65 y Christine Bell, "The "New Law" of Transitional Justice", en Ambos/Large/Wierda, *Building Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, 2009, 105 s. (108 s.).

permite amnistías bajo ciertas y excepcionales circunstancias.³¹ No obstante, los requisitos específicos necesarios para permitir las amnistías condicionadas siguen siendo controvertidos.³² La gama de opiniones se extiende desde aquellas que sostienen que toda la verdad debe ser contada y exigen que la amnistía concedida sea indispensable para la transición pacífica a la paz³³ o que sea aplicada sólo a crímenes colectivos,³⁴ hasta las que proponen que la amnistía esté (pre-)condicionada a la aprobación judicial o a una investigación cuasi-judicial con el fin de que las conductas criminales con motivación política sean reveladas.³⁵ Por ejemplo, para Dugard, la discreción de los Estados mismos para conceder amnistías se deriva en última instancia del dilema argumentativo entre el aspecto prohibitivo y el aspecto permisivo (“*peace versus justice*”- dilema)³⁶ – siempre excluyendo, sin embargo, genocidios, infracciones graves al DIH y tortura.³⁷ Incluso se puede afirmar que la condición mínima para una amnistía condicionada es la promesa irrestricta de deponer las armas y de esta forma facilitar el cese de las hosti-

31 Véanse las referencias supra nota 1.

32 Cf. Cryer, *Alternatives and complements to criminal prosecution*, 2014, 570 s.; Ambos, *El marco jurídico de la justicia de transición*, v. supra nota 2, 114 s.

33 Van der Voort/Zwanenburg, *From ‘raison d’État’ to ‘état de droit international*, véase supra nota 1, 324 s. (326).

34 Larry May, *Crimes against Humanity*, 2005, 243 s. (251-2).

35 Dugard, “Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions”, en Cassese/Gaeta/Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, volume I*, 2002, 693 s. (703).

36 ICC Office of the Prosecutor, Policy Paper on the Interests of Justice, septiembre de 2007, sección 2.3.1.; véase también Cryer, *Alternatives and complements to criminal prosecution*, 2014, 573 s.

37 Dugard, supra nota 35, 699; de manera similar ya Dugard, *Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option?*, v. supra nota 1, 1003 s. (1003-4), expresando dudas acerca de si el Derecho Internacional –dada la práctica estatal contraria– prohíbe las amnistías, aunque reconoce que se está “moviendo en esa dirección”. En cuanto a los crímenes en particular sostiene que el genocidio y los crímenes de guerra (“infracciones graves”) no pueden estar cubiertos por una amnistía, pero que el derecho no es claro respecto a otros crímenes internacionales (1015). Véase en ese sentido también: *Massacres of El Mozote v. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de la CIDH (Ser. C) No. 252 (25 de octubre de 2012).

lidades.³⁸ Asimismo, los autores de los crímenes cometidos deben cumplir con las principales reivindicaciones de la justicia, es decir la revelación de los hechos, el reconocimiento de su responsabilidad y el arrepentimiento, con el fin de contribuir a una verdadera reconciliación.³⁹

En lo sucesivo se examinará bajo cuáles condiciones la Ley de Amnistía expedida recientemente en Colombia concede este tipo de beneficios con respecto a crímenes cometidos durante el conflicto armado vivido en este país.

2. LA LEY DE AMNISTÍA COLOMBIANA Y EL MARCO INTERNACIONAL

La Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016⁴⁰ contempla, con base en el Acuerdo de Paz,⁴¹ *inter alia*, varias disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales⁴² en el marco de la JEP. Con el fin de facilitar la terminación del conflicto armado y “la construcción de una paz estable y duradera”, la Ley regula amnistías e indultos por delitos políticos y conexos, como tratamientos penales especiales, diferenciando entre conductas punibles de

38 Ambos, *Legal Framework*, v. *supra* nota 1, 62.

39 Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, v. *supra* nota 1, 425. Véase también véase también Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 2013, 974 s. y Louise Mallinder, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions*, 2008, 59–61; e *idem*, *Exploring the Practice of States in Introducing Amnesties*, 2009, v. *supra* nota 20, 162–6.

40 Ley 1820, publicada en el Diario Oficial No. 50.102 de 30 de diciembre de 2016, disponible en: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201820%20DEL%2030%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202016.pdf>.

41 *Acuerdo Final para la Terminación del conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera* entre el gobierno colombiano y las FARC-EP, versión revisada del 24 de noviembre de 2016, disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>.

42 Como la extinción de responsabilidades y sanciones penales y administrativas o renuncia del Estado a la persecución penal establecidos en el acuerdo de JEP, cf. art. 7 de la Ley 1820.

agentes del Estado y de ciertos integrantes de grupos armados (en particular de las FARC-EP).⁴³ Por su parte, el Decreto 277 del 17 de febrero de 2017⁴⁴ establece el procedimiento para la efectiva implementación de la Ley 1820. Este Decreto ha sido complementado por el Decreto 700 del 2 de mayo de 2017, el cual se dirige a los casos en que no se aplique de manera oportuna la Ley 1820 y por consiguiente se prolongue indebidamente la privación de la libertad (sobre esto se volverá abajo).⁴⁵

2.1. Consideraciones generales

En primer lugar, es llamativo que el art. 1 de la Ley 1820 declara el proceso de refrendación popular explícitamente como “un proceso abierto y democrático”. Una posible explicación de esa mención inusual puede ser el esfuerzo de las autoridades colombianas para cumplir cuidadosamente con los requisitos internacionales respecto a las amnistías condicionadas. Así, por ejemplo, casos anteriores ante la CIDH han mostrado que leyes correspondientes a una amnistía promulgada por un gobierno no elegido democráticamente no cumplen con los estándares de la Corte.⁴⁶ Aunque la CIDH no ha establecido criterios muy claros para las amnistías

43 Cf. Consideraciones preliminares (art. 1) y asimismo el Objeto y ámbito de aplicación (art. 2 et seq.) de la Ley 1820.

44 Decreto número 277 del 17 de febrero de 2017, por el cual se establece el procedimiento para la efectiva implementación de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones, disponible en: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20277%20DEL%2017%20FEBRERO%20DE%202017.pdf>.

45 Decreto número 700 del 2 de mayo de 2017, por el cual se precisa la posibilidad de interponer la acción de habeas corpus en casos de prolongación indebida de la privación de la libertad derivados de la no aplicación oportuna de la Ley 1820 de 2016, disponible en: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20700%20DEL%2002%20DE%20MAYO%20DE%202017.pdf>.

46 Véase en ese sentido Alvira, *Toward a new Amnesty*, Tul. Journal of Int'l & Comp. Law 22, 2013, 119 s. (136s.) y en general Cryer, *Alternatives and complements to criminal prosecution*, 2014, 575.

condicionadas,⁴⁷ su vaguedad puede ser interpretada como un enfoque amplio, el cual prohíbe las amnistías sólo en casos en que evidentemente se viola el DPI –lo cual permitiría amnistías concedidas bajo condiciones democráticas siempre y cuando implementen los demás requisitos internacionales de este tipo de amnistías.⁴⁸

La segunda observación general se refiere al término amnistía “*de iure*”, establecido en el capítulo I de la Ley 1820, el cual resulta poco conveniente. Según su art. 15, este tipo de amnistía se concede sólo por los delitos políticos enumerados en la norma (como “rebelión”, “sedición”, “conspiración” y “seducción”) y por los delitos conexos (listados en el art. 16). El término amnistía “*de iure*” es equivocado, sin embargo, porque en realidad no existe una amnistía administrativa en el sentido de un acto ejecutivo sin ningún tipo de trámite judicial. Más bien, la amnistía “administrativa” en realidad debe ser materializada o bien en los casos concretos por las autoridades judiciales respectivas o – según el capítulo II, art. 21 de la Ley 1820 – a través de una verificación de la Sala de Amnistía e Indulto de la JEP en casos que no sean objeto de una amnistía *de iure* concordante a los art. 15 y ss. Por lo tanto, la noción “*de iure*” confunde.

Otro aspecto relevante de la Ley 1820 es el *tratamiento diferenciado* entre las FARC-EP y los agentes del Estado (véase por ejemplo los art. 2, 3 y 9), con fundamento en el cual se prevé la amnistía para los primeros (art. 17) y la renuncia a la persecución penal para los segundos (art. 44 ss.). Esta diferenciación no tiene ninguna base

47 Cf. y al respecto *Gomes Lund v. Brazil*, excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de la CIDH (Ser.C) No. 219, PP173, 241-242, 253, 253-258 (24 de noviembre de 2010) y *Gelman v. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de la CIDH (Ser. C) No. 211, P239 (24 de febrero de 2011).

48 Véase en cuanto a la jurisprudencia de la CIDH en particular el caso reciente *Masacres of El Mozote v. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de la CIDH (ser. C) No. 252 (25 de octubre de 2012), 286, abriendo la puerta a amnistías condicionadas. Opinión distinta, véase King, *Amnesties in Times of Transition*, v. *supra* nota 1, 577 s. (613 s.).

en el Derecho Internacional. El art. 6 (5) del Protocolo Adicional II de los CG, al cual la Ley 1820 se refiere explícitamente en su art. 21, primer párrafo, habla de dar la amnistía más amplia posible, sin distinguir entre Estado y guerrilla.⁴⁹ De hecho, la idea subyacente del tratamiento diferenciado no existe en el DIH, pues desde la perspectiva del Derecho Internacional Estado y guerrilla son sólo partes del conflicto.⁵⁰ Si bien hacer esta diferenciación no constituye una violación del DIH, desde el punto de vista legal no era necesario hacerla. Las razones para ello fueron realmente políticas, ya que la Fuerza Pública colombiana no quiere ser tratada como la guerrilla, así como la guerrilla no quiere ser tratada como los grupos paramilitares.

En general, desde una perspectiva jurídica teórica, la legitimidad de las amnistías previstas por la Ley 1820 genera un problema de justicia ya que en los casos en las que se otorgan amnistías, la exención de pena prevalece sobre el ordenamiento jurídico: se suspende la interconexión entre “justicia-injusticia-culpa-pena” y la comunidad renuncia al efecto curativo que tiene la pena para la víctima y el autor pero también a nivel general para la validez judicial del sistema legal.⁵¹ Este tratamiento extraordinario solo puede ser legítimo siempre y cuando existan circunstancias excepcionales que justifiquen romper la validez general del ordenamiento jurídico.⁵² En el caso colombiano, el conflicto armado puede constituir tales circunstancias y así se podría justificar el otorgamiento de amnistías en casos de delitos políticos (o conexos a estos): aquí, desde la perspectiva de los autores, el motivo del acto se basa en objetivos políticos dirigidos a cambiar las estructuras del estado hacia una

49 Véase la disposición 6 (5) del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, 1977, v. *supra* nota 25.

50 Sobre las partes del conflicto en el sentido del DIH cf. Ambos, *Treatise on International Criminal Law. Volume II*, 2014, 124 s.

51 Katrin Gierhake: *Strafe und Amnestie in Zeiten fragiler Staatlichkeit*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, no 7-8, 2017, 405 con más referencias.

52 *Ibíd.*

alternativa mejor.⁵³ Es decir, el mal del acto no se manifiesta en la relación interpersonal entre autor y víctima sino está orientado a las estructuras e instituciones estatales en su conjunto.⁵⁴ Como muestra Katrin Gierhake, aunque el motivo político no puede por sí solo reducir el mal de los actos o la culpa de los autores, el contexto político ciertamente puede influir la conciencia del sujeto individual frente al derecho y crear circunstancias bajo cuales se relativiza el grado de la culpa.⁵⁵ Además, hay que tener en cuenta la meta principal del otorgamiento de amnistías en el caso colombiano, lo cual es establecer una paz estable y duradera. Por lo tanto, las reflexiones anteriores deben ser analizadas a la luz del cambio actual de dirección política hacia el restablecimiento de la paz en el país.⁵⁶ En este sentido, la Ley 1820 diferencia entre varias categorías (por ejemplo, entre agentes del Estado y miembros de las FARC-EP, la motivación de los autores, etc.) determinando los requisitos de delitos amnistiables y no amnistiables, lo cual enseñaré en lo siguiente.

2.2. Delitos amnistiables y no amnistiables

Un tema fundamental de la Ley de Amnistía, como ya hemos visto, es la distinción entre delitos amnistiables y no amnistiables. Su artículo 23 es una de las normas centrales, tal vez la más importante con respecto al tema de la amnistiabilidad de las conductas. Dice lo siguiente:

53 *Ibíd*, 405 s.

54 *Ibíd*, 407 s.

55 *Ibíd*, 406.

56 Véase en este sentido *Ibíd*, 408 s.

Artículo 23. Criterios de conexidad. La Sala Amnistía e Indulto concederá las amnistías por los políticos o conexos. todo se entienden conexos con el delito político los delitos que reúnan alguno los siguientes criterios:

- a) Aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como las muertes en combate compatibles con el Internacional Humanitario y la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares, o
- b) Aquellos delitos en los que el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente, o
- c) Aquellas conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión.

Sala de Amnistía e Indulto determinará la conexidad con el delito político caso a caso.

Parágrafo. En ningún caso serán de amnistía o indulto únicamente delitos que correspondan a las conductas siguientes:

- a) Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, la toma de u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción menores, desplazamiento forzado, del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en Estatuto Roma. En el evento de que alguna sentencia penal hubiere utilizado los términos ferocidad, barbarie u otro equivalente, no se podrá conceder amnistía e indulto exclusivamente por las conductas delictivas que correspondan a las aquí enunciadas como no amnistiabiles;

- b) Los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, es aquellos que no hayan sido cometidos en contexto y en razón la rebelión durante el conflicto armado o cuya motivación haya obtener beneficio personal, propio o un tercero.

Lo establecido en este artículo no obsta para que se consideren delitos conexos con los delitos políticos aquellas conductas que hayan sido calificadas de manera autónoma como delitos comunes, siempre y cuando estas se hubieran cometido en función delito político y de la rebelión.

Se entenderá por “grave crimen de guerra” toda infracción del Internacional Humanitario cometida de forma sistemática.

Al respecto hay que afirmar, en primer lugar, que para aplicar dicha disposición se debe entender bien el concepto de delito político (art. 8), lo cual representa un tema muy importante en Colombia y que, sin embargo, para los extranjeros es difícil de comprender, debido a que precisamente a nivel internacional existe una tendencia a restringir el efecto de esta clase de delitos,⁵⁷ mientras que en Colombia opera como base para conceder beneficios. En otras palabras, en Colombia existe un tratamiento privilegiado para delincuentes políticos,⁵⁸ lo cual, para hacerlo más complicado, se

57 Sobre todo, en tratados de extradición, véase por ejemplo el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo de 27 de enero de 1977 y el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957; véase también el informe explicativo del Consejo de la Unión Europea, *Erläuternden Bericht des Rates*, Abl. EG C 191 del 23.6.1997, 13, citado en *Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner*, 2012, Art. 5 EU-AuslÜbK, 433 ss.; *Thomas Weigend, Grundsätze und Probleme des deutschen Auslieferungsrechts*, Juristische Schulung 2, 2000, 105 s. (106); *Helmut Baier, Die Auslieferung von Bürgern der Europäischen Union*, *Goltdammer's Archiv* 2001, 427 s. (443); *Joachim Vogel, Abschaffung der Auslieferung?*, *JuristenZeitung* 2001, 937 s. (938 s.); *Zsuzanna Deen-Racsmany/Rob Blekxtoon, The Decline of the Nationality Exception in European Extradition?*, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 13, 2005, 317 s. (352 s.); véase también Ambos, *Internationales Strafrecht*, 5ta ed. 2018, § 12, nm. 24 con más referencias.

58 Cf. Breanne Hataway, *The FARC's Trafficking as Political Crime*, North Carolina

extiende a los delitos conexos. El manejo de los delitos políticos tiene una larga tradición en Colombia,⁵⁹ según la cual siempre se ha privilegiado a los grupos guerrilleros (de izquierda) sobre grupos paramilitares (de derecha), alegando que solamente los primeros quieren cambiar el Estado y la sociedad hacia una alternativa mejor.⁶⁰ La Constitución de 1991 hace explícita referencia al delito político a diferencia del delito común y prevé en sus art. 150 núm. 17 y 201 núm. 2 un tratamiento diferenciado en cuanto a amnistías e indultos.⁶¹ En una sentencia importante al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió en 2007 que la mera conformación y pertenencia a un grupo paramilitar no puede ser declarada como delito político, ya que estos grupos (en el caso correspondiente) actuaron por motivos egoístas y fueron apoyados por importantes sectores institucionales.⁶² Según la Ley

Journal of International Law (ILJ) 41, 2015, 163 s. (177 s.).

- 59 Cf. Iván Orozco Abad, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y Derecho en Colombia*, 2006, 55 ss.; e *Ibíd*, *Sobre los Límites de la Conciencia Humanitaria. Dilemas de la Paz y la Justicia en América Latina*, 2005, 348 ss.; Alejandro Aponte Cardona, *El Proceso Penal Especial de Justicia y Paz. Alcances y Límites de un Proceso Penal Concebido en Clave Transicional*, 2011, 29 ss.; Ricardo Posada Maya (coord.), *Delito Político, Terrorismo y Temas de Derecho Penal*, 2010, 75 ss.; Ana María Gutiérrez Urresty, *Las amnistías e indultos, un hábito social en Colombia*, 2006, 388 ss.
- 60 Véase, Luis Carlos Pérez, *Tratado de Derecho Penal*, 1978, 111 y s., en especial 135 y ss., al ocuparse de los rebeldes insurrectos. – En todo caso, se debe señalar que en los años cincuenta los beneficios penales que se concedieron al finalizar la violencia bipartidista no solo fueron aplicados a los rebeldes sino también a quienes cometieron crímenes como reacción contra la rebelión y en nombre del Estado. Al respecto ver Gustavo Cote, *Derecho Penal de Enemigo en la Violencia (1948-1966)*, 2010, 233-239.
- 61 El art. 150 núm. 17 constata: „Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:“ (17.) „Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos.“ y el Artículo 201 dice: „Corresponde al Gobierno, en relación con la Rama Judicial:“ (2.) „Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad.(...)“.
- 62 Sentencia C-26945, Orlando César Caballero Montalvo, Segunda Instancia, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, 11 de julio de 2007; véase a este respecto también Ambos, *El marco jurídico de la justicia de transición*, v. *supra* nota 2, 193, 195 s. con más referencias.

1820, acorde con la tradición colombiana, únicamente los delitos políticos y los delitos conexos cometidos por integrantes de grupos guerrilleros pueden ser objeto de amnistía en el marco de la JEP, mientras que los delitos que no pueden ser calificados como “políticos” o “conexos” no pueden serlo (art. 7, 8 y 9). La pregunta es entonces, *¿cuáles son esos delitos conexos al delito político?* Sobre esto volveremos abajo, especialmente con respeto al narcotráfico.

La Ley de Amnistía, en el literal a) del art. 23 citado arriba, define concretamente a través de un listado cuáles delitos no pueden ser amnistiados. Esta redacción tiene muchos problemas. Lo cierto es que dicho listado va más allá del ER.⁶³ En los art. 5 a 8bis de este instrumento internacional se define el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión (el cual no es relevante para Colombia). Si se analiza detalladamente el art. 23 de la Ley de Amnistía, se puede ver entonces que la primera parte de la lista corresponde más o menos al ER: delitos de lesa humanidad, genocidio (aunque en Colombia el genocidio se define más ampliamente porque incluye el genocidio político)⁶⁴ y graves crímenes de guerra. Sin embargo, con relación a los crímenes de guerra puede haber dificultades, ya que el ER no habla de “graves crímenes de guerra” tal y como lo hace la Ley de Amnistía. El Estatuto hace alusión solamente a “crímenes de guerra”. Así, por ejemplo, el homicidio de una persona protegida, como un civil, constituye un crimen de guerra en los términos del ER, pero en Colombia,

63 Por supuesto, si hay otras fuentes relevantes aparte del y anteriores al ER. Hay por ejemplo Derecho positivo y consuetudinario, basado en el Derecho Internacional Humanitario (DIH), con relación al tema de la responsabilidad de mando que es. En todo caso, el ER codifica lo que uno consideraría el *current state* del DPI; en ese sentido es un buen punto de partida, ya que Colombia es, además, Estado parte.

64 Según el art. 101 del CP colombiano (Ley 599 de 2000): “El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del marco de la ley, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de [...]” (cursivas por fuera del texto original). La frase “que actúe dentro del marco de la ley” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional colombiana mediante la sentencia C-177 de 2001.

en cambio, en el marco de la Ley de Amnistía se debe preguntar primero si dicha conducta es “grave” o no. Si se tiene una limitación o un adjetivo como éste se debe distinguir entre casos graves y no graves; en consecuencia, por ejemplo, el asesinato o el secuestro de una persona podría no ser un caso “grave”, mientras que la masacre de una población sí podría ser valorada de esta manera. Esto tendrá que ser interpretado y ahí puede surgir un problema frente al ER, el cual no tiene esta limitación. El ER establece solamente un límite en términos de la jurisdicción de la CPI en el art. 8 (1) al decir “como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala”, pero esta limitación es solo jurisdiccional, no sustancial. Una limitación no sustancial –de admisibilidad como concepto procesal– también se encuentra en el umbral de gravedad del test de complementariedad que debe tener lugar en el contexto de la CPI (art. 17 ER).⁶⁵ Así las cosas, la Fiscalía de la CPI podría afirmar que Colombia, al contemplar en la Ley de Amnistía un concepto más estrecho de crímenes de guerra y no seguir en este punto el ER, no cumple con sus obligaciones internacionales. Contra esto se podría argumentar que el adjetivo “grave”, al igual que la expresión “como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala” en el art. 8 (1) ER, solamente constituye una limitación jurisdiccional.⁶⁶

En todo caso, la lista de crímenes no amniables sigue y en ella se incluyen crímenes que no corresponden necesariamente a crímenes internacionales. Es importante tener claro que los crímenes internacionales en el sentido del DPI no son lo mismo que los *crímenes transnacionales*.⁶⁷ Ejemplos de la segunda categoría son el narcotráfico o el terrorismo. Los crímenes internacionales tienen un elemento de contexto (*Gesamttat*). Este elemento de contexto es

65 Cf. Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, Volume III, 2016, pp. 271 ss.

66 Cf. Ambos, v. supra nota 50, 118 s.

67 Cf. sobre la diferencia y crímenes transnacionales basados en tratados (“treaty based crimes”) Ibíd, supra nota 50, 222 ss.

un requisito indispensable para convertir un crimen ordinario, como varios asesinatos, en un crimen internacional. Así, por ejemplo, el literal a) del párrafo del art. 23 de la Ley de Amnistía también hace referencia a la toma de rehenes, conducta que no constituye un crimen internacional y da lugar más bien a un crimen ordinario. Algo similar ocurre con la desaparición forzada de personas. Este último crimen encuentra fundamento en convenciones internacionales, como la Convención Interamericana,⁶⁸ pero sólo constituye un crimen internacional como por ejemplo un crimen de lesa humanidad de ser cometido como parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil. Esto quiere decir que la conducta se debe cometer como parte de una política dentro de una “línea de conducta” y no como un acto aislado.⁶⁹

La desaparición forzada es tal vez el caso menos problemático, pues evidentemente es un crimen grave.⁷⁰ Sin embargo, no ocurre lo mismo, por ejemplo, con el tema de la violencia sexual, lo cual es demasiado amplio. La Ley de Amnistía habla en el literal a) del párrafo del art. 23 de “acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual”. Así formulado se puede dar a entender desde la violación hasta el acoso sexual. Esto depende de cómo se interprete. Cualquier ataque contra la autonomía sexual de una persona es susceptible de ser calificado como “violencia sexual” y, sin embar-

68 Cf. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas del 6 de mayo de 2002, véase dirección URL: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>.

69 Cf. art. 7 ER, párrafo 1 ‘A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por „crimen de lesa humanidad“ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque (...)’ seguido de una enumeración de delitos particulares. Y párrafo 2 a) ‘Por „ataque contra una población civil“ se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política’.

70 Cf. Ambos/ Böhmer, “La Desaparición Forzada de Personas como Tipo Penal Autónomo”, en: Ambos (coord.), *Desaparición Forzada de Personas. Análisis Comparado e Internacional*, 2009, 195 ss.

go, seguramente no cualquier ataque en este sentido constituye un crimen internacional. Son crímenes, pero no necesariamente internacionales. Así pues, se podría presentar un problema de legalidad, dada la vaguedad de dicha expresión. No obstante, en todos estos casos la Ley de Amnistía va más allá del ER.

Desde el punto de vista normativo o de Derecho positivo, es posible afirmar entonces que Colombia ha hecho un intento por seguir el DPI y en particular el ER. Esto no se puede comparar con procesos de esta clase que han tenido lugar en otros países, como en Sudáfrica (siempre (mal) citado en Colombia),⁷¹ en donde hubo mucho más impunidad, o en países de Europa oriental. Ni siquiera con otros procesos colombianos que ha habido en el pasado, en los cuales, en todo caso, se ha reconocido límites a la concesión de beneficios. En este sentido, se puede recordar la noción de “actos de ferocidad y barbarie”.⁷² En varios aspectos la legislación colombiana actual es incluso más progresiva. De hecho, no hay muchos problemas desde el punto de vista normativo. La gran dificultad se presenta más bien en la implementación del marco normativo.

2.3. ¿El narcotráfico como delito conexo y por lo tanto amnistiable?

Otro tema complejo y muy controvertido, el cual he discutido previamente,⁷³ es el narcotráfico como posible delito conexo a los

71 Véase *supra* nota 24.

72 Véase Ambos, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, v. *supra* nota 3, 53 s. En cuanto a indultos para M-19, véase El tiempo, *Caso M-19: Solución Política o Jurídica*, del 2 de junio de 1992, dirección URL: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-128046> y Ambos, *¿Revisión de indultos para M-19?*, del 14 de noviembre de 2015, dirección URL: <http://www.elespectador.com/opinion/opinion/revison-de-indultos-para-el-m-19-columna-599308> (ambos consultados por última vez el 25 de julio de 2017).

73 Cf. Ambos, *Amnistía y narcotráfico*, en El Espectador, 21 de enero de 2017. Dirección URL: <http://www.elespectador.com/opinion/opinion/amnistia-y-narcotrafico-columna-675841> (consultado por última vez el 25 de julio de 2017).

delitos políticos⁷⁴. En primer lugar, resulta llamativo que el término “narcotráfico” no haya sido incluido en el texto de la Ley 1820. Así las cosas, el punto de partida para responder a la pregunta compleja de si el narcotráfico debe ser tratado como un delito conexo y por lo tanto amniable, son los art. 8 y 23, los cuales, como ya se afirmó, definen el delito político y sus delitos conexos en concordancia con los puntos 38 a 41 del capítulo sobre Justicia del Acuerdo Final de Paz (versión del 24 de noviembre de 2016).⁷⁵ Obviamente, el narcotráfico por sí mismo no puede ser calificado como delito político pues no se dirige, como exige el segundo párrafo del art. 8, contra “el Estado y su régimen constitucional vigente” como sujeto pasivo de la conducta, ni tampoco es, como tal, ejecutado “sin ánimo de lucro”.⁷⁶ Pero, ¿podría ser considerado como delito conexo cuando se ha incurrido en dicha actividad con el objetivo de financiar la rebelión contra el Estado?

El tercer y cuarto párrafo del art. 8 de la Ley de Amnistía define como delitos conexos tanto las “conductas relacionadas específicamente con el desarrollo de la rebelión”, las cuales deben ser

74 Cf. Tarapués Sandino, Diego Fernando (2017, septiembre 25). *El narcotráfico como delito político: ¿desatino o condición para el posconflicto?* Razón Pública. Recuperado de: <https://razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/10554-el-narcotrafico-como-delito-pol%C3%ADtico-desatino-ocondici%C3%B3n-para-el-posconflicto.html>.

75 V. *supra* nota 41. El punto 38 a constata: “(.) se amnistiarán e indultarán los delitos políticos y conexos cometidos en el desarrollo de la rebelión por las personas que formen parte de los grupos rebeldes con los cuales se firme un acuerdo de paz. (..) Para decidir sobre la conexidad con el delito político de conductas *delictivas relacionadas con cultivos de uso ilícito*, se tendrán en cuenta los criterios manifestados por la jurisprudencia interna colombiana con aplicación del principio de favorabilidad. (...)” (cursivas mías) y el punto 41 dice que: “Tampoco son amniables o indultables en el SIVJRN, los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, conforme a lo determinado en la ley de amnistía.”

76 El segundo párrafo de la norma dice: “En virtud de la naturaleza y desarrollo de los delitos políticos y sus conexos, para todos los efectos de aplicación e interpretación de esta ley, se otorgarán tratamientos diferenciados al delito común. Serán considerados delitos políticos aquellos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta ilícita es el Estado y su régimen constitucional vigente, cuando sean ejecutados Sin ánimo de lucro personal.”

cometidas “con ocasión del conflicto armado”, como (“así como”) “las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar” la rebelión. En los dos casos se debe tratar de delitos comunes cometidos “sin ánimo de lucro *personal*, en beneficio propio o de un tercero” (cursivas por fuera del texto original). Esta definición se reitera de una manera más concreta en el art. 23, el cual excluye como delitos conexos amnistiabiles los crímenes internacionales “de conformidad con [...] el Estatuto de Roma” y los delitos comunes sin relación con la rebelión o “cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero”, es decir, como se dijo antes, cometidos con fines de lucro *personal*. Además, este mismo artículo dice, al final, que se pueden considerar como delitos conexos “aquellas conductas que hayan sido calificadas de manera autónoma como delitos comunes, siempre y cuando estas se hayan cometido en función del delito político y de la rebelión.” En resumidas cuentas, esto quiere decir que un delito común cometido para financiar la rebelión, es decir con fines de lucro, *pero no personal*, puede ser considerado como un delito conexo al delito político. El adjetivo personal es clave aquí, pues convierte al narcotráfico, el cual, por cierto, es un delito (común) típico de lucro, en un delito conexo siempre y cuando su objetivo no haya sido el enriquecimiento “personal de los rebeldes”.⁷⁷

El narcotráfico es un delito común, pues, por un lado, no se encuentra en la lista de crímenes internacionales a la que ya se hizo alusión y, por otro lado, no constituye un crimen internacional sino un crimen transnacional. Conductas de narcotráfico cometidas por un grupo rebelde como las FARC-EP durante un conflicto armado también están relacionadas con este conflicto (supuesto (i)) y pueden bien haber estado “dirigidas” a “financiar” la rebelión (supues-

77 Véase el punto 39 del Acuerdo Final citado en la *supra* nota 41, diciendo que: “(...) Se entenderá como conducta dirigida a financiar la rebelión todas aquellas conductas ilícitas de las que no se haya derivado enriquecimiento personal de los rebeldes ni sean consideradas crimen de lesa humanidad, grave crimen de guerra o genocidio.”

to (ii)), en particular si el respectivo grupo no tenía otras fuentes de financiación, como la ayuda proveniente de países extranjeros (así ocurrió durante la guerra fría cuando los EE.UU. o la Unión Soviética financiaron grupos de este tipo). La pregunta es entonces si es posible sostener que estas conductas han sido cometidas sin fines de lucro *personal*, adjetivo que, como se dijo antes, hace la distinción entre delito común no amniable y delito conexo amniable. De todos modos, la posibilidad de una comisión sin fines de lucro personal no se puede descartar de entrada; esto depende de cada caso concreto. Es posible imaginar una situación en la cual el grupo respectivo usa todas las ganancias del narcotráfico para comprar armas y otros equipamientos para sus tropas. En este caso, el grupo podría haber incurrido en este delito exclusivamente para financiar la rebelión. Teniendo en cuenta que al parecer las FARC-EP han obtenido importantes ganancias como producto de actividades relacionadas con el narcotráfico, queda claro que dicha actividad constituyó una estrategia decisiva para facilitar la insurgencia por parte de dicho grupo.⁷⁸ En últimas, se trata de una cuestión fáctica y probatoria donde puede ser decisiva la distribución de la carga de la prueba. Los encargados de la difícil tarea de determinar “la conexidad con el delito político caso a caso” serán los jueces de la Sala de Amnistía e Indulto.

78 Cf. Hataway, *The FARC's Trafficking as Political Crime*, ILJ 41, 2015, 163 s. (174 s.); véase también John Otis, *The FARC and Colombia's Illegal Drug Trade*, Woodrow Wilson International Center for Scholars (Wilson Int'l Ctr. For Scholars) 3, 2014, 8 s. Dirección URL: http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Otis_FARCDrugTrade2014.pdf, (consultado por última vez el 25 de julio de 2017). Véase también en cuanto a las ganancias de las FARC-EP Alberto Lozano Vila, *Los ingresos de las Farc*, 12 de marzo de 2017, dirección URL: <http://colombia2020.elespectador.com/opinion/los-ingresos-de-las-farc>; Semana, *FARC obtuvo US\$ 22,5 millones por narcotráfico entre 1995 y 2014*, dirección URL: <http://www.semana.com/nacion/articulo/fiscalia-habla-sobre-ingresos-de-las-farc-por-narcotrafico/477020>; Mimi Yagoub, *Las elusivas finanzas de las FARC y sus implicaciones para la paz*, 21 de abril de 2016, dirección URL: <http://es.insightcrime.org/analisis/las-elusivas-finanzas-de-las-farc-y-sus-implicaciones-para-la-paz> (consultados por última vez el 25 de julio de 2017).

2.4. La implementación efectiva de la Ley 1820

El primer desafío en cuanto a la puesta en práctica de la Ley 1820 es que la JEP pretende ser un sistema integral, lo cual es poco modesto.⁷⁹ Esto supondría un sistema “holístico” en donde los diferentes componentes estén realmente conectados. Sin embargo, por ahora solo se cuenta con las normas y no existe la institucionalidad que soporte dicha legislación. De todas maneras, ya se están amnistiando personas con base en la Ley de Amnistía y el Decreto 277.⁸⁰ Según este Decreto, si el interesado suscribe un acta de compromiso conforme al formato anexo, ya puede ser beneficiario de la amnistía.⁸¹ De hecho, como se trata de una amnistía condicionada, la Sala de Amnistía e Indultos debería verificar posteriormente si esa persona ha cometido delitos no amnistiados. Empero, la persona que firma el acta no dice nada, no “confiesa” nada en el momento en el que se le otorga el beneficio; en este sentido la exigencia es

79 Sobre la posible fecha de la efectiva operación de la JEP (con el nombramiento de los magistrados y la aprobación de las reglas, especialmente sobre procedimiento) véase Ambos, *El Código Procesal de la JEP*, 8 de junio de 2017. Dirección URL: <http://www.elspectador.com/opinion/el-codigo-procesal-de-la-jep-columna-697496> (consultado por última vez el 25 de julio de 2017).

80 A principios de mayo de 2017, jueces de ejecución de penas ya habían sacado de la cárcel a 291 guerrilleros, de los cuales 179 obtuvieron amnistía de iure, 40 libertades condicionadas y 72 fueron trasladados a zonas veredales, véase El Tiempo: *Corte Constitucional inicia estudio de la ley de amnistía*, del 10 de mayo de 2017, dirección URL: <http://m.eltiempo.com/justicia/cortes/corte-constitucional-estudia-la-ley-de-amnistia-86562> y *Corte Constitucional suspende estudio de la ley de amnistía*, del 11 de mayo de 2017, dirección URL: <http://m.eltiempo.com/justicia/cortes/corte-constitucional-suspende-el-estudio-de-la-ley-de-amnistia-87032> (ambos consultados por última vez el 25 de julio de 2017).

81 Cf. Anexo I y II, Acta de Compromiso – Amnistía de Iure – Ley 1820 de 2016 del Decreto 277: “Yo ___ identificado con la cédula de ciudadanía número ___, beneficiario de la amnistía de iure en virtud de los art. 15 y 16 de la Ley 1820 de 2016, de manera voluntaria y de acuerdo a lo establecido en la misma Ley, manifiesto ante la autoridad judicial competente ___ 1. Mi compromiso de terminar el conflicto y no volver a utilizar las armas para atacar el régimen constitucional y legal vigente. 2. Que conozco el Acuerdo Final suscrito por las FARC-EP y el Gobierno Nacional, y manifiesto un compromiso de responsabilidad con su finalidad y sus metas, incluyendo contribuir a las medidas y los mecanismos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición conforme a lo establecido en la Ley 1820 de 30 de Diciembre de 2016.”

menor que en la Ley de Justicia y Paz , en la cual existía la versión libre. Obviamente, allí se podía mentir, pero en todo caso, había que confesar algo.⁸²

Al contrario, en el caso de la Ley de Amnistía no hay por ahora quien controle si los requisitos se cumplen. Aunque el art. 35 de la Ley 1820 (último párrafo) prevé la posibilidad de revocar la libertad de quienes incumplan alguna de los requerimientos del Tribunal para la Paz (por ejemplo con respecto a la reparación de las víctimas o porque no se comparece ante la Comisión de la Verdad), será difícil implementar este mecanismo ya que las personas beneficiadas hasta el momento con la amnistía estarán en libertad y seguramente no se entregarían de nuevo a las autoridades estatales si eventualmente ésta se llega a revocar. Así pues, es posible plantear la pregunta de si estas amnistías realmente serán verificadas cuando la JEP esté funcionando, lo cual es difícil debido a la gran cantidad de casos que tendrían que ser revisados. Probablemente, lo que se busca con esto, es que la amnistía se otorgue al mayor número de personas, para que luego haya menos carga de trabajo para la JEP. Esto es razonable, dado que en todo caso se necesita un mínimo de selección, pero la pregunta es si es “honesto” hacerlo de esta manera. Sería más transparente decir con claridad que hay miles de personas que nunca van a poder ser procesadas y que por esto solo se busca procesar una cantidad reducida de individuos, un 5% por ejemplo, con los criterios que existen en DPI o en la directiva que la misma Fiscalía colombiana expidió hace unos años para priorizar la investigación de casos (por ejemplo, casos representativos, líderes, etc.). Claro está, aceptar abiertamente la limitación de este sistema hubiera sido difícil teniendo en cuenta el impacto político y la posible reacción de diversos sectores sociales, como por ejemplo por parte de las ONGs. Sin embargo, tarde o temprano se harán evidentes los límites de la JEP. La pregunta es cómo se le puede exigir a

82 Cf. Ambos, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*, 2010, 9 ss., 81 ss.

la persona a quien se otorga la amnistía que contribuya a la verdad o que repare a las víctimas. Este es un tema que debe ser observado y discutido con detenimiento por la sociedad colombiana.

Otro aspecto con miras a la implementación efectiva de las amnistías y los indultos en el marco de la JEP concierne al recurso de *habeas corpus*, el cual también he discutido en otro lugar.⁸³ Mediante el Decreto 700, que desarrolla la Ley 1820 así como su primer decreto reglamentario 277, se estableció la posibilidad de interponer este recurso en casos de prolongación indebida de la privación de la libertad. Así, con base en el Decreto 700, también la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre *habeas corpus* es aplicable en caso de omisión o dilación injustificada en el trámite de las solicitudes de libertad condicional. En particular, este beneficio se otorga primero a los miembros de las FARC-EP privados de la libertad, frente a los cuales procede la amnistía *de iure* (véase primer párrafo del art. 35 de la Ley 1820), segundo a los miembros de las FARC-EP frente a los cuales no procede la amnistía *de iure* siempre que hayan cumplido por lo menos cinco años de privación de la libertad, condenados o no (párrafo del art. 35 de la Ley 1820 y art. 11 y 12 del Decreto 277) y, tercero, procede para personas privadas de la libertad por conductas desplegadas en contextos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos (cuarto párrafo del art. 37 de la Ley 1820 y art. 15 del Decreto 277). Según el Decreto 277, en estos tres casos se debe conceder la libertad condicional en un plazo máximo de diez días, siempre que los beneficiarios cumplan con los demás requisitos, por ejemplo, la suscripción de la respectiva acta de compromiso (art. 14 del Decreto 277). Este trámite supone, por ejemplo en el contexto del sistema penal acusatorio y con relación a quienes no pueden recibir la amnistía *de iure* pero llevan más de cinco años privados de

83 Cf. Ambos, *Amnistía y „habeas corpus“*, 15 de mayo de 2017. Dirección URL: <http://www.elespectador.com/opinion/amnistia-y-habeas-corpor-columna-693920> (consultado por última vez el 25 de julio de 2017).

la libertad, que el fiscal competente, a solicitud del miembro del grupo armado, verifique si existen otros procesos penales en contra del miembro de las FARC-EP que ha solicitado la libertad condicional; de esta forma, dicho fiscal asume automáticamente la competencia sobre estos otros procesos y debe entonces solicitar una audiencia dentro de los cinco días siguientes a la radicación de la solicitud, en la cual un juez de control de garantías debe decidir sobre conexidad y la libertad (art. 11(a) Decreto 277). De no cumplirse esta trámite en el tiempo indicado es procedente el derecho al *habeas corpus* ante cualquier juez ordinario (art. 30, Constitución Política y art. 2, Ley 1095 de 2006). Si bien la garantía “del derecho a la libertad individual frente a eventuales omisiones o dilaciones injustificadas” es loable, existen varias dudas con respecto a su viabilidad. Teniendo en cuenta la magnitud del proceso de desarme y desmovilización de un grupo como las FARC-EP y la situación de la administración de justicia colombiana en general (y en especial la penal), el plazo limitado a diez días parece ser demasiado exigente. Así las cosas, el Decreto 277 establece un trámite que ya sería difícil de cumplir bajo circunstancias normales y que aumenta la sobrecarga de la cual ya sufren los jueces con respecto al sistema nuevo y complejo de la JEP.

En resumen, se puede afirmar, que a pesar de los esfuerzos notables por parte del Estado colombiano para emitir normas que permitan implementar la Ley 1820, no es claro si lo dispuesto en el Decreto 700 es un medio adecuado para lograr este fin. Adicionalmente, no queda claro cómo se verificará si la persona beneficiada con la amnistía cumple con los requisitos para disfrutar de la libertad condicional.

3. CONCLUSIÓN

El Acuerdo de Paz entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP, junto con la Ley 1820 y sus dos decretos 277 y 700, forman un marco normativo altamente sofisticado en materia de amnistías,

prohibiendo amnistías absolutas en concordancia con el Derecho (Penal) Internacional. El DPI prevé que las amnistías condicionadas son admisibles siempre y cuando la legislación nacional correspondiente cumpla con ciertos requisitos. En particular, se debe exigir a los beneficiarios de la amnistía condicionada la revelación de los hechos, el reconocimiento de su responsabilidad y el arrepentimiento con el fin de contribuir a una verdadera reconciliación, sin cobijar crímenes de lesa humanidad, genocidios y crímenes de guerra, los cuales no deben quedar impunes. El marco jurídico colombiano asegura que a estos no se les aplicarán beneficios penales como las amnistías y, además, no se limita a los crímenes internacionales más graves. Más bien, Colombia adoptó un enfoque amplio, y también pretende garantizar una investigación efectiva de otros crímenes igualmente graves. Por lo tanto, con respecto a los crímenes no amnistiables, el marco legal definido en este país es compatible con el DPI y va aún más allá de sus requerimientos.

Con relación a los delitos amnistiables la situación es más compleja. El Acuerdo de Paz y la Ley 1820 prevén una variedad de disposiciones dirigidas a garantizar que los beneficiarios de la amnistía se comprometan a cumplir con las condiciones correspondientes. Al respecto se puede afirmar que la regulación de la amnistía condicionada en el marco jurídico de la JEP colombiana asegura a nivel normativo la investigación efectiva, por autoridades competentes, con el fin de sancionar graves violaciones del DPI adecuadamente y garantizar recursos eficaces a las víctimas. Este régimen constituye una normatividad sofisticada que busca a sus pares en el tema de justicia de transición y procesos de paz. De hecho, las autoridades colombianas han sido especialmente diligentes al diseñar una amnistía condicionada que cumple en gran parte con los estándares normativos del Derecho (Penal) Internacional. Sin embargo, algunos aspectos no concuerdan con el marco internacional y existen dudas fundadas sobre su implementación efectiva.

En primer lugar, el tratamiento diferenciado entre las FARC-EP y los agentes del Estado en cuanto a la posible concesión de

amnistías no corresponde al DIH, el cual trata a todos los grupos involucrados en un conflicto armado por igual, independiente de si una parte del conflicto pertenece al lado estatal. Por lo tanto, desde la perspectiva del Derecho Internacional, ambas partes deberían ser sometidas al mismo marco legal, sin diferenciar entre amnistías para unos y renuncia a la persecución para los otros. Aunque esta diferenciación puede explicarse al observar la tradición colombiana al respecto y teniendo en cuenta aspectos del contexto político en el que se firmó el Acuerdo de Paz, cabe *señalar que* la misma Ley 1820 se refiere expresamente al DIH y por lo tanto ésta debe ser analizada en este contexto.

Además, las normas de la Ley 1820, sobre todo las que hacen la distinción entre delitos políticos y conexos, así como los contornos poco nítidos de estos conceptos, suscitan dudas en cuanto a la implementación efectiva de dicha Ley. Lo mismo sucede con los plazos breves previstos en el Decreto 277 y la procedencia del recurso de *habeas corpus*, así como con la ausencia de un mecanismo supervisor que controle si los beneficiarios de la amnistía condicionada cumplen con sus obligaciones en el marco de la JEP. Por ello, existe el peligro de que la norma y la realidad no coincidan y se pierda el valor de disposiciones legales que pueden estar bien confeccionadas, pero no sirven en la práctica. De cualquier manera, se debe esperar a ver si las autoridades competentes serán capaces de aplicar la intrincada legislación establecida sobre la base del Acuerdo de Paz. Considerando el gran impacto jurídico y político de este tema delicado y muy controvertido, el manejo de las amnistías e indultos en el marco de la JEP va a ser un elemento clave para el desarrollo exitoso del proceso de paz en Colombia.

-XII-

JURISTAS EXTRANJEROS EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ: ¿UN NUEVO CONCEPTO DE *AMICUS CURIAE*?*

1. INTRODUCCIÓN

Con la conclusión del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (‘Acuerdo Final’) entre el gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP) el 24 de noviembre de 2016, la implementación entra ahora en una fase decisiva. La Corte Constitucional ha aprobado la reforma constitucional que facilita la implementación mediante el Acto Legislativo especial del 4 de abril de 2017¹ con voto unánime.² Los jueces de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), la piedra angular judicial del Acuerdo, han sido seleccionados recientemente³ en un procedimiento transparente y competitivo por un Comité de Selección

* Artículo en coautoría con Susann Aboueldahab, doctoranda e investigadora del CEDPAL y del Instituto Colombo-Alemán para la Paz (CAPAZ).

1 Acto Legislativo N° 01 del 4 de abril de 2017 ‘por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la construcción para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera’, <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%20N%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf> (accedido el 11 de enero de 2018).

2 El Espectador: “Corte Constitucional condiciona la Justicia Especial para la Paz”, 14 de noviembre de 2017, accedido el 11 de enero de 2018, <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/corte-constitucional-condiciona-la-justicia-especial-para-la-paz-articulo-723073>.

3 El Espectador, Colombia 2020: “Listos los magistrados: ¿qué viene para la JEP?”, 26 de septiembre de 2017, accedido el 11 de enero de 2018, <https://colombia2020.elespectador.com/jep/listos-los-magistrados-que-viene-para-la-jep>.

autónomo (Comité de Escogencia).⁴ Asimismo, el Comité de Escogencia seleccionó el 6 de diciembre de 2017 a 14 juristas extranjeros (denominados *amici curiae*) como consultores de la JEP.⁵ Sin embargo, no está del todo claro qué papel tendrán estos *amici* ante la JEP. Lo que sí queda claro es que el concepto colombiano de *amicus curiae* difiere mucho de la habitual comprensión internacional de esta institución. ¿Qué intereses motivaron a los diseñadores del Acuerdo Final para recurrir a este concepto modificado en vez de seguir con la inclusión de jueces extranjeros prevista en la primera versión del Acuerdo de Paz? ¿Y qué consecuencia tendrá realmente este cambio para la práctica de la JEP? El siguiente análisis del concepto colombiano de *amicus curiae* busca hallar respuestas a estas preguntas con el fin de determinar su naturaleza y así captar el rol de los *amici* ante la JEP.

2. DE JUECES EXTRANJEROS A AMICI CURIAE

El papel de los juristas extranjeros en la JEP ha sido un tema controvertido desde el inicio de las negociaciones de paz hasta hoy. La primer versión del Acuerdo de Paz contempló una JEP mixta compuesta por jueces colombianos y extranjeros, otorgando a los colombianos una mayoría de dos tercios.⁶ La participación de juristas extranjeros fue especialmente exigida por las FARC-EP y apoyada por el Gobierno, quienes destacaron especialmente que la participación de jueces extranjeros garantizaría la compatibilidad

4 Para más información véase la página web del Comité de Escogencia: <http://www.comitedeescogencia.com>.

5 Véase el Comunicado 31 del Comité de Escogencia del 6 de diciembre de 2017, http://cedpal.uni-goettingen.de/data/Novidades/2017/COMUNICADO_31_AMICUS_CURIAE_06122017.pdf. El Tiempo: “Listos los 14 juristas extranjeros que acompañarán la justicia de paz”, 6 de diciembre de 2017, accedido el 11 de enero de 2018 <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/listos-los-juristas-extranjeros-que-acompanaran-la-justicia-de-paz-jep-159096>.

6 Véase la página 170 del primer Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera del 24 de agosto de 2016, <http://www.urnadecristal.gov.co/sites/default/files/acuerdo-final-habana.pdf>.

de la jurisprudencia con los estándares internacionales.⁷ Esto tiene importancia particularmente con respecto a una posible intervención de la Corte Penal Internacional (CPI): Colombia como estado parte del Estatuto de la CPI (Estatuto de Roma) tiene la obligación de cumplir con los estándares allí establecidos con respecto a la persecución efectiva de los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. En consecuencia, si Colombia no logra investigar adecuadamente estos crímenes fundamentales del derecho penal internacional, la CPI podría intervenir al amparo del principio de complementariedad (*principle of complementarity*) con el fin de evitar una situación de impunidad.⁸ Además del rol de los jueces extranjeros para la salvaguarda del cumplimiento del derecho penal internacional, ellos también podrían servir como escudo protector contra la influencia e interferencia de la política doméstica. Esta es la razón de fondo por la que en muchos contextos de transición o de posconflicto se opta por tribunales puramente internacionales (como el recién creado Tribunal Especial para Kosovo)

7 Véase al respecto Zuluaga, John: “El ‘amicus curiae’ como órgano consultivo de la JEP”, *Ámbito Jurídico*, 1 de noviembre de 2017, accedido el 11 de enero de 2018, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/constitucional-y-derechos-humanos/el-amicus-curiae-como-organo>; Ambos, Kai/ Aboueldahab, Susann: “Foreign Jurists in the Colombian Special Jurisdiction for Peace: A New Concept of Amicus Curiae?”, *Blog of the European Journal of International Law (EJIL: Talk!)*, 19 de diciembre de 2017, accedido el 11 de enero de 2018, <https://www.ejiltalk.org/foreign-jurists-in-the-colombian-special-jurisdiction-for-peace-a-new-concept-of-amicus-curiae/>.

8 La Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, recientemente visitó a Colombia y dejó claro que la CPI está observando minuciosamente si el Estado Parte cumple con sus obligaciones bajo el Estatuto de Roma, véase el Escrito de *amicus curiae* de la Fiscal de la CPI sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia del 18 de octubre de 2017. Véase al respecto también la Declaración de la Fiscal de la CPI al concluir su visita a Colombia del 13 de septiembre de 2017, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=170913-otp-stat-colombia&ln=Spanish>; además Semana: “Las cuatro críticas de la fiscal de la CPI a la Justicia Especial para la Paz”, 21 de octubre de 2017, accedido el 12 de enero de 2018, <http://www.semana.com/nacion/articulo/los-reparos-de-la-fiscal-de-la-cpi-a-la-justicia-especial-de-paz/544474>. Para más información acerca del principio de la complementariedad, véase Ambos, Kai: *Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure*. Oxford University Press: Oxford 2016, p. 266 ss.

o por tribunales híbridos/mixtos (compuesto por jueces nacionales e internacionales).⁹

Después del rechazo de la primera versión del Acuerdo de Paz (del 24 de agosto de 2016) en el marco del plebiscito del 2 de octubre de 2016,¹⁰ la solución política fue renegociar el Acuerdo inicial y realizar algunas modificaciones respecto de los puntos más problemáticos. Dada la oposición vehemente contra la participación de jueces extranjeros en la JEP,¹¹ esta figura ha sido reemplazada por “meros” *juristas* extranjeros a través de la figura de *amicus curiae*. En resumen, por un lado, las partes del Acuerdo de Paz favorecieron la participación de jueces extranjeros en la JEP, pero, por otro lado, la fuerte oposición al Acuerdo¹² obligó al gobierno a excluir los jueces extranjeros e incluso a limitar la influencia de los juristas extranjeros que los sustituyeron (*amici curiae*).¹³

9 Véase al respecto Ambos, Kai: “Los magistrados de la JEP”. *El Espectador*, columna del 20 de marzo de 2017, accedido el 11 de enero de 2018, <https://www.elspectador.com/opinion/los-magistrados-de-la-jep-columna-685497>. Ejemplos para tribunales híbridos son el Tribunal Especial de Sierra Leona, las Cámaras Extraordinarias de Camboya y el Tribunal Especial para el Líbano, véase al respecto Ambos, Kai: *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*. Oxford University Press: Oxford 2013, p. 40 ss.

10 BBC News: “Colombia referendum: Voters reject Farc peace deal”, 3 de octubre de 2016, accedido el 11 de enero de 2018, <http://www.bbc.com/news/world-latin-america-37537252>. Aunque fue rechazado por una estrecha mayoría del 50.2 por ciento de los votos, véase Chen, Kelly/ Gallón, Natalie: “Colombians narrowly reject peace deal with the FARC”, *CNN*, 5 de octubre de 2016, accedido el 11 de enero de 2018, <http://edition.cnn.com/2016/10/02/americas/colombia-farc-peace-deal-vote/index.html>.

11 Véase por ejemplo Rendón, Olga: “Los extranjeros que podrían incidir en la JEP”, *El Colombiano*, 18 de octubre de 2017, accedido el 11 de enero de 2018, <http://www.elcolombiano.com/colombia/los-extranjeros-que-podran-incidir-en-la-jep-NX7514483>.

12 La oposición al Acuerdo fue encabezada por el expresidente Uribe, véase por ejemplo Lafuente, Javier: “Uribe rechaza el nuevo acuerdo de paz entre el Gobierno y las FARC y pide un nuevo plebiscito”, *El País*, 22 de noviembre de 2016, accedido el 11 de enero de 2018, https://elpais.com/internacional/2016/11/22/colombia/1479819217_374727.html.

13 Véase al respecto Marcos, Ana: “Las modificaciones del nuevo acuerdo de paz en Colombia”, *El País*, 24 de noviembre de 2016, accedido el 11 de enero de 2018, https://elpais.com/internacional/2016/11/23/colombia/1479937276_654100.html.

La institución de *amicus curiae*, “amigos de la corte” (latín), proveniente del derecho anglosajón, es ampliamente reconocida por los tribunales de derecho (penal) internacional.¹⁴ Los *amici curiae* no son partes procesales del juicio,¹⁵ sino participantes independientes¹⁶ que proporcionan información especializada sobre cuestiones pertinentes¹⁷ en casos en los que se requiera de sus conocimientos especializados.¹⁸ Los conceptos emitidos por los *amici* se dirigen a facilitar la apropiación por parte de los magistrados de los tribunales

-
- 14 Véase la definición de *amicus curiae* según Garner, Bryan et al.: *Black's Law Dictionary*, Thomson West: St. Paul et al., décima edición 2014, p. 102: ‘Someone who is not party to a lawsuit but who petitions the court or is requested by the court to file a brief in the action because that person has a strong interest in the subject matter.’ Véase también Williams, Sarah/ Woolaver, Hannah: “The role of *amicus curiae* before international criminal Tribunals”. *International Criminal Law Review (ICLR)* 6, 2006, p. 151–189, p. 151–4; y, en cuanto a la práctica de *amici* en tribunales internacionales no penales, Dolidze, Anna: “Bridging Comparative and International Law: *Amicus Curiae* Participation as a Vertical Legal Transplant”. *The European Journal of International Law (EJIL)* 26, 2015, p. 861–80; Ambos 2016, p. 203 s. con más referencias. Para un estudio profundo desde una perspectiva histórica y comparada con un enfoque en el proceso civil véase Kühne, Ulrich: *Amicus Curiae. Richterliche Informationsbeschaffung durch Beteiligung Dritter*, Mohr Siebeck: Tübingen 2015.; desde la perspectiva del derecho económico internacional véase Segger, Sören: *Der Amicus Curiae im internationalen Wirtschaftsrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des U.S.-amerikanischen, deutschen, europäischen Welthandels- und Investitionsschutzrechts sowie der Principles of Transnational Civil Procedure*, Mohr Siebeck: Tübingen 2017. Para un análisis crítico en cuanto a la contribución de los *amici* a la legitimidad y eficiencia de los Tribunales penales internacionales véase Kent, Avidan/ Trinidad, Jamie: “The Management of Third-party *Amicus* Participation before International Criminal Tribunals: Juggling Efficiency and Legitimacy”, *International Criminal Law Review (ICLR)* 17, 2017, pp. 728-747 (734 ss.).
- 15 Tuinstra, Jarinde: *Defence Counsel in International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press: The Hague, 2009; Tochilovsky, Vladimir: *The Law and Jurisprudence of the International Criminal Tribunals and Courts*, Intersentia: Cambridge, segunda edición, 2014, p. 1343; véase además *Prosecutor v Krajišnik*, No. IT-00-39-A, AC Decision on Momčilo Krajišnik’s Request to Self-represent, para. 20 (11 de Mayo de 2007).
- 16 *Krajišnik*, No. IT-00-39-A, para 19.
- 17 *Situation in the DRC*, No. ICC-01/04-373, para. 4; véase también Schabas, William: *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press: Oxford, segunda edición, 2010, p. 772.
- 18 *Prosecutor v Ntaganda*, No. ICC-01/04-02/06-259, PTC II Decision on the application by the Redress Trust to submit *Amicus Curiae* Observations, para. 3 (18 de Febrero de 2014).

de elementos de juicio, información y valoraciones que puedan ser necesarias para la toma de alguna decisión en sus procesos. Esta figura no es extraña en el ordenamiento jurídico colombiano. Ella se encuentra prevista en el Decreto 2067 de 1991, que establece en su art. 13 la posibilidad de intervenciones de expertos por invitación de un magistrado sustanciador.¹⁹ A nivel internacional, los *amici curiae* pueden presentar sus conceptos oralmente durante las actuaciones o –lo cual constituye la práctica habitual– de forma escrita por medio de informes (*amicus brief*).²⁰ Para ello, los *amici* pueden aproximarse en cualquier momento al tribunal respectivo sin que sean preseleccionados previamente tras un proceso formal. Si bien el derecho internacional penal no prevé limitaciones muy claras al respecto y deja un amplio margen a los jueces respecto a la inclusión de *amici curiae*,²¹ la situación difiere en el caso de la JEP: Aquí, la institución de *amicus curiae* sirve exclusivamente como alternativa a jueces extranjeros, cuya participación ya no está prevista en el Acuerdo reformado. En vez de ello se ha dado a los juristas extranjeros preseleccionados más bien un rol consultivo invocando el concepto del *amicus curiae*.

En general, los tribunales internacionales tienen un amplio margen de discreción al decidir si desean invitar a un *amicus curiae* a presentar observaciones sobre un caso pendiente. Además, las reglas de procedimiento y prueba dejan a la discreción de los jueces decidir la forma en la que los *amici* deben presentar sus observaciones y recomendaciones, ya sea oralmente o por escrito.²² A diferen-

19 Ahí dice en el Artículo 13. ‘El magistrado sustanciador podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito que será público, su concepto sobre puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo. La Corte podrá, por mayoría de sus asistentes, citarlos a la audiencia de que trata el artículo anterior.’

20 Ambos, 2016, p. 203 ss.

21 Véase la redacción sumamente amplia de la Regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional y la Regla 67 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial para el Kosovo.

22 Véase las siguientes Reglas de Procedimiento y Prueba: Regla 103 de la CPI, la Regla 67 del Tribunal Especial para el Kosovo, Regla 74 del Tribunal Penal Interna-

cia de ello, el Acuerdo Final y la legislación de su implementación regulan la participación de juristas extranjeros como *amici curiae*, una vez que han sido invitados por una Sala o el Tribunal de la JEP para participar en el procedimiento, de la siguiente manera: “Cuando se requiera la intervención de los juristas extranjeros, estos participarán en los debates de la Sección/ la Sala en la que se hubiera requerido su intervención, en las mismas condiciones que los magistrados pero sin derecho de voto”.²³

Mientras que habitualmente los *amici curiae* aparecen raras veces en persona ante los tribunales y en su lugar, como ya dijimos arriba, presentan observaciones o recomendaciones escritas (*amicus curiae briefs*), el Acuerdo Final transmite la idea de una participación más dinámica en forma oral y directa, deliberando junto con los jueces. En consecuencia, los *amici* de la JEP tienen derecho a discutir y deliberar, pero, como no son jueces, no tienen derecho de voto. Por lo tanto, cabe decir que los *amici* operan como una especie de testigos expertos, pero bajo el estricto control y a discreción de los jueces colombianos. De esta forma, se asegura que la influencia de juristas extranjeros en los juicios ante el Tribunal o las Salas de la JEP no supere de ningún modo un nivel consultivo y, al menos formalmente, no participen en la toma de decisiones.²⁴

Otra característica interesante del modelo colombiano tiene que ver con la selección, ya explicada anteriormente, de un número fijo de *amici curiae* por parte del Comité de Escogencia. Por lo tanto,

cional para la ex Yugoslavia/ para Ruanda, Regla 83 del Mecanismo para Tribunales Penales Internacionales, además la Regla 105 de la Corte Internacional de Justicia, Regla 61 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Artículo 44 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

23 Acuerdo Final, sección 5.1.2., para 65, inciso 1 (p. 167)/ para 66, inciso 2 (p. 168) y Acto Legislativo N° 1 del 4 de abril 2017, Art. 7, para 3. Subrayado añadido por los autores de este artículo.

24 Véase los Art. 90 ss. Proyecto de Ley Estatutaria 008 de 2017 de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (PLE 08-16/2017), los cuales serán analizados más detalladamente *infra*.

aunque los *amici* normalmente no están limitados desde el principio, ni siquiera a personas físicas, el modelo colombiano opta por una lista con un número limitado de *amici*, es decir: 14 en total (10 titulares y 4 suplentes) de los cuales 6 (4 titulares y 2 suplentes) pueden comparecer ante el Tribunal para la Paz y 8 (6 titulares y 2 suplentes) ante las distintas Salas de Justicia de la JEP.²⁵ Sin embargo, esto no significa que otras partes interesadas no puedan participar en el proceso – por el contrario, ellos, especialmente las víctimas, tienen amplios derechos de participación si bien no tienen la misma posición que los *amici curiae* (preseleccionados).

3. ¿CONSULTORES O JUECES DE FACTO?

Considerando esas particularidades del „modelo colombiano“, surge la pregunta acerca de si este modelo todavía tiene algo en común con el concepto tradicional de *amicus curiae* que usualmente se utiliza ante los tribunales internacionales. Podría decirse que los „*amici* colombianos“ son más que consultores o asesores distantes, dado que pueden desempeñar un papel cuasi-judicial en la JEP. Este argumento tiene su fundamentación en varios aspectos que serán analizados seguidamente.

Aquello que en primer lugar hace surgir dudas sobre una simple caracterización de los *amici* como consultores, son sus amplios derechos de participación y su correspondiente capacidad de ejercer una influencia particular en los resultados de los procedimientos judiciales. Como se ha señalado anteriormente, el Acuerdo Final y el Acto Legislativo N° 1 del 4 de abril de 2017 prevén condiciones procedimentales de participación para los *amici* que – durante los debates de la Sala/Sección – no tienen nada que envidiar a las competencias de los jueces colombianos de la JEP. De ese modo, se les confiere potestades de intervención a los *amici* que los posicio-

25 Véase la sección 5.3., p. 191-2 del Acuerdo Final y el Art. 99 Proyecto de Ley Estatutaria.

nan como verdaderos contrapoderes a los magistrados de la JEP.²⁶ De esta manera, el carácter consultivo de los “*amici colombianos*” pierde su esencia, ya que las competencias de los *amici* al final se parecen más a los poderes de los jueces que a los de meros asesores lejanos.

Además, el proceso de selección de los *amici curiae* realizado por el Comité de Escogencia fue idéntico al realizado para los jueces colombianos:²⁷ desde la solicitud a través del sitio web del Comité de Escogencia, a la selección sobre la base de información escrita y disponible públicamente, incluyendo la posibilidad de comentarios de ciudadanos u organizaciones colombianas sobre los aspirantes, y, finalmente, hasta una entrevista a integrantes de la lista corta definida por el Comité.²⁸ Asimismo, los *amici curiae*, al igual que los jueces de la JEP,²⁹ serán posesionados por el Presidente de la República.³⁰ El hecho de que un número fijo de los *amici* haya sido seleccionado desde el principio de la misma forma que los jueces para determinados órganos de la JEP y que este proceso se realice

26 Véase al respecto Zuluaga 2017.

27 Véase el Art. 110 Proyecto de Ley Estatutaria, según el cual el Comité de Escogencia lleva a cabo el nombramiento de los Magistrados de Salas y Secciones, del Secretario Ejecutivo de la JEP y de los juristas extranjeros que actuarán como *amici curiae*. Véase al respecto también Ambos, Kai: “La responsabilidad del Comité de Escogencia”. *El Espectador*, columna del 14 de septiembre de 2017, accedido el 11 de enero de 2018, <https://www.elespectador.com/opinion/la-responsabilidad-del-comite-de-escogencia-columna-713210>.

28 Véase la Convocatoria para la selección de Juristas Expertos Extranjeros para actuar como *Amicus Curiae* ante la JEP del Comité de Escogencia; y Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo: “Comité de Escogencia abre convocatorias para altos cargos directivos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, 5 de julio de 2017, accedido el 11 de enero de 2018, <http://www.co.undp.org/content/colombia/es/home/presscenter/articles/2017/07/06/comit-de-escogencia-abre-convocatorias-para-altos-cargos-directivos-del-sistema-integral-de-verdad-justicia-reparaci-n-y-no-repetici-n.html>.

29 El 15 de enero de 2018 30 de los 38 magistrados, así como el director de la Unidad de Investigación y Acusación se posesionaron ante el Presidente Santos, <<https://colombia2020.elespectador.com/jep/la-primera-sala-plena-de-la-jep>>

30 Véase la sección 5.1.2., para 68 (p. 169) y sección 5.3 (p. 191 s.) del Acuerdo Final y el Art. 110 Proyecto de Ley Estatutaria.

de forma concordante con el procedimiento de selección de los últimos, significa una aproximación formal de ambos grupos, lo cual marca ya una discrepancia profunda respecto al concepto tradicional de *amicus curiae*.

Adicionalmente, las regulaciones sobre los *amici* se encuentran justo al lado de – e incluso en muchas ocasiones en las mismas normas que – las disposiciones sobre los jueces colombianos de la JEP.³¹ Esto es notable ya que otras reglas de procedimiento y prueba de tribunales internacionales mencionan la intervención de *amici curiae* como una opción menor en un punto posterior a la regulación de los jueces, los cuales son los protagonistas centrales de los tribunales. Esto muestra que los *amici* son considerados como una parte integral de la JEP, al igual que los jueces, no como una figura marginal, lo que contrasta claramente con la valoración de los demás órganos internacionales respecto al rol que desempeñan los *amici curiae*. Esto puede explicarse por la génesis del Acuerdo Final: como ya se mencionó anteriormente, este Acuerdo es el resultado del primer Acuerdo revisado que originalmente preveía que los jueces extranjeros fuesen miembros de la JEP. Con el fin de dar cabida a las preocupaciones de la oposición interna con relación a un tribunal híbrido compuesto por jueces nacionales e internacionales,³² las partes controvertidas de la redacción original se modificaron, aunque no sustancialmente y sin cambios sistemáticos fundamentales. Si bien el término ‘magistrados extranjeros’ se eliminó por completo en el Acuerdo Final y en su lugar se incluyó la referencia a ‘juristas extranjeros’ como *amici curiae*, las disposiciones centrales pertinentes se mantuvieron en la misma posición y en gran parte hasta con el mismo contenido.

De todas maneras, esta situación, que demuestra un evidente

31 Véase Acuerdo Final, sección 5.1.2., para 65, inciso 1 (p. 167) / para 66, inciso 2 (p. 168); sección 5.3. paras 1, 2 y 4 (p. 191).

32 Véase al respecto Zuluaga 2017.

contraste con el concepto conocido de *amicus curiae*, se relativiza (en parte) por la exclusión del derecho al voto. El Acuerdo Final y su legislación de implementación no dejan ninguna duda sobre esta limitación a las competencias de los *amici*.³³ En consecuencia, únicamente los jueces colombianos de la JEP tienen derecho a votar en la toma de decisiones, un poder que claramente distingue su papel del cumplido por los *amicus curiae*. Desde este punto de vista, se podría argumentar que los “*amici* colombianos” forman meramente un órgano consultivo de la JEP que apoya a los jueces en su proceso de toma de decisiones sin que excedan un papel secundario. Además, los diseñadores del Acuerdo Final utilizaron algunos términos reticentes que indican la naturaleza extraordinaria de la participación prevista de los *amici* ante la JEP, por ejemplo, incluyeron el adverbio ‘excepcionalmente’ con respecto a la participación de los *amici*.³⁴ Esto podría ser interpretado como una forma para enfatizar el limitado papel de los *amici curiae* en la JEP y su carácter excepcional en el Acuerdo revisado. No obstante, surgen dudas sobre si esa conclusión es correcta del todo, teniendo en cuenta que el término ‘excepcionalmente’ pierde su fuerza persuasiva cuando está mencionado bajo un título –‘Magistrados del Tribunal para la Paz/ de las Salas’– que implica la equiparación de los *amici* con estos últimos.³⁵ Por lo tanto, el Acuerdo Final es, por lo menos, inconsistente con respeto a la posición de los *amici curiae*.

De todos modos, la negación del derecho al voto de los *amici* es, sin duda, la diferencia más evidente y significativa entre ellos y los jueces colombianos de la JEP. Aunque esta observación y algunos detalles de la nueva redacción del Acuerdo Final indican una

33 Véase Acuerdo Final, sección 5.1.2., para 65, inciso 1 (p. 167) / para 66, inciso 2 (p. 168) y Acto Legislativo N° 1 de 2017, Art. 7, para 3.

34 Véase la sección 5.1.2., para 65, inciso 1 (p. 167) y para 66, inciso 2 (p. 168) del Acuerdo Final y los Art. 99 inciso 1 y 102 inciso 3 del Proyecto de Ley Estatutaria 008 de 2017, diciendo que ‘Excepcionalmente, [...] la Sección/ Sala que vaya a conocer el caso pedirá la opinión como *amicus curiae*, de [...] juristas extranjeros’.

35 Véase los Art. 99 y 102 del Proyecto de Ley Estatutaria 008 de 2017.

renuncia a otorgar a los juristas extranjeros un papel principal en los procesos de la JEP, un análisis más general de la estructura y de la redacción del Acuerdo revisado reafirma la interpretación según la cual el papel de los *amici curiae* se acerca más al rol de los jueces que al de meros consultores. Por lo tanto, es posible afirmar una modificación significativa del concepto tradicional de *amicus curiae* o, expresada de manera más positivamente, una revalorización del concepto tradicional.

4. UN GIRO INESPERADO

A la luz de las anteriores consideraciones, es algo sorprendente que la Corte Constitucional colombiana mantuviera una postura mucho más restrictiva con respecto a la participación de los *amici curiae* en su reciente sentencia sobre el Acto Legislativo N° 01 de 2017. Ahí, la Corte sostuvo que las disposiciones relativas a los juristas extranjeros actuando como *amicus curiae* ante la JEP son: “[...] contraria[s] a los principios de autonomía, independencia e imparcialidad que rigen la administración de justicia y a las garantías que los materializan, puesto que confiere[n] una competencia para incidir en el trámite de adopción de decisiones de la JEP a juristas extranjeros que no son responsables en modo alguno de sus decisiones”.³⁶

La Corte Constitucional afirma con claridad, por lo menos en la versión de prensa de la sentencia hasta ahora disponible, que juristas extranjeros actuando como *amici curiae* no deben tener la competencia para influir en el proceso decisorio de los jueces y que, por lo tanto, las disposiciones respectivas en el Acuerdo Final y el Acto Legislativo N° 1 de 2017 son demasiado amplias. Sin embargo, la Corte ya había reconocido los límites de la intervención de expertos consultados en procesos judiciales en su sentencia C-513 de 1992,

³⁶ Corte Constitucional, Comunicado No 55 del 14 de noviembre 2017, resumen de la sentencia sobre el Acto Legislativo N° 01 de 2017, para 14 (p.19). <http://www.alto-comisionadoparalapaz.gov.co/Prensa/Documentos%20compartidos/corte-constitucional-acto-legislativo-01-2017-procedimiento-legislativo-especial-paz.pdf>. El juicio escrito completo aún no ha sido publicado.

sosteniendo allí que las intervenciones consultivas no deciden causas judiciales y que no tienen carácter vinculante. De ese modo, esas intervenciones no afectan la autonomía de los jueces. En la misma sentencia, la Corte introdujo los siguientes criterios orientadores al respecto: 1. El experto no define ni decide las causas sometidas a juicio. 2. El concepto del experto no tiene carácter vinculante. 3. Con la intervención de un experto no se subroga la autonomía de la Corte. 4. El experto tiene carácter imparcial y en caso de conflictos de interés así deberá manifestarlo. Según la Corte: “Debe resaltarse que se trata de conceptos, no del señalamiento de soluciones, pues al invitado no corresponde función pública [...]. El concepto del experto nada decide, nada define; apenas ilustra o complementa y deja a salvo la plena autonomía de la Corte para decidir”.³⁷

Además, la Corte afirmó en la misma sentencia que:

[...]la posibilidad de invitar a expertos para que concurren al proceso aportando elementos de juicio de interés para la decisión, debe enmarcarse dentro del sentido que la invitación misma tiene: no se trata de un momento procesal obligatorio e insustituible ni de un requisito „sine qua non“ para que el Magistrado Sustanciador elabore la ponencia o para que la Sala Plena proceda a resolver, sino de una opción que tiene a su alcance el Magistrado para acopiar informaciones o criterios, orientados a llevar al juez de constitucionalidad un convencimiento mejor fundamentado sobre el asunto en que consiste el fallo.³⁸

La comparación entre la anterior jurisprudencia de la Corte Constitucional y su reciente sentencia muestra, por una parte, un razonamiento coherente, dirigido a imponer límites claros respecto

37 Corte Constitucional, Sentencia C-513 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, VI. Consideraciones de la Corte Constitucional, 2. a) Materia de los conceptos emitidos por expertos, para 6, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-513-92.htm>. Véase al respecto también Zuluaga 2017.

38 Corte Constitucional, Sentencia C-513 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, VI. Consideraciones de la Corte Constitucional, 2. b) No interrupción de los términos judiciales, para 4.

a la participación de expertos; pero, por otra parte, la Corte enfatiza el rol autónomo de los magistrados. Estas consideraciones de intervención son concordantes con las normas pertinentes del derecho penal internacional³⁹ que, como se ha dicho antes, dejan un margen amplio a los propios jueces en cuanto a la participación de *amici curiae* –e incluso proponen que el fiscal y la defensa deberían tener la oportunidad de responder a las observaciones hechas por el *amicus* en el proceso-.⁴⁰ Siguiendo este enfoque, la interpretación de consultores expertos y *amici curiae* hecho por la Corte Constitucional no difiere mucho del concepto tradicional de *amici curiae*, el cual prevé un papel limitado, alejado de un posible rol cuasi-judicial. Sin embargo, si se considera el papel de los *amici curiae* previsto en el Acuerdo Final y en el Acto Legislativo N° 1 de 2017, surgen serias dudas acerca de si estas dos perspectivas contrarias pueden ser compatibles.

Teniendo en cuenta la posición de la Corte Constitucional respecto al Acto Legislativo N° 01 de 2017,⁴¹ el reciente Proyecto de Ley Estatutaria 008 de 2017 es más restrictivo con respecto a la participación de los *amici curiae* y afirma que: “[Juristas extranjeros] actuarán con la única finalidad de aportar un concepto o *amicus curiae* sobre la materia del caso bajo estudio. Cuando se requiera la intervención de los juristas extranjeros, estos participarán en los procesos correspondientes con el objeto de aportar sus opiniones expertas como *amicus curiae*”.⁴²

Esta aproximación a la postura de la Corte puede ser tal vez un primer paso hacia la unificación de las dos perspectivas ya mostra-

39 Véase por ejemplo el artículo 2(3) del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

40 Véase la Regla 103 (1) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional y la Regla 67 (1) de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial para el Kosovo.

41 Véase al respecto también Semana: “JEP: ¿Por qué todos quedaron inconformes?”, 19 de noviembre de 2017, accedido el 11 de enero de 2018, <http://www.semana.com/nacion/articulo/corte-constitucional-aprobo-la-jep/547672>.

42 Proyecto de Ley Estatutaria 008 de 2017, Art. 99.

das. Pero como si la situación no fuera lo suficientemente compleja, la Corte Constitucional agrega la siguiente afirmación, complementando la más reciente sentencia de 2017 citada anteriormente: “Ello no se opone, naturalmente, a que los mismos [juristas extranjeros] participen en los procesos correspondientes con el objeto de aportar sus opiniones expertas como *amicus curiae*.”⁴³

Teniendo en cuenta este último posicionamiento de la Corte, pareciera como si ella quisiera reafirmar la participación activa de los *amici curiae* no limitando su intervención a la mera presentación de dictámenes escritos ante la JEP. De esta forma, es aún más difícil resolver la ambigüedad demostrada en el Acuerdo Final y en su legislación posterior en cuanto al rol de los *amici curiae*: La Corte no deja claro cuál es el concepto de *amici curiae* que desea aportar, un modelo que prevé la participación activa (sugerida en el Acuerdo Final y la legislación posterior) o más bien una participación limitada (siguiendo el concepto tradicional). En cualquier caso, parece que la Corte quiere restringir la influencia de los juristas extranjeros en los procedimientos de JEP sin oponerse completamente a lo previsto en el Acuerdo Final.

5. CONCLUSIONES

Debido a esta situación de incertidumbre y ambigüedad es casi imposible alcanzar una definición precisa del concepto colombiano de *amicus*. Lo que sí se puede afirmar con certeza es que los *amici* tendrán menos derechos que los jueces extranjeros previstos inicialmente por el primer Acuerdo Final. Esto se manifiesta sobre todo en la renuncia a concederles derecho a voto. Además, es muy probable que los *amici* no participarán en el proceso de toma de decisiones definitivas por parte de los jueces colombianos de la JEP. No obstante, si bien los *amici curiae* no pueden actuar como jueces, si des-

43 Corte Constitucional, Comunicado No 55 del 14 de noviembre 2017, resumen de la sentencia, para 14 (p.19).

empeñan un rol excepcional en el marco de la JEP, yendo más allá de la práctica ante tribunales internacionales. Asimismo, los *amici curiae* presumiblemente podrán participar de una forma amplia en los procesos judiciales ante la JEP, incluyendo aportes orales y la participación activa en los juicios. Esto deja una considerable zona gris por concretar que todavía da lugar a muchas dudas.

Si el objeto del Acuerdo Final ha sido sustituir los jueces extranjeros por *amici curiae* para limitar la influencia de juristas extranjeros respecto a la toma de decisiones judiciales de la JEP, entonces no se ha logrado separar claramente el rol de los jueces colombianos y el de los *amici*. El Acuerdo Final carece de una estructura que demuestre claramente cuáles poderes y competencias prevé para unos y otros. La consiguiente ambigüedad –que no sólo se observa en el Acuerdo Final sino también en su legislación subsiguiente de implementación– puede ser explicada por la delicada situación política al momento de la renegociación del primer Acuerdo de Paz. La Corte Constitucional por su parte busca un difícil equilibrio: hacer modificaciones sustanciales que restrinjan el rol de los *amici* sin afectar la esencia de lo pactado entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP. Un primer paso en la aclaración del concepto de *amicus curiae* para la JEP será la aproximación de las diferentes posturas para crear así la base de una interpretación consistente del concepto. Claramente, la participación efectiva de los *amici* está en manos de los jueces colombianos, ya que en primer lugar éstos tienen que invitarlos para que puedan participar. Pero incluso si esto sucede, el rol específico que aquellos cumplirán dependerá mucho de los aspectos prácticos de esta intervención y de la relación personal entre los jueces colombianos y los *amici* extranjeros. Por lo tanto, sólo la práctica podrá mostrar si los juristas extranjeros son simples asesores de los diferentes órganos del JEP o si podrán desempeñar un papel más importante e influyente mediante la participación directa en la deliberación de los jueces y, por lo tanto, cuasi-judicial.

-XIII-

LA RESPONSABILIDAD DE MANDO Y EL PROCESO DE PAZ COLOMBIANO*

1. EL PROCESO DE PAZ Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

El 24 de agosto de 2016, el Gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –Ejército del Pueblo (FARC-EP)– celebraron un Acuerdo de Paz que marcó el fin oficial de más de cincuenta años de un conflicto armado no internacional entre este grupo y el Estado, que ha causado la muerte de más de 200,000 personas y ha dejado tras de sí más de 25,000 desaparecidos y cinco millones de desplazados forzosos¹. El Acuerdo de Paz original fue rechazado en un plebiscito el día dos de octubre de 2016 por una ajustada mayoría del 50,2%. Tras este revés, el Gobierno colombiano y las FARC-EP introdujeron varios cambios y firmaron un Acuerdo de Paz que fue revisado el 24 de noviembre de 2016. Esta versión fue, posteriormente, adoptada por el Congreso colombiano y constituye, por tanto, el Acuerdo de Paz definitivo². Su objetivo general no solo es poner fin al conflicto sino también

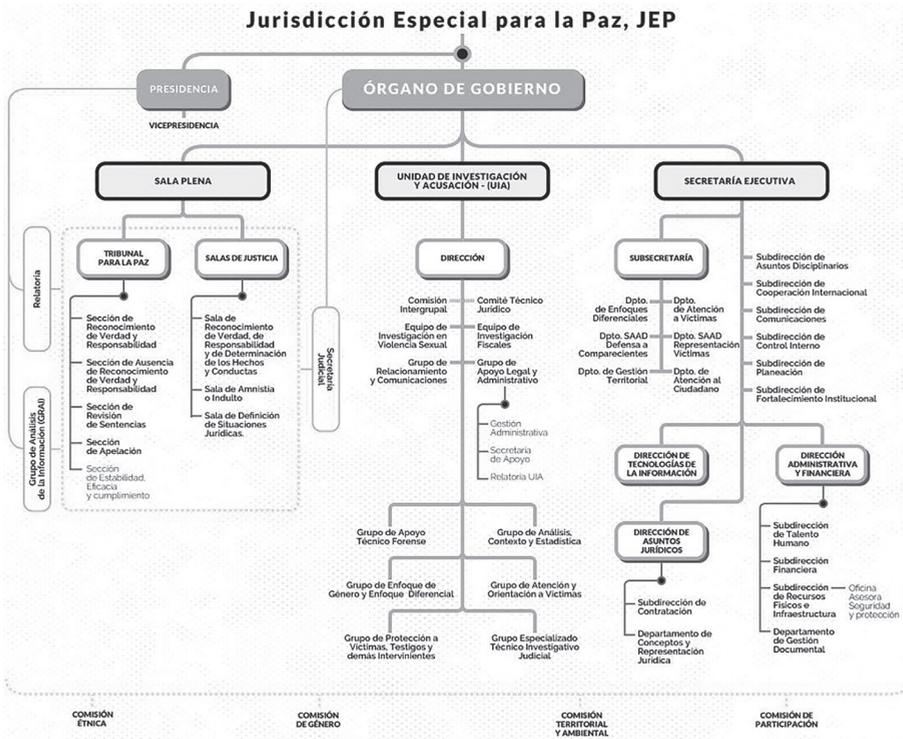
* Artículo en coautoría con Susann Aboueldahab. Traducción del inglés a cargo de Rodolfo González Espinosa. Revisión en español de los autores.

1 Centro Nacional de Memoria Histórica, *Estadísticas del conflicto armado en Colombia* (que cubre el período entre 1958 y 2012), disponible en: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/informeGeneral/estadisticas.html> (última consulta: 25 de enero de 2020).

2 *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera* (Acuerdo Final de Paz), 24 de noviembre de 2016, disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf> (última consulta: 25 de enero de 2020).

construir una paz duradera. El llamado Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición es el núcleo del Acuerdo de Paz definitivo. Está diseñado como un sistema holístico cuyos diferentes componentes están conectados y se refuerzan mutuamente. También, se introdujeron unos mecanismos independientes de la JEP: una Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; una Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas; y medidas de reparación integral para la construcción de la paz y garantías de no repetición. El propósito de este sistema integral es establecer un marco institucional de transición que satisfaga y repare los derechos de las víctimas del conflicto armado y contribuya a la reconciliación nacional.

La JEP, establecida oficialmente en marzo de 2018, es el componente judicial exclusivo del sistema. Consta de una Unidad de Investigación y Acusación, una Secretaría Ejecutiva y un sistema judicial de dos niveles, compuesto por el Tribunal para la Paz (superior) y las Salas de Justicia (inferiores). La estructura algo compleja se muestra con más detalle en el siguiente diagrama:



ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2017, CAPÍTULO III, ARTÍCULO TRANSITORIO 7°. REGLAMENTO GENERAL DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ DE MARZO 9 DE 2018 DE LA SALA PLENA, ACUERDOS 01, 02, 03, 04, 05, 017, 032, 036 DE 2018 Y 01, 02, 03 DE 2019 DEL ÓRGANO DE GOBIERNO.

Diagrama oficial, disponible en: <https://www.jep.gov.co/Paginas/Transparencia/Talento/Organigrama.aspx>

Los objetivos de la JEP son llevar ante la justicia a quienes participaron directa o indirectamente en el conflicto armado³ y proteger los derechos de las víctimas, especialmente en lo que respecta a los actos que constituyen graves violaciones del derecho internacional humanitario (DIH) y graves violaciones de los derechos humanos (DDHH)⁴. Su competencia *ratione materiae* abarca los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra graves –es decir, toda violación del DIH cometida de manera sistemática o como

3 Cfr. Acuerdo Final de Paz, pp. 145, 152, 164.

4 *Ibidem*, pp. 145, 149, 152 y 164.

parte de un plan o política—, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad física, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, la violación y otras formas de violencia sexual, el secuestro de niños, el desplazamiento forzado y el reclutamiento de menores⁵. La jurisdicción *ratione personae* de la JEP abarca a los desmovilizados de las FARC-EP y de la Fuerza Pública colombiana (fuerzas armadas y policía). Además, se extiende a terceros que hayan participado directa o indirectamente en el conflicto armado⁶ pero, de acuerdo con una sentencia de la Corte Constitucional⁷, solo si ellos se someten voluntariamente a la JEP. La jurisdicción *ratione temporis* de la JEP abarca los crímenes cometidos desde el inicio del conflicto armado hasta el primero de diciembre de 2016 (fecha de la ratificación del Acuerdo Final de Paz)⁸.

5 Cfr. el No. 40 del Acuerdo Final de Paz y la Sentencia C-579 de la Corte Constitucional del 28 de agosto de 2013.

6 Cfr. Nos. 32, 63 del Acuerdo Final de Paz.

7 Sentencia C-674 de 2017, Reforma a la Estructura orgánica del Estado en el marco del Proceso para la Terminación del Conflicto Armado en Colombia, del 14 de noviembre de 2017, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-674-17.htm> (última consulta: 25 de enero de 2020). La Corte argumentó que la sumisión voluntaria de terceros a la JEP no viola su derecho a un juez natural (párr. 5.5.2.2.), ya que esta sumisión “resulta, precisamente, de su voluntad de sujetarse a una autoridad jurisdiccional diferenciada de las ordinarias del Estado y que les ofrezca suficientes garantías” [“el sometimiento de los alzados en armas a la JEP no comporta una sustitución el principio del juez natural, puesto que dicho sometimiento resulta, precisamente, de su voluntad de sujetarse a una autoridad jurisdiccional diferenciada de las ordinarias del Estado y que les ofrezca suficientes garantías”], agregando que el “marco [...] ofrece garantías simétricas y equivalentes” que no disminuyen las “garantías orgánicas, procesales y sustantivas” [“el traslado competencial se realiza en el marco de un diseño que ofrece garantías simétricas y equivalentes a las que se contemplan para los grupos alzados en armas, sin que se advierta el propósito de disminuir las garantías orgánicas, procesales y sustantivas o de hacer más gravosa la situación de quienes se someten al sistema institucional de transición”], cfr. *ibíd.* para. 5.5.2.3. (último apartado). Véase, en general, con respecto al contenido y alcance de la garantía del juez natural, los párr. 5.2.5.2. y ss. de la sentencia.

8 Los crímenes cometidos con posterioridad a esa fecha son de competencia ordinaria de Colombia con dos excepciones: En primer lugar, se amplía este plazo para abarcar los crímenes cometidos por los ex combatientes de las FARC-EP que estén estrechamente relacionados con el proceso de desarme. En estos casos, se amplía la jurisdicción *ratione temporis* (más allá del 1 de diciembre de 2016) hasta que se complete este proceso. En segundo lugar, la jurisdicción de la JEP también cubre

Dado que el mandato de la JEP se limita a un lapso entre quince y veinte años⁹, no será posible investigar plenamente todos los crímenes graves cometidos durante el conflicto armado, especialmente en vista de la larga duración y la magnitud de éste. En el Acuerdo Final de Paz no se definen los casos a los que se dará prioridad; por lo tanto, corresponde a la JEP establecer los criterios pertinentes de priorización y selección¹⁰. El 28 de junio de 2018, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP publicó sus criterios y metodología de priorización de casos y situaciones¹¹, pero éstos no son vinculantes para las demás salas y, en particular, no lo son para el Tribunal para la Paz, de mayor jerarquía.

En cualquier caso, el documento hace algunas propuestas importantes y ha desencadenado un debate (interno) atrasado sobre cómo seleccionar y priorizar los casos. La Sala sugiere dar primacía a los casos emblemáticos y a las personas que ocupan puestos estratégicos dentro de la estructura de las organizaciones delictivas

los crímenes cometidos antes del 1 de diciembre de 2016 pero que tienen un efecto continuado más allá de esa fecha (crímenes continuos), véase el art. transitorio 5 del Acto Legislativo N° 01, de 4 de abril de 2017, disponible en: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf> (última consulta: 25 de enero de 2020).

9 La JEP funcionará 10 años a partir del quince de enero de 2018, con un período subsiguiente opcional de 5 años y un período máximo de 20 años en total para completar sus actividades judiciales, cfr. Resolución 001 del 15 de enero de 2018, aprobada por el presidente de la JEP; disponible en: <https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Resolución%20001%20de%202018%20Apertura%20al%20Público.pdf> (última consulta: 25 de enero de 2020) y art. 34 de la Ley Estatutaria de la JEP (Ley 1957 de 2019).

10 Sin embargo, el Acuerdo Final de Paz contiene ciertas referencias en los Nos. 48, 51 y 60.

11 Sala de Reconocimiento de la Verdad, Responsabilidad y Establecimiento de Hechos y Conductas: Criterios y Metodología de priorización de Casos y Situaciones, 28 de junio de 2018, disponible en: https://relatoria.jep.gov.co/documentos/providencias/1/10/Guia_Criterios%20y%20metodolog%C3%ADa%20de%20priorizaci%C3%B3n%20de%20casos%20de%2028%20de%20junio%20de%202018.pdf (última consulta: 25 de enero de 2020).

–según el impacto del caso y la disponibilidad de información¹²–. En este marco, la Sala destaca particularmente la gravedad y la representatividad de los crímenes y la participación determinante del presunto responsable (que no necesariamente se restringe al liderazgo de la estructura armada, sino que se deriva de una valoración global de los hechos), también la escala de la victimización causada por los respectivos crímenes (en especial tanto el número de víctimas como la extensión y concentración de los eventos victimizantes en un territorio particular)¹³. En consecuencia, la JEP se centra en los patrones paradigmáticos de la delincuencia en el contexto de la macrocriminalidad cometida durante el conflicto armado; esto ha sido reiterado por la Corte Constitucional¹⁴. Esta estrategia confirma los criterios de priorización previos adoptados por la Fiscalía General de la Nación¹⁵. De acuerdo con esa posición, la gravedad de los crímenes depende de la medida en que se están afectando los derechos fundamentales y de la forma como se ejecuten exactamente las conductas. Además, la representatividad de los crímenes está correlacionada con la gravedad de los hechos y debe ilustrar la compleja gama de hechos y conductas que dan cuenta de la dinámica de los crímenes cometidos¹⁶. Esto abarca no solo los crímenes señalados en el ECPI sino también otros crímenes individuales graves, como las ejecuciones extrajudiciales o el secuestro de niños¹⁷.

Con base en estos criterios, la JEP abrió siete macrocasos (que conciernen a situaciones de crímenes completos) que se centran, en

12 *Ibidem*, párr. 36 y ss.

13 *Ibidem*, cfr. párr. 36 y ss. Sobre los criterios y la metodología para priorizar los casos y las situaciones, *supra* nota 11.

14 Véase a este respecto la sentencia C-080 de la Corte Constitucional, de quince de agosto de 2018, párr. 3. 4.1.5.3. (viii), disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/c-080-18.htm> (última consulta: 25 de enero de 2020).

15 Fiscalía General de la Nación, Directiva No. 1 de 4 de octubre de 2012, disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-Nº-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf> (fecha de acceso: 25 de enero de 2020).

16 Cfr. p. 30 de la Directiva No. 1 de 2012.

17 Cfr. No. 40 del Acuerdo Final de Paz.

primer lugar, en los crímenes en particular [por ej. el secuestro (caso No. 001), en el fenómeno de las ejecuciones extrajudiciales (caso No. 003) y en el reclutamiento de menores (caso No. 007)]; en segundo lugar, la acumulación de varios crímenes cometidos contra un determinado grupo de población [por ej., la persecución de miembros del partido político de izquierda Unión Patriótica¹⁸ (causa No. 006)]; y, por último, pero no por ello menos importante, ciertas regiones que se vieron afectadas de manera desproporcionada por el conflicto armado [por ej., los departamentos de Nariño (caso No. 002) y Norte del Cauca (caso No. 005), o la subregión de Urabá (caso No. 004)]¹⁹.

2. LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

Este instituto pasó a primer plano en Colombia como parte de un controvertido debate sobre cómo hacer responsables a los altos oficiales militares de los llamados “falsos positivos”²⁰. En es-

18 La Unión Patriótica fue un partido político fundado por las FARC-EP en 1985, como resultado de las negociaciones de paz con el gobierno colombiano del entonces presidente Belisario Betancur. En los años siguientes, sus integrantes fueron objeto de violencia política lo que llevó finalmente a su exterminio.

19 Para una visión general de los siete casos, véase <https://relatoria.jep.gov.co/salareconocazos> y <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/JEP-abre-caso-007-sobre-reclutamiento-y-utilizacion-de-niñas-y-niños-en-el-conflicto-armado.aspx> (última visita: 25 de enero de 2020). Para obtener información adicional, en particular con respecto a la cantidad de personas que han sido llevadas/presentadas ante la JEP (12,168 en total) y la cantidad de decisiones aprobadas (16,500 en total), ver *El Tiempo*: La JEP ha tomado 16,500 decisiones y tiene a 12,168 personas sometidas, 12 de diciembre de 2019, disponible en: <https://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/rendicion-de-cuentas-de-la-jep-desde-neiva-este-jueves-442862> (última visita: 25 de enero de 2020). En cuanto a las actividades de la JEP en su primer año de funcionamiento, véase *Ámbito Jurídico*: Estos son los casos que ha asumido la JEP en su primer año, 16 de enero de 2019, disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/penal/constitucional-y-derechos-humanos/estos-son-los-casos-que-ha-asumido-la-jep-en-su> (última visita: 25 de enero de 2020).

20 Ver al respecto Pappier, Juan: “The ‘Command Responsibility’ Controversy in Colombia”, *EJIL: Talk!*, 15 de marzo de 2017, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/the-command-responsibility-controversy-in-colombia/> (última consulta: 25 de enero de 2020).

tos casos, la fuerza pública –especialmente el Ejército– asesinó extrajudicialmente a civiles que pertenecían a grupos de población vulnerables (por ej., personas LGBTIQ, drogadictos o personas sin hogar)²¹ y los presentó, posteriormente, como miembros de grupos guerrilleros muertos en combate para aumentar el número de cadáveres de personas “dadas de baja” por la fuerza pública²². Entre 2002 y 2008 la fuerza pública, supuestamente, mató a más de 3000 civiles de esta manera²³. El escándalo se conoció por primera vez en 2008²⁴, y, posteriormente, se realizaron investigaciones a nivel

-
- 21 Anteriormente, muchos de ellos habían sido atraídos a zonas remotas del país con ofertas de trabajo, cfr. O’Driscoll, Aylish: “Colombian soldiers paid \$500 for victims to boost kill counts: Testimony, Colombia Reports”, cinco de diciembre de 2011, disponible en: <https://colombiareports.com/false-positives-recruiter-received-500-per-victim/> (última consulta: 25 de enero de 2020).
- 22 El aumento del número de cadáveres a menudo servía al objetivo final de ascender en las filas de la fuerza pública colombiana, cfr. Pappier, *supra* nota 20 y Olásolo, Héctor/Canosa Cantor, Jannluck (2019): “El tratamiento de la responsabilidad superior en Colombia: Interpretación del acuerdo entre el gobierno colombiano y las FARC”, en: *Foro de Derecho Penal*, Vol. 30, No. 1, p. 106.
- 23 Cfr. Pappier, *supra* nota 20. Según *El Espectador*, 29 oficiales de alto rango de las Fuerzas Armadas de Colombia son los únicos presuntamente responsables de (al menos) 1228 casos de “falsos positivos”, cfr. *El Espectador*, 29 generales y coroneles, en la mira de la CPI por ejecuciones extrajudiciales, 9 de julio de 2017, disponible en: <https://colombia2020.elespectador.com/jep/29-generales-y-coroneles-en-la-mira-de-la-cpi-por-ejecuciones-extrajudiciales> (última consulta: 25 de enero de 2020).
- 24 Cfr. *El Tiempo*: Condenan a 21 militares por ‘falsos positivos’ de Soacha. Los uniformados son responsables de presentar a jóvenes como muertos en combate en el año 2008, 17 de noviembre de 2016, disponible en: <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/condenas-por-falsos-positivos-de-soacha-31876> (última consulta: 25 de enero de 2020).

nacional²⁵ e internacional²⁶. Asimismo, la Fiscalía de la CPI ha solicitado continuamente información sobre el estado de los procedimientos nacionales relacionados con estos casos²⁷. A su vez, la JEP dedicó uno de sus primeros macrocasos a estos tipos particulares de ejecuciones extrajudiciales (caso No. 003)²⁸. El resultado, desde luego, va a depender en gran medida de la definición de la respon-

25 Véase la declaración del Relator Especial de la ONU sobre ejecuciones extrajudiciales, Profesor Philip Alston, tras una misión a Colombia del 8 al 18 de junio de 2009, disponible en: <https://newsarchive.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=9219&LangID=E> (última consulta: 25 de enero de 2020). Véase también *FIDH: Colombia. The war is measured in litres of blood. False positives, crimes against humanity: those most responsible enjoy impunity*, 21 de junio de 2012, disponible en: https://www.fidh.org/IMG/pdf/rapp_colombie_juin_2012_anglais_def.pdf (última consulta: 25 de enero de 2020); Human Rights Watch (HRW), *Human Rights Watch, On Their Watch: Evidence of Senior Army Officers' Responsibility for False Positive Killings in Colombia*, 24 de junio de 2015, disponible en: <https://www.hrw.org/report/2015/06/24/their-watch/evidence-senior-army-officers-responsibility-false-positive-killings> (última consulta: 25 de enero de 2020).

26 En 2011, ocho soldados del Batallón *Rafael Reyes de Cimitarra* fueron condenados por crímenes de lesa humanidad debido a su participación en casos de “falsos positivos”. En 2017, 21 soldados fueron condenados por su participación en los casos de “falsos positivos”, entre ellos el ex jefe de operaciones de la 15ª Brigada del departamento de Norte de Santander (Coronel Gabriel de Jesús Rincón), quien fue considerado responsable de desaparición forzada, homicidio agravado y conspiración para cometer un crimen, cfr. *Semana: Falsos positivos de Soacha: condenan a 21 militares a penas entre 37 y 52 años de prisión*, 3 de abril de 2017, disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/falso-positivo-de-soacha-condenados-hasta-52-anos/520904> (última consulta: 25 de enero de 2020).

27 Véase el Informe de la Fiscalía de la CPI sobre las actividades de examen preliminar de 2019, cinco de diciembre de 2019, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE.pdf> (último acceso: 25 de enero de 2020), párr. 93, 129. Véase también Fiscalía de la CPI, Declaración de la Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, sobre la conclusión de su visita a Colombia (10-13 de septiembre de 2017), 13 de septiembre de 2017, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=170913-otp-stat-colombia> (último acceso: 25 de enero de 2020).

28 Cfr. *Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas*, Decisión No. 005 de 2018, 17 de julio de 2018, disponible en: [https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Auto%20005%20-%20Apertura%20Caso%20003%20Muertes%20ileg%C3%ADtimamente%20presentadas%20como%20baja%20en%20combate%20SRVR%20\(1\).pdf](https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Auto%20005%20-%20Apertura%20Caso%20003%20Muertes%20ileg%C3%ADtimamente%20presentadas%20como%20baja%20en%20combate%20SRVR%20(1).pdf) (última consulta: 25 de enero de 2020). Véase también a este respecto Rendón M., Olga Patricia: JEP priorizó investigación sobre falsos positivos, *El Colombiano*, 24 de julio de 2018, disponible en: <https://www.elcolombiano.com/colombia/jep-priorizo-investigacion-sobre-falsos-positivos-CX9044545> (fecha de acceso: 25 de enero de 2020).

sabilidad de mando que adopte la sala respectiva. De hecho, dado que la JEP solo investiga y enjuicia a los principales responsables, la cuestión de la definición correcta de la responsabilidad de mando que se aplique tiene consecuencias de gran alcance, mucho más allá del emblemático macrocaso No. 003.

2.1. La responsabilidad de mando en el Acuerdo Final de Paz

En cuanto a la responsabilidad de mando este instrumento distingue entre los superiores de la fuerza pública²⁹ y los de las FARC-EP³⁰. El punto en común de estas dos disposiciones es que la responsabilidad de los comandantes no se basa exclusivamente en el rango, la jerarquía o la jurisdicción, sino más bien en tres aspectos: i) el control efectivo sobre la conducta respectiva de los subordinados;

29 Cfr. Acuerdo Final de Paz, párr. 44, que dice: “En concordancia con lo anterior, respecto a los agentes del Estado, se establece un tratamiento especial, simultáneo, equilibrado y equitativo basado en el Derecho Internacional Humanitario. Dicho tratamiento diferenciado valorará lo establecido en las reglas operacionales de la fuerza pública [que incluye tanto a las fuerzas militares como a la policía] en relación con el DIH. En ningún caso la responsabilidad del mando podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la fuerza pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el [i] control efectivo de la respectiva conducta, en el [ii] conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los [iii] medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes” (énfasis añadido).

30 Cfr. Acuerdo Final de Paz, párr. 59, que dice: (1) “Respecto a la responsabilidad de los integrantes de las FARC-EP se tendrá en cuenta como referente jurídico el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal. [...] La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el [i] control efectivo de la respectiva conducta, en el [ii] conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los [iii] medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía.

(2) Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional (énfasis añadido).

ii) el conocimiento basado en la información de que disponen los comandantes antes, durante o después de la conducta respectiva; y, iii) los medios a su alcance para prevenirla y, si la conducta ya se ha producido, el que se hayan tomado las medidas oportunas³¹. Aunque estos aspectos de la definición de la responsabilidad de mando se aplican tanto a los comandantes de la fuerza pública como a los de las FARC-EP, el Acuerdo Final de Paz añade una importante distinción con respecto a los superiores de las FARC-EP: “Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos [del comandante de las FARC-EP], en relación con la ejecución de la conducta delictiva, *tal y como se establece en el derecho internacional*”³².

En consecuencia, la definición de la responsabilidad de mando respecto de los superiores de las FARC-EP contiene una referencia explícita al derecho internacional, mientras que ella no se encuentra en el texto que hace referencia a los mandos de la fuerza pública³³. Esta discrepancia se explica por el complejo proceso de negociación entre ambas partes tras el rechazo del (Primer) Acuerdo de Paz en el referéndum del dos de octubre de 2016³⁴. En efecto, en la versión original del Acuerdo de Paz no se incluía el párrafo citado y, en su lugar, se establecía una definición común de responsabilidad de mando aplicable a ambos superiores de las FARC-EP y de la fuerza pública³⁵. A raíz de las críticas sobre la vaguedad de la definición,

31 Cfr. párr. 44 y 59 del Acuerdo Final de Paz, citados *supra* nota 29 (44) y 30 (59).

32 Cfr. párr. 59 (2) del Acuerdo Final de Paz, citado *supra* nota 31, énfasis añadido.

33 Cfr. párr. 44 del Acuerdo Final de Paz, citado *supra* nota 29.

34 Ver *supra* I.

35 Cfr. párr. 44 y 59 de la versión original del Acuerdo de Paz al 24 de agosto de 2016, pero nótese que ya en esta versión la redacción de las definiciones no era idéntica, documento disponible en: <https://www.acore.org.co/noticias/acuerdo-final-la-terminacion-del-conflicto-la-construccion-una-paz-estable-duradera/> (último acceso: 28 de enero de 2020). Ninguno de los borradores anteriores del Acuerdo contenía el párrafo adicional en cuestión, véase por ej. el borrador conjunto del Acuerdo de Paz al 15 de diciembre de 2015, disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz>.

se realizó una importante modificación en el Acuerdo de Paz revisado, incluyendo un párrafo aplicable tanto a los comandantes de las FARC-EP como a los de la Fuerza Pública³⁶. En este sentido, el art. 28 del ECPI fue tomado como punto de referencia para el Acuerdo de Paz disipando así las dudas anteriores sobre el alcance y la interpretación de la definición colombiana. Como respuesta inmediata, oficiales activos y retirados del Ejército protestaron contra estos cambios y, mediante una carta pública dirigida al entonces presidente Juan Manuel Santos, argumentaron que la referencia al “cuestionado” art. 28 del ECPI en el párrafo añadido era innecesaria, causaba un profundo “daño” y, si no se revocaba, afectaría gravemente a la “moral y la voluntad de lucha” de los combatientes³⁷. El gobierno cedió y decidió eliminar el párrafo recién insertado, pero solo con respecto a la fuerza pública. Por el contrario, se mantuvo la enmienda a la definición en el aparte referido a los comandantes de las FARC-EP y solo se modificó, ligeramente, para sustituir la frase “tal y como indica el artículo 28 del Estatuto de Roma” por la ya citada: “tal y como se establece en el derecho internacional”³⁸.

Este último cambio en el Acuerdo Final de Paz no se anunció sino hasta el 23 de noviembre de 2016, un día antes de su firma. Posteriormente, la delegación de las FARC-EP indicó las “consecuencias negativas” que se derivarían de las últimas modificaciones introducidas por el gobierno. Las FARC-EP aclararon que

gov.co/mesadeconversaciones/PDF/borrador-conjunto-acuerdo-sobre-las-victimas-del-conflicto-1450190262.pdf (último acceso: 25 de enero de 2020).

36 Véase a este respecto Pappier, *supra* nota 20.

37 Cfr. “Carta abierta a Juan Manuel Santos”, firmada por el presidente de la Asociación Colombiana de Oficiales Retirados (ACORE), publicada el 22 de noviembre de 2016, disponible en: <https://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/la-carta-con-la-que-militares-en-retiro-cuestionan-justicia-transicional/20161122/nota/3311095.aspx> (última consulta: 25 de enero de 2020).

38 Véase el Comunicado Conjunto No. 7 de las delegaciones del Gobierno del entonces presidente Santos y las FARC-EP, publicado el 24 de noviembre de 2016, disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/comunicado-conjunto-7-fe-de-erratas-24-de-noviembre-de-2016-1480001802.pdf> (último acceso: 25 de enero de 2020).

solo aceptaban los cambios dadas las circunstancias particulares y la falta de tiempo, no dejando ninguna duda sobre el carácter “unilateral” de las modificaciones³⁹. Curiosamente, la delegación de esa agrupación anunció además que “no han permitido” que el gobierno realizara los mismos cambios en relación con sus comandantes⁴⁰. La delegación basó su posición en el argumento de que la definición de la responsabilidad de mando aplicable a la fuerza pública, recientemente modificada, difería de las disposiciones reguladas con precisión en el derecho penal internacional (DPI) y, en particular, en el ECPI⁴¹. La razón de esta reacción es que la CPI podría actuar como un tribunal de última instancia –en línea con el principio de complementariedad del Estatuto (art. 17)⁴²– en caso de que Colombia no cumpla con sus obligaciones en virtud del ECPI. Estas enmiendas de última hora al Acuerdo de Paz, que en última instancia condujeron a un tratamiento asimétrico para los comandantes de las FARC-EP, por un lado, y a los de la fuerza pública, por el otro, han sido muy criticadas y se han mostrado como un retroceso en la rendición de cuentas de los comandantes⁴³.

39 Cfr. Comunicado de la delegación de las FARC-EP: Constancia de las FARC respecto a las definiciones y responsabilidades de los Agentes del Estado en la JEP, publicado el 26 de noviembre de 2016, disponible en: <http://www.farc-ep.co/comunicado/constancia-de-las-farc-respecto-a-las-definiciones-y-responsabilidades-de-los-agentes-del-estado-en-la-jep.html> (última consulta: 25 de enero de 2020).

40 *Ibíd.*

41 *Ibíd.*

42 Al respecto en más detalle Ambos, Kai: *Treatise on International Criminal Law*, Vol. III: International Criminal Procedure, Oxford University Press, 2016, pp. 266 y ss.

43 Cfr. HRW, Letter by José Miguel Vivanco on “Command Responsibility” in the Implementing Legislation of the Peace Agreement, 25 de enero de 2017, disponible en: <https://www.hrw.org/news/2017/01/25/letter-command-responsibility-implementing-legislation-peace-agreement> (última consulta: 25 de enero de 2020); a este respecto, véase también *El Espectador* (2016): Críticas de Human Rights Watch por cambios de última hora en el acuerdo de paz, 24 de noviembre de 2016, disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/paz/criticas-de-human-rights-watch-cambios-de-ultima-hora-e-articulo-667296> (última consulta: 25 de enero de 2020).

En resumen, es justo decir que la definición desequilibrada fue el resultado de la presión externa de los militares para evadir la responsabilidad de los comandantes del Ejército por los crímenes cometidos por sus subordinados asegurando así, en última instancia, su impunidad⁴⁴. Desde luego, las tensiones en torno a las negociaciones de una definición de responsabilidad de mando son bastante paradigmáticas para el ambiente político general de las conversaciones de paz; y, en cualquier caso, a pesar de las críticas, las últimas disposiciones del Acuerdo Final de Paz sobre responsabilidad de mando se han incorporado al derecho interno.

2.2. La responsabilidad de mando en la legislación interna

Antes del Acuerdo Final de Paz la legislación nacional –salvo previsiones propias del derecho internacional incorporadas al derecho colombiano⁴⁵– no preveía la responsabilidad penal por las omisiones de los superiores negligentes en sus deberes de prevenir o reprimir la comisión de crímenes internacionales por parte de sus subordinados o de someter el asunto a las autoridades competentes; ni el Código Penal ni el Código Penal Militar contenían disposiciones pertinentes sobre la materia⁴⁶ y las omisiones de los superiores militares solo tenían consecuencias disciplinarias cuando se realizaban por negligencia (grave)⁴⁷. Por lo tanto, la implementación

44 *Ibid.*

45 Como se señala en el art. 28(a)(ii) del ECPI, aunque no se debe olvidar que el Estatuto de Roma es derecho positivo en Colombia (Ley 742 de 2002); también, aparece este instituto en la Ley 1418 de primero de diciembre de 2010, art. 6º, que incorpora la Convención Internacional de Desaparición Forzada. Véase al respecto Olásolo/Canosa Cantor, *supra* nota 22, pp. 66 y ss., 77-9, aunque sin mencionar este último antecedente.

46 De la misma forma, los superiores civiles no fueron responsabilizados bajo la ley colombiana antes del Acuerdo Final de Paz, cfr. Olásolo/Canosa Cantor, *supra* nota 22, p. 94.

47 Una definición de la responsabilidad de mando solo fue proporcionada por el Derecho Operacional de las Fuerzas Armadas Colombianas, cfr. Fuerzas Militares de Colombia. Ejército Nacional (2016). MFE 6-27. *Derecho Operacional Terrestre*,

de las disposiciones sobre responsabilidad de mando del Acuerdo Final de Paz en el derecho interno fue una novedad. La innovación, en efecto, fue doble: de un lado, las disposiciones relativas a la responsabilidad de la fuerza pública se incluyeron en la Constitución mediante el Acto Legislativo 01/2017⁴⁸ mientras que, del otro lado, las disposiciones relativas a los superiores de las FARC-EP se consignaron en la Ley Estatutaria de la JEP⁴⁹.

2.2.1. En relación con la fuerza pública (Acto Legislativo 01/2017)

El proyecto de acto legislativo para regular esta materia fue presentado a consideración del Congreso poco después de la firma del Acuerdo Final de Paz y, en marzo de 2017, se aprobó una enmienda constitucional que contiene la definición de la responsabilidad de mando en relación con la fuerza pública⁵⁰. Dicha definición se encuentra en el art. 24 transitorio del Acto Legislativo 01/2017 (en adelante: art. 24 transitorio). La primera parte de la disposición reproduce casi textualmente la respectiva disposición del Acuerdo Final de Paz⁵¹, en la que se exige la existencia de una relación entre

disponible en https://www.ejercito.mil.co/escuela_aviacion_ejercito/conozcanos/manuales_doctrina_damasco_407329. Detallado en este sentido *Olásolo/Canosa Cantor*, *supra* nota 22, p. 94.

48 Acto Legislativo 01/2017 de 4 de abril de 2017. Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones), disponible en: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf> (última consulta: 25 de enero de 2020).

49 Ley No. 1957, Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (Ley Estatutaria de la JEP), 6 de junio de 2019, disponible en: <https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/LEY%201957%20DEL%2006%20DE%20JUNIO%20DE%202019.pdf> (última consulta: 25 de enero de 2020).

50 Un Acto Legislativo es una normativa emitida por el Congreso de la República por medio de un procedimiento especial y dirigida a modificar las disposiciones de la Constitución colombiana, cfr. arts. 374 y 375 de la Constitución colombiana (Constitución Política de Colombia de 1991), disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica> (última consulta: 25 de enero de 2020).

51 Cfr. párr. 44 del Acuerdo Final de Paz, citado *supra* nota 29.

superior y subordinado y se señala que el “mando y control efectivo” del respectivo comandante requiere su control efectivo sobre la conducta ilícita de los subordinados⁵². Además, el *chapeau* del art. 24 transitorio establece que las fuentes de interpretación de la responsabilidad de los superiores son: (i) el Código Penal colombiano; (ii) el derecho internacional humanitario como *ley especial*; y (iii) las reglas operacionales de la fuerza pública⁵³. Más interesante, sin embargo, es la segunda parte del art. 24 transitorio que se desvía de manera significativa del texto del Acuerdo Final de Paz:

“Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las siguientes condiciones concurrentes:

- a) Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;

52 La primera parte de la disposición dice lo siguiente: “Artículo 24 transitorio. Responsabilidad del mando. Para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como *ley especial*, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH [...]. La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el [i] control efectivo de la respectiva conducta, en el [ii] conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los [iii] medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes” (subrayado añadido).

53 Siempre y cuando no sea contrario a la legislación colombiana. Mientras que, como se dijo anteriormente, el Código Penal Colombiano no contiene disposiciones sobre la responsabilidad superior, el Derecho Operativo sí lo hace en el Manual Operativo Terrestre del MFE 6-27 que define la responsabilidad superior. Esta definición, sin embargo, es más restrictiva que los estándares internacionales creando así un conflicto, cfr. en este sentido Olásolo/Canosa Cantor, *supra* nota 22, p. 97-8.

- b) Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;
- c) Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y.
- d) Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión”⁵⁴.

Este complemento de la definición de responsabilidad de mando es notable en varios aspectos: En primer lugar, conduce a una definición mucho más precisa que la acordada en el Acuerdo Final de Paz y llena el vacío dejado con respecto al requisito de control efectivo. De hecho, el entonces presidente Santos había dejado claro que esa definición se haría en la respectiva ley nacional⁵⁵. Sin embargo, él también dijo que la aclaración correspondiente sería similar a la que se aplica a los comandantes de las FARC-EP⁵⁶, lo que obviamente no era el caso: el suplemento citado carece de toda referencia al derecho internacional y, al mismo tiempo, limita la responsabilidad de los comandantes al introducir cuatro requisitos acumulativos para establecer “mando y control efectivo”. A continuación, se analiza (*infra* III.) si esto es o no compatible con el art. 28 del ECPI.

54 Énfasis añadido.

55 Cfr. la declaración del presidente Santos: “Palabras del Presidente Juan Manuel Santos en la ceremonia de clausura curso de Altos Estudios Militares y curso Integral de Defensa Nacional”, del 28 de noviembre de 2016, disponible en: <http://es.presidencia.gov.co/discursos/161128-Palabras-del-Presidente-Juan-Manuel-Santos-en-la-ceremonia-de-clausura-curso-de-Altos-Estudios-Militares-y-curso-Integral-de-Defensa-Nacional> (última consulta: 25 de enero de 2020).

56 *Ibíd.*

2.2.2. Respeto a las FARC-EP (Ley estatutaria de la JEP)

Más de dos años después de la adopción del Acto Legislativo 01/2017, la Ley Estatutaria de la JEP entró en vigor el seis de junio de 2019. Si bien ella establece una amplia gama de disposiciones que se aplican a todas las partes que puedan estar involucradas en los procedimientos de la JEP, solo contiene normas sobre la responsabilidad de mando de los superiores de las FARC-EP, lo que resulta un tanto sorprendente dado el carácter predominantemente organizativo de una ley estatutaria. El art. 67 de la Ley Estatutaria como disposición central es –no es de sorprenderse– una copia exacta del Acuerdo Final de Paz⁵⁷. La referencia a la ley internacional aquí contenida se refuerza con el art. 66 que es comparable al encabezamiento del art. 24 transitorio del AL 1/17⁵⁸; sin embargo, amplía la referencia legal (internacional) aplicable a los comandantes de las FARC-EP, incluyendo el DPI⁵⁹. El art. 68, por otra parte, no deja lugar a dudas de que estas referencias no son aplicables a la fuerza pública; su actuación se rige exclusivamente por las disposiciones mencionadas del Acto Legislativo 01/2017⁶⁰. En consecuencia, la referencia al derecho internacional (penal) en materia de responsabilidad de mando en la Ley Estatutaria de la JEP solo es aplicable a los superiores de las FARC-EP, pero no a la fuerza pública⁶¹.

En resumen, es justo decir que el tratamiento asimétrico de la

57 Cfr. art. 67 Ley Estatutaria de la JEP y párr. 59 del Acuerdo Final de Paz, citado *supra* nota 30.

58 Citado *supra* nota 52.

59 Art. 66 de la Ley Estatutaria de la JEP dice lo siguiente: “Respecto a la responsabilidad de los integrantes de las FARC-EP se tendrá en cuenta como referente jurídico el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal, y el Código Penal colombiano, siempre con aplicación de la norma más favorable”.

60 Art. 68 de la Ley Estatutaria de la JEP, titulada “Responsabilidad por mando de los miembros de la Fuerza Pública”, se limita a contener esta aclaración.

61 Véase a este respecto también Olásolo/Canosa Cantor, *supra* nota 22, pp. 95-6.

responsabilidad de mando para los miembros de las FARC-EP y de la fuerza pública no se vio en modo alguno atenuado sino agravado en virtud de la legislación que es aplicable⁶². De hecho, el desequilibrio entre las FARC-EP y la fuerza pública se acentuó al establecer requisitos adicionales para esta última restringiendo así el alcance de la responsabilidad de mando, al tiempo que se mantenía la misma definición amplia para los comandantes de las FARC-EP contenida en el Acuerdo Final de Paz, incluidas las referencias al derecho internacional (penal).

3. EL ENFOQUE DE COLOMBIA A LA LUZ DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El art. 28 del ECPI es de particular interés en Colombia dado que la Corte tiene jurisdicción sobre el genocidio y los crímenes de lesa humanidad cometidos en dicho país desde el primero de noviembre de 2002 y sobre los crímenes de guerra desde el prime-

62 En noviembre de 2017 la Corte Constitucional de Colombia (CC) declaró que el art. 24 transitorio del AL 1/17 (*supra* nota 52) está en consonancia con la Constitución, cfr. Sentencia C-674/17 (*supra* nota 7), en el párr. 1.2.2. 4.7.3.8. La Corte argumentó que, aunque esta disposición no adopta el texto del ECPI en lo que respecta a la responsabilidad de mando, tal como se consagra en el art. 28, el deber de Colombia de investigar, procesar y castigar los crímenes internacionales no se ve obstaculizado por la existencia de modos alternativos de responsabilidad en el derecho interno, cfr. párr. 5.5.1.9.-11 de la Sentencia. En agosto de 2018, la CC también confirmó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la JEP, cfr. Comunicado No. 32 del 15 de agosto de 2018, disponible en: <http://www.corte-constitucional.gov.co/comunicados/No.%2032%20comunicado%2015%20de%20agosto%20de%202018.pdf> (último acceso: 25 de enero de 2020). Contrariamente al fallo de la CC, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombia adoptó un enfoque diferente en el caso de Rodrigo Alberto Zapata Sierra y otros en su Sentencia SP5333-2018 del cinco de diciembre de 2018 (rad. 50236), basándose directamente en el art. 28 del ECPI para establecer la responsabilidad del acusado, cfr. párr. 2.2.3.6.1. (último párrafo). Dada esta importante sentencia, es justo decir que la jurisprudencia actual tiende a una visión más inclusiva con respecto al derecho internacional y abarca plenamente la responsabilidad de mando de acuerdo con el art. 28 del ECPI. Para un análisis crítico de esta sentencia véase, Cote Barco, Gustavo Emilio: “La responsabilidad por el mando en el Acuerdo de Paz firmado por el Gobierno Colombiano y las FARC-EP: un análisis sobre la base del caso Bemba de la Corte Penal Internacional”, en: *Nuevo Foro Penal* 92 (2019), p. 174.

ro de noviembre de 2009⁶³. Incluso, la situación colombiana está bajo examen preliminar desde junio de 2004⁶⁴. Desde entonces los esfuerzos del país por enjuiciar a los autores de estos crímenes han sido objeto de una estrecha vigilancia⁶⁵. En el curso de su examen preliminar, la Oficina de la Fiscal ha expresado en particular su preocupación por la definición de responsabilidad del superior en el Acuerdo Final de Paz aplicable a los comandantes de la fuerza pública: En su informe de noviembre de 2016, la fiscal jefe de la CPI decidió mantener bajo análisis la definición del concepto de responsabilidad del superior para identificar posibles lagunas que podrían impedir que la JEP investigara y enjuiciara posibles casos por parte de la Corte⁶⁶. Poco después de que la Ley Estatutaria de la JEP fuera expedida por el Congreso, la fiscal de la CPI expresó sus preocupaciones al público colombiano en un artículo periodístico cuando afirmó que la definición de la responsabilidad de mando utilizada en el Acuerdo Final de Paz “[...] contiene un lenguaje que podría ‘interpretarse’ como una limitación a la definición de respon-

63 Colombia depositó su instrumento de ratificación el día cinco de agosto de 2002, para que el Estatuto entrara en vigor de conformidad con el art. 126(2) del ECPI el día primero de noviembre de 2002. Para el ámbito interno, véase la Ley 742/2002 por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, del siete de junio de 2002, disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1667619> (última consulta: 25 de enero de 2020). Colombia hizo una declaración en virtud del art. 124 del ECPI con respecto a los crímenes de guerra, por lo que la jurisdicción de la CPI se ha retrasado hasta el primero de noviembre de 2009.

64 CPI, Situaciones y casos bajo examen preliminar, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/colombia> (último acceso: 25 de enero de 2020).

65 Véase, por ej., ICC OTP (2012), “Interim Report on the Situation in Colombia”, 14 de noviembre de 2012, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=Situation-in-Colombia-Interim-Report> (última consulta: 25 de enero de 2020). Véanse también los informes sobre el examen preliminar de la situación de Colombia publicados por la Fiscalía de la CPI el 25 de noviembre de 2013, el dos de diciembre de 2014, el doce de noviembre de 2015, el catorce de noviembre de 2016, el 4 de diciembre de 2017 y el cinco de diciembre de 2019. Todos ellos disponibles en: <https://www.icc-cpi.int/colombia> (último acceso: 25 de enero de 2020).

66 ICC OTP, “Report on Preliminary Examination Activities”, disponible en: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE_ENG.pdf (último acceso: 25 de enero de 2020), párrs. 257, 263.

sabilidad de mando recogida en el Estatuto de Roma”⁶⁷. Un año más tarde, el 18 de octubre de 2017, la misma fiscal de la CPI envió un escrito en calidad de *amicus curiae* a la Corte Constitucional en el cual observaba con preocupación la eliminación de todas las referencias al art. 28 del ECPI en el texto del Acuerdo Final de Paz⁶⁸.

Así las cosas, las tensiones entre el art. 28 del ECPI y el enfoque colombiano surgen en tres áreas –control efectivo, causalidad y conocimiento del comandante– las cuales se analizan luego. Aunque la referencia al art. 28 del ECPI fue eliminada tanto en la Ley Estatutaria de la JEP (en relación con los comandantes de las FARC-EP) como en el Acto Legislativo 01/2017 (en relación con la fuerza pública), el siguiente análisis se centra solo en este último porque esta definición omite cualquier referencia al derecho internacional (penal) y es mucho más restrictiva que la noción de la Ley Estatutaria.

3.1. El control efectivo (Actus reus)

De acuerdo con la interpretación del art. 28 del ECPI en el caso Bemba, el único que hasta ahora trata de la responsabilidad de los comandantes militares ante la CPI, el comandante necesita tener autoridad y control efectivo sobre los subordinados que cometan crímenes internacionales⁶⁹. Esta opinión es compartida en gran me-

67 Fatou Bensouda: “El acuerdo de paz de Colombia demanda respeto, pero también responsabilidad”, *Semana*, 21 de enero de 2017, disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/deseo-corte-penal-internacional-justicia-transicional-en-colombia/512820> (última consulta: 25 de enero de 2020).

68 Cfr. ICC OTP, Escrito de *Amicus Curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz Ante la Corte Constitucional de la República de Colombia del 18 de octubre de 2017 que fue enviado a la CC como parte de la revisión del Acto Legislativo 01/2017, disponible en: <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo> (última consulta: 25 de enero de 2020). En su más reciente Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar, *supra* nota 27, la Fiscalía guarda, de manera un tanto sorprendente, silencio al respecto.

69 Sala de Apelaciones de la CPI, Sentencia sobre la apelación del Sr. Jean-Pierre Bemba Gombo contra la Sala de Primera Instancia III’ “Sentencia de conformidad con el artículo 74 del Estatuto”, ICC-01/05-01/08 A, 8 de junio de 2018 (“Sentencia

didada por la doctrina⁷⁰. Sin embargo, la fórmula colombiana es más restrictiva por varios motivos.

3.1.1. El control sobre la conducta respectiva y la limitación a los subordinados inmediatos

Desde el principio, el enfoque colombiano es más restrictivo al exigir que el comandante tenga un control efectivo sobre la *conducta* respectiva del subordinado⁷¹. Además, el art. 24 transitorio del AL 1/17 impone, como se ha visto con anterioridad⁷², otros requisitos acumulativos tres de los cuales se relacionan directamente con la existencia de “mando y control efectivo”⁷³: Primero, la conducta ilícita que fue realizada por los subordinados debe estar dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo el mando del superior. Esto, desde luego, es difícil de reconciliar con el enfoque de la CPI respecto de los comandantes militares, porque este re-

sobre la apelación de Bemba”), párr. 167-170; Sala de Primera Instancia III de la CPI, Sentencia de conformidad con el art. 74 del ECPI, ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016 (“Sentencia de Juicio de Bemba”), párr. 2.2.2. 170; Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, Decisión de conformidad con el art. 61(7)(a) y (b) del ECPI sobre los cargos de la Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009 (“Decisión de Confirmación de Bemba”), párr. 2.3.1. 407.

70 Cfr. Cryer, Robert/Robinson, Darryl/Vasiliev, Sergey: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 4^a ed., Cambridge University Press, 2019, p. 370; Triffterer, Otto/Arnold, Roberta: Article 28, en: Triffterer/Ambos: *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3^a ed., C. H. Beck/Hart/Nomos, 2016, párr. 102-3; Schabas, William A. (2016): *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, 2^a ed., pp. 613-4; Werle, Gerhard/Jeßberger, Florian (2016): *Völkerstrafrecht*, 4^a ed., Tübingen, Mohr Siebeck, párr. 612; O’Keefe, Roger (2015): *International Criminal Law*, Oxford University Press, párr. 5.105; Ambos, Kai: *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I: Foundations and General Part, Oxford University Press, 2013, pp. 210-1; Cassese, Antonio/Gaeta, Paola *et al.*: *Cassese’s International Criminal Law*, 3^a ed., Oxford University Press, 2013, p. 188.

71 Cfr. art. 24 transitorio del AL 1/17, citado *supra* nota 52.

72 Cfr. la disposición citada *supra* en II.2.a).

73 El cuarto requisito (acumulativo) (subapartado. (d)), citado *supra* en II.2.a), no restringe el alcance del control efectivo, sino que solo es relevante con respecto al requisito de conocimiento (*mens rea*), que se discutirá *infra* 2.

quisito solo está previsto respecto de los superiores civiles en el art. 28(b) del ECPI. Mientras que a éstos solo se les puede exigir que tengan control sobre sus subordinados en asuntos relacionados con el trabajo, el control efectivo de los mandos militares abarca toda la vida militar de los subordinados⁷⁴. El factor decisivo para el control efectivo de un comandante militar es su capacidad material (*de facto*) para prevenir o reprimir los crímenes internacionales cometidos por los subordinados, con independencia del alcance normativo de su poder legal (*de jure*)⁷⁵. La doctrina mayoritaria comparte esta opinión⁷⁶.

3.1.2. La capacidad legal y material para dar órdenes

En segundo lugar, el art. 24 b) transitorio establece que los superiores de la fuerza pública deben tener la capacidad jurídica y material para dar, modificar o hacer cumplir las órdenes⁷⁷. Por lo tanto, este requisito excluye a los comandantes *de facto* y desconoce que los comandantes puedan tener –aunque no se les atribuya legalmente– un control efectivo, al igual que el art. 28 del ECPI señala explícitamente (“actuar efectivamente como”)⁷⁸. Al respecto, se

74 Schabas, *supra* nota 70, p. 613; Triffterer/Arnold, *supra* nota 70, párr. 87; Werle/Jeffberger (2016), *supra* nota 70, párr. 615-6; O’Keefe, *supra* nota 70, párr. 5.106; Ambos, *Treatise on ICL*, Vol I, *supra* nota 70, p. 209.

75 Sentencia de Apelación de Bemba, párr. 5, 167 (“El alcance del deber de tomar ‘todas las medidas necesarias y razonables’ está intrínsecamente relacionado con el alcance de la capacidad material de un comandante [...] no se puede culpar a un comandante por no haber hecho algo que no estaba facultado para hacer”); Sentencia del Juicio de Bemba, párr. 183-4; Decisión de confirmación de Bemba, párr. 407.

76 Cryer *et al.* (2019), *supra* nota 70, pp. 370-1; Triffterer/Arnold (2016), *supra* nota 70, párr. 103; Schabas (2016), *supra* nota 70, pp. 612-3; Werle/Jeffberger (2016), *supra* nota 70, párr. 612; O’Keefe, *supra* nota 70, párr. 5.105; Ambos (2013), *supra* nota 70, p. 209; Cassese/Gaeta *et al.* (2013), *supra* nota 70, p. 188.

77 Siempre que conozcan los crímenes internacionales de sus subordinados o dispongan de suficiente información para ponerlos al corriente de dichos crímenes, véase la disposición citada, *supra* nota 52.

78 Así como el art. 7 (3) del Estatuto del TPIY y el art. 6 (3) del Estatuto del TPIR, véase a este respecto también Olásolo/Canosa Cantor, *supra* nota 22, p. 99.

debe recordar que en el escrito de apelación la defensa en el caso de *Bemba* argumentó que, en principio, un comandante geográficamente alejado no puede ser considerado responsable de su falta de control⁷⁹, no obstante, lo cual los jueces de apelación adoptaron por un enfoque diferente y más matizado.

En efecto, la sentencia de la Sala de Apelaciones sostuvo que el Sr. Bemba era un “comandante a distancia” con “mando no lineal”⁸⁰ y que, por lo tanto, se enfrentaba a limitaciones para controlar a sus subordinados⁸¹. El magistrado Eboe-Osuji aseguró en su voto concurrente por separado que “no suscribiría ninguna interpretación del voto de la mayoría en el sentido de que la lejanía geográfica de un comandante es un factor en sí mismo, que necesariamente lo aislaría [al Sr. Bemba] de la responsabilidad penal”⁸² y no dejó dudas de que se necesita evidencia de un control material efectivo en lugar de poderes *de jure*⁸³. Los magistrados Monageng y Hofmanski adoptaron un enfoque similar en su opinión discrepante, argumentando que “[l]as características específicas del caso particular, como [...] la lejanía del comandante forma parte de las consideraciones de hecho que la Sala de Primera Instancia debe evaluar a fin de determinar si el acusado tenía la capacidad material

79 Véase el caso Bemba, Defensa del Sr. Jean Pierre Bemba Gombo, Versión Pública y Redactada del documento del apelante en apoyo de la apelación, ICC-01/05-01/08-3434-Red 28-09-2016 1/196 EO A, 28 de septiembre de 2016 (“Escrito de apelación de la defensa Bemba”), párr. 175-185. – El primer autor de este documento formó parte del equipo de la defensa en las apelaciones.

80 Sentencia de Apelación del caso Bemba, párr. 171.

81 Véase también *Ibid.*, párr. 191 (“limitaciones que [él] habría enfrentado en la investigación y el enjuiciamiento de crímenes como comandante remoto que envía tropas a un país extranjero”). Crítica en este sentido Sadat, Leila: “Fiddling While Rome Burns? The Appeals Chamber’s Curious Decision in Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo”, *EJIL: Talk!*, 2018, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/fiddling-while-rome-burns-the-appeals-chambers-curious-decision-in-prosecutor-v-jean-pierre-bemba-gombo/> (último acceso: 25 de enero de 2020).

82 Bemba, Opinión separada concurrente del magistrado Eboe-Osuji a la Sentencia de Apelación de Bemba, ICC-01/05-01/08-3636-Anx3, 14 de junio de 2018, párr. 258.

83 *Ibidem*, párr. 262.

de prevenir, reprimir o denunciar la comisión de crímenes”⁸⁴. Los dos magistrados concluyen que “el control efectivo requiere que el comandante tenga la capacidad material de prevenir o reprimir la comisión de los crímenes [...]”⁸⁵ y que el Sr. Bemba, si bien es cierto que se enfrenta a “dificultades logísticas”⁸⁶, habría podido superarlas. Desde luego, aunque los magistrados que desataron la apelación llegaron a conclusiones diferentes en este caso, no se apartaron de la interpretación general del requisito de la “capacidad material” de conformidad con el art. 28 del ECPI. En consecuencia, ninguno de los enfoques de esos magistrados es tan estrecho como el del art. 24(b) transitorio –es decir, el requisito de la capacidad material y legal de los comandantes–.

Esto también es coherente con el enfoque de la Sala de Primera Instancia (TC), según la cual “la cuestión es simplemente si el comandante tenía o no control efectivo sobre las fuerzas pertinentes”⁸⁷, lo cual implica “una relación superior-subordinado *de jure o de facto*”⁸⁸. Por lo tanto, la esencia del control efectivo es la capacidad material, no formal (legal), de controlar a los subordinados. Por consiguiente, la responsabilidad de mando se plantea para todos los comandantes de la respectiva cadena de mando, incluidos los que están lejos del lugar del crimen, siempre que mantengan su capacidad material de prevenir, reprimir o someter los crímenes de sus subordinados a las autoridades competentes⁸⁹. Por supuesto, la

84 Opinión discrepante de los magistrados Monageng y Hofmanski en relación con la Sentencia de Apelación en el caso Bemba, ICC-01/05-01/08-3636-Anx1-Red, 8 de junio de 2018, párr. 258.

85 *Ibidem*, párr. 128.

86 *Ibid.*, párr. 57. Véase a este respecto también Heinze, Alexander: “Some reflections on the Bemba Appeals Chamber Judgment, *OpinioJuris*”, 2018, disponible en: <http://opiniojuris.org/2018/06/18/some-reflections-on-the-bemba-appeals-chamber-judgment/> (consultado por última vez el 25 de enero de 2020).

87 Sentencia de la Sala de Primera Instancia de Bemba, párr. 184.

88 *Ibid.* en el mismo sentido, la Decisión de Confirmación de Bemba, párr. 410.

89 Crítico en relación con el establecimiento de una distinción jurídica entre los mandos a distancia y los no mandos a distancia Jackson, Miles: “Geographical Remoteness in Bemba”, 2018, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/geographical-remoteness->

existencia de una responsabilidad legal por parte de un comandante puede ser un criterio para determinar su capacidad material⁹⁰.

3.1.3. La capacidad para llevar a cabo operaciones militares en una zona geográfica limitada

En tercer lugar, el art. 24 c) transitorio exige que el superior tenga la capacidad efectiva/directa de desarrollar y llevar a cabo operaciones militares dentro de la zona geográfica en la que se hayan cometido los crímenes de sus subordinados, de acuerdo con su nivel de mando específico⁹¹. Este requisito elimina las constelaciones en las que los mandos militares mantienen el control efectivo sobre sus subordinados, aunque viajen o estén presentes en zonas fuera de su zona de responsabilidad (geográfica) real⁹². Este aspecto del requisito de control efectivo fue una cuestión central en la apelación del caso Bemba. La manzana de la discordia era si la lejanía de un superior militar siempre influye en el nivel de control efectivo real sobre los crímenes cometidos por sus subordinados⁹³.

Tres de los cinco magistrados de la Sala de Apelaciones de la CPI no consideraron que ese fuera el caso, pues sostuvieron que la lejanía geográfica es solo un factor por considerar entre otros que –no necesariamente– tienen un impacto en el nivel de control efectivo sobre los subordinados⁹⁴. Los otros dos magistrados adoptaron

in-bemba/ (última consulta: 25 de enero de 2020).

90 Triffterer/Arnold, *supra* nota 70, párr. 103; Schabas, *supra* nota 71, p. 614; Werle/Jeßberger (2016), *supra* nota 70, párr. 613; Ambos, *supra* nota 70, pp. 211-2.

91 Cfr. la disposición citada *supra* II.2.a).

92 Olásolo/Canosa Cantor, *supra* nota 22, p. 99.

93 Véase Jackson, *supra* nota 89; Sadat, *supra* nota 81; con mayor detalle Cote, *supra* nota 62, pp. 153-199 y Olásolo/Canosa Cantor, *supra* nota 22, pp. 77 y ss. con referencias adicionales. Cfr. también *Amnistía Internacional: Remoteness in itself cannot serve as a defence to command responsibility*, 10 de octubre de 2018, disponible en: <https://hrij.amnesty.nl/remoteness-command-responsibility-icc/> (última consulta: 25 de enero de 2020).

94 Bemba, Opinión separada concurrente del magistrado Eboe-Osui, párr. 3 y 258 (“La lejanía geográfica es solo un factor que debe considerarse entre otras circuns-

el punto de vista opuesto al sostener que la lejanía de un comandante es siempre un factor que afecta su control efectivo real⁹⁵. En la Sentencia de Apelación se llegó a la conclusión de que, aunque el Sr. Bemba no tenía control sobre la zona geográfica en la cual se llevaban a cabo las operaciones militares, conservaba la capacidad de adoptar varias medidas para prevenir, impedir y someter los crímenes de sus subordinados a las autoridades competentes y, por tanto, en última instancia, ejercer un control efectivo⁹⁶. El factor decisivo para la existencia de un control efectivo es, pues, si el comandante tenía, en el caso concreto, la capacidad material de dar, modificar y hacer cumplir las órdenes. Aunque se trata de un debate en curso, es evidente que ni las posiciones mayoritarias ni las minoritarias en el caso Bemba son tan restrictivas como lo es el tercer requisito del art. 24(c) transitorio.

tancias o peculiaridades de un caso determinado”); “Bemba Opinión discrepante magistrados Monageng y Hofmanski”, párr. 127 “Las especificidades del caso concreto, como [...] la lejanía del comandante forman parte de las consideraciones de hecho [...] a fin de determinar si el acusado tenía la capacidad material de prevenir, reprimir o denunciar la comisión de delitos. Sin embargo, ello no impide que la Sala de Primera Instancia considere diversos indicadores pertinentes de control efectivo [...]”.

- 95 Bemba, Opinión separada de los magistrados van den Wyngaert y Morrison, ICC-01/05-01/08-3636-Anx2, 8 de junio de 2018, párr. 33 (“[...] lo que se exige de un comandante, tanto en lo que respecta a la proximidad con que debe supervisar a las tropas como a las medidas que se espera que adopte para prevenir el comportamiento delictivo, depende de la proximidad con que se encuentren los perpetradores físicos en la cadena de mando”), párr. 34 (“No es tarea del comandante de nivel superior microgestionar a todos los comandantes de nivel inferior [...]”), párr. 36 (“[...] la Corte debe atenerse al principio de que la responsabilidad de mando no es una responsabilidad objetiva y que no pedimos lo imposible al comandante militar”).
- 96 Sentencia de Apelación del caso Bemba, párr.172 (“[...] las facultades del Sr. Bemba para investigar los crímenes cometidos en la CAR estaban limitadas [...]”), párr. 173 (“[...] las limitaciones a las que aludía el Sr. Bemba no limitaban por completo su capacidad para investigar los crímenes”).

3.1.4. La posición de la fiscal de la CPI

La fiscal de la CPI expresó su crítica con respecto al enfoque colombiano en el mencionado *amicus curiae* de octubre de 2017⁹⁷. Ella se opuso a los tres requisitos del art. 24(a)-(c) transitorio, argumentando que el DPI no limitaba la responsabilidad de los comandantes a los crímenes que se cometían dentro de su área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando; ni exigía la capacidad legal de los comandantes para dar, modificar y hacer cumplir las órdenes o la capacidad efectiva/directa para actuar sobre los crímenes cometidos por sus tropas⁹⁸. La fiscal, además, aclaró que si bien el DPI se refiere a estos criterios cuando se trata del control efectivo de los comandantes éstos son solo posibles indicios, entre varios otros, que pueden probar el control efectivo; de ninguna manera constituyen requisitos que deban probarse de manera acumulativa⁹⁹. Esta posición también se refleja en la Sentencia de Apelación del caso Bemba, en la que se aclara que la existencia o ausencia de control efectivo no debe basarse en el cumplimiento de ciertos criterios abstractos, sino que debe inferirse de las circunstancias del caso concreto.¹⁰⁰

97 Véase el informe *amicus curiae* de la Fiscal de la CPI, *supra*, nota 68. El escrito se presentó inicialmente de manera confidencial, pero se filtró a los medios de comunicación y posteriormente se publicó en línea.

98 *Ibid*, sección B. Ver también Fiscalía de la CPI, Informe de Actividades Preliminares, *supra* nota 66, párr. 145.

99 Véase el informe del *amicus curiae*, párr. 22. Véase también la sentencia del juicio de Bemba, párr. 188. Crítico en este respecto, Ambos, “La absolución de Jean Pierre Bemba y la responsabilidad del Superior”, *Semana*, 15 de junio de 2018, disponible en: <https://www.semana.com/opinion/articulo/la-absolucion-de-jean-pierre-bemba-y-la-responsabilidad-del-superior-columna-de-kai-ambos/571182> (última consulta: 25 de enero de 2020). Véase a este respecto también Steward, James: “The Role of the ICC in the Transitional Justice Process in Colombia”, 30 de mayo de 2018, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/201805SpeechDP.pdf> (última consulta: 25 de enero de 2020), párr. 96 y ss.

100 Sentencia de Apelación del caso Bemba, párr. 170 (“La sala de primera instancia debe identificar específicamente lo que un comandante debería haber hecho *in concreto*. Las conclusiones abstractas sobre lo que un comandante podría haber hecho en teoría no son útiles y son problemáticas [...]”). Ver a este respecto también Cote, *supra* nota 62, pp. 189-90 y Uprimny, Rodrigo: “Responsabilidad del mando

3.2. La causalidad

El art. 24 transitorio no incluye ninguna referencia al nexo causal entre las omisiones de los mandos de la fuerza pública y los crímenes de sus subordinados¹⁰¹. Si bien la ausencia de ese nexo es coherente con el enfoque de los tribunales *ad hoc*¹⁰², resulta controvertida a la luz de la redacción del art. 28 del ECPI (“como resultado de su fracaso”) que parece apuntar a tal requisito de causalidad. Mientras que algunos argumentan que se requiere un estándar estricto del criterio “de no ser por”, otros abogan por un enfoque de riesgo menos restrictivo. El fallo de la apelación de Bemba guarda silencio al respecto. Sin embargo, ha sido tratado por el magistrado Eboe-Osuji en su Opinión Separada Concurrente, cuando afirma que la frase “como resultado de” “está en el centro de la apelación”¹⁰³. Sostiene, incluso, que “lo que se requiere es simplemente que la contribución del acusado “sea más que insignificante o que no sea tan diminuta como para ser ignorada bajo el principio ‘de minimis’”¹⁰⁴. Y, al argumentar a favor de la responsabilidad por la puesta en peligro¹⁰⁵, señala que “no se trata de una cuestión de responsabilidad objetiva”¹⁰⁶.

La Sala de Primera Instancia afirmó la necesidad del requisito de la causalidad como elemento esencial de la responsabilidad de

y JEP: un debate complejo y polarizado”, *La silla vacía*, 27 de febrero de 2017, disponible en: <https://lasillavacia.com/blogs/responsabilidad-del-mando-y-jep-un-debate-complejo-y-polarizado-59906> (última consulta: 25 de enero de 2020).

101 Cfr. a este respecto Olásolo/Canosa, *supra* nota 22, pp. 83-5, 103.

102 Ver, por ej., TPIY, *Prosecutor v. Halilović*, Sentencia de Juicio, IT-01-48, 16 de noviembre de 2005, párr. 76 “[...] la existencia misma del principio de responsabilidad superior [...] demuestra la ausencia de un requisito de causalidad” y TPIY, *Prosecutor v. Hadzihasanovic*, Sentencia de Juicio, IT-01-47, 15 de marzo de 2006, párr. 188 en el que se afirma que la Fiscalía no tiene que demostrar “un vínculo causal para imponer la responsabilidad de mando”.

103 Bemba, Opinión Separada Concurrente del magistrado Eboe-Osuji, párr. 154.

104 *Ibid.*, párr. 166.

105 *Ibid.*, párr. 239.

106 *Ibid.*, párr. 246.

mando de conformidad con el art. 28 del ECPI¹⁰⁷, pero no lo discutió a profundidad. Solo señaló un “requisito de nexos”¹⁰⁸, desestimando así –en apariencia– una norma de causalidad que no era demasiado estricta (“superior a la exigida por la ley”), pero no definió con más detalle qué tipo de nexos se requiere¹⁰⁹. Las Jueces Steiner y Ozaki discutieron el requisito “como resultado de” con más detalle en sus Opiniones Separadas al Juicio¹¹⁰. Especialmente la jueza Steiner plantea dos preguntas importantes: Primero, ¿cuál es el límite de causalidad?¹¹¹ Y, segundo, ¿cuál es el grado de riesgo requerido?¹¹² La segunda pregunta solo es relevante si la respuesta a la primera pregunta sigue un enfoque –aquí llamado– de riesgo. Así, la esencia de la cuestión es precisar qué es lo realmente necesario para concluir que la falta de contramedidas “causó” los crímenes: ¿Es suficiente un incremento del riesgo de comisión de los crímenes (esto es, la opinión de la jueza Steiner y, aparentemente, de la TC)¹¹³ o se requiere certeza como un estándar de causalidad

107 Sentencia del juicio de Bemba, párr. 211 (“La Sala coincide con la Sala de Cuestiones Preliminares en que la parte del texto destacada anteriormente no requiere [sic!] [...] el establecimiento de causalidad “de no ser por” [...]).

108 Sentencia del juicio Bemba, párr. 211 (“es un principio básico del derecho penal que no se debe considerar a una persona penalmente responsable de un crimen en ausencia de *alguna forma de nexos personal con él*”). Véase también el párr. 213, en el que se señala que sería excesivo exigir que “los crímenes no se hubieran cometido, [...] si el comandante hubiera ejercido debidamente el control [...]”.

109 *Ibid.*, párr. 213, dejando la cuestión abierta (“a la luz de las conclusiones fácticas que se exponen a continuación”).

110 Opinión separada de la jueza Sylvia Steiner sobre el fallo del juicio de Bemba, ICC-01/05-01/08-3343-AnxI, 21 de marzo de 2016; Opinión separada de la jueza Kuniko Ozaki sobre el fallo del juicio de Bemba, ICC-01/05-01/08-3343-AnxII, 21 de marzo de 2016, párr. 18-23.

111 Bemba, Opinión separada de la jueza Steiner, párr. 16 y ss.

112 *Ibid.*, párr. 24.

113 *Ibid.*, párr. 24 (“Estoy [...] de acuerdo con la Sala de Cuestiones Preliminares en que “solo es necesario probar que la omisión del comandante aumentó el riesgo de que se cometieran los crímenes acusados [...]”, “creo que la “alta probabilidad” es el límite apropiado”); Sentencia del juicio de Bemba, párr. 213 (“Un requisito de nexos se cumpliría claramente cuando se establezca que los crímenes no se habrían cometido [...] si el comandante hubiera ejercido el control adecuadamente [...]). Véase también Bemba, voto particular de la jueza Kuniko Ozaki, párr. 23 (“[...] He coincidido con las conclusiones de la Sala en el sentido de que [...] el requisito de

estricta (“de no ser por”) (como argumenta la Defensa)²¹¹⁴. En la decisión de confirmación, la Sala de Cuestiones Preliminares (PTC) también siguió el estándar más bajo, cuando argumentó que un incremento del riesgo de comisión de los crímenes es suficiente¹¹⁵, a cuyo efecto adujo en esencia consideraciones de practicabilidad¹¹⁶. El tema no se discute más en la jurisprudencia.

En la doctrina el requisito de causalidad es mayoritariamente aceptado¹¹⁷. En los casos de acciones, es un límite mínimo de res-

un nexo causal en virtud del art. 28 se satisfaría claramente cuando se estableciera que los crímenes no se habrían cometido [...] si el comandante hubiera ejercido debidamente su control [...]”).

114 Bemba, Defensa del Sr. Jean Pierre Bemba Gombo, Confidencial, Respuesta del apelante a la “Respuesta de la Fiscalía al documento del apelante en apoyo de la apelación”, ICC-01/05-01/08-3483-Conf 20-12-2016 1/30 EC A, 20 de diciembre de 2016, párr. 52-6.

115 Decisión de confirmación de Bemba, párr. 425 (“[...] la Sala considera que solo es necesario probar que la omisión del comandante aumentó el riesgo de que se cometieran los crímenes imputados”), refiriéndose, entre otros a Ambos (2002), en: Cassese/Gaeta/Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Vol. 1, OUP, p. 860.

116 Decisión de confirmación de Bemba, párr. 425 “[...] el efecto de una omisión no puede determinarse empíricamente con certeza [...]” y “no sería práctico predecir exactamente lo que habría ocurrido si un comandante hubiera cumplido su obligación de prevenir los crímenes”.

117 Triffterer, Otto (2002): “Causality, a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute”, en *Leiden Journal of International Law* 15 (179-205), pp. 197 (cuasi causalidad), 202 (“conexión causal”), 203-4; Nerlich, Volker (2007): “Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute. For What Exactly is the Superior Held Responsible?”, en: *Journal for International Criminal Justice* 5 (665-82), pp. 673 (“conexión (cuasi) causal”), 677-78 (en relación con el superior “después de los hechos”); Boas, Gideon *et al.*: *Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Vol. I, International Criminal Law Practitioner Library Series, Cambridge University Press, 2007, pp. 260 a 262 (en que se habla explícitamente del “requisito de causalidad del art. 28”); Mettraux, Guénaél: *The Law of Command Responsibility*, OUP, 2009, p. 33 (pp. 82 y ss. argumentando en general a favor de la causalidad como parte del derecho consuetudinario); Ambos, en: Cassese *et al.* (eds.), *supra* nota 115, pp. 850, 860 y 861; Weigend, Thomas: “Superior Responsibility: Complicity, Omission or Over-Extension of the Law?”, en: Burchard *et al.* (eds.), *The Review Conference and the Future of the International Criminal Court*, Heymanns, 2010, p. 76 (“causación hipotética”); Robinson, Darryl: “How Command Responsibility Got so Complicated: A Culpability Contradiction, its Obfuscation, and a Simple Solution”, en: *Melbourne Journal of International Law*, 2012, pp. 5 (“[...] el Estatuto de Roma

ponsabilidad penal¹¹⁸. Si la acción y la omisión se tratan como equivalentes en términos de responsabilidad penal¹¹⁹, las condiciones sobre las que ella recae también deben ser las mismas¹²⁰. Para el

-
- exige expresamente la contribución causal [...]”, 12, 53 (“exigiendo debidamente la contribución causal”); van Sliedregt, Elies: *Individual Criminal Responsibility in International Law*, 2012, OUP, p. 199 (“reconocimiento expreso de un nexo causal”); Cryer *et al.*, *supra* nota 70, p. 376 (“forma de causación”); Meloni, Chantal: *Command responsibility in international criminal law*, La Haya: Asser Press, 2010, pp. 173 a 178 (al menos en lo que respecta a las contramedidas preventivas).
- 118 Véase el tratamiento fundamental de Engisch, Karl: *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Mohr Siebeck, 1931, p. 5; véase también Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, 1996, p. 277; Fletcher, Georg: *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, 1998, p. 61. Para la literatura de DPI se puede ver a Werle, Gerhard/ Jessberger, Florian: *Principles of International Criminal Law*, 3ª ed., OUP, 2014, párr. 456; Kiss, Alejandro: “Command Responsibility under Article 28 of the Rome Statute”, en: Stahn (ed.), *The law and practice of the International Criminal Court*, OUP 2015, p. 608, 634; desde una perspectiva de DIH: Egorov, Sergei: “International Legal Protections for Persons *Hors de Combat*”, en: Doria/ Gasser/ Bassiouni (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2009, pp. 561 y 572.
- 119 En *Prosecutor vs. Kambanda*, No. ICTR-97-23-S, Sentencia y Condena (4 de septiembre de 1998), párr. 40, la Sala de Primera Instancia del TPIR señaló que todos los actos de genocidio podían cometerse por omisión; en el mismo sentido, Schabas, William: *Genocide in International Law*, 2ª ed., Cambridge University Press, 2009, p. 177 (“El *actus reus* de un crimen puede ser un acto de comisión o un acto de omisión. Este principio se aplica a todos los actos de genocidio enumerados en el artículo II, incluido el asesinato”); una ecuación de acciones con omisiones con respecto a la comisión de los crímenes de guerra de asesinato, tortura, causar deliberadamente grandes sufrimientos, tratos inhumanos y tratos crueles también puede encontrarse en *Prosecutor vs. Delalić et al.*, No. 424, 494, 511, *Prosecutor v. Blašić*, No. ICTY-95-14-T, Sentencia (3 de marzo de 2000), párr. 154, 186, y *Prosecutor v. Kordić*, No. ICTY-95-14/2-T, Sentencia (26 de febrero de 2001), párr. 236; Olásolo, Héctor: *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, 2009, Bloomsbury Publishing, pp. 82 y ss.
- 120 Para una información básica, véase Wilson, William: *Criminal Law - Doctrine and Theory*, 6ª ed., Pearson, 2017, p. 84 (“La postura básica adoptada en el derecho penal es que se puede incurrir en responsabilidad penal por omisión de actos si, como cuestión de interpretación, la definición del crimen es coherente con esa responsabilidad y si el acusado está obligado a actuar”). Centrándose en la causalidad Sistare, Christine: *Responsibility and Criminal Liability*, Kluwer, 1989, p. 55 (“Asumimos que las omisiones, aunque a menudo difíciles de definir, son un tipo de conducta humana. Es sobre esta base que creemos que las omisiones son motivo de responsabilidad y causa de otros eventos. Porque, aunque las omisiones no suelen ser causales eficaces en el sentido de la producción mecánica, son eventos causales a través de los cuales los agentes se relacionan con el mundo. Por lo tanto,

elemento de causalidad esto significa que el estándar debe ser en ambos casos –acción y omisión– la fórmula de la *conditio sine qua non* que solo necesita ser convertida al test “de no ser por” en el caso de omisión¹²¹. Para compensar la falta de acción en los casos de omisión se requiere algo más y este “más” consiste en el deber de actuar del respectivo acusado, es decir, su posición como “garante” (*guarantor, Garant*) con respecto a los intereses protegidos¹²². En los casos de responsabilidad de mando el comandante es responsable de su falta de intervención *con respecto a los crímenes de sus subordinados* (por omisión)¹²³.

Es por esta última razón –la imputación directa de los crímenes de los subordinados al comandante– que los requisitos de la responsabilidad de mando, con inclusión en forma especial del ele-

la doctrina de la acción no excluye la responsabilidad por omisiones como lo haría por no eventos”). (Se omite nota al pie); véase también Paul, Laurie/ Hall, Ned: *Causation*, Oxford University Press, 2013, pp. 177 y ss.; Mitsch, Wolfgang, “§ 21 Das Unterlassungsdelikt”, en: Baumann/Weber *et al.* (2016): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (12ª ed.), párr. 11; Murmann, Uwe: *Grundkurs Strafrecht*, 5ª ed., C.H. Beck, § 29, 2019, párr. 3.

- 121 Ambos, *Treatise of ICL*, Vol. I, *supra* nota 70, p. 216 (“Si las omisiones no pueden mostrar la “energía causal” y por lo tanto hay que recurrir a un concepto normativo (en lugar de naturalista) de causalidad, esto no excluye, a modo de limbo, la aplicación de un concepto de causalidad en los casos de omisión. En efecto, como se explicó anteriormente, es perfectamente posible aplicar una *conditio sine qua non* invertida o el criterio “de no ser por”; de hecho, la Sala formuló tal criterio, pero pareció considerarlo inaplicable en estos casos”, nota en el original omitida); Kiss, *supra* nota 118, pp. 608, 634-635. Desde una perspectiva general de Derecho Penal, véase Fletcher, Basic Concepts, *supra* nota 118, p. 67 (“Si se siguen las implicaciones del criterio del “de no ser por”, no existe una diferencia importante entre el papel causal de los actos y de las omisiones”); Fletcher, Georg: *Rethinking Criminal Law*, OUP, 2000, pp. 371 y 372; Jefferson, Michael: *Criminal Law*, 12ª ed., Pearson, 2015, p. 73; Murmann, *supra* nota 120, § 29 para. 3.
- 122 Ambos, *Treatise of ICL*, Vol. I, *supra* nota 70, pp. 183-4 con la discusión de los deberes relevantes.
- 123 Boas *et al.*, *supra* nota 117, pp. 261 y ss., 277. 623, 636-637; Triffterer/Arnold, *supra* nota 70, párr. 8-9, 104 y ss.; Levine, James: “The Doctrine of Command Responsibility and Its Application to Superior Civilian Leadership: Does the International Criminal Court Have the Correct Standard?”, *Military Law Review* 193, 2007, pp. 52, 81; Nerlich, Volker (2007), *supra* nota 117, pp. 668, 670-671; Ambos, Kai: “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, pp. 159, 177-178.

mento de causalidad, deben ser interpretados estrictamente. Por decirlo de otra manera: Una imputación justa de los crímenes de los subordinados al comandante requiere más que un mero aumento del riesgo (o cualquier contribución en el sentido de las conclusiones de la TC arriba citadas), a saber, la prueba de que los crímenes no se habrían cometido si el comandante hubiera supervisado adecuadamente a sus subordinados (la causalidad “de no ser por”). Si, a pesar de los argumentos anteriores, se opta por el enfoque de riesgo, *el grado de riesgo* requerido tiene que ser definido. También en este caso la estructura de la responsabilidad de mando y las consideraciones generales de equidad exigen un enfoque estricto: no basta con cualquier riesgo o probabilidad de riesgo, sino que es muy probable que la falta de intervención haya dado lugar a los crímenes correspondientes¹²⁴.

3.3. El conocimiento (Mens rea)

El art. 24(d) transitorio del AL 1/17 exige un “conocimiento actual o actualizable” a la luz de la información de que dispone el comandante antes, durante o después, de la comisión de los crímenes de sus subordinados¹²⁵. En cambio, el art. 28 del ECPI establece que el conocimiento del comandante debe existir realmente (“sabía” (“*knew*”), art. 28(a)(i)) o podría haber existido, pero no lo hace por negligencia (“debió haber sabido” (“*should have known*”), *ibíd.*)¹²⁶.

124 En el mismo sentido, Opinión separada de la jueza Steiner, párr. 24; Kiss, *supra* nota 118, pp. 608, 636; Bundesgerichtshof (Tribunal Constitucional Alemán), Sentencia de 19 de abril de 2000, No. 3 StR 442/99, reimpresso en *NJW* 53 (2000), 2754, 2757; 2010, 1087, 1091; Decisión de 23 de mayo de 2000, N° 4 StR 157/00, *NZS* 20 (2000), 583; Frister, Helmut: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8ª ed., C.H. Beck, 2019, cap. 22, párr. 25; contra todo aumento del riesgo como suficiente también Meloni, *supra* nota 117, p. 178.

125 Cfr. el cuarto requisito (d) del art. 24 transitorio del AL 1/2017, citado *supra* en II.2.a).

126 Los tribunales *ad hoc* utilizan una redacción comparativa, estableciendo el estándar de “tenía razones para saber”, ver arts. 7 (3) del Estatuto del TPIY y 6 (3) del Estatuto del TPIR.

Mientras que el requisito de conocimiento positivo del ECPI corresponde al estándar de “conocimiento actual” del art. 24 d) transitorio, este no es el caso de la segunda alternativa. El criterio de “hubiera debido saber” de la CPI, que equivale a negligencia¹²⁷, es claramente más estricto que el criterio de conocimiento “actualizable” del art. 24 d) transitorio, el cual parece referirse al conocimiento de crímenes ya cometidos y, por lo tanto, implica un conocimiento directo¹²⁸. El “conocimiento”, sin embargo, significa conciencia, como se desprende de la terminología jurídica más sencilla¹²⁹, y es “un estado mental en el que una persona no tiene ninguna duda sustancial sobre la existencia de un hecho”¹³⁰. Así, una persona que sabe/está consciente de ciertas circunstancias, es decir, que los crímenes han sido cometidos por los subordinados, puede estar segura de estas circunstancias o, en otras palabras, debe estar “convencida” de que estas circunstancias han ocurrido. En conclusión, se trata de un umbral alto que no debe confundirse con nada

127 Sentencia del juicio de Bemba, párr. 192; Cfr. también el caso Bemba, Fiscal de la CPI, Versión Pública Redactada de la “Versión Corregida de la ‘Respuesta de la Fiscalía al Documento del Apelante en Apoyo de la Apelación’”, 19 de enero de 2017 (presentada originalmente el 21 de noviembre de 2016), ICC-01/05-01/08-3472-Conf, ICC-01/05-01/08-3472-Corr-Red 1/199 RH A, 19 de enero de 2017, párr. 178-94. Véase también Triffterer/Arnold, *supra* nota 70, párr. 114; Nerlich, *supra* nota 117, p. 674; Triffterer, *supra* nota 117, p. 199, 200 (“negligencia por falta de conocimiento”); Mettreux, *supra* nota 117, p. 210; Cryer *et al*, *supra* nota 70, p. 373; O’Keefe, *supra* nota 70, p. 206; Schabas, *supra* nota 70, p. 616-7; Werle/Jelßberger, *supra* nota 70, p. 623; Cassese/Gaeta, *et al.*, *supra* nota 70, 190.

128 Cfr. Pappier, *supra* nota 20.

129 Garner, Bryan: *Black’s Law Dictionary*, 10^a ed., 2014, pp. 1003-4: “Knowing: Having or showing awareness”, “Knowledge: An awareness or understanding of a fact or circumstance”; *Oxford Dictionaries*, “Knowledge: Facts, information, and skills acquired through experience or education; the theoretical or practical understanding of a subject: [...] Awareness or familiarity gained by experience of a fact or situation”, disponible en: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/knowledge> (última entrada 25 de enero de 2020, énfasis añadido); *Merriam Webster*, “Legal Definition of knowledge: awareness or understanding especially of an act, a fact, or the truth”, en <https://www.merriam-webster.com/dictionary/knowledge#legalDictionary> (última entrada 25 de enero de 2020).

130 Garner (2014), *supra* nota 130, p. 1003. Véase también *Merriam Webster*, “Definition of certain: [...] conocido o probado como verdadero”, disponible en: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/certain> (consultado por última vez el 12 de diciembre de 2019).

por debajo del conocimiento real o la “certeza virtual”¹³¹. De lo contrario, la delimitación entre el conocimiento y el estándar inferior del “hubiera debido saber” se vuelve borrosa. Esto también explica por qué el estándar de negligencia del art. 28 del ECPI solo requiere pruebas de conocimiento constructivo que se interpreten a partir de información e indicios que no bastarían para afirmar el conocimiento directo del superior¹³². El art. 24 d) transitorio, al utilizar el término conocimiento “actualizable”, difumina la línea entre estos dos estándares.

Por otro lado, el conocimiento “actualizable” en el art. 24 d) transitorio puede referirse al deber activo del comandante de adoptar las medidas necesarias para garantizar el conocimiento de la conducta de sus tropas e indagar, independientemente de la disponibilidad de información en ese momento, sobre la comisión del crimen¹³³. Esto parece estar respaldado por el texto adicional del art. 24 d) transitorio, en el que se especifica que todo conocimiento –actual o actualizable– debe “basarse en la información de que disponga [el comandante] antes, durante o después, de la comisión de la conducta respectiva”. Esto recuerda el lenguaje estándar del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY) según el cual se requiere que un comandante tenga información “disponible” que le habría puesto al tanto de los crímenes¹³⁴. Sin embargo,

131 Cfr. Lubanga, ICC-01/04-01/06-3121-Red, AC, 1 de diciembre de 2014, párr. 1. 447 (“certeza virtual” con respecto a los acontecimientos futuros).

132 Cfr. Meloni, *supra* nota 118, p. 181; Kiss, *supra* nota 119, pp. 608-48, en p. 641; Cryer *et al.*, *supra* nota 70, p. 373; también Ambos, *Treatise of ICL*, *supra* nota 70, p. 221.

133 Decisión de confirmación de Bemba, párr. 433.

134 *Prosecutor v. Delalić et al.* (Čelebići Camp), Sentencia de juicio, IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, párr. 241 (“solo si dispone de información que le permita conocer los crímenes cometidos por sus subordinados”), párr. 241. 383 (“[...] un superior puede poseer el *mens rea* necesario para incurrir en responsabilidad penal cuando [...] tuviera en su poder información de una naturaleza que, al menos, le pusiera sobre aviso del riesgo de tales crímenes”). Este estándar de “tiene motivos para saber” fue confirmado en la Sentencia de Apelación del caso Blaškić, IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, párr. 62, 67. Ver también *Prosecutor v. Delalić et al.* (Čelebići Camp), Sentencia de apelación, IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, párr. 241 (“un superior será penalmente responsable [...] solo si dispone de información

en la Sentencia de Apelación en el caso Blaškić, la Sala sostuvo que un estándar más allá de esto, que obligara al superior a mantenerse constantemente informado de las acciones de sus subordinados¹³⁵, es inconsistente con la jurisprudencia del TPIY¹³⁶. Así, la Sala afirmó que un superior no es responsable por la “negligencia de un deber de adquirir [...] conocimiento”¹³⁷. Dado que el estándar del TPIY “tenía razones para saber” (consagrado en el art. 7(3) del Estatuto del TPIY) se considera sustancialmente igual a la norma del “debería haber sabido” de la CPI (de conformidad con el art. 28 del ECPI)¹³⁸ o incluso menos estricta que esta última¹³⁹, el requisito de información “disponible” no sirve como una base sólida para el conocimiento “actualizable” adicional requerido en el art. 24(d) transitorio del AL 1/17.

que le permita conocer los crímenes cometidos por sus subordinados”). En el mismo sentido, Pappier, *supra* nota 20.

- 135 Este criterio había sido establecido previamente por el TPIY en Blaškić, Sentencia de Juicio, IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, párr. 3. 329 (“mantenerse constantemente informado de la forma en que sus subordinados llevan a cabo las tareas que les han sido encomendadas”).
- 136 *Prosecutor v. Blaškić*, Sentencia de apelación, IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, párr. 329 (“La interpretación de la norma que hace el fallo de primera instancia no es coherente con la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones a este respecto y debe corregirse en consecuencia”).
- 137 *Ibid.*, párr. 62.
- 138 Cfr. Ambos, *Treatise of ICL*, *supra* nota 70, pp. 221-7; Nerlich, *supra* nota 117, p. 674 (“Se ha argumentado de manera persuasiva que el estándar de ‘tenía razones para saber’ desarrollado por el TPIY es el mismo que el estándar de ‘debería haber sabido’ para los comandantes militares bajo el art. 28 a) i) del ECPI”); Werle/Jeßberger, *supra* nota 70, p. 623 (“weitgehende sachliche Übereinstimmung”). Para un enfoque diferenciado véase Schabas, *supra* nota 70, p. 616 y Triffterer/Arnold, *supra* nota 70, párr. 116, dejando esta cuestión abierta (“La cuestión, por lo tanto, sigue abierta en cuanto a si, en última instancia, los dos estándares deben interpretarse realmente de manera diferente”).
- 139 Weigend, *supra* nota 117, p. 78 (en la que se afirma que el art. 28(a)(i) del ECPI utiliza una formulación que “es aún más estricta que [...] la jurisprudencia del TPIY al no requerir que hubiera información específica disponible para el comandante pero descuidada por él”); O’Keefe, *supra* nota 70, pp. 205-6; Cassese/Gaeta *et al.*, *supra* nota 70, p. 190 (“El ECPI emplea un estándar más bajo de ‘debería haber sabido’ para establecer el conocimiento constructivo”).

En resumen, e independientemente de esta última interpretación, la norma colombiana es claramente más estrecha que la norma de negligencia de la CPI y, por lo tanto, más generosa para los comandantes de la fuerza pública. En este sentido, la fiscalía de la CPI tiene razón si describe esta definición como “ambigua y posiblemente más restrictiva” que la norma establecida en el ECPI¹⁴⁰.

4. OBSERVACIONES FINALES

Las disposiciones sobre la responsabilidad de mando contenidas en el Acuerdo Final de Paz, el AL 01/2017 y la Ley Estatutaria de la JEP cambiaron el panorama legal en Colombia: Por primera vez, la fuerza pública colombiana y los superiores de las FARC-EP pueden ser considerados penalmente responsables por crímenes internacionales relacionados con el conflicto armado que fueron cometidos por sus subordinados sobre la base de la responsabilidad de mando. De esta manera, Colombia da un paso decisivo en la resolución de las lagunas que existían anteriormente en la legislación nacional en lo que respecta al tratamiento de la responsabilidad penal de los mandos militares.

No obstante, estos avances positivos vienen acompañados de advertencias. El desarrollo progresivo sufrió varios reveses, particularmente debido al discurso político y las luchas internas que se desarrollaron en torno a las negociaciones de paz. En particular, se han eliminado todas las referencias al derecho internacional de las disposiciones relativas a la responsabilidad de mando de la fuerza pública colombiana. Además, se ha modificado la definición de responsabilidad de mando, estableciendo requisitos adicionales y restringiendo así de forma significativa el ámbito de aplicación de la definición para la fuerza pública. Ninguno de estos cambios afecta al tratamiento de los superiores de las FARC-EP, lo que provoca un preocupante desequilibrio en materia de la responsabilidad de mando.

140 Véase el informe del *amicus curiae* de la Fiscalía de la CPI, *supra* nota 68, párrafo 28.

Estas modificaciones también conducen a un enfoque más restrictivo de la responsabilidad de mando en comparación con las normas internacionales, especialmente el art. 28 del ECPI. La fiscal de la CPI ha expresado de forma reiterada su preocupación al respecto y no se puede negar que el tratamiento privilegiado a la fuerza pública por parte del AL 01/2017 suscita serias preocupaciones. Esto se vuelve particularmente relevante a la luz del principio de complementariedad de la CPI, como consecuencia del cual la desviación de Colombia de la norma consagrada en el art. 28 del ECPI puede ser interpretada como un signo de “falta de voluntad” para investigar o procesar crímenes internacionales cometidos por la fuerza pública. Por lo tanto, los próximos pasos de la fiscalía dependerán de si la JEP aplica, con respecto a la fuerza pública, la definición restrictiva de responsabilidad de mando (como se establece en el AL 01/2017) o la interpreta de acuerdo con las normas internacionales y, en particular, con base en el art. 28 del ECPI. Por lo tanto, es justo decir que el tratamiento de la responsabilidad de mando por parte de la JEP será un factor trascendental, si no el decisivo, que influirá en los esfuerzos de Colombia para juzgar a los autores de crímenes cometidos por los más responsables. Dada la integración de la JEP en un proyecto más amplio de justicia transicional, las perspectivas de que Colombia logre una paz justa dependen en gran medida del cumplimiento de ese objetivo.

SEGUNDA PARTE

REFLEXIONES COYUNTURALES

Paz: hacer de la necesidad una virtud.

Amnistía y narcotráfico.

Amnistía y “habeas corpus”.

El Código Procesal de la JEP.

La responsabilidad del Comité de Escogencia.

La absolución de Jean Pierre Bemba y la responsabilidad del Superior.

El ataque a la verdad y la memoria (histórica).

Tratamiento diferenciado agravado.

Magistrados de segunda categoría y prueba tasada

Amnistía, reconciliación y derecho internacional.

Colombia: ¿Será el momento de la Fiscalía de la CPI para actuar? (con Susann Aboueldahab).

¿Qué responsabilidad tienen los gobiernos que venden armas en los crímenes de guerra?

El asesinato de Soleimani como prueba de fuego para el derecho internacional.

El terrorista como “peligroso en potencia”

PAZ: HACER DE LA NECESIDAD UNA VIRTUD*

El No del pasado domingo ha generado una gran convulsión en Colombia y en el mundo. Aunque la comunidad internacional no logra comprender la decisión tomada, es cierto, independientemente de las razones por el No, que no se puede lograr una paz duradera y sostenible si la mitad de los colombianos no está plenamente satisfecha con lo acordado. Lo peor que puede pasar ahora es que se prolongue la incertidumbre que deja el resultado de la refrendación plebiscitaria y se ponga en peligro el efectivo cese del fuego y la disposición de las FARC-EP para usar las palabras como único medio para hacer política. Ante esta situación, las propuestas que llevan a trámites complejos y demorados –una asamblea constituyente o un debate parlamentario de los acuerdos– no son recomendables.

Tampoco es responsable extender las discusiones sobre el acuerdo de paz y vincularlas como objeto de las campañas para las elecciones presidenciales de 2018. Más bien se debe comenzar –ya– donde terminaron las partes del acuerdo –el Gobierno y las FARC-EP– y reabrir las negociaciones en La Habana con la participación más amplia posible de los voceros del No. Tal vez sería incluso posible convocar al ELN a participar en las negociaciones. Así se lograría hacer de la necesidad una virtud y se podría, si todas las partes muestran suficiente madurez política, llegar a un pacto nacional de paz del cual tantos hablan ahora.

En el fondo, lo que se tiene que poner sobre la mesa de renegociación son las cuestiones que han generado más críticas y que se vinculan básicamente a los subacuerdos sobre participación política

* Publicado inicialmente el 5 de octubre de 2016 en El Espectador.

y justicia. Si uno lee detenidamente las 297 páginas del acuerdo final –algo que pocos al parecer han hecho– se encontrará una serie de temas que vale la pena reconsiderar.

Aquí puedo solamente mencionar algunos sin pretensión de ser exhaustivo y, mucho menos, de presentar posiciones definitivas. ¿Es justo que no haya inhabilitación política en caso de condenas por crímenes internacionales (recuérdese que el Art. trans. 67 de la Constitución, introducido por el Marco Jurídico para la Paz, por lo menos prevé eso en caso de crímenes de lesa humanidad y genocidio)? ¿Es adecuado que se garanticen a las FARC-EP en total diez curules en el Congreso sin que ellas ganen las elecciones? ¿Es correcta una concepción del delito político conexo que posiblemente abarque el narcotráfico a pesar de que es el delito por excelencia cometido con fines de lucro? ¿Es necesario conceptualizar la Jurisdicción Especial para la Paz como una jurisdicción especial y excluyente que incluso permitiría revisar sentencias firmes de la justicia ordinaria colombiana? ¿Es compatible con el derecho penal internacional que la responsabilidad del mando requiera conocimiento positivo del superior de los crímenes cometidos por sus subordinados (recuérdese que según el estándar internacional basta una forma de negligencia consciente)? ¿Es convincente el concepto de tratamiento diferenciado para los agentes públicos si en efecto esto implica una renuncia a la persecución penal y así opera últimamente como la amnistía que se pretende conceder solamente a las FARC-EP?

Evidentemente no se trata de “reinventar la rueda” y renegociar todo. No sólo por razones de tiempo, sino también porque se debe reconocer que el acuerdo final es un documento impresionante y, desde una perspectiva comparada, ciertamente único. Además, hay una rica experiencia de justicia excepcional (transicional) en el país; especialmente la Ley de Justicia y Paz, promovida por el vocero más importante del No, y el Marco Jurídico para la Paz establecen un estándar mínimo que el (nuevo) acuerdo no debe ignorar.

AMNISTÍA Y NARCOTRÁFICO*

Resulta llamativo que el término “narcotráfico” no haya sido incluido en el texto de la Ley de amnistía (Ley 1820 de 2016). ¿Pueden entonces delitos de narcotráfico ser amnistiados? El punto de partida para responder a esta pregunta compleja son los artículos 8 y 23, los cuales definen el delito político y sus delitos conexos en concordancia con los puntos 38 a 41 del capítulo sobre Justicia del Acuerdo Final de Paz (versión del 24 de noviembre de 2016). Obviamente, el narcotráfico no califica como delito político pues no se dirige, como exige el segundo párrafo del Art. 8, contra “el Estado y su régimen constitucional vigente” como sujeto pasivo de la conducta, ni tampoco es, como tal, ejecutado “sin ánimo de lucro”. Pero ¿podría ser considerado el narcotráfico como delito conexo cuando se ha incurrido en dicha actividad con el objetivo de financiar la rebelión contra el Estado?

El Art. 8, tercer y cuarto párrafo, define como delitos conexos tanto las “conductas relacionadas específicamente con el desarrollo de la rebelión”, las cuales deben ser cometidas “con ocasión del conflicto armado”, como (“así como”) “las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar” la rebelión. En los dos casos se debe tratar de delitos comunes cometidos “sin ánimo de lucro personal, en beneficio propio o de un tercero” (cursivas mías). Esta definición se reitera de una manera más concreta en el Art. 23, el cual excluye como delitos conexos amnistiables los crímenes internacionales “de conformidad con [...] el Estatuto de Roma” y los delitos comunes sin relación con la rebelión o “cuya motivación haya sido

* Publicado inicialmente el 21 de enero de 2017 en El Espectador.

obtener beneficio personal, propio o de un tercero”, es decir, como se dijo antes, cometidos con fines de lucro personal.

Además, este mismo artículo dice, al final, que se pueden considerar como delitos conexos “aquellas conductas que hayan sido calificadas de manera autónoma como delitos comunes, siempre y cuando estas se hayan cometido en función del delito político y de la rebelión”. En resumidas cuentas, esto quiere decir que un delito común cometido para financiar la rebelión, es decir con fines de lucro, pero no personal, puede considerarse como delito conexo al delito político. El adjetivo personal es clave aquí, pues convierte al narcotráfico, el cual, por cierto, es un delito (común) típico de lucro, en un delito conexo siempre y cuando su objetivo no haya sido el enriquecimiento “personal de los rebeldes” (punto 39 del Acuerdo Final citado arriba).

El narcotráfico es un delito común pues, por un lado, no se encuentra en la lista de crímenes internacionales a la que ya se hizo alusión –lista que, por lo demás, no está totalmente en conformidad con el Estatuto de Roma– y, por otro lado, no constituye un crimen internacional sino un crimen transnacional. Conductas de narcotráfico cometidas por un grupo rebelde como las Farc durante un conflicto armado también están relacionadas con este conflicto (supuesto (i)) y pueden bien haber estado “dirigidas” a “financiar” la rebelión (supuesto (ii)), en particular si el respectivo grupo no tenía otras fuentes de financiación, como la ayuda proveniente de países extranjeros (así ocurrió durante la guerra fría cuando los EE.UU. o la Unión Soviética financiaron grupos de este tipo).

La pregunta es entonces si es posible sostener que estas conductas han sido cometidas sin fines de lucro personal, adjetivo que, como se dijo antes, hace la distinción entre delito común no amniable y delito conexo amniable. De todos modos, la posibilidad de una comisión sin fines de lucro personal no se puede descartar de entrada; esto depende de cada caso concreto. Imaginémoslo

una situación en la cual el grupo respectivo usa todas las ganancias del narcotráfico para comprar armas y otros equipamientos para sus tropas. En este caso, el grupo podría haber incurrido en este delito exclusivamente para financiar la rebelión. En últimas, se trata de una cuestión fáctica y probatoria donde puede ser decisiva la distribución de la carga de la prueba.

Este es tan solo un ejemplo (aunque tal vez uno de los más polémicos) de las dificultades que pueden surgir con la aplicación de la ley de amnistía. El alcance de estas normas dependerá de la interpretación que les den los jueces de la Sala de Amnistía e Indulto y de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas que se crearán como parte de la Jurisdicción Especial para la Paz. En el caso específico del narcotráfico serán los jueces de la Sala de Amnistía e Indulto los encargados de determinar “la conexidad con el delito político caso a caso”. Ojalá los jueces sean aptos para asumir esta tarea.

AMNISTÍA Y “HABEAS CORPUS”*

El 2 de mayo del presente año se emitió el Decreto 700 como segundo decreto para implementar la ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, sobre amnistía e indulto. Mediante este decreto se estableció que el recurso de habeas corpus es procedente para exigir la libertad condicional prevista en la Ley 1820 y en su primer decreto reglamentario, el 277 de 2017. A pesar de que el decreto 700 ha recibido poca atención, vale la pena mirarlo detenidamente.

Desde el punto de vista de la eficiencia y celeridad del sistema procesal penal colombiano, este decreto puede generar problemas, pues declara aplicable la jurisprudencia de la Corte Constitucional con respecto al habeas corpus en caso de omisión o dilación injustificada en el trámite de las solicitudes de libertad condicional.

Este beneficio procede en el contexto de la nueva Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) al menos en tres casos: (i) para miembros de las Farc privados de la libertad, frente a los cuales procede la amnistía de iure (primer párrafo del art. 35, Ley 1820); (ii) para miembros de las Farc frente a los cuales no procede la amnistía de iure, siempre que hayan cumplido al menos cinco años de privación de la libertad, condenados o no (parágrafo del art. 35, Ley 1820, y art. 11 y 12, decreto 277); (iii) para personas privadas de la libertad por conductas desplegadas en contextos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos (cuarto párrafo del art. 37, Ley 1820 y art. 15, decreto 277).

En todos estos casos se debe conceder la libertad condicional en un plazo máximo de diez días, siempre que se cumpla con los

* Publicado inicialmente el 15 de mayo de 2017 en El Espectador.

demás requisitos, como por ejemplo la suscripción de la respectiva acta de compromiso (art. 14, decreto 277). A modo de ejemplo: el trámite previsto en el art. 11 (a) del decreto 277 para integrantes de las Farc procesados por delitos no amnistiabiles que han cumplido al menos cinco años de privación de la libertad, debe agotarse dentro de diez días. Dicho proceso supone que el fiscal a quien se hace la solicitud debe verificar si existen otros procesos penales en contra del miembro de las Farc que ha solicitado la libertad condicional, pues, de ser así, dicho fiscal asumirá la competencia sobre esos otros procesos.

También es necesario realizar una audiencia ante un juez de control de garantías en la que se debe discutir la conexidad. Si las autoridades competentes para adelantar este trámite no cumplen con el plazo máximo de diez días, los miembros de las Farc pueden invocar su derecho al habeas corpus ante cualquier juez ordinario de Colombia (art. 30, Constitución Política, y art. 2, Ley 1095 de 2006).

Con este nuevo decreto, el Gobierno colombiano quiere “garantizar la primacía del derecho a la libertad individual frente a eventuales omisiones o dilaciones injustificadas”. Sin embargo, la medida es cuestionable por varias razones.

Primero, el plazo de diez días parece demasiado exigente, hasta poco realista, si se tiene en cuenta la situación de la administración de justicia en Colombia, especialmente la penal, así como la magnitud del proceso de desarme y desmovilización de un grupo como las Farc. De hecho, un plazo tan corto ya sería difícil de cumplir en circunstancias normales de un sistema judicial (incluso en países con una administración de justicia más eficiente, como ocurre, por ejemplo, en Alemania). En consecuencia, el Decreto 700 genera más trabajo para los jueces colombianos, que ya sufren de sobrecarga y todavía no han podido familiarizarse del todo con el nuevo y complejo sistema de la JEP. Si, además, se tiene en cuenta que

según el art. 9 de la Ley 1095 de 2006 las autoridades encargadas de un proceso penal frente al cual ha procedido el habeas corpus quedan expuestas a una investigación de carácter penal, la medida parece algo exagerada.

Segundo, no es del todo comparable la situación del proceso penal común con un proceso especial basado en los principios de la justicia de transición. En particular, en el marco de la JEP se otorga el beneficio de la libertad condicional con base en una mera declaración de compromiso (acta de compromiso anexa al Decreto 277). Si no se verifica cuidadosamente si la persona beneficiada cumple los requisitos para disfrutar de la libertad condicional, después será difícil revertir la decisión. Claro, por esto se da solamente la libertad condicional, pero de todos modos la persona estará en libertad y seguramente no se entregaría de nuevo a las autoridades estatales si eventualmente ésta se llega a revocar, por ejemplo, porque la persona se niega a cumplir los requerimientos del Tribunal para la Paz relacionados con la reparación de las víctimas o porque no comparece ante la Comisión de la Verdad (último párrafo art. 35, Ley 1820).

En resumen, con este decreto, el Gobierno parece más papista que el papa. Tal vez sería mejor emitir menos normas para no complicar aún más el sistema de la JEP y más bien invertir en la socialización de lo que ya existe y en el fortalecimiento de las instituciones que deben hacerse cargo de su implementación.

EL CÓDIGO PROCESAL DE LA JEP*

Cuando los magistrados de la JEP sean finalmente nombrados por el Comité de Escogencia –ojalá a más tardar en noviembre de este año– tienen como primera tarea aprobar sus normas procesales y reglamentos internos (cfr. Art. transitorio 12 Acto Legislativo 01 de 2017 y Art. 67, 68 del Proyecto de la Ley Estatutaria). Las normas procesales, una vez aprobadas, tienen que ser “presentadas por el Gobierno Nacional al Congreso de la República ...” (Art. transitorio 12 y Art. 68 Proyecto). Naturalmente, estas normas tienen que cumplir con los estándares internacionales relativos al debido proceso y los principios y reglas derivados del mismo. Más concretamente, así se asegurará la mayor publicidad, intermediación, concentración y todas las garantías procesales en las que se cimenta una justicia independiente e imparcial. En consecuencia, las normas procesales serán el verdadero “Código Procesal” de la JEP.

Para acelerar el trámite de aprobación de estas normas es preciso preparar unos borradores consolidados por expertos en derecho procesal penal nacional e internacional, sobre todo un borrador del Código Procesal como la norma fundamental. En la práctica internacional más reciente tal borrador se ha preparado por los “legal officers” de los Tribunales –un tipo de magistrados auxiliares–, dirigidos por la Presidencia del respectivo Tribunal. Como no existe todavía un presidente o una presidenta de la JEP la tarea tendría que ser coordinada por la Secretaría de la JEP, tal vez en cooperación con ONG como la ICTJ u otras que, a su vez, podrían formar un equipo de expertos que preparen este borrador. Aun así –teniendo

* Publicado inicialmente el 8 de junio de 2017 en El Espectador.

este borrador en el momento del nombramiento de los magistrados– no es muy realista esperar que los magistrados lo aprueben este año (y mucho menos teniendo en cuenta las vacaciones colectivas de navidad).

En el Tribunal Especial para Kosovo nos hemos demorado aproximadamente tres meses para aprobar las “Reglas de Procedimiento y Prueba”, siendo esto bastante rápido. En otras palabras, el escenario más realista para la JEP es que las normas procesales sean aprobadas no antes de mediados de 2018, incluyendo un par de meses para la discusión interna de los magistrados –cuyo número será mucho mayor a los de tribunales penales internacionales o mixtos– y para el respectivo debate en el Congreso (¡sin fast track!). En consecuencia, es muy probable que el momento en el que entre a operar de forma plena la JEP (incluyendo los temas más prácticos como su sede, el proceso de reclutamiento de personal, etc.) va a coincidir con las elecciones presidenciales de mayo de 2018 o, incluso, la JEP solamente será operativa después de las mismas.

LA RESPONSABILIDAD DEL COMITÉ DE ESCOGENCIA*

Frente a la actual discusión sobre el sistema de corrupción en las altas esferas de la justicia colombiana, siendo el caso del exfiscal “anticorrupción” (¡sic!) Gustavo Moreno el más visible y patético, por lo menos desde una perspectiva extranjera, la importancia del proceso de selección de los magistrados para la JEP y así también el papel del Comité de Escogencia no puede ser sobreestimados.

Afortunadamente, hasta ahora, la transparencia del proceso – manifiesta en el cumplimiento de un estricto cronograma publicado en la página web del Comité– es ejemplar y la composición del Comité y su independencia justifican la esperanza de que realmente los mejores juristas entre los postulados serán elegidos y nombrados en algunas semanas.

Si bien los criterios para la selección de los juristas extranjeros (como los llamados *amici curiae*) parecen ser demasiado orientados a requisitos para juristas nacionales (exigiendo la producción de documentos, por ejemplo, de certificados de docencia, que no son comunes en países como Alemania o Inglaterra), se puede tener confianza en que los funcionarios del Comité o los propios comisionados tienen la suficiente experiencia internacional para poder evaluar adecuadamente la calidad de los postulados internacionales.

De todos modos, lo que importa aquí, en el contexto del futuro de la justicia en Colombia en general, es que la responsabilidad del Comité – y de la ya operativa Secretaría de la JEP – va mucho más allá de la selección de los mejores candidatos para el Tribunal de Paz y las diferentes Salas.

* Publicado inicialmente el 14 de septiembre de 2017 en El Espectador.

De hecho, aquí se trata del establecimiento de un sistema de justicia autónomo y paralelo que podría, si funciona bien, representar una verdadera alternativa seria y no corrupta al sistema de la justicia ordinaria actual. Esperemos entonces que el Comité y la JEP en general se pueda salvar de la llamada mermelada que tanto daño ha hecho al poder judicial.

LA ABSOLUCIÓN DE JEAN PIERRE BEMBA Y LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR*

El 21 de marzo de 2016, una Sala de primera instancia de la Corte Penal Internacional (CPI) condenó al político congoleño Jean Pierre Bemba por la comisión de crímenes de guerra (asesinato, violación y saqueo) y crímenes de lesa humanidad (asesinato y violación) realizados por sus tropas en la República Centroafricana en los años 2002 y 2003, invocando la figura de responsabilidad del superior. En virtud de esta forma de imputación, contemplada en el artículo 28 del Estatuto de Roma de la CPI, un superior militar o civil puede responder por los actos de sus subordinados, cuando no haya ejercido un control efectivo sobre los mismos, habiendo conocido o debido conocer los hechos criminales y no haya tomado las medidas necesarias y razonables para prevenirlos o reprimirlos.

Esta figura de imputación tiene especial relevancia en Colombia, pues fue incluida en varios puntos del Acuerdo Final de Paz, en el artículo 24 del Acto Legislativo de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y en los artículos 67 y 68 de la Ley Estatutaria de la JEP, los cuales están siendo revisados en este momento por la Corte Constitucional. Estas normas no se limitaron a contemplar la figura, sino que el Acto Legislativo estableció los eventos en los que se considera que existe mando y control efectivo del superior militar o policial y la Ley Estatutaria señaló cuándo existe control efectivo por parte de los mandos de las FARC-EP. El caso Bemba es por ello de especial interés en la delimitación de la figura de la responsabilidad del superior ante la JEP en Colombia.

* Publicado inicialmente el 15 de junio de 2018 en Semana.

Hace algunos días, el 8 de junio, Bemba fue absuelto por la Sala de Apelaciones de la CPI. La votación de los magistrados fue muy ajustada: tres de ellos (Morrison del Reino Unido, van den Wyngaert de Bélgica y el actual presidente de la CPI Eboe-Osuji de Nigeria) no querían confirmar la condena a 18 años de prisión emitida por la Sala de Primera Instancia, mientras que dos (Hofmanski de Polonia y Monageng de Botswana) sí querían mantenerla. La sentencia contiene 80 páginas. Como apéndice de la sentencia se pueden encontrar dos votos separados de la mayoría (uno de van den Wyngaert/Morrison y otro de Eboe-Osuji, publicado posteriormente el 15 de junio) así como el salvamento de voto – que apoya la sentencia de primera instancia – de los otros dos magistrados de la minoría.

Ahora bien, ¿en qué se funda la revocatoria de la sentencia de primera instancia? La opinión de la mayoría se basa por una parte en consideraciones procesales probatorias con respeto a la precisión de las imputaciones y por la otra en una interpretación restrictiva de la responsabilidad del superior con respecto a las medidas de prevención y represión (en adelante: contramedidas) que deben adoptarse por el comandante frente a los delitos de sus subordinados. Como solamente este último tema es de interés para Colombia nos limitaremos a continuación a ello.

Si bien por primera vez la CPI abordó la figura de la responsabilidad del superior, al contrario de la expectativa generalizada (sobre todo de sectores militares y de la OTAN), la Sala de Apelaciones no dio una interpretación completa ni definitiva al respecto. La Sala examinó la responsabilidad de Bemba con respecto a 26 hechos cometidos por sus subordinados (un asesinato, veinte violaciones y cinco saqueos) que considera debidamente probados. Considera que el principal problema de su responsabilidad como superior es la valoración de las medidas adoptadas por Bemba.

En resumen, la mayoría de los jueces las considera necesarias y razonables – en contra de la decisión de primera instancia y de la

opinión minoritaria –. De hecho, tomando esta postura, la mayoría aboga por exigencias realistas a un superior: Bemba estaba alejado remotamente del lugar de los hechos (“remote commander”); no había tenido un control sólido sobre sus tropas, porque habían actuado sobre territorio extranjero y como parte de una fuerza armada extranjera; y no había podido vigilar la ejecución de las medidas de control, por lo que no se le puede atribuir una deficiente ejecución a su cargo.

En consecuencia, se puede concluir de modo general, más allá de las circunstancias concretas del caso, que no puede serle exigido a un superior lo imposible, ni tampoco cualquier tipo de contramedidas imaginables. Más bien deben determinarse las contramedidas viables y esperables *ex ante* con respecto a los delitos concretos constatados y a las circunstancias operativas. La carga de la prueba frente a ello se encuentra en la Sala de Juicio e implica aplicar un criterio de diligencia razonable (“reasonable diligent”) respecto de la actuación del comandante. Contramedidas, que para una “ola delincencial” parecen insuficientes, pueden ser suficientes con respecto a delitos determinados.

Las motivaciones para la realización de determinadas contramedidas pueden indudablemente dar información sobre la actuación de buena (o mala) fe del comandante, pero su intención de mejorar la reputación de sus tropas no hace una contramedida *per se* menos necesaria o razonable. Concretamente, la mayoría de la Sala constató siete fallas de la Sala de Juicio con respecto a la evaluación de las contramedidas.

Al leer detalladamente estas observaciones y añadir las consideraciones *obiter* realizadas por los magistrados Morrison y van den Wyngaert en su opinión separada, se evidencia, que el llamado de la defensa hacia una comprensión realista de la responsabilidad del superior teniendo en cuenta las circunstancias operativas concretas, ha sido aceptado – al menos por la mayoría de la Sala de Apela-

ciones –. En las opiniones de los magistrados también se encuentra una observación adicional sobre la responsabilidad del superior, concretamente sobre el requisito del control efectivo del superior: solo puede ejercerlo, en sentido estricto, un comandante sobre soldados bajo su dependencia directa (“immediate command”) y el superior a lo sumo puede ser responsable solamente por causa de su falta de supervisión.

También se hace referencia al discutible requisito de causalidad entre la falta de supervisión del superior y los delitos de los subordinados, rechazado por la mayoría, pero respaldado en el salvamento de voto. De todos modos, estas observaciones adicionales, fuera de la propia sentencia, tienen solo un significado académico, pues representan un mero *obiter* y en ellas no existe un consenso entre los magistrados.

La absolución de Bemba ha tenido un impacto fuerte e inmediato, incluso dentro de la propia Corte. El 13 de junio, la Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, publicó un comunicado criticándola y en particular a los jueces de la mayoría. Esta reacción *ex post facto* ha generado gran sorpresa y hasta rechazo en los círculos de la justicia penal internacional. De hecho, el propio Presidente de la Corte, el magistrado Eboe-Osuji, publicó un comunicado un día después recordando que “todas las sentencias y decisiones de los magistrados de la Corte son tomadas con base en el principio fundamental de la independencia judicial”, cumpliendo sus deberes “honorable, fiel, imparcial y concienzudamente” y se espera que las partes, inclusive la Fiscalía, también respeten estos principios.

Lamentablemente, no es la primera vez que la Fiscal de la Corte sale de su función propiamente investigativa y acusatoria, haciendo política judicial vía declaraciones públicas. De hecho, precisamente en relación con Colombia, Bensouda envió el 18 de octubre de 2017 una comunicación a la Corte Constitucional señalando que “La definición de responsabilidad del mando incluida en el Acto Legislativo 01 se aparta del derecho internacional consuetudinario”.

Concretamente cuestionó que el Acto legislativo exija tres requisitos para la responsabilidad del superior que no están contemplados en el Estatuto de Roma: el control de la conducta criminal, la comisión de los crímenes dentro del área de responsabilidad del sujeto y la capacidad legal y material de emitir órdenes. Finalmente, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo criticado por Bensouda y, de hecho, ahora la mayoría de la Sala de Apelación confirma la posición de la CC. Confirma también algo que este autor ya ha dicho antes: la Fiscal no es la CPI y no habla en nombre de ella.

EL ATAQUE A LA VERDAD Y LA MEMORIA (HISTÓRICA)*

La reciente propuesta presentada por el Centro Democrático de agregar un Artículo transitorio 5A a la Constitución Política, impidiendo, en efecto, el acceso de la JEP, de la Comisión de Verdad y cualquier otro mecanismo del sistema de justicia transicional (JT) a informaciones confidenciales relacionadas con la seguridad nacional, constituye probablemente el ataque más frontal a un sistema de JT jamás visto en el mundo. ¿Les parece exagerada esta crítica? Lamentablemente no lo es, pues el eje central de cada sistema de JT es el establecimiento de la verdad histórica y, sobre esta base, la creación de la memoria histórica. Esta memoria histórica es importante para la sociedad (colombiana) en su conjunto y así igualmente para víctimas y victimarios, pues ambos grupos pertenecen y siguen viviendo en la sociedad.

Pero ¿cómo se puede lograr la verdad sin tener acceso a las informaciones confidenciales a que se refiere este proyecto? Además, si el impedimento de acceso ocurre en una forma tan amplia (“información, datos, documentos de carácter reservado, documentos de altísima sensibilidad, expedientes de carácter reservado, información sometida a reserva, o cualquiera otra operación relacionada con información estatal o documentos de cualquier índole, en donde se señale, indique, mencione, describa, o especifique información relacionada con la seguridad nacional ...”), apodíctica (“En ningún caso y bajo ninguna circunstancia...”) y autoritaria (“desconocimiento... constituirá falta gravísima... sancionada” disciplinariamente) alcanzando a todos los funcionarios públicos e incluso particulares que cumplen o cumplieron funciones públicas.

* Publicado inicialmente el 22 de agosto de 2018 en El Espectador.

De hecho, si este proyecto se convirtiera en norma constitucional, se terminaría el trabajo de la Comisión de la Verdad y también de la JEP en cuanto a verdad se refiere. Es más, se terminaría todo el –por cierto, muy complejo y ambicioso– sistema colombiano de JT. Tal vez este es el objetivo real de los congresistas ponentes. Pero entonces ¿por qué no decirlo? Así, por lo menos se podría tener una discusión más franca y transparente con y en toda la sociedad colombiana. Quiero entonces comenzar con la franqueza por mi parte: me llegó la información sobre este proyecto a través de instituciones internacionales trabajando en y sobre Colombia. Estas instituciones se preocupan por este tipo de iniciativas, pues temen retrocesos a un sistema de JT que los expertos internacionales consideran –con todos sus defectos y limitaciones– único.

TRATAMIENTO DIFERENCIADO AGRAVADO*

Como consecuencia del artículo 75 de la Ley 1922 del 27 de junio de 2018 (Reglas de procedimiento para la JEP), la cual prevé un procedimiento especial para las Fuerzas Armadas (FF. AA.) con respecto a crímenes cometidos en el conflicto, el Proyecto de Acto Legislativo 24 de 2018 (en adelante PAL) ahora propone la creación de “secciones especiales” dentro de la JEP.

Si bien los ponentes del proyecto (entre ellos el expresidente Uribe) quieren fortalecer la posición de los posibles responsables de crímenes no amniables pertenecientes a las FF. AA. –considerando que estos “han combatido en nombre y a favor del Estado legítimo”, mientras las Farc son una mera “organización criminal, con propósitos criminales” (Exposición de Motivos [EdM], p. 11)–, en realidad esta propuesta no será de mucha ayuda para ellos. No puedo detenerme en este lugar en los múltiples problemas de este proyecto frente al sistema constitucional colombiano actual (especialmente, pero no exclusivamente, con respecto a la JEP) y frente a las obligaciones internacionales de Colombia (con respecto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Penal Internacional [CPI] e incluso frente a las obligaciones derivadas del derecho internacional humanitario). Aquí solamente quiero llamar la atención sobre el problema serio que crea este proyecto para los (supuestos) “beneficiados” a la luz del examen preliminar que lleva a cabo la Fiscalía de la CPI.

En esencia, el proyecto entra en conflicto con las obligaciones de Colombia derivadas del principio de complementariedad (princi-

* Publicado inicialmente el 5 de octubre de 2018 en El Espectador.

pio que rige la relación entre las jurisdicciones nacionales y la CPI), más específicamente las obligaciones derivadas del art. 17, inc. 2, literales a) y c) del Estatuto de Roma (ER). Por un lado, en cuanto al literal a), surge la pregunta de si la creación de una especie de jurisdicción paralela dentro de una jurisdicción especial ya existente (la JEP), exclusivamente para las FF. AA., no implica el “propósito de sustraer” a las personas beneficiadas “de su responsabilidad penal por crímenes” internacionales, teniendo en cuenta que esta jurisdicción contará con sus propios jueces, fiscales, etc., que en ella se permitirá la “defensa institucional” (art. 6), que tendría competencia prevalente sobre la JEP original (art. 9) y que la potestad de “órgano de cierre” con efecto de cosa juzgada la tendría uno de sus órganos (art. 3 –posición, dicho sea de paso, que va en contra de la sentencia C-674/17, punto 5.4.4., de la Corte Constitucional, según la cual ninguna instancia de la JEP puede sustraerse del control constitucional–).

Por otro lado, en cuanto al literal c) del art. 17, inc. 2, ER, surgen serias dudas con respecto a la independencia e imparcialidad de esta nueva “jurisdicción” y a la necesaria “intención de hacer comparecer” a los responsables “ante la justicia”. En ese sentido, ¿qué garantía de imparcialidad de los magistrados existe, si el presidente puede elegirlos y el Congreso (con una amplia representación de su partido) los puede refrendar con mayoría simple? De hecho, la nueva jurisdicción se asimila a un tipo de justicia militar (nótese la composición de las salas con hasta dos militares retirados de los tres que las conformarían, art. 2, PAL, y véase la referencia explícita al “fuero penal militar” en EdM, p. 12) la cual históricamente ha sido considerada como una de las causas más importantes de impunidad en el continente latinoamericano, debido, justamente, a la falta de independencia e imparcialidad de sus integrantes (más allá del problema de que su competencia debe estar limitada a meros delitos del servicio, por lo cual la afirmación “casi todas las naciones gozan del fuero penal militar” [Ibíd.] requiere ser matizada).

Esta impresión negativa del PAL está reforzada por la visión

extremadamente unilateral y simplista de los ponentes del proyecto sobre el conflicto colombiano, según la cual las FF. AA. (e, implícitamente, las autodefensas) han defendido el “Estado legítimo” frente a una agresión terrorista-criminal sin ninguna legitimidad (ni siquiera histórica). Bajo esta visión, los posibles crímenes de las FF. AA. “deben entenderse como una (imera!) desviación del propósito de la fuerza pública” (EdM, p. 11). Por esto se propone que los posibles beneficios no dependerán de “confesión o reconocimiento de responsabilidad” (art. 4a) y se concede libertad condicional después haber cumplido un sexto de la pena (art. 4b). En otras palabras, el PAL parte de una narrativa altamente ideologizada y así pierde de vista que este tipo de valoraciones morales-políticas ex post facto (o sea posconflicto) no son de interés o relevancia para la CPI, pues ésta debe preguntarse únicamente si se han cometido crímenes internacionales o no, independientemente de los motivos (malos o buenos) de sus perpetradores.

La visión ideologizada de los ponentes del proyecto explica la descalificación de la “selección de magistrados de la JEP” –y así, de hecho, de todos los magistrados seleccionados–, como también del Comité de Selección, por su composición con tres “extranjeros” (EdM, p. 12). De esta manera, en el proyecto se concluye, sin fundamento serio, que este “procedimiento” de selección se hizo simplemente para satisfacer “los requerimientos de las Farc” (Ibíd.), con lo cual al final la JEP se convierte, en la visión de los ponentes, en un mero tribunal de las Farc.

La tergiversación de los hechos también se muestra cuando se afirma que el gobierno Santos expresó que “el juzgamiento y tratamiento de las FF. AA. no hacía parte de la mesa de negociación” (EdM, p. 10), afirmación rotundamente falsa, pues lo que fue excluido de la negociación no era el sometimiento de miembros de las FF. AA. a la JEP, sino la doctrina, estructura y composición de éstas. En fin, lamentablemente, este tipo de discurso, más allá de sus implicaciones legales aquí comentadas, no contribuye a la superación del conflicto ni a la reconciliación en el país.

MAGISTRADOS DE SEGUNDA CATEGORÍA Y PRUEBA TASADA*

El compromiso político sobre la JEP al que llegaron diferentes fuerzas políticas de la Comisión Primera del Senado con la nueva versión del PAL 24/2018, y a través del cual se propone una reforma al 1/2017, no es para nada conveniente. Por un lado, la elección de 14 magistrados adicionales para las salas y secciones más relevantes para los miembros de la Fuerza Pública podría generar tensiones internas entre estos (y sus magistrados auxiliares) y los “viejos” magistrados. Y esto con razón.

Estos últimos magistrados han sido elegidos en un proceso público y transparente por el Comité de Escogencia creado por el Acuerdo de Paz. Dicho comité goza de un amplio reconocimiento internacional, sobre todo por la reputación intachable de sus tres miembros internacionales: Diego García-Sayán, peruano, expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Juan Méndez, argentino, exrelator especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura, y Álvaro Gil-Robles, español, excomisionado del Consejo Europeo de Derechos Humanos.

En cambio, los nuevos magistrados deben ser elegidos por un “comité de escogencia autónomo”, cuya autonomía ya está en duda, pues estará compuesto por representantes nacionales que, al ser indicados por diferentes grupos e intereses políticos, actuarán bajo la presión de estos. Si bien en nombre del compromiso político y en beneficio de la tranquilidad de la JEP podría aceptarse la elec-

* Publicado inicialmente el 7 de noviembre de 2018 en El Espectador.

ción de nuevos magistrados, sin embargo, ¿por qué estos no serán elegidos por el verdadero Comité de Escogencia? Como resultado, solo se creará una tranquilidad aparente para la JEP, pues, aunque quizá cesen los ataques de sus opositores externos, surgirán seguramente como contrapartida (nuevos) problemas dentro de ella.

Adicionalmente, este es un mensaje que ataca la legitimidad de la JEP, pues de manera tácita se estaría aceptando que los actuales magistrados de la JEP no son imparciales ni lo suficientemente competentes para juzgar a miembros de la Fuerza Pública. Todo ello sin considerar ya las cargas presupuestales que acarrea la ampliación del número de magistrados y demás funcionarios en el marco de una JEP con recursos limitados.

Por otro lado, la introducción de una regla procesal estricta que prohíbe a los magistrados considerar una confesión como prueba suficiente para una condena constituye un retroceso procesal impresionante. De hecho, representa una vuelta a la Edad Media, donde existía la prueba tasada (por ejemplo, en la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, que exigía para la condena la confesión o dos testigos oculares, con lo cual también se facilitaba, por cierto, la tortura). En cambio, en el proceso penal moderno, también vigente hoy en Colombia bajo el nombre de proceso acusatorio, existe, tras muchos años de discusión científica, el criterio de la libre apreciación de la prueba.

Es decir, la decisión del juez fundada en la sana crítica con base en la prueba (lícita) disponible y desvinculada a reglas estrictas formales. Y es precisamente este aspecto el que revela que la dimensión del riesgo que implica el compromiso político es incluso mayor de lo que parece a primera vista, pues con él no solo se afecta negativamente a la JEP, sino también a la cultura procesal colombiana.

AMNISTÍA, RECONCILIACIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL*

En la actual discusión sobre una enmienda a la Ley de Reconciliación con respecto a crímenes cometidos –entre 1960 y 1996– durante la “guerra civil” en Guatemala, inclusive crímenes internacionales como el genocidio y la tortura, la perspectiva del derecho internacional no ha sido tomada suficientemente en cuenta. Esta perspectiva es fundamental, pues Guatemala es un Estado Parte de los instrumentos internacionales relevantes, inclusive el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) –vigente a partir del 1 de junio del 2012–, y el derecho internacional establece algunas limitaciones para este tipo de leyes.

Desde la perspectiva del derecho internacional se debe distinguir entre amnistías absolutas y amnistías condicionadas. Mientras las primeras buscan ocultar completamente crímenes del pasado disuadiendo o hasta prohibiendo cualquier investigación –usualmente operando como “autoamnistías”, favoreciendo a las mismas autoridades que las aprobaron–, las amnistías condicionadas no eximen automáticamente de castigo, sino más bien condicionan el beneficio a la realización de ciertos actos por parte de los beneficiarios.

Un ejemplo notorio de una amnistía absoluta es el decreto chileno 2191 de 1978, el cual concedió la amnistía a “autores, cómplices o encubridores” extendiéndola a todos los crímenes cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 –día del coup d’état del general

* Publicado inicialmente el 25 de febrero de 2019 en Prensa Libre.

Augusto Pinochet– y el 10 de marzo de 1978, sin hacer ninguna distinción entre delitos comunes y aquellos cometidos con motivación política. Un ejemplo reciente de una amnistía condicionada es la Ley de Amnistía colombiana, Ley 1820 del 30 de diciembre del 2016, producto del acuerdo de paz entre el gobierno de Juan Manuel Santos y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Mientras las amnistías absolutas son generalmente inadmisibles bajo el derecho internacional, las condicionadas son, en principio, admisibles.

¿De dónde se deriva la inadmisibilidad de las amnistías absolutas?

Por un lado, algunos instrumentos internacionales recientes toman esta posición, el más notable entre ellos es el Estatuto del Tribunal Especial de Sierra Leona –Artículo 10–. Por otro lado, la jurisprudencia de tribunales internacionales penales y de derechos humanos permiten llegar a la misma conclusión. En este sentido, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) rechazó de la siguiente manera la amnistía en casos de tortura:

“El hecho de que la tortura esté prohibida por una norma perentoria de derecho internacional [...] sirve para deslegitimar internacionalmente cualquier acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura. Sería un sinsentido sostener, por un lado, que a causa del valor de *jus cogens* de la prohibición contra la tortura, las reglas convencionales o consuetudinarias que prevean la tortura serían nulas e inválidas ab initio, y, por el otro, que un Estado podría no tenerla en cuenta, por ejemplo, tomando medidas nacionales que autoricen o aprueben la tortura o absuelvan a sus autores a través de una ley de amnistía.” (Prosecutor v. Furundzija, sentencia 10 de diciembre de 1998, para. 155).

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) consideró inadmisibles las disposiciones correspondientes

en la Ley de Amnistía peruana N° 26479 y su Ley Interpretativa N° 26492. En este sentido, la CIDH se refirió al: “Establecimiento de excluyentes de la responsabilidad penal que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.” (Barrios Altos vs. Perú, sentencia 14 de marzo de 2001, para. 41).

Esta jurisprudencia, de especial importancia en la región, ha sido confirmada varias veces –por ejemplo, recientemente en Gelman vs. Uruguay, sentencia del 24 de febrero del 2011, paras. 183 ss.–, inclusive en el caso salvadoreño, algo similar al guatemalteco, donde la Ley de Amnistía General fue producto de un acuerdo de paz refiriéndose a “hechos cometidos en el contexto de un conflicto armado interno”, en el sentido del Art. 6 (5) del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1977 (Masacres de el Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador, sentencia del 25 de octubre de 2012, paras. 283 ss.). A pesar de que la citada norma permite la “amnistía más amplia posible”, la Corte consideró que la mencionada Ley no solamente es “contraria a la letra y espíritu de los Acuerdos de Paz” sino también constituye “una grave afectación de la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos”, así violando los artículos 8 (1) y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (Ibíd. para. 295). Además, la Ley de Amnistía “ha tenido como consecuencia la instauración y perpetuación de una situación de impunidad debido a la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos”, incumpliendo así los artículos 1 (1) y 2 de la CADH (Ibíd. para. 296).

De esta asentada jurisprudencia se desprende que una amnistía absoluta viola los Artículos 8 (1) y 25 en relación con el Artículo 1 (1) y 2 de la CADH). De manera similar, la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) también ha sostenido que en casos de

tortura no se deben impedir procedimientos penales por medio de amnistías o indultos.

De igual forma, la ONU (S/2000/915, p. 22) dejó claro que en el contexto de tratados de paz no acepta cláusulas de amnistía respecto a crímenes internacionales como genocidio, crímenes contra la humanidad o infracciones graves al derecho internacional humanitario (DIH). Aunque se ha reconocido que “una amnistía cuidadosamente formulada puede ayudar al regreso y la reinserción” de los grupos armados (ONU, S/2004/616, para. 32), al mismo tiempo se ha reafirmado que la ONU “nunca puede prometer amnistías para el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad o las graves violaciones de los derechos humanos [...]” (paras. 10, 32, 64). La misma postura se encuentra en la práctica nacional y en la amplia literatura sobre amnistías.

Finalmente, el ya mencionado Estatuto de la CPI se compromete expresamente con la lucha contra la impunidad y es considerado una expresión de *opinio juris* en el sentido de que las amnistías están prohibidas respecto a los crímenes internacionales graves de competencia de la CPI. En cuanto a Guatemala, es importante señalar al respecto que la CPI tiene competencia, de acuerdo con la entrada de vigencia del Estatuto para Guatemala el 1 de junio de 2012, para todos los crímenes internacionales graves cometidos después de esta fecha.

Podemos concluir entonces que amnistías absolutas son inadmisibles a la luz del derecho internacional pues resultan en el desamparo de las víctimas, impidiendo a ellos y sus familiares identificar a los autores, conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. Además, violan el principio de igualdad –ya que tratan a los beneficiarios mejor que a otros delincuentes– y son manifiestamente incompatibles con la intención y el espíritu de los pactos internacionales de derechos humanos.

COLOMBIA: ¿SERÁ EL MOMENTO DE LA FISCALÍA DE LA CPI PARA ACTUAR?*

La controversia sobre el rol y la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia (en adelante JEP) ha alcanzado un nuevo punto: el Presidente de Colombia Iván Duque inició un ataque frontal contra el Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP que va más allá de las previas arremetidas dirigidas contra el Sistema de Justicia Transicional del país. En este texto sostenemos que los actuales desarrollos de esa estrategia son una alarma que amenaza el proceso de paz colombiano y que el intento más reciente del Presidente Duque para impedir el adecuado funcionamiento de la JEP tiene el potencial de poner en riesgo cualquier existencia significativa de esta Jurisdicción. Finalmente sostenemos que esta situación crítica puede mover a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) a tomar acciones.

Intentos previos de debilitar el proceso de justicia transicional

No es la primera vez que el Presidente Duque intenta socavar el proceso de justicia transicional. Durante su campaña electoral de 2018, anunció que intentaría reformar el Acuerdo Final que fue suscrito en 2016 entre Colombia y las FARC. Después de su elección, el grupo parlamentario de Duque en el Congreso (Centro Democrático, en adelante CD) ha vuelto sus palabras en acción, lanzando una propuesta de reforma constitucional que negaría a todos los organismos transicionales (incluyendo la JEP) el acceso a información confidencial que afecte la seguridad nacional. La propuesta

* Publicado inicialmente el 29 de marzo de 2019 en *Semana*, en coautoría con Susann Aboueldahab.

afectaría el trabajo de todos los mecanismos de justicia transicional y en este sentido constituye un ataque frontal al Sistema.

En octubre de 2018, una nueva propuesta del CD sugería la creación de cámaras especiales dentro de la JEP con la competencia exclusiva de juzgar a los miembros de las fuerzas armadas colombianas. Como una especie de jurisdicción militar, cuya imparcialidad e independencia es más que cuestionable, podría otorgar beneficios a los miembros de las fuerzas armadas envueltos en crímenes internacionales. De este modo, amenazaría con socavar a la JEP como un mecanismo que otorgue justicia a todas las partes del conflicto.

Aunque el Congreso de Colombia no ha adoptado ambas propuestas, estas evidencian el evidente propósito del Gobierno de debilitar el marco jurídico constitucional de la JEP e impedir su adecuado funcionamiento.

El último ataque a la JEP

El 10 de marzo, el Gobierno redobló sus intentos de descarrilar el Sistema de Justicia Transicional: el Presidente Duque objetó parcialmente el Proyecto de Ley Estatutaria de la JEP. La Ley regula las funciones de la JEP y opera como su marco jurídico legal. Fue aprobada por el Congreso en 2017 y posteriormente fue declarada constitucional, salvo algunas disposiciones, por la Corte Constitucional de Colombia a través de la Sentencia C-080 de 2018.

En la objeción de las 6 disposiciones del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP, Duque aplicó su derecho constitucional de objetar proyectos de ley por razones de inconveniencia (cfr. Art. 305 no. 9 de la Constitución Política de Colombia). Sin embargo, existen serias dudas sobre si la aplicación de este derecho bajo las actuales circunstancias implica un desvío de su propósito original para beneficiar la agenda política de Duque. Duque actuó sobre

una propuesta del Fiscal General Néstor Humberto Martínez, otro adversario de la JEP, quien elevó serias críticas a varias provisiones del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP.

Con sus objeciones el presidente Duque pretende asegurar cero tolerancia a la impunidad de crímenes bajo la Jurisdicción de la JEP (cfr. sus objeciones referidas a los Arts. 19, 63 y 79). Adicionalmente, exige regulaciones más concretas sobre la reparación de las víctimas (particularmente reparaciones materiales, cfr. sus objeciones respecto del Art. 7 del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP). Para el lector no especializado, el potencial destructivo de las objeciones de Duque es mucho menos obvio que sus intentos previos de entorpecer el proceso de justicia transicional.

Además, Duque tomó precauciones para disimular el riesgo. Reafirmó el compromiso del Gobierno con el Acuerdo de Paz, asegurando su aprobación de la JEP e incluso señaló que sus recomendaciones mejorarían el trabajo de esta Jurisdicción. Sin embargo, una mirada más profunda permite concluir que las objeciones de Duque al Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP están dirigidas a promover el descarrilamiento del Proceso de Paz – como será mostrado más adelante.

Objeciones de Duque al Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP: una valoración

1. Inicialmente Duque objetó el Art. 7 del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP que estipula la reparación de las víctimas como un criterio para la interpretación de la Ley, argumentando que esta regla no establece claramente la obligación primordial de los perpetradores de reparar a las víctimas. Sin embargo, el Acuerdo Final y la legislación subsecuente explícitamente obligan a los ex miembros de las FARC a contribuir con la reparación y a que se usen los activos de las FARC para esta. Por ello, la sugerencia de Duque de especificar esta obligación es obsoleta. Adicionalmente, fue el Go-

bierno el que presionó al Congreso para eliminar la obligación de los agentes estatales de proveer reparación material a las víctimas de crímenes de Estado, creando de este modo un tratamiento diferenciado con una vista a los agentes no estatales que desenmascara un doble estándar.

2. Otra objeción se refiere a la posibilidad de renunciar a la persecución judicial de personas que no sean máximos responsables (de crímenes internacionales). Duque argumenta que el Estado no debe renunciar a procesar a aquellos responsables de crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y genocidios, sin haber utilizado exhaustivamente todos los medios para buscar verdad y justicia. Esta objeción es particularmente problemática porque ignora la regla de la Corte Constitucional que establece que la renuncia a la persecución penal perseguida por el Art. 19 del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP es condicional siempre y cuando el perpetrador cuente la verdad, los derechos de las víctimas sean garantizados y la investigación contra los máximos responsables continúe.

Con su llamado a una persecución indiferenciada Duque ignora que el Art. 19 del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP está incorporado en un único Sistema holístico de Justicia Transicional creado por el Acuerdo de Paz (Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición). El Sistema otorga un marco institucional temporal que satisface los derechos de las víctimas del conflicto armado y contribuye a la reconciliación nacional. Estos mecanismos se fortalecen mutuamente. Como la JEP forma parte de un proyecto más extensivo de justicia transicional, el paradigma de esta Jurisdicción mira hacia el futuro y constituye una justicia prospectiva que se dirige a poner un fin al conflicto (cf. Art. 4 del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP). De acuerdo con ello, la JEP es un mecanismo justamente balanceado que asegura un equilibrio entre persecución criminal y sanciones alternativas, concentrando su principal esfuerzo en los máximos responsables.

La resaltada idea de la priorización y selección es parte del marco jurídico constitucional de la justicia transicional en Colombia que fue aprobado por la Corte Constitucional en su Sentencia C-579 de 2013. Asimismo, en el nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fiscalía de la Corte Penal Internacional han aprobado este enfoque. La Corte aceptó – en su Sentencia del 26 de mayo del Caso Cepeda Vargas vs. Colombia – la investigación y el procesamiento a través de un sistema de patrones sistemáticos de macrocriminalidad (paras. 118-9 y 149). Por su parte, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en su reporte sobre Colombia de 2014 aprobó este modelo con “el foco en los máximos responsables de los crímenes más graves cometidos” (cf. para. 111).

En términos prácticos, Duque exige una persecución criminal omnicompreensiva que no solo se opone a los fines del Acuerdo Final, sino que llevaría al colapso de la JEP. Su jurisdicción *ratione temporis* se extiende a muchas décadas de un brutal conflicto armado, siendo prácticamente imposible procesar a todos los potenciales sospechosos de crímenes (internacionales) cometidos durante ese periodo. Es más, Duque exige cambios que beneficiarían a los funcionarios cuya persecución no podría o no sería ya priorizada. Exigir una persecución criminal estricta en este sentido es corta de vista, además no está conforme con el Sistema de Justicia Transicional del país y pone en peligro el Proceso de Paz en su conjunto.

3. Otra objeción presidencial se refiere a la competencia de la JEP para modificar la lista de ex miembros de las FARC, que constituye la base de su jurisdicción *rationae personae* sobre esa parte del conflicto. El Art. 63 (8) del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP le da a ésta la competencia para verificar y juzgar a personas que, por fuerza mayor, no fueron incluidas en la señalada lista. Duque afirma que la Oficina del Alto Comisionado para la Paz, como representante del Presidente de la República, tiene la responsabilidad exclusiva y el poder de verificar esa lista. La objeción ignora completamente la independencia de la JEP y el principio según el cual

una corte decide sobre el ámbito de su Jurisdicción (*competence de la competence/ Kompetenz-Kompetenz*). Este se erige en claro contraste con lo que Duque supone sobre la separación de poderes. Además, las funciones del Alto Comisionado no están restringidas y la intención de la resaltada objeción no es fortalecer al Alto Comisionado, sino debilitar a la JEP.

4. Duque también objetó la jurisdicción exclusiva de la JEP en detrimento de las cortes ordinarias (Art. 79 j (3) del Proyecto de Ley Estatutaria). En su punto de vista esta situación haría perder valiosos recursos de investigación, capacidad y experiencia de la Fiscalía General de la Nación que no serían usados para los casos de la JEP. Acá nuevamente, Duque argumenta que la regla como se encuentra permitiría la impunidad y podría no garantizar el derecho de las víctimas a la verdad, Sin embargo, estas demandas simplemente ignoran que la JEP fue precisamente creada, *inter alia*, debido a la sobrecarga y ausencia de diligencia suficiente de la Fiscalía General de la Nación y de la justicia ordinaria (como también afirmó la Corte Constitucional en la Sentencia C-674 de 2017).

Además, no es el Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP, sino la Corte Constitucional, en su Sentencia C-080 de 2018, la que prohíbe a la justicia penal ordinaria realizar “diligencias” en relación con crímenes bajo la competencia de la JEP. De todos modos, la actual competencia entre la JEP y la Fiscalía General de la Nación había sido uno de los aspectos críticos en la negociación y sigue siendo un aspecto complejo. La JEP depende en mucho de la colaboración de la Fiscalía General de la Nación, pues ésta refiere procedimientos a la JEP. Dar este paso atrás crea un grave riesgo para la implementación del Acuerdo.

5. Las últimas 2 disposiciones que Duque consideró inconvenientes se refieren a la extradición de supuestos perpetradores de crímenes que se encuentren bajo la Jurisdicción de la JEP. Este problema altamente controversial concierne a la *competence* de la

competence de la JEP y el acceso a la evidencia en procedimientos de extradición. El Artículo 150 del Proyecto de Ley Estatutaria establece que la JEP tiene competencia exclusiva para decidir sobre la protección legal de la persona a ser extraditada. Duque objetó esta disposición argumentando que este régimen afectaría, *inter alia*, seriamente la cooperación judicial colombiana con otros países (pensando especialmente en los Estados Unidos de América).

El Presidente excede los límites de sus poderes ejecutivos, ignorando la independencia de la JEP y su derecho constitucional a conocer los casos concernientes (cf. Art. 19 del Acto Legislativo 01 de 2017). De hecho, esta objeción es inconstitucional, pues la Corte Constitucional ha dejado claro en su Auto 401 de 2018 y en su Sentencia C-112 de 2019, que es función de la JEP establecer los hechos necesarios relacionados con la posible extradición. Adicionalmente, esta objeción también pone en peligro el derecho de las víctimas a saber la verdad. De esta manera, aparece como otro intento de disminuir el rol y el poder de los mecanismos de justicia transicional.

6. La segunda disposición sobre la extradición que fue objetada por Duque es declarada inconveniente porque no especifica el procedimiento de extradición y carece de un ámbito de tiempo para la revelación obligatoria de la verdad anterior a la extradición (Art. 153 Proyecto de Ley Estatutaria de la JEP). Duque señala que esta provisión produciría un incentivo perverso frente a terceros para someterse a la JEP con el pretexto de supuestos descubrimientos de la verdad. Sin embargo, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia ya clarificaron que la extradición debe suspenderse hasta que se dé una verdad completa, lo cual es una garantía de las víctimas y de la sociedad en su conjunto.

De acuerdo con Duque, esta situación podría ser aprovechada para evadir responsabilidad criminal ante el sistema legal de otros estados. Nuevamente, su razonamiento está en claro contraste con

la idea básica del marco de la justicia transicional de establecer primordialmente la verdad y garantizar a las víctimas el derecho a la justicia y a la reparación. Además, nos recuerda la extradición de importantes paramilitares a los Estados Unidos en virtud de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) durante el mandato de Álvaro Uribe, mentor político de Duque. Estas extradiciones han detenido la narración de verdad de estos líderes y han sido fuertemente criticadas, no solamente por las organizaciones de víctimas.

Conclusión: ¿Tiempo para que la Fiscalía de la Corte Penal Internacional actúe?

Las anteriores consideraciones evidencian que el Presidente Duque aprovechó un derecho constitucional para promover su agenda política que es incompatible con el Acuerdo de Paz. Adicionalmente, muchas de las objeciones planteadas por Duque ignoran lo señalado por la Corte Constitucional y descaradamente desconocen su competencia. A través de las objeciones el Congreso debe ahora revisar el Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP nuevamente y cualquier modificación tendrá que ser revisada nuevamente por la Corte Constitucional, tal como lo señaló en el Auto 123 de 2019. De esta manera, la consecuencia más inmediata de las objeciones presidenciales será dilatar la entrada en vigor del Proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP. Como si no fuera suficiente, se esperan más ataques. De hecho, Duque ha anunciado que está preparando una reforma constitucional al Acto Legislativo 01 de 2017 – la llave a través de la cual se diseñó el Sistema de Justicia Transicional que además creó la JEP. Los cambios buscados podrían, *inter alia*, limitar la competencia de la JEP. Reabrir el largo y complejo debate sobre el Acto Legislativo 001 de 2017 podría agravar la ya débil situación de la JEP, y tiene el potencial de dar el golpe final a su efectivo funcionamiento.

La Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional abrió la situación de Colombia en junio de 2004. Bajo el principio de

complementariedad, tiene la responsabilidad de asegurar que las autoridades nacionales estén investigando genuinamente y procesando los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma – en el caso colombiano los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra cometidos por las partes del conflicto armado –. La Oficina del Fiscal de la CPI ha estado monitoreando profundamente los desarrollos recientes y ha demostrado en múltiples ocasiones su apoyo a la JEP.

El Vicefiscal James Stewart señaló en 2018 que el trabajo efectivo de la JEP es una de las condiciones claves para la complementariedad que la CPI evalúa en Colombia. Los esfuerzos velados del Gobierno de obstruir el trabajo de la JEP cuestionan seriamente su voluntad de investigar y juzgar crímenes internacionales. Mientras Duque no enfatiza su compromiso de luchar contra la impunidad de crímenes internacionales, en realidad usa toda laguna jurídica para debilitar la JEP. Su intento de romper los pilares básicos y premisas del Acuerdo de Paz incluso generaron una protesta entre los participantes de las negociaciones de paz (cf. la Carta abierta al Secretario General de las Naciones Unidas del 11 de marzo de 2019). Las objeciones de Duque hacen que una decisión de la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en el caso colombiano, sean más posibles. Tal vez ahora cartas enviadas a las Autoridades Colombianas no sean suficientes y se requieran acciones reales.

¿QUÉ RESPONSABILIDAD TIENEN LOS GOBIERNOS QUE VENDEN ARMAS EN LOS CRÍMENES DE GUERRA?*

En una sociedad industrial, organizada de modo capitalista, las empresas crean riesgos todos los días –basta pensar en la producción de automóviles y en los accidentes (mortales) asociados a esta–. Esos riesgos se consideran jurídicamente permitidos siempre y cuando se observen ciertos estándares de cuidado. Y en el caso de los productos peligrosos per se, deben aplicarse criterios más estrictos. Esa es la razón por la cual según la Ley de Control de Armas de Guerra (KWKG, por sus siglas en alemán), la producción (a nivel nacional) de armas de guerra requiere de una autorización.

Por su parte, para su exportación existen requisitos adicionales en virtud de la legislación sobre comercio exterior. La punibilidad de la exportación –tal como sucede con la relevancia penal ambiental del manejo de una instalación peligrosa– depende de la aprobación de la administración estatal competente; es decir, constituye un caso de accesoriedad administrativa.

Si una empresa de armamentos cumple con todos los requisitos para lograr la autorización, es decir, produce legalmente dentro del país y se le permite (autoriza) exportar, entonces, de acuerdo con las reglas generales de la teoría de la imputación objetiva, la conducta intrínsecamente peligrosa –la comercialización de armas de guerra– debe ser valorada como un riesgo permitido y, por lo tanto, el nexo de imputación (respecto a los eventuales delitos cometidos con las armas de guerra) queda, en principio, interrumpido.

* Publicado inicialmente el 26 de diciembre de 2019 en Semana.

Esto también tiene un impacto para eventuales actos de complicidad, los cuales, si no como “neutrales”, al menos deben considerarse como permitidos. Por supuesto, esto no se aplica si una empresa obtiene un permiso proporcionando información falsa (como en el caso de Heckler & Koch sobre el destino final de los envíos de armas a México, decidido en primera instancia por el Tribunal Estatal de Stuttgart el 21 de febrero de 2019) o elude las prohibiciones de exportación (de rango superior), por ejemplo, en el contexto de un embargo de la ONU (como en el caso del empresario holandés Franz van Anraat, quien proveyó de componentes químicos para la producción de gas mostaza al dictador iraquí Saddam Hussein).

La difícil cuestión, que hasta ahora permanece irresuelta, es cómo repercuten los eventuales deberes del derecho internacional en la evaluación del comportamiento de los actores. La Corte Penal Internacional tendrá que responder a esta pregunta a raíz de una denuncia por complicidad en la comisión de crímenes de guerra en Yemen, presentada por la organización no gubernamental European Center for Constitutional and Human Rights, con sede en Berlín, contra empresas europeas de armamento, incluida la alemana Rheinmetall AG. Del derecho internacional de carácter soft law, –como el de la OCDE– que en ocasiones se convierte en hard law (por ejemplo, en el contexto de un reglamento de la UE sobre las denominadas materias primas conflictivas, de 17 de mayo de 2017), se origina un deber de cuidado (*due diligence*) en materia de derechos humanos que, en pocas palabras, exige que las empresas se aseguren de no participar en violaciones graves de los derechos humanos o en crímenes internacionales.

Este deber de cuidado, que incluye las consecuencias de responsabilidad patrimonial que se deriven, es también el elemento central de un proyecto de tratado sobre las obligaciones de las empresas transnacionales en materia de derechos humanos (dirigido a los Estados) de un grupo de trabajo del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, del 16 de julio de 2019. Sin embargo, hasta

ahora es del todo incierto de qué manera tal deber de cuidado y su posible incumplimiento (non-compliance) afecta a la conducta empresarial que ha sido autorizada por el Estado.

Aquí surgen al menos dos preguntas: primero, ¿reemplaza el deber de cuidado en materia de derechos humanos a una autorización nacional y, por lo tanto, hace que la exportación sea antijurídica (según el derecho internacional)? En segundo lugar, ¿a quién se le imputa esta antijuridicidad –que, dado el caso, sólo se reconoce con posterioridad–? ¿Al Estado que autoriza o a la empresa exportadora? Aquí se muestra una vez más la ya mencionada accesoriadad del derecho administrativo: si la autorización estatal, que es antijurídica a la luz del derecho internacional, es considerada como el acto de complicidad en crímenes de guerra (como hechos principales), entonces, la empresa debería quedar exenta de responsabilidad penal en virtud de esa autorización, a menos que pueda probarse un ilícito de participación autónomo. Aquí sólo existe una complicidad, es decir, la estatal.

¿Falta entonces un ilícito de participación autónomo de la empresa? ¿Puede considerarse como un ilícito de participación autónomo de la empresa en crímenes de guerra u otros crímenes internacionales (como hechos principales) a una exportación de armas que cuenta con una autorización nacional que, dado el caso, infringe normas de cuidado del derecho internacional u otras regulaciones que, por tanto, pueden fundamentar una responsabilidad internacional, pero en la que la empresa podía confiar (ya que el Estado autorizante es un Estado de Derecho efectivo)?

Si se afirmase esto, por ejemplo, con el argumento de que las empresas tienen que cumplir con deberes de cuidado propios –independientemente de un procedimiento de autorización nacional– no sólo se podría prescindir desde el principio del procedimiento nacional de concesión de autorizaciones, sino que también se expresaría una profunda desconfianza en éste (incluso cuando el Estado autorizante no fuese una república bananera).

Por otro lado, puede que no sea correcto eximir a una empresa de armamento de toda responsabilidad penal invocando la autorización nacional si resulta evidente que dicha empresa provee armas para la comisión de crímenes internacionales, quizás incluso con un conocimiento superior al de la autoridad que otorga la licencia. Porque entonces esta ya no actúa –de buena fe– bajo una confianza justificada en la autorización del Estado, sino más bien –de mala fe– con “sentido delictivo” (Claus Roxin). Así que aquí podría residir la intuición correcta de los denunciantes berlineses: la obviedad de los crímenes de guerra en Yemen desplaza la aprobación del Estado y hace que las empresas proveedoras de armas sean cómplices de los crímenes de guerra.

EL ASESINATO DE SOLEIMANI COMO PRUEBA DE FUEGO PARA EL DERECHO INTERNACIONAL*

La verdadera novedad jurídica en el asesinato de Qassem Soleimani es que la estrategia norteamericana de “asesinatos selectivos” (“targeted killings”) haya alcanzado a un alto funcionario estatal. Hasta ahora, solo se había usado en contra de “combatientes enemigos (terroristas)” pertenecientes a grupos no estatales (como Al Qaeda). Esto sienta un peligroso precedente que difumina aún más la ya difusa frontera entre guerra y paz, y vuelve a poner a prueba al derecho internacional como factor de un orden mundial, marginándolo aún más. El ataque en represalia de Irán del 8 de enero, con una justificación insostenible en términos del derecho internacional por parte del Ministro de Asuntos Exteriores iraní, es una primera consecuencia de esa marginación.

En principio, una posible justificación para el asesinato de Qassem Soleimani sólo podría venir en virtud del derecho de legítima defensa (en el marco del *ius ad bellum*), en el sentido del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, sobre todo porque el gobierno de los Estados Unidos invocó este derecho y, por lo tanto, su conducta debe evaluarse en función de esto¹. No obstante, a la luz de los hechos, tal justificación queda descartada por ausencia de un ataque armado al menos inminente (sobre esto, ver el punto 4).

Por lo demás, al momento del asesinato no había ningún conflicto armado (internacional o no internacional) por lo que también

* Publicado inicialmente el 13 de enero de 2020 en El Espectador.

1 Ver CIJ, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America, fundamentos, sentencia del 27 de junio de 1986, párr. 266 (“La Corte no está facultada para atribuir a los Estados opiniones jurídicas que no formulen ellos mismos”).

queda descartada una justificación según el derecho internacional humanitario (DIH) (*ius in bello*) (este tema se desarrolla en los puntos 1 al 3.).

En los comentarios de derecho internacional aparecidos hasta el momento², esta posibilidad ni siquiera es discutida en profundidad, si no, a lo sumo, en relación con la política de asesinatos selectivos (Dworkin) o bien en el marco de una confusa descripción cronológica de los acontecimientos (Gauseweg). A continuación, el análisis del asesinato de Soleimani y sus implicancias para el derecho internacional se discutirán a través de siete argumentos:

Estados Unidos e Irán no estaban (todavía) en guerra cuando Soleimani fue asesinado

1. Una justificación del asesinato en virtud del derecho de los conflictos armados internacionales con el consecuente resultado de un reconocimiento del estatus de combatiente de Soleimani –lo cual lo convertiría en un objetivo militar legítimo– está fuera de discusión, porque tal conflicto entre los EE.UU. e Irán (todavía) no existía al momento del asesinato.

Aunque el asesinato de un oficial militar de alto rango o de un funcionario del gobierno pueda considerarse como un acto de guerra y, por lo tanto, como el posible desencadenante de tal conflicto, sin embargo, este acto simultáneo no puede fundamentar retroactivamente un conflicto, que aún no existía en el momento del asesinato (aunque así se afirma aquí: Gauseweg).

La existencia de un conflicto de este tipo al momento del asesinato sólo podría intentar justificarse por el hecho de que las hostilidades anteriores ya habían superado el umbral de un conflicto. Pero esto no puede aceptarse, porque en este momento no puede

² Ver Aust (5 de enero de 2020); O'Connell (6 de enero de 2020); Milanovic, (7 de enero 2020).

asumirse una “intervención de las fuerzas armadas” (“intervention of armed forces”) de ambos Estados, en el sentido de la posición autorizada del Comentario de la Cruz Roja Internacional sobre el artículo 2 del Primer Convenio de Ginebra de 1949. Además, en una de sus numerosas declaraciones, el presidente Trump explicó el ataque diciendo que se trataba de “detener una guerra” (“to stop a war”), lo cual en el contexto más bien significaba “evitar una guerra” y no “terminar una guerra (ya en curso)” (citado según Dworkin). Sea como fuere, un conflicto armado internacional podría existir al menos con el contraataque iraní del 8.1.2020 (en ese sentido ver también Milanovic).

La calificación de “terrorista” es una imputación política, no jurídica

2. Calificar a Soleimani como “terrorista” tampoco da lugar a un conflicto armado no internacional (aunque, en ese sentido Gau-seweg). Por el hecho de que tales valoraciones son frecuentemente políticas y no están justificadas jurídicamente, no pueden aparejar ninguna consecuencia legal. Además, dejar librado a los Estados o a sus gobiernos –no siempre legitimados democráticamente– el desencadenamiento de un conflicto armado (no internacional) como consecuencia de la, a menudo arbitraria, clasificación de ciertas personas políticamente impopulares como terroristas (para así deshacerse de ellas bajo la invocación del derecho internacional de la guerra) abriría una preocupante puerta para el abuso de esa práctica.

Conforme al derecho internacional vigente, la existencia de un conflicto armado no internacional según la norma básica del artículo 1 párrafo 1 del Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra³, depende de si “en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes [u

3 Que desarrolla el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.

otros] grupos armados organizados” se producen confrontaciones militares de cierta intensidad y duración.

Estos grupos armados deben estar organizados de manera similar a las fuerzas armadas del Estado, poseer una capacidad militar acorde y ejercer un control territorial. Si bien hoy es aceptado que el control territorial del grupo armado ya no es un criterio indispensable, pues estos grupos usan tácticas de combate flexibles, el criterio del nexo territorial sí se mantiene⁴.

La doctrina estadounidense del combatiente enemigo (terrorista), desarrollada tras el 11 de septiembre de 2001 –como una especie de estado de guerra personal y omnipresente– y su consecuente política de asesinatos selectivos de supuestos “combatientes (terroristas) enemigos” de grupos no estatales (sobre todo de Al Qaeda) –independiente de un nexo (territorial) con un conflicto armado– debe rechazarse sobre todo por razones de principio del derecho internacional, las cuales ya han sido explicadas en otro lugar en relación con el asesinato de Osama Bin Laden (ver aquí y más detalladamente aquí).

Esta política, sin embargo, no es una invención del presidente Trump, sino que ya fue puesta en práctica por los presidentes Bush Jr. y Obama, quien, no obstante, introdujo una política restrictiva (“policy restriction”) en 2013. Según ésta, los asesinatos fuera de las “hostilidades activas” (“active hostilities”) sólo estarían permitidos si la persona-objetivo representa una “amenaza continua e inminente” (“continuing, imminent threat”). Sea como fuere, incluso con esa restricción, tal política sigue siendo muy problemática desde el punto de vista del derecho internacional, porque conduce a un socavamiento de la prohibición del uso de la fuerza (Art. 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas) –derecho internacional imperativo (ius cogens)– y, en última instancia, a la supresión de los límites

4 Con respecto a todo esto, Ambos, *Internationales Strafrecht*, Beck 5^o ed. 2018, § 7 nm. 235 ss. con notas adicionales.

entre la guerra y la paz. La extensión de esa política a los funcionarios estatales, producida con el asesinato de Soleimani, debido a su (supuesto) involucramiento en actividades terroristas de actores no estatales, contribuye a desdibujar los límites entre el uso legítimo e ilegítimo de la fuerza y establece un peligroso precedente con respecto a la función de instauración y mantenimiento de un orden global y la efectividad del derecho internacional (acertadamente Dworkin; sin embargo, justificando Yoo).

Ciertamente no hay una justificación para el asesinato de iraquíes

3. De paso, cabe mencionar en este contexto (en contra de las confusas afirmaciones de Gauseweg) que el DIH solo distingue entre combatientes (objeto de ataque) y civiles (protegidos) en un conflicto armado internacional. En los conflictos no internacionales, en cambio, solo reconoce civiles. A estos pertenecen también los miembros de un grupo armado no estatal, quienes, sin embargo, pueden perder su inmunidad a los ataques por pertenecer a este o por participar activamente en las hostilidades (“continuous combat function”⁵). Por lo tanto, teniendo en cuenta la inmunidad o la pérdida de esta frente a los ataques, la distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales no es irrelevante. Por lo demás, solo se suprime la inmunidad a los ataques solo para las partes en conflicto (en este caso, los EE.UU. e Irán), pero no para terceros (en este caso, Irak). De modo que, por esta razón, sus nacionales tampoco pueden ser atacados. Esto se aplica a las personas que fueron asesinadas en la operación, lo cual, sorprendentemente, a menudo no es considerado en la discusión (como en Gauseweg).

Ni había un ataque inminente, ni el asesinato de Soleimani lo habría impedido

5 Ambos, *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford University Press 2016, p. 152 ss.

4. Si no hay conflicto armado (ni internacional, ni no internacional), la justificación para el uso de la fuerza podría venir, a lo sumo, del *ius ad bellum* y, en el presente caso –en ausencia de una decisión del Consejo de Seguridad (art. 42 de la Carta de las Naciones Unidas)– del derecho de legítima defensa⁶. Sin embargo, la legítima defensa preventiva invocada por los EE.UU. aquí –y en casos anteriores– requiere la existencia de un ataque, es decir, un uso severo de la fuerza⁷ que sea inminente.

El propio gobierno de los EE.UU. ha justificado la operación en los “futuros” ataques de Irán⁸ y también ha hecho referencia a la planificación activa de ataques por parte de Soleimani. El presidente Trump también habló de ataques inminentes. Sin embargo, hasta ahora falta una concretización de dichas afirmaciones y existen considerables dudas respecto a si las hechas hasta ahora tienen algún fundamento real⁹. El gobierno de los EE.UU. tampoco ha notificado aún al Consejo de Seguridad –con la justificación correspondiente– sobre el ejercicio de su (supuesto) derecho de legítima defensa, a pesar de que esto es expresamente exigido por el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Por lo tanto, sobre la base de la información disponible hasta la fecha, no se puede tener por cumplido el requisito de inmediatez¹⁰, al menos si esto se entiende como un ataque inminente en el sentido de los tradicionales criterios “Caroline”: “instantáneo, contundente, sin dejar ninguna elección de medios, y ningún momento para la deliberación”¹¹.

6 Art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

7 CIJ, Nicaragua v. U.S., loc. cit., párrafo 191 [“más graves formas de uso de la fuerza”]. Con referencia a ello CIJ, Oil Platforms, Iran v. United States of America, fundamentos, sentencia de 6 de noviembre de 2003, párrafo 51.

8 Departamento de Defensa (2.1.2020): “... el ataque tenía como objetivo disuadir los futuros planes de ataque iraníes”.

9 New York Times, (4.1.2020), por ejemplo, duda del poder de decisión final del Ayatolá Jamenei.

10 Ver también Aust; O’Connell; Milanovic, [“serias dudas de que haya habido siquiera un ataque inminente”]].

11 Ver Aust.

Incluso si se considerase cumplido el requisito de inmediatez –siguiendo una visión expansiva, política del derecho internacional (para una discusión con más referencias: Milanovic)– la concreta forma en que la acción de defensa es ejercida en este caso resulta cuestionable. Por un lado, el gobierno estadounidense tendría que justificar por qué llevó a cabo la operación en el territorio de un tercer Estado (Irak) –sin su consentimiento– y no en el del presunto Estado agresor (Irán). Según una interpretación restrictiva del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, esto hace que la acción de defensa sea inadmisibile desde el principio (Milanovic).

Por otra parte, existen dudas considerables acerca de la necesidad de la acción defensiva tal como ésta fue ejecutada, porque para ello habría que tener la certeza de que aquella lograría su (supuesto) propósito –la defensa preventiva frente a un ataque iraní–; sin embargo, hay más razones en contra que a favor de ello¹². Por último, es cuestionable si el derecho de legítima defensa permite –más allá de la defensa colectiva de un Estado contra otro Estado – el asesinato selectivo de los dirigentes de un Estado (en contra, O’Connell).

5. Fuera de un conflicto armado, la aplicación de otras normas del derecho internacional de la paz, en particular de los derechos humanos, sigue vigente. Según esto, las ejecuciones extralegales o extrajudiciales son inadmisibles, y los terroristas u otros delincuentes deben ser detenidos y procesados en el marco de las normas del Estado de derecho.

Las amenazas de Trump podrían constituir crímenes de guerra

6. Cabe señalar que las amenazas posteriores del presidente Trump, en las cuales hace referencia a los bienes culturales iraníes

12 Ver Milanovic, con referencias adicionales [“serias dudas de que el método elegido por los EE.UU para resistir el supuesto ataque era necesario bajo esas circunstancias”, en especial, teniendo en consideración la función de Soleimani, más estratégica que operativa].

(tweet del 4.1.2020) y a ataques “desproporcionados” (tweet del 5.1.2020), son abiertamente contrarias al derecho internacional y podrían representar incluso crímenes de guerra (Milanovic; en ese sentido, acertadamente Gauseweg). Por cierto, la justificación que hizo el Ministro de Relaciones Exteriores de Irán del contraataque iraní del 8.1.2020 calificándolo como “medidas proporcionales de legítima defensa” (“proportionate measures of self-defence”) tampoco es correcta, pues el derecho de legítima defensa no permite represalias cuando un ataque ya ha culminado (Milanovic).

Desde una perspectiva política de relaciones internacionales, las declaraciones de Trump merecen indudablemente la condena inequívoca o al menos un distanciamiento por parte de los políticos y las políticas responsables de Alemania y de la Unión Europea. Imagínense por un momento que Irán hubiese matado a un general estadounidense de alto rango en territorio canadiense y que, después de esa operación, continuase provocando retóricamente. O que Rusia no sólo hubiera envenenado a sus antiguos agentes en el extranjero, como se alega, sino que hubiera asesinado selectivamente a funcionarios extranjeros, es decir, hubiera llevado a cabo una suerte de “Operación Khashoggi” (saudita) contra funcionarios, y amenazara sucesivamente con nuevos ataques militares. En Alemania todo el mundo calificaría tales acciones –naturalmente y con razón– como contrarias al derecho internacional y moralmente reprochables. Pero ¿no debería aplicarse entonces el mismo criterio jurídico internacional a todos los Estados?

El derecho internacional está siendo reemplazado cada vez más por la ley del más fuerte

7. La inadmisibilidad de una operación de asesinato de este tipo bajo el derecho internacional también podría justificarse quizás –y más allá de las disquisiciones jurídicas– en base a un razonable sentido común: el derecho internacional tiene como propósito la solución y regulación pacífica y diplomática de los conflictos entre los Estados. Pero si sus reglas son reemplazadas con la ley del más

fuerte, entonces, esta ley, al final, no significa otra cosa que la violencia del más fuerte. Este no es un desarrollo deseable desde ningún punto de vista, porque llevaría al desorden global, al imperio de la violencia –ejercida por los pocos fuertes– en lugar del de la ley. Esto nos lleva de vuelta al principio de esta opinión: el asesinato de Soleimani sienta un peligroso precedente con consecuencias incalculables para la estabilidad del sistema y el orden del derecho internacional.

EL TERRORISTA COMO “PELIGROSO EN POTENCIA”*

Los atentados terroristas son difíciles de prevenir con los instrumentos clásicos de los derechos policial y penal. Un cambio de perspectiva del “acto malvado” al “autor malvado”, sin embargo, conlleva sus propios peligros.

El atentado en la plaza Breitscheid de Berlín (*Breitscheidplatz*), en diciembre de 2016, bien podría ser considerado como el 11 de septiembre (de 2001) alemán. Si hasta ese entonces el derecho antiterrorista alemán había sido influenciado “solo” por disposiciones de los derechos internacional y europeo, a partir de ese ataque aquél experimentó un redireccionamiento sustancial hacia un “derecho de seguridad integral”. Al mismo tiempo, la arquitectura alemana en materia de seguridad está sujeta a un cambio constante, promovido aún más por el creciente terrorismo de extrema derecha, el cual —tras el ataque de Hanau del 19 de febrero de 2020— ha sido declarado oficialmente como el enemigo público N° 1. Este redireccionamiento radical del derecho alemán de seguridad puede resumirse con el término *personalización*. Se trata, en definitiva, de una ampliación de las facultades policiales y de los servicios de inteligencia a un período muy anterior a la vulneración concreta de bienes jurídicos o a un peligro concreto. El punto de referencia para la actuación policial o de inteligencia ya no es entonces un hecho o peligro concreto, sino un autor potencialmente peligroso o un “peligroso en potencia” (“*Gefährder*”), es decir, tiene lugar una personalización que, en terminología penalista, es propia del derecho penal de autor. Esta discusión es objeto de una compilación recientemente publicada, la cual ha dado lugar a las siguientes consideraciones,

* Publicado inicialmente el 20 de abril de 2020 en *Semana*.

y será plenamente analizada en otro lugar (las contribuciones son citadas aquí con el nombre del autor y la página).

Sin un derecho (penal) especial del enemigo, pero sí con un derecho de intervención con referencia a la personalidad

El derecho constitucional alemán “no contempla ni un ‘derecho penal del enemigo’ ni un derecho policial especial para los terroristas, independiente de su comportamiento individual”, pero se toma “en serio la amenaza del terrorismo de distintas procedencias...” (Andreas Paulus, Magistrado del Tribunal Constitucional alemán, p. 4). Esta declaración se apoya en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*) sobre la Ley de la Oficina Federal de Investigación Criminal (*Bundeskriminalamt, BKA*) (BVerfGE 141, 220) que se refiere a las medidas de vigilancia (párrafo 112). Allí, la Sala Primera reconoce la admisibilidad de las medidas de intervención estatal que vayan más allá de los “peligros concretos, inminentes o actuales”, siempre que existan “al menos, indicios reales de la aparición de un peligro concreto” para bienes protegidos de relevancia. En el caso de los delitos de terrorismo particularmente concernientes a nuestro contexto, se evita hacer referencia a un determinado “acontecimiento concreto y previsible en el tiempo”, ya que —según esta Sala— esos atentados suelen planificarse con mucha antelación y “son realizados por individuos que aún no han cometido un delito, en lugares imprevisibles y de maneras muy diferentes”. Por eso las medidas de vigilancia también podrían ser constitucionalmente admisibles si “la conducta individual de una persona justifica la probabilidad concreta de que esta cometerá esos delitos en un futuro previsible” (resalt. K.A.). Tal probabilidad podría desprenderse, por ejemplo, del hecho de que una persona que acaba de terminar su instrucción militar en un campo de entrenamiento terrorista se dirija luego hacia Alemania.

Se produce así el paso de una consideración supeditada al hecho a una *consideración de carácter puramente personal*, indepen-

dientemente de que se quiera ampliar el criterio sobre las medidas de vigilancia en cuestión a intervenciones del estadio previo de carácter general (en contra de esto, Bäcker, p. 163 y s.; Kießling, p. 276 y ss.). Queda claro que el enfoque personal difiere “categóricamente del tradicional umbral de intervención del peligro concreto”, “ya que precisamente no se requiere de un hecho dañoso inminente, que se encuentre mínimamente perfilado” (Bäcker, p.157 y s.).

Este enfoque conduce a anticipaciones en el ámbito de los derechos policial y penal. Ahí es donde entra en juego el “peligro inminente”, ya sea como cláusula general —e incluso en caso de peligro para la propiedad, como en Baviera (art. 11, párr. 2, n° 3 de su Ley de Funciones Policiales)— u orientado a medidas de intervención específicas, como en Renania del Norte-Westfalia (por ejemplo, § 34b o § 34c, en conexión con el § 8, párr. 4 de su Ley de Policía). Entre los especialistas en derecho policial se discute si el peligro inminente es realmente necesario para detectar posibles ataques (a favor, Möstl, p. 81; en contra, Kießling, p. 283). En el ámbito del derecho penal, la personalización se refleja en la amplia punibilidad de un estadio previo (por ejemplo, los §§ 89a ss. del Código Penal [CP] alemán). Ya en 1985, Günther Jakobs calificó la personalización contenida allí (que convierte al autor en una mera “fuente de peligros”, o sea, en un “enemigo del bien jurídico”) como “derecho penal del enemigo”, utilizando ese término inicialmente de forma descriptiva y analítica. Su posterior uso prescriptivo-afirmativo (a partir de 1999), dirigido en particular contra los terroristas (“quienes, en principio, niegan la legitimidad del sistema jurídico”), ha dado lugar a feroces reflejos defensivos de la ciencia jurídica penal; sin embargo, ha causado poca impresión en la práctica del derecho de la seguridad, y mucho menos ha influido en esta. La información adquirida con antelación por el servicio de inteligencia o la policía sirve de base para las medidas operacionales, mientras que la criminalización del estadio previo sirve de punto de partida para las investigaciones procesal penales (“sospecha inicial”); el repertorio

de las leyes de seguridad va desde las investigaciones de estructuras, hasta la vigilancia estratégica de personas en la mira de las autoridades.

En el plano del derecho internacional, la personalización se manifiesta en un “viraje regulatorio” (*regulatory turn*) hacia un enfoque cada vez más centrado en los particulares como destinatarios de las obligaciones de conducta del derecho internacional, en particular para prevenir la financiación del terrorismo (Resolución 1373/2001 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas), mediante los conocidos regímenes de sanciones (elaboración de “listas negras” o “*blacklisting*”). Sin embargo, el diseño procesal de éstos resulta poco transparente y cuestionable en términos del Estado de derecho (Binder/Jackson, p. 134 ss.). De allí que sea acertado llamar la atención respecto de una adopción ciega de las correspondientes normas del derecho internacional (de intervención intensiva y difusa) en el derecho interno, como si fueran, por así decirlo, meros “trasplantes legales” (“*legal transplants*”) (Altwicker, p. 88 ss.). Sin embargo, la exigencia de una diferenciación sustantiva por parte del legislador nacional (Barczak, p. 115 ss.) requiere concreción y precisión. ¿Dónde se ciernen exactamente los límites infranqueables de la identidad constitucional nacional o del *ordre public* (nacional o europeo)? ¿Qué margen de maniobra dejan las normas del derecho internacional o europeo al legislador nacional? ¿Qué criterios deben utilizarse para la delimitación?

Personalización sin una meta-definición

Otro problema, posiblemente incluso el “problema central” de esas “normas jurídicas internacionales personalizadas y obligatorias”, es la falta de “desarrollo de un entendimiento transnacional de los conceptos jurídicos centrales” (Altwicker, p. 95), en particular, la falta de una definición general vinculante de terrorismo. Incluso la Convención sobre la Financiación del Terrorismo de 1999, que por cierto es bastante concreta, sólo define implícitamente el terro-

rismo como la muerte o las lesiones graves de un “civil” (!) con el objetivo de “intimidar a un sector de la población o coaccionar a un gobierno o a una organización internacional para que haga u omita algo”. (Art. 2 párr. 1.b)). No obstante, las características estructurales comunes de los actos terroristas pueden al menos deducirse de las numerosas convenciones especiales, a saber, por un lado, la selección aleatoria y despersonalizadora de las víctimas (elemento individual) y, por el otro, la inherente puesta en peligro a la seguridad internacional (elemento colectivo-internacional).

La legislación europea sigue este enfoque y la legislación nacional también se basa en un catálogo de delitos vinculado al propósito perseguido por el autor. Así, en Alemania, incluso el explícito delito de organización terrorista del § 129a CP solo se refiere en su párrafo 1 —relativo al concepto de “asociación terrorista”— a una lista de delitos graves, a cuya comisión deben estar dirigidas las actividades de la asociación. En el § 89c CP, introducido en 2015, el término “terrorismo” sólo se encuentra en el título legal; asimismo, en el propio tipo penal (párr. 1) se ve definido por un catálogo de delitos junto con su finalidad. Definiciones similares pueden encontrarse en la legislación policial, por ejemplo, en el § 8 párr. 4 de la Ley de Policía de Renania del Norte-Westfalia.

De todos modos, cabe dudar de que una meta-definición sea siquiera deseable. Esta puede incluso resultar peligrosa como “vehículo” para un “derecho especial radical”, incluyendo la conocida retórica amigo-enemigo (de Carl Schmitt) —es decir, como “coqueteo con el estado de excepción, una fantasía de derecho de guerra de los generales de escritorio feuilletonistas, proyectada en la tecnicidad del estado de derecho” (Gärditz, p. 46 s.). En el discurso más diferenciado de las ciencias sociales, los intentos de definición son vistos desde una distancia crítica, precisamente por la posible instrumentalización del “terrorismo” como un “concepto de exclusión” normativo (Herfried Münkler). En contraste, se puede citar a favor de una definición global la suficiente claridad jurídica de las

normas de derecho internacional personalizadas (Altwicker, p. 91 ss.) o la prevención del desborde del derecho penal antiterrorista y la contaminación de otras áreas del derecho (Barczak, p. 121 s.). Desde un punto de vista práctico, esto parece ser una mera disputa académica, porque la lucha contra el terrorismo viene llevándose a cabo desde hace décadas sin una meta-definición. De todos modos, la subjetivización de los tipos penales relevantes (mediante el propósito antes mencionado) seguiría siendo problemática, ya que tales elementos internos del autor difícilmente puedan determinarse o probarse con certeza.

El terrorista como un “peligroso en potencia” (Gefährder)

Aun cuando en un Estado de derecho la legislación sobre terrorismo no debe ser derecho (penal) del enemigo, el ya mencionado pensamiento amigo-enemigo se ve revitalizado a través del concepto policial del “peligroso en potencia” (Samour, p. 53 ss.). Un “peligroso en potencia” es una persona sobre la cual —de acuerdo con la definición policial federal que figura en el § 18 párr. 1 n° 4 de la ya citada Ley BKA— “existen indicios reales” de que “cometerá delitos de considerable importancia en un futuro próximo”. O un extranjero respecto del que —según el § 58a párr. 1 de la Ley de Residencia, “sobre la base de un *pronóstico sustentado en hechos*”—, debe suponerse una “amenaza terrorista” (por lo que puede ser expulsado directamente). A los “peligrosos en potencia” se le suman las “personas relevantes”, líderes y partidarios en sentido amplio, para quienes debe hacerse el mismo pronóstico. Según la posición oficial no debería haber superposiciones, pero esto no es muy convincente, porque el término “persona relevante” también se aplica a quien —igual que un “peligroso en potencia”— pudiera cometer delitos graves. A finales de 2019, las autoridades federales tenían registrados a 752 “peligrosos en potencia” y a 778 personas relevantes.

En cualquier caso, siempre se trata de una *decisión de pronóstico* de las autoridades de seguridad, sujeta a *grandes incertidumbres*

fácticas respecto a los futuros actos terroristas de determinadas personas; en el mejor de los casos, se trata “de ciertas probabilidades de que se cometan actos de violencia” (Logvinov). A fin de reducir esas incertidumbres, la BKA utiliza desde febrero de 2017 el instrumento de valoración de riesgos RADAR-iTE (“un análisis basado en reglas sobre los autores potencialmente destructivos, a fin de evaluar el grave riesgo del terrorismo islamista”). A través de ello tiene lugar una evaluación —en gran medida estandarizada— de los riesgos de carácter personal, mediante una valoración cuantitativa y cualitativa, sobre la base de la cual, tras una evaluación en 2019 (en este caso con la versión RADAR-iTE 2.0), se asigna a una persona una escala de riesgo de dos niveles (“alto” y “moderado”). Al 19 de agosto de 2019, 497 personas habían sido evaluadas como de riesgo “alto” (186) y “moderado” (311). Sin embargo, debido al riesgo inmanente de cualquier pronóstico de este tipo, el instrumento está dirigido a ser “más bien *sensitivo*” y la mera clasificación como de “alto riesgo” no desencadena todavía ninguna medida operacional. En cambio ya en un segundo nivel, se lleva a cabo una evaluación policial de los casos individuales en el marco del proyecto de seguimiento RISKANT (“Análisis de riesgos para autores con motivación islamista”) desarrollado entre 2017 y 2020; la evaluación caso por caso también se revisa periódicamente. Por último, el RADAR-iTE es complementado por medio del BKA para predecir la ocurrencia de posibles daños; se da, por lo tanto, una interacción entre consideraciones de carácter fáctico y personal.

Una aplicación al terrorismo de extrema derecha ha de llevarse a cabo ahora en principio a través de la “RADAR-rechts”. Sin embargo, esto requiere en primer lugar del aporte de expertos, algo que irá desarrollándose en el marco de un proyecto BKA actualmente en curso (y que durará hasta febrero de 2022). Por importantes y útiles que sean estos (y muchos otros) instrumentos analíticos, la mayoría de ellos sigue careciendo de una “prueba de validez” (Endrass) en lo que respecta a la fiabilidad de los pronósticos y la

prevención (más) efectiva de los peligros, de modo que los pronósticos actuales se basan “en supuestos vagos que apenas se han probado o sólo se han probado superficialmente” (Logvinov). Por lo tanto, tampoco sorprende que el Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) no se base en el RADAR-ITE o en instrumentos comparables al examinar las decisiones oficiales sobre pronósticos.

Añadido a esto, la incertidumbre del pronóstico aumenta con la extensión (temporal) del estadio previo y, por lo tanto, también aumenta el riesgo de cometer errores (Bäcker, p. 163 s.; Kießling, p. 280). Además, está en la naturaleza del enfoque de investigación personalizada que las medidas de intervención no estén (objetivamente) limitadas temporal y materialmente por un acontecimiento determinado o un hecho. La falta de esta limitación aumenta el riesgo de que se adopten medidas contra personas inofensivas, así como una aplicación discriminatoria (religiosa, étnica) (Samour, p. 49 ss.). La creciente personalización del derecho de intervención conduce así a un sacrificio de la esfera de privacidad del ciudadano, que a menudo sólo va acompañado de un aparente aumento de la seguridad, ya que sólo los “peligrosos en potencia” inofensivos son los que terminan cayendo en la mira de las autoridades de seguridad (Bäcker, p. 164 s.).

Las incertidumbres de las previsiones pesan de la misma manera sobre el derecho internacional, como ha demostrado el caso del asesinato del general iraní Soleimani. En tales casos, la invocación del derecho de legítima defensa (preventiva) depende en primer lugar de si el ataque era realmente inminente. Esto a su vez requiere un pronóstico, el cual sin embargo es poco claro y muy controvertido en cuanto a los criterios y requisitos (Schiffbauer, p. 181 ss.). Independientemente de ello, surge la cuestión respecto a si el país en el que reside la persona que es objeto del ataque (cuando aquél, como en el caso de Soleimani, no sea idéntico a su país de origen) está obligado a tolerar dicho ataque. Una obligación de tolerar como

esta sólo puede asumirse en principio si el país de residencia tiene al mismo tiempo una obligación de intervenir y no está dispuesto a —o en condiciones de— cumplirla (Schiffbauer, p. 176 ss.).

En cuanto al derecho (colectivo) de legítima defensa, ya no se podrá hablar de personalización, porque aquel depende de hechos objetivos y no de la clasificación normativa de una persona como (potencial) “terrorista” (Schiffbauer, p. 182, 191). Sin embargo, al mismo tiempo, esta clasificación personal es precisamente la premisa de cualquier asesinato selectivo (“*targeted killing*”). Esto se aplica tanto a los llamados “*personality strikes*” (“ataques individualizados”), que se dirigen contra individuos sobre la base de su posición en un grupo armado, como a los “*signature strikes*” (“ataques por perfil”), en los que los objetivos son seleccionados sin conocer su identidad, de acuerdo con determinados criterios relacionados con la persona y el comportamiento, sobre la base de determinados “*patterns of life*” (“patrones de vida”) o “*behaviour*” (“conducta”) (Starski, p. 239 s.). La admisibilidad de esta práctica del derecho internacional *individual* con la posible afirmación de un derecho *colectivo* a la legítima defensa —como parte del *ius ad bellum*— no ha sido aun resuelta (ibíd., p. 245). En caso de conflicto armado, esta práctica se rige por las normas del derecho internacional de la guerra (*ius in bellum*), complementadas por las normas de derechos humanos (en particular, el derecho a la vida); en tiempo de paz sólo es aplicable el derecho internacional de la paz, en particular los derechos humanos. Según este criterio, los *signature strikes*, ya solo debido a la extensión e indeterminación de un “perfil” (ejemplos ibíd., p. 257 s.), violan en general el principio de distinción del derecho internacional humanitario y, más aún, no cumplen las exigencias de los derechos humanos (ibíd., p. 259). Los *personality strikes*, por el contrario, podrían estar permitidos al menos en virtud del derecho internacional humanitario, aunque la tendencia inmanente a “privar de sus derechos al individuo en cuestión” (ibíd.) también es problemática.

¿Límites provenientes del Estado de derecho?

Incluso los críticos de una lucha demasiado amplia contra el terrorismo reconocen que el derecho tradicional de intervención, con su orientación hacia acontecimientos y peligros concretos, está diseñado para ser reactivo y específico de cada caso y que, por lo tanto, no basta en caso de peligros difusos e indefinidos correspondientes a un estadio previo (Bäcker, p. 148 ss.). No obstante, son precisamente esos los peligros que plantean los terroristas de todas las tendencias. Es por eso que, en realidad, no hay alternativa a la personalización, y un derecho de seguridad contra el terrorismo basado en la previsión no puede ser descartado por reflejo, sino solamente contenido por las reglas del Estado de derecho. Quien no valora la seguridad del espacio público, no es consciente de la inseguridad pública en los estados con conflictos armados y problemas de gobernabilidad.

Los límites propios del Estado de derecho se derivan en primer lugar de las disposiciones de derechos humanos (reconocidas incluso por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) y del derecho constitucional. Sin embargo, falta todavía un “derecho penal constitucional material específico” (Bäcker, p. 159) así como el diálogo intradisciplinario entre constitucionalistas y penalistas, necesario para ese fin. De todos modos, parece claro que las graves intromisiones a los derechos fundamentales (como la detención administrativa y la deportación) suelen ser desproporcionadas (Kießling, p. 278 ss.), también y precisamente por la —ya comentada— incertidumbre del pronóstico. El potencial de discriminación mencionado puede contrarrestarse ampliando la dicotomía libertad-seguridad para incluir el principio de igualdad, es decir, exigiendo una tríada libertad-igualdad-seguridad (Samour, p. 50, 66), pero esto también requiere una concretización (legal) y, sobre todo, procesos de cambio jurídico-cultural en el seno de los organismos de seguridad (que, en este sentido, también son solo un reflejo de nuestra sociedad).

En otros ámbitos surgen más preguntas que respuestas. ¿Es posible, por ejemplo, que el secreto de la información preliminar obtenida por el servicio de inteligencia o por la policía sea abordado mediante un “nuevo mandato de separación” entre funciones de inteligencia y funciones de persecución penal (Rusteberg, p. 233 ss.)? ¿No resultaría acaso algo tan estricto como “o lo uno o lo otro” (ibíd., p. 236) –ora confidencialidad de la información, ora aprovechamiento operacional– más bien completamente impracticable? La tecnificación de la labor policial mediante el recurso a sistemas automatizados (relacionados con la situación o con las personas y basada en la inteligencia artificial) de carácter predictivo (“*Predictive Policing*” o “actuación policial predictiva”) (Wischmeyer, p. 193 ss.), como el mencionado RADAR-iTE: ¿aporta un valor añadido en lo que respecta al Estado de derecho, porque los sistemas proporcionan datos fiables, o no crean más bien nuevos problemas adicionales, por ejemplo, en lo que respecta al derecho a la autodeterminación informativa? La exigencia de una regulación de tales sistemas mediante un “uso concienzudo de la tecnología” (ibíd., p. 210 ss.) puede aceptarse sin más, pero ello también requiere de una mayor concretización y un diseño operacional. Y, sobre todo, esto no responde a la pregunta *normativa* de si debemos permitirnos ser determinados por tales sistemas en la política de seguridad (y también en otros ámbitos), cuando ni siquiera se ha demostrado de manera clara su superioridad con respecto al trabajo de los policías humanos (ibíd., p. 194), sino que, como ya se ha señalado, siguen siendo demasiado prematuros y propensos al error.

