

LAS APORTACIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS AL DERECHO PENAL INTERNACIONAL COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS CON LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Alicia Gil Gil

RESUMEN. En el presente artículo se analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que puede tener influencia en el derecho penal internacional por referirse, de alguna manera, a la persecución penal de crímenes internacionales, y se comentan las similitudes y las diferencias que presenta con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En particular se exponen las aportaciones del TEDH en temas como la obligación de los Estados de investigar las graves violaciones de derechos humanos y las construcciones elaboradas para imponer estas obligaciones de manera retroactiva, la contribución a la definición de los crímenes internacionales, la afirmación de su imprescriptibilidad y la admisibilidad del ejercicio por cualquier Estado de la jurisdicción universal para su persecución.

Palabras clave: tribunales constitucionales, derecho internacional de los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, competencia de tribunales, administración de justicia, jurisprudencia.

ZUSAMMENFASSUNG. Der vorliegende Beitrag analysiert die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, soweit sie aufgrund ihrer Bezugnahme auf die strafrechtliche Verfolgung von Verbrechen gegen das Völkerrecht das internationale Strafrecht beeinflussen könnte, und kommentiert ihre Ähnlichkeiten und Unterschiede zur Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Im Einzelnen dargelegt werden die Beiträge des EGMR zu Themen wie die Verpflichtung des Staates, schwere Menschenrechtsverletzungen zu untersuchen, und die mit dem Ziel einer rückwirkenden Umsetzung dieser Verpflichtung entwickelten Konstrukte, sein Beitrag zur Definition der Verbrechen gegen das Völkerrecht, die Bestätigung ihrer Unverjährbarkeit und die Zulässigkeit des Eingriffs aller Mitgliedsstaaten der internationalen Gerichtsbarkeit mit dem Ziel ihrer Umsetzung.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Schlagwörter: Verfassungsgerichte, internationales Recht der Menschenrechte, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Zuständigkeit der Gerichte, Rechtspflege, Rechtsprechung.

ABSTRACT. This article analyses the decisions of the European Court of Human Rights that may have effects on international criminal law because they refer, in one way or another, to the criminal prosecution of international crimes. The similarities and differences with the case law of the Inter-American Court of Human Rights are commented. It discusses the ECHR's contributions to subjects such as the States' obligation to investigate serious human rights violations and the arguments developed to enforce those obligations retroactively, the definition of international crimes, the declaration that these crimes are not subject to any statute of limitations and the fact that any State may exercise universal jurisdiction for their prosecution.

Keywords: constitutional courts, international human rights law, crimes against humanity, jurisdiction of the courts, administration of justice, case law.

1 • La obligación de los Estados de investigar las graves violaciones de derechos humanos

Uno de los aspectos en los que más activa se ha mostrado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en relación con los crímenes internacionales ha sido en el desarrollo del llamado *deber de garantía*, que vinculado a la figura de los *remedios efectivos* le ha servido para construir toda una batería de obligaciones de los Estados de investigar, juzgar, sancionar y reparar las graves violaciones de derechos humanos y, dando unos pasos más, a declarar la inamnistabilidad, inindultabilidad e imprescriptibilidad de determinados delitos.¹

¹ Sobre esta jurisprudencia con detalle, Javier Chinchón Álvarez: *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, 2007, en especial pp. 235 ss.434 ss., Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, 2010, pp. 25 ss., 211 ss., 263 ss., 491 ss. Sobre el derecho a interponer un recurso efectivo en la jurisprudencia internacional, con mayores detalles, Javier Chinchón Álvarez y Lydia Vicente Márquez: "La investigación de los crímenes cometidos en la guerra civil y el franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del auto del tribunal supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del derecho internacional", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 19, 2010, pp. 6 ss., accesible en <http://www.reei.org/reei19/doc/CHINCHON_Javier_Y_MARQUEZ_LydiaVicente.pdf>.

Alicia Gil Gil

El TEDH se había mantenido hasta hace poco en estas áreas lejos de los excesos² de la Corte IDH. Por supuesto, ha desarrollado igualmente los deberes del Estado de investigar las violaciones de derechos humanos, a pesar de que el principio de garantía no puede extraerse tan claramente del CEDH³ como de la CADH.⁴ Pero la interpretación que el TEDH venía dando a la obligación de poner recursos a disposición de las víctimas

² Véase, muy crítico con la actuación de la Corte Interamericana, Ezequiel Malarino: "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Gisela Elsner (eds.): o. cit., 2010, pp. 25 ss. Denuncia este autor la modificación judicial del derecho interamericano realizada por la Corte en los múltiples casos en que introduce una nueva norma en el sistema interamericano, no pactada por los Estados, o altera o suprime una norma pactada (activismo judicial), el reconocimiento jurisprudencial de nuevos derechos de la víctima que no están escritos en la Convención Americana y que neutralizan derechos fundamentales de la persona sometida a proceso penal consagrados explícitamente en ella (punitivización) y la intromisión de la Corte Interamericana, por medio de las sentencias de reparaciones, en funciones de las autoridades judiciales, legislativas y ejecutivas nacionales fuertemente expresivas de la soberanía estatal (nacionalización). El autor discute estas tres tendencias y alerta sobre su contenido antidemocrático y antiliberal. Entre los excesos de la Corte podemos enumerar, siguiendo a Ezequiel Malarino: la regla que prohíbe amnistiar delitos graves (graves violaciones de los derechos humanos o crímenes internacionales), la regla que prohíbe la prescripción de ciertos delitos (violaciones, graves violaciones, muy graves violaciones de los derechos humanos o bien crímenes internacionales), la regla que excluye la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal en caso de crímenes internacionales, la regla que limita el principio del plazo razonable de duración del proceso en caso de crímenes internacionales, la regla que limita el *ne bis in idem* en caso de nuevas pruebas, la regla que prevé el derecho del detenido extranjero a obtener información sobre la asistencia consular, la regla que establece que la Corte puede decidir más allá del caso concreto, la regla que establece que la Corte puede ordenar medidas a Estados que no participaron en el proceso internacional, etcétera. Algunas fueron efectivamente usadas para decidir casos y otras afirmadas en *obiter dicta*. El TEDH también camina peligrosamente hacia un derecho penal de excepción en tanto no garantiza el principio de legalidad, el de irretroactividad o declara imprescriptibles sin base legal los crímenes internacionales, pero al menos en estos aspectos se ha limitado a dar por válidas las actuaciones de los Estados, y no, como la CIDH a ordenarles reabrir juicios, anular leyes, etcétera, actuando a modo de máximo tribunal de casación y de legislador supranacional (sobre estos aspectos de la actuación de la Corte IDH, Ezequiel Malarino: o. cit., p. 57).

³ El artículo 1 CEDH solo contiene una previsión muy general: "Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio". Según Javier Chinchón (o. cit., p. 236), tan solo de una interpretación sistemática de todo el CEDH podrían extraerse las obligaciones de garantía.

⁴ Artículo 1 CADH: "1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". La Corte IDH ha apoyado los deberes del Estado de perseguir y castigar en este artículo y en el derecho a un recurso efectivo, véase por ejemplo, *Paniagua Morales y otros contra Guatemala*, serie C, n.º 37, sentencia del 8 de marzo de 1998 (fondo), § 89.a. ss., también el caso *Castillo Páez contra Perú*, serie C, n.º 43, sentencia del 27 de noviembre de 1998 (reparaciones y costas), § 106-107, y llega incluso a negar que baste con recursos civiles que puedan sustituir a la investigación y el enjuiciamiento penal —caso de la *Comunidad Moiwana contra Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia 15 de junio de 2005, serie C, n.º 124, § 144 ss., y Caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 22 de septiembre de 2006, serie C, n.º 153, § 122—. Sobre toda esta jurisprudencia véase con detalle Javier Dondé Matute: "El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): o. cit., 2010, pp. 263 ss.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

(artículo 13 CEDH) no ha ido tan lejos y ha sido más respetuosa de la soberanía de los órganos legislativos nacionales que la seguida por la Corte IDH.⁵

Aun manteniendo diferencias sustanciales, hay que señalar sin embargo una evolución de la jurisprudencia del TEDH en este terreno. El TEDH ha manifestado en diversas resoluciones que la obligación de los Estados de proteger un derecho (en cualquier circunstancia y no solo en los casos de crímenes internacionales o de las más graves violaciones) incluye la de investigar las circunstancias en que se produce su violación,⁶ pero en los últimos años de ahí deriva posteriormente que por ello la no realización de tal investigación —por ejemplo, no investigar la muerte de una persona sucedida como consecuencia del uso de la fuerza para poder descartar la vulneración del derecho a la vida— supone una infracción directa *e independiente* de la violación primaria (la muerte de la víctima) del artículo 2 CEDH,⁷ lo que, como veremos en la sección siguiente, le ha permitido muy recientemente imponer a los Estados obligaciones de manera retroactiva.

De este modo, la obligación de investigar podría tener dos diferentes apoyos:

- el artículo 13, cuando se ha constatado una violación, llamémosla primaria o sustantiva, del CEDH (por ejemplo, una muerte que se puede calificar de violación del Convenio por encontrarse este vigente para el Estado en cuestión en el momento de los hechos y haberse probado la participación de agentes del Estado en su comisión), y

⁵ La Corte IDH ha desarrollado incluso deberes de tipificación expresa de determinadas figuras delictivas. Por ejemplo, en los casos *Trujillo Oroza contra Bolivia*, reparaciones y costas, sentencia del 27 de febrero de 2002, serie C, n.º 92, § 97, y *Goiburú y otros contra Paraguay*, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 22 de septiembre de 2006, serie C, n.º 153, la Corte IDH estableció que la falta de tipificación expresa e independiente de la desaparición forzada de personas en el ámbito interno contribuye a la impunidad, al constituirse como un obstáculo para el “desarrollo del proceso efectivo”. También declaró el deber de los Estados de solicitar la extradición de los responsables —caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador*, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 22 de noviembre de 2007, serie C, n.º 171, § 17—. Sobre toda esta jurisprudencia véase con detalle Javier Donde Matute: o. cit., 2010, pp. 263 ss.

⁶ Así por ejemplo en el caso *Kaya v. Turkey*, sentencia de 19 de febrero de 1998 el tribunal afirma: “*The obligation to protect the right to life under Article 2, read in conjunction with the State’s general duty under Article 1 of the Convention to ‘secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms in [the] Convention’, requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, inter alios, agents of the State (see the above-mentioned McCann and Others judgment, p. 48, § 161)*”.

⁷ Caso *Šilih v. Slovenia*, sentencia de 9 Abril 2009, § 154: “*The Court notes the State’s obligation to carry out an effective investigation or to provide for the possibility of bringing civil or criminal proceedings as may be appropriate to the case (Calvelli and Ciglio v. Italy [GC], no. 32967/96, § 51, ECHR 2002-I) has in the Court’s case-law been considered as an obligation inherent in Article 2 which requires, inter alia, that the right to life be ‘protected by law’. Although the failure to comply with such an obligation may have consequences for the right protected under Article 13, the procedural obligation of Article 2 is seen as a distinct obligation (see Öneriyıldız v. Turkey [GC], no. 48939/99, § 148, ECHR 2004-XII; and İlhan, cited above, § 91-92)*”.

ALICIA GIL GIL

- además un apoyo directo en cada uno de los preceptos que afirman cada uno de los derechos fundamentales, como obligación procesal contenida en ellos,⁸ y que es independiente de la constatación de una violación material o primaria del Convenio (por ejemplo, si no puede afirmarse tal violación porque precisamente por la falta de investigación no se ha probado que los autores de la muerte fueran agentes del Estado,⁹ o porque se cometió antes de estar vigente el Convenio para el Estado,¹⁰ aun así el Estado puede incurrir en responsabilidad por no haber protegido suficientemente la vida a través de la criminalización, investigación y persecución penal en su caso).¹¹

Esta segunda interpretación ha servido al TEDH, como veremos, para hacer una aplicación retroactiva de su jurisdicción.

El TEDH, además, ha interpretado el artículo 13 CEDH en el sentido de que el remedio apropiado que la Convención obliga a poner a disposición de las víctimas exige una investigación efectiva *capaz* de llevar a la identificación y el castigo de los culpables,¹² y además dicho remedio (la investigación) debe ser “efectivo” en la práctica, así como en la legislación, en particular en el sentido de que no debe ser injustifica-

⁸ Kai Ambos y María Laura Böhm: “Tribunal europeo de derechos humanos y Corte interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido y tribunal audaz?”, apartado 3, en este mismo volumen.

⁹ Así por ejemplo, en el caso *Erikson v. Italy*, 37900/97, Court (First Section), decisión sobre la admisibilidad, del 26 de octubre de 1999, *Kaya v. Turkey*, 158/1996/777/978, TEDH, fallo del 19 de febrero de 1998, § 78 y 86. Esta argumentación del tribunal se critica porque el TEDH está realizando una inversión de la carga de la prueba en contra del Estado investigado Anjia Seibert-Fohr: *Prosecuting serious human rights violations*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 129 ss.

¹⁰ Véase la sentencia del TEDH de 9 de abril de 2009 en el caso *Šilih v. Slovenia*, 71463/01 Court (Grand Chamber) Judgment (Merits and Just Satisfaction), § 159.

¹¹ Sobre esta extensión Anjia Seibert-Fohr: o. cit. p. 118 ss. Para esta autora lo que establece el TEDH son deberes generales de evitar un clima de impunidad, como forma de proteger los derechos humanos en general, pero aunque lo hace a raíz de quejas individuales en la jurisprudencia del TEDH el castigo penal de los autores no es requerido como un remedio para la víctima individual. A favor de la extensión, Kai Ambos y María Laura Böhm, texto correspondiente a la nota 44, señalando que “la interpretación extensiva que realiza el TEDH del derecho a la vida (artículo 2 CEDH) y que requiere una debida criminalización no debe ser entendida en el sentido de la tendencia punitiva criticada por algunos autores respecto de la jurisprudencia de la Corte IDH”.

¹² Sobre las distintas interpretaciones doctrinales que han suscitado las obligaciones impuestas por el TEDH véase Kai Ambos y María Laura Böhm: o. cit., notas 30 ss. y texto correspondiente. Mientras algunos autores interpretan que el recurso efectivo exige la persecución penal —por ejemplo, Naomi Roht-Arriaza: “State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law”, en *California Law Review* 78: 449 (1990), p. 478 y 481 ss., aunque más adelante no sin cierta contradicción afirma que el castigo no tiene que ser necesariamente pena de prisión sino que puede ser castigo suficiente la mera investigación y revelación de las identidades de los responsables—, otros en cambio entienden que el tribunal impone solo una obligación abstracta, u obligación de medios, no de fines —por ejemplo, Kai Ambos y María Laura Böhm: o. cit.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

damente obstaculizado por los actos u omisiones de las autoridades.¹³ Sin embargo, de afirmar la necesidad de una investigación efectiva que pueda llevar a los acusados a juicio a afirmar una obligación de castigo por el Estado, independiente de los intereses de la víctima,¹⁴ o prohibir la amnistía,¹⁵ o incluso la atenuación de la pena por motivos político-criminales ajenos al contenido de injusto de los hechos o a la culpabilidad del autor,¹⁶ o la prescripción de determinados delitos en las legislaciones internas,¹⁷ hay un gran trecho, que el sistema interamericano ha recorrido (sin por cierto llegar a explicar por qué ciertas violaciones de derechos humanos son amnistiables y prescriptibles y otras no lo son,¹⁸ siendo aplicables a todas ellas los mismos deberes de garantía y derechos a

¹³ Caso *Kaya v. Turkey*, 22729/93 Judgment (Merits and Just Satisfaction) Court (Chamber) sentencia de 19 de febrero de 1998 §106. "The Court recalls that Article 13 of the Convention guarantees the availability at the national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they might happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of the relevant Convention complaint and to grant appropriate relief, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their Convention obligations under this provision. The scope of the obligation under Article 13 varies depending on the nature of the applicant's complaint under the Convention. Nevertheless, the remedy required by Article 13 must be 'effective' in practice as well as in law, in particular in the sense that its exercise must not be unjustifiably hindered by the acts or the omissions of the authorities of the respondent State (see the above-mentioned *Aksoy* judgment, p. 2286, § 95; the above-mentioned *Aydın* judgment, pp. 1895-96, § 103; and the above-mentioned *Mentes* judgment, pp. 2715-16, § 89).

"107. In the instant case the applicant is complaining that he and the next-of-kin have been denied an 'effective' remedy which would have brought to light the true circumstances surrounding the killing of Abdülmenaf Kaya. In the view of the Court the nature of the right which the authorities are alleged to have violated in the instant case, one of the most fundamental in the scheme of the Convention, must have implications for the nature of the remedies which must be guaranteed for the benefit of the relatives of the victim. In particular, where those relatives have an arguable claim that the victim has been unlawfully killed by agents of the State, the notion of an effective remedy for the purposes of Article 13 entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the relatives to the investigatory procedure (see, mutatis mutandis, the above-mentioned *Aksoy* and *Aydın* judgments at p. 2287, § 98, and pp. 1895-96, § 103, respectively). Seen in these terms the requirements of Article 13 are broader than a Contracting State's procedural obligation under Article 2 to conduct an effective investigation (see paragraphs 86 and 87 above)".

¹⁴ Sentencia de la Corte IDH de 27 de agosto de 1998, caso *Garrido y Baigorria v. Argentina*.

¹⁵ Caso *Barrios Altos contra Perú*, serie C, n.º 75, sentencia del 14 de marzo de 2001 (fondo), § 43, *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 105-113, 116, 119.

¹⁶ Así parece desprenderse de la sentencia en el caso de la *Masacre de La Rochela contra Colombia*, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 11 de mayo de 2007, serie C, n.º 163, § 196, donde al discutirse cómo debería aplicarse la Ley de Justicia y Paz colombiana, que prevé diversos beneficios penales de naturaleza político-criminal (por ejemplo, para quien confiese, repare y dé garantías de no repetición) la Corte afirmó: "En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la trasgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos".

¹⁷ *Comunidad Moiwana contra Surinam*, § 167; caso *Bulacio contra Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 18 de septiembre de 2003, serie C, n.º 100, § 106-108, 113 ss.

¹⁸ Pero además uno podría pensar que la imprescriptibilidad se ha limitado en la jurisprudencia de la Corte a lo que esta viene denominando *muy graves violaciones de los derechos humanos*, referidas a violaciones masi-

ALICIA GIL GIL

un recurso efectivo y al acceso a la justicia)¹⁹ y el europeo no. Pues el TEDH impone más bien una obligación de medios y no de resultados, y no hay en el Convenio Europeo de Derechos Humanos un derecho convencionalmente reconocido de la víctima a “que se haga justicia”, dado que la obligación estatal consiste en la investigación y no en la condena.²⁰

En relación con las amnistías, en 1991, en el caso *Dujardin contra Francia*, la Comisión Europea de Derechos Humanos dio validez a una ley de amnistía aprobada en referéndum popular y posteriormente por la Asamblea Nacional francesa, con vistas a conceder la independencia a Nueva Caledonia.²¹ En contra de los argumentos de los demandantes,²² la Comisión rechazó la demanda negando que la amnistía supusiera una

vas dirigidas por el Estado, que en cierta medida coincidiría con los crímenes internacionales —lo que todavía exigiría de la Corte precisar qué instrumento internacional prohíbe la prescripción de tales hechos con carácter obligatorio para el Estado en el momento de comisión de los hechos o en el momento de su enjuiciamiento, según cómo se entienda la prescripción—. Pero lo cierto es que no ha sido así. En la llamativa decisión en el caso *Bulacio contra Argentina*, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 18 de septiembre de 2003, serie C, n.º 100, § 116, la Corte declara imprescriptible una muerte aislada causada imprudentemente por unos malos tratos, en la que además resulta muy cuestionable la imputación objetiva del resultado, lo que desde luego no encaja en absoluto en la noción de “muy grave violación de derechos humanos” —véase Daniel Pastor: “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en *Jura Gentium*, II (2006), 1, accesible en <<http://www.juragentium.unif.it/es/surveys/latina/pastor.htm>>; sobre esta sentencia véase también Pablo Parenti: “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): o. cit., pp. 215 ss. La Corte afirma en esta sentencia —§ 116—: “[...]este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos”. En el caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2007, serie C, n.º 171, se quiso emplear el argumento de la imprescriptibilidad de las violaciones de los derechos humanos en un caso de negligencia médica y la Corte no lo admitió, alegando: “La prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Esta es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito. Sin perjuicio de lo anterior, la prescripción de la acción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional. La jurisprudencia constante y uniforme de la Corte así lo ha señalado. En el presente caso no opera la exclusión de prescripción, porque no se satisfacen los supuestos de imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales”. Ante la disparidad de criterios ofrecidos en las sentencias mencionadas parecería que lo que lleva a la imprescriptibilidad es sin más la condición de funcionario público o agente del Estado del autor. En cambio, Parenti pone el acento en las demoras en el proceso achacables a la defensa del acusado; señala que parece establecerse así en el caso *Bulacio* una especie de “castigo por las dilaciones procesales” y estima además que la sentencia *Albán Cornejo* corrige la jurisprudencia anterior del caso *Bulacio*.

¹⁹ Apunta esta incoherencia Jesús María Silva Sánchez: “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, en Antonio García-Pablos de Molina (ed.): *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, 2009, p. 162.

²⁰ Véase Kai Ambos y María Laura Böhm: o. cit., notas 30 ss. y 58 ss. y texto correspondiente.

²¹ *Dujardin et autres contre la France*, 16734/90, Commission, decisión del 2 de setiembre de 1991.

²² Las víctimas eran familiares de gendarmes franceses que según el relato fáctico de la decisión habían sido asesinados por unos cincuenta asaltantes, estando desarmados, en el curso del conflicto contra la presencia francesa en el territorio.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

violación del artículo 2 (derecho a la vida), argumentando su carácter excepcional y su finalidad de resolver los conflictos entre las diversas comunidades del archipiélago, y la capacidad del Estado para hacer uso de su política criminal en busca de un equilibrio entre sus legítimos intereses y el derecho de los individuos de ver protegido por ley su derecho a la vida.²³ También reiteró que la amnistía no suponía una infracción del artículo 6 del Convenio, en tanto el derecho al proceso justo es un derecho del imputado y no comprende el derecho de las víctimas a provocar el ejercicio de un proceso penal.²⁴

Por ello Seibert-Fohr afirma que de esta decisión se deduce que para la Comisión la búsqueda de la reconciliación puede ser un fin legítimo que justifique ciertas restricciones en relación con el castigo de los autores y, al contrario que las americanas, las instituciones europeas reconocerían una diferencia entre el derecho sustantivo y su protección procesal, pues si bien el primero no puede ser derogado en ninguna circunstancia, un Estado podría abstenerse de persecuciones penales para resolver conflictos internos. De esta manera, las amnistías se entenderían en el sistema europeo de derechos humanos según esta autora como un asunto perteneciente a la esfera política con un único límite absoluto: cuando la amnistía tiene la intención precisamente de proteger a los delincuentes contra la rendición de cuentas, creando de esta manera un clima de impunidad que favorece que se sigan cometiendo las violaciones de derechos humanos.²⁵

Sin embargo, sí vemos en los últimos años algunas declaraciones que se acercan a la jurisprudencia de la Corte. En varias decisiones recientes se ha pronunciado aparentemente en otro sentido sobre la amnistía y la prescripción, aunque solo en relación con la tortura.

El TEDH tuvo ocasión de pronunciarse de nuevo sobre el problema de las amnistías en el caso *Ould Dah contra Francia*,²⁶ en 2009. Su pronunciamiento puede calificarse de tibio en relación con los realizados por su homónima americana.²⁷ A pesar de afirmar

²³ "L'Etat est en droit d'adopter, dans le cadre de sa politique criminelle, les lois d'amnistie qu'il juge nécessaires à condition toutefois qu'un équilibre soit ménagé entre les intérêts légitimes d'un Etat et l'intérêt des justiciables à ce que le droit à la vie soit protégé par la loi. En l'occurrence, la Commission estime qu'un tel équilibre a été respecté et qu'il n'a, dès lors, pas été porté atteinte à la disposition précitée".

²⁴ "Le droit d'accès à un tribunal contenu dans l'article 6 § 1 (art. 6-1) ne s'étend pas au droit de provoquer l'exercice de poursuites pénales".

²⁵ Anjia Seibert-Fohr: o. cit. pp. 141 ss.

²⁶ *Ould Dah v. Francia*, 13113/03, Cour (Cinquième Section), decisión del 17 de marzo 2009.

²⁷ En cambio, Joan Garcés ("Los crímenes de lesa humanidad en España ante el Tribunal Supremo", en Josep Tamarit [coord.]: *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, 2010, p. 178) interpreta que en esta sentencia el TEDH "ha reiterado la incompatibilidad entre los delitos objeto del artículo 7.2 del CEDH y la amnistía". Sin embargo, estimo que el TEDH no manifiesta esa incompatibilidad de manera tajante y absoluta, y en segundo lugar, los delitos por los que el demandante fue juzgado en Francia eran delitos comunes

Alicia Gil Gil

que, “al igual que el Comité de Derechos Humanos y el TPIY, el Tribunal considera que las amnistías son *generalmente* incompatibles con el deber de los Estados de investigar”,²⁸ a continuación matiza que “ciertamente no podemos excluir la posibilidad de un conflicto entre, por un lado, la necesidad de perseguir los crímenes cometidos, y, por otro, el deseo de reconciliación del cuerpo social de un país”, a lo que añade que sin embargo en el caso concreto no se ha realizado tal proceso de reconciliación,²⁹ con lo que parece seguir la línea de argumentación iniciada en *Dujardin contra Francia*. El Tribunal no llega a expresar de manera tajante que considere nulas en derecho internacional las leyes de amnistía en general, aunque afirma:

Sin embargo, como el Tribunal ya ha señalado, la prohibición de la tortura ocupa un lugar destacado en todos los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos y consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. Por tanto, no puede ponerse en entredicho la obligación de juzgar esos actos concediendo la impunidad mediante la adopción de una ley de amnistía que podría ser considerada como abusiva según el derecho internacional.

Y concluye que, además, la amnistía de un sujeto ante los tribunales de su país no se opone a la aplicación a los hechos de la ley francesa por la jurisdicción francesa en ejercicio del principio de jurisdicción universal.³⁰ Lo cierto es que, por otra parte, al tratarse de una decisión de inadmisión en que el demandante era precisamente el amnis-

de tortura, y en ningún lugar se establece su calificación como o su relación con aquellos a los que se pudiera referir el artículo 7.2.

²⁸ Cursivas añadidas.

²⁹ La ley de amnistía mauritana es de 1993 y extiende sus efectos a hechos ocurridos en 1990 y 1991. Los pronunciamientos de órganos internacionales sobre la incompatibilidad de las amnistías con los deberes de investigar comienzan en los años 2000. De hecho, la Comisión IDH no condenó la amnistía guatemalteca cuando tuvo la oportunidad en 1983 —véase sobre este dato y sobre la evolución de la consideración de las amnistías en el sistema interamericano de protección de derechos humanos Anjia Seibert-Fohr: *Prosecuting serious human rights violations*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 85 ss. Una referencia detallada a los pronunciamientos de instituciones internacionales contra las amnistías puede verse en la reciente sentencia de la Corte IDH de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones), caso *Gelman contra Uruguay*, nm. 195 ss. A pesar de que la idea se desarrolla en dicha época, la Corte la ha aplicado a normas sobre amnistía anteriores, especialmente de finales de los ochenta y los noventa, e incluso recientemente a la ley de amnistía brasileña —ley n.º 6.683, del 28 de agosto de 1979, que es la norma sobre amnistía más antigua sobre la que se ha pronunciado hasta el momento—; caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil*, sentencia de 24 de noviembre de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), caso en el que además la Convención se aplica retroactivamente, recurriendo para ello a la ficción de la violación independiente y permanente (véase Alicia Gil: “Breve comparación de los mecanismos de superación del pasado adoptados en las transiciones brasileña y española”, en *Transición y gobernabilidad. La administración de la Defensa en Brasil y España*, Madrid: IUGM (en prensa). Con detalle sobre el tratamiento de las amnistías por la Corte, Javier Dondé: o. cit. pp. 277 ss.

³⁰ “A l’instar du Comité des droits de l’homme des Nations Unies et du TPIY, elle considère que l’amnistie est généralement incompatible avec le devoir qu’ont les États d’enquêter sur de tels actes.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

tiado y luego condenado, que alegaba infracción del artículo 7 (principio de legalidad), el Tribunal no se extendió demasiado en la fundamentación que el rechazo a la amnistía podría tener en la propia CEDH.

Ya antes, en 2004, en el caso *Abdülsamet Yaman contra Turkey* el Tribunal había señalado que para los propósitos del recurso efectivo del artículo 13 del Convenio es de suma importancia que los procesos penales y las sentencias por las torturas y malos tratos cometidos por agentes del Estado no prescriban, y que además no *deberían* permitirse las amnistías e indultos de estos delitos.³¹ El Tribunal no habla de *graves violaciones, violaciones masivas* o de *crímenes internacionales*, sino al parecer de cualquier delito de tortura o malos tratos, aunque sea aislado, cometido por un agente estatal.³² La referencia a las amnistías en esta decisión está expresada en condicional, de forma que parece más una recomendación, y no se desarrolla la argumentación sobre qué precepto del Convenio apoyaría la prohibición de un posible indulto.³³ En el mismo sentido se pronunció de

"Force est de constater qu'en l'espèce la loi d'amnistie mauritanienne est intervenue non pas après jugement et condamnation du requérant, mais précisément en vue d'empêcher toute poursuite pénale à l'encontre de celui-ci. Certes, d'une manière générale, on ne saurait exclure la possibilité d'un conflit entre, d'une part, la nécessité de poursuivre les crimes commis et, d'autre part, la volonté de réconciliation du corps social d'un pays. En tout état de cause, aucun processus de réconciliation de ce type n'a été mis en place en Mauritanie. Cependant, comme la Cour l'a déjà relevé, l'interdiction de la torture occupe une place primordiale dans tous les instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme et consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. On ne saurait dès lors remettre en cause l'obligation de poursuivre de tels faits en accordant l'impunité à son auteur par l'adoption d'une loi d'amnistie susceptible d'être qualifiée d'abusives au regard du droit international. La Cour relève au demeurant que ce dernier n'exclut pas le jugement d'une personne amnistiée avant jugement dans son Etat d'origine par un autre Etat, ce qui ressort par exemple de l'article 17 du Statut de la Cour pénale internationale qui ne compte pas cette situation au nombre des causes d'irrecevabilité d'une affaire".

³¹ *Abdülsamet Yaman v. Turkey*, Application n.º 32446/96, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 2 de noviembre de 2004, § 55: "The Court further points out that where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance for the purposes of an 'effective remedy' that criminal proceedings and sentencing are not time-barred and that the granting of an amnesty or pardon should not be permissible. The Court also underlines the importance of the suspension from duty of the agent under investigation or on trial as well as his dismissal if he is convicted (see Conclusions and Recommendations of the United Nations Committee against Torture: Turkey, 27 May 2003, CAT/C/CR/30/5)".

³² Aunque el TEDH no haga ninguna referencia a ello en las sentencias que acabamos de comentar, quizás tenga que ver el hecho de que Turquía ha sido condenada por cerca del cincuenta por ciento del total de casos en que se ha declarado la violación del artículo 3 del CEDH en el último decenio. Véase Javier Chinchón Álvarez: "Turquía y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre tortura: algunas reflexiones tras los casos *Getirem*, *Kemal Kahraman*, *Osman Karademir*, *Osmanoğlu*, *Balçık* y otros, *contra Turquía*" en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 13, n.º 33, mayo-agosto de 2009, p. 612. Es por ello que quizás, referido al caso concreto, una práctica generalizada de indulto mientras se están cometiendo los delitos efectivamente genere un clima de impunidad y anime a la prosecución de las violaciones de derechos humanos, caso que habría que distinguir absolutamente de un indulto por un delito ya cometido cuando el clima de violación de derechos humanos ha cesado. En este último caso, en mi opinión, no hay duda de que no existe fundamento alguno para prohibir un indulto.

³³ La Corte IDH no ha llegado por el momento a declarar contrario a la Convención de forma clara un concreto indulto, aunque parece manifestarse en contra cuando en la sentencia en el caso de la *Masacre de La Rochela contra Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 11 de mayo de 2007, serie C, n.º 163, afirma,

ALICIA GIL GIL

nuevo en 2009, en el caso *Yeter contra Turquía*, donde reiteró que los procesos y las penas por delitos de tortura cometidos por agentes del Estado no deben prescribir y que *no debería* permitirse la concesión de una amnistía o indulto.³⁴

Habrà que esperar a que el Tribunal tenga que decidir de nuevo en un caso de amnistía tras un cambio de régimen para comprobar si estas decisiones sobre torturas suponen un cambio de la consideración en general sobre la amnistía o si, por el contrario, se mantiene la interpretación de *Seibert-Fohr*. Es decir, para comprobar si los órganos europeos de derechos humanos han pasado, como sus homónimos americanos, a considerar contrarias al Convenio cualquier tipo de amnistía o, por el contrario, se mantienen en la opinión de que solo lo son aquellas políticas de concesión automática de indultos o promesas de amnistía o simple falta de persecución de hecho que en la práctica suponen una derogación de la protección legal de los derechos humanos y generan la comisión de nuevas violaciones, pero no en cambio aquellas otras que no tienen este efecto sino que se dictan de manera excepcional una vez que cesa la situación que generaba las violaciones de derechos humanos con vistas a la reconciliación nacional.

2. La aplicación retroactiva de los propios Convenios de derechos humanos

La Corte IDH había llegado antes que el TEDH a independizar las obligaciones de perseguir y castigar de la necesidad de la previa constatación de una violación de la Convención Interamericana de Derechos humanos (cuando, como vimos, estas habían nacido como un desarrollo del derecho a un recurso efectivo por la violación de la CADH y de su deber de garantía), al afirmar tales deberes incluso por hechos cometidos antes de la ratificación de la Convención por el Estado demandado y calificar su no

§ 193: "Para que el Estado satisfaga el deber de garantizar adecuadamente diversos derechos protegidos en la Convención, entre ellos el derecho de acceso a la justicia y conocimiento y acceso a la verdad, es necesario que cumpla su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos. Para alcanzar ese fin el Estado debe observar el debido proceso y garantizar, entre otros [...] *el cumplimiento de la sentencia*" (cursivas añadidas).

³⁴ *Yeter v. Turkey*, 33750/03 Court (Second Section) Judgment (Merits and Just Satisfaction) 13 enero 2009, parr. 70: "[...] although the accused police officers were suspended from duty, the disciplinary proceedings against them were terminated as they benefited from Amnesty Law no. 4455. As a result, no disciplinary sanction was imposed on them. In this connection, the Court reaffirms that when an agent of the State is accused of crimes that violate Article 3, the criminal proceedings and sentencing must not be time-barred and the granting of an amnesty or pardon should not be permissible".

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

cumplimiento como violación de la Convención,³⁵ lo que supuso una aplicación retroactiva de la CADH,³⁶ contraria por tanto a la irretroactividad proclamada en artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.³⁷ Como la Corte en puridad no podía sustentar estos deberes en la obligación de recurso por infracción de la Convención, que surgiría solo de la constatación de la violación sustantiva de esta, los sustentó en la ficción³⁸ de una violación continuada o permanente diferente.³⁹ Es decir, si bien la Corte rechaza pronunciarse sobre, por ejemplo, muertes cometidas antes de la entrada en vigor de la Convención,⁴⁰ y por ello no puede calificar tampoco en estos casos

³⁵ Por ejemplo, en el caso de la *Comunidad Moiwana contra Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia 15 de junio de 2005, serie C, n.º 124, § 43, Surinam había ratificado la Convención el 12 de noviembre de 1987 y se le demandaba por no haber investigado y castigado una masacre cometida en 1986. La Corte afirmó sin embargo su competencia, en contra de las alegaciones del Estado, argumentando que “la Corte distingue tanto entre presuntas violaciones a derechos de la Convención Americana que son de naturaleza continua y presuntas violaciones ocurridas después del 12 de noviembre de 1987. En relación con las primeras, el Tribunal advierte que se ha alegado la perpetración de una masacre en 1986; como consecuencia de ella, habría nacido para el Estado la obligación de investigar, procesar y juzgar a los responsables. Tanto es así que el propio Estado inició esta investigación en 1989. La referida obligación podía ser examinada a contar de la fecha del reconocimiento por Suriname de la competencia de la Corte. El examen de la compatibilidad de las acciones y omisiones del Estado respecto a esta investigación, a la luz de los artículos 8, 25 y 1.1 de la Convención, es de competencia de esta Corte”. Esta forma de actuar se repite en los casos de desapariciones forzadas en los que la detención de la víctima se cometió antes de la ratificación de la Convención por el Estado demandado, con el argumento de que las distintas violaciones de los derechos humanos que suponen la desaparición forzada continúan produciéndose hasta que se da razón de la suerte o paradero de la víctima, y afirma una violación continua de los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con los parientes; véase, por ejemplo, *Hermanas Serrano-Cruz contra El Salvador* (sentencia del 23 de noviembre de 2004, objeciones preliminares), § 85. Sobre la jurisprudencia que califica como violación de la Convención el no cumplimiento de las obligaciones de investigar y perseguir a pesar de que los hechos que motivarían tales obligaciones queden fuera de la jurisdicción de la Corte, véase también Naomi Roht-Arriaza: o. cit. (1990), p. 484.

³⁶ Kai Ambos: *Impunidad y derecho penal internacional*, 2.ª ed., Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 139; muy crítico también Pablo A. Ormachea: “Recent developments: Moiwana village: the Inter-American Court and the ‘continuing violation’ doctrine”, en *Harvard Human Rights Journal*, n.º 19, pp. 284 ss.

³⁷ “Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

³⁸ T. Russell Gibson: “True Fiction: Competing Theories of International Legal Legitimacy and a Court’s Battle with Ratione Temporis”, en *International Comparative Law Review*, Loyola Law School, Los Angeles, vol. 29, pp. 154, 158 ss.

³⁹ Pablo A. Ormachea: o. cit., pp. 284 ss.

⁴⁰ Así, caso de las *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*, sentencia de 23 de noviembre de 2004, Corte IDH, serie C, n.º 118 (2004), § 77: “Consecuentemente, con fundamento en lo antes señalado, el Tribunal resuelve que se encuentran excluidos por la limitación del reconocimiento de la competencia de la Corte realizada por El Salvador, los hechos que la Comisión alega en relación con la supuesta violación a los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 7 (Derecho a la Libertad Personal) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, como una situación violatoria que tuvo su inicio de ejecución en junio de 1982, trece años antes de que El Salvador reconociera la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, con la supuesta ‘captura’ o ‘toma en custodia’ de las niñas por militares del Batallón Atlacatl y su ‘posterior desaparición’. [...]”

ALICIA GIL GIL

la ausencia de una investigación directamente como una violación del derecho a la vida por infracción de la obligación de recurso, para estos supuestos ha desarrollado la idea de que la falta de investigación de una muerte o desaparición⁴¹ ocurrida con anterioridad a la firma de la convención constituyen una violación independiente y continuada, bien del derecho a la tutela judicial,⁴² bien de la integridad moral de los supervivientes y familiares,⁴³ que al persistir en el presente otorga competencia a la Corte. Con ello consigue el mismo efecto: condenar al Estado por la no investigación de un hecho anterior a la ratificación de la Convención.

Nótese que tanto la redacción como la interpretación del derecho a un proceso equitativo y a un recurso son mucho más amplios en la Convención americana que en la europea. El artículo 8 CADH regula las garantías judiciales, entre ellas el derecho de acceso a la justicia, y la Corte IDH, al contrario que el TEDH respecto del paralelo derecho europeo a un juicio justo, lo entiende también como un derecho de las víctimas, y el 25 recoge el derecho al recurso por violación de los derechos reconocidos en la ley, la Constitución o la Convención, a diferencia del 13 CEDH, que se refiere solo a la violación de derechos reconocidos por la Convención. Estas diferencias llevarían al TEDH a seguir necesariamente una argumentación distinta al intentar seguir el camino de la Corte.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) venía negando de manera constante en sus decisiones que exista violación del artículo 2.3 del PIDCP cuando las violaciones de derechos humanos se hubiesen producido

⁷⁹ Debido a que la limitación temporal hecha por el Estado es compatible con el artículo 62 de la Convención (supra § 73), la Corte admite la excepción preliminar *ratione temporis* interpuesta por El Salvador para que el Tribunal no conozca de aquellos hechos o actos cuyo principio de ejecución es anterior al 6 de junio de 1995 y que se prolongan con posterioridad a dicha fecha de reconocimiento de competencia. Por lo tanto, la Corte no se pronunciará sobre la supuesta desaparición forzada de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz y, en consecuencia, sobre ninguno de los alegatos que sustentan violaciones relacionadas con dicha desaparición”.

Y en el caso *Blake v. Guatemala*, sentencia de 2 de julio de 1996 (excepciones preliminares), § 33 y 34, rechaza pronunciarse sobre la detención y la muerte de la víctima cometida antes de la entrada en vigor de la Convención, pero lo hace sobre los efectos de su desaparición, que se prolongó hasta después de la ratificación.

⁴¹ *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*, § 84. La Corte considera que todos aquellos hechos acaecidos con posterioridad al reconocimiento de la competencia de la Corte por El Salvador referentes a las alegadas violaciones a los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con su artículo 1.1, no están excluidos por la limitación realizada por el Estado, puesto que se trata de actuaciones judiciales que constituyen hechos independientes cuyo principio de ejecución es posterior al reconocimiento de la competencia de la Corte por El Salvador, y que podrían configurar violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia ocurridas después del reconocimiento de la competencia del Tribunal.

⁴² En *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador* la Corte afirma su competencia por violación de los artículos 8 y 25, relativos a la tutela judicial.

⁴³ En el caso *Comunidad Moiwana contra Surinam* la Corte concluyó violación del artículo 5 (derecho a la integridad física y moral) por el sufrimiento causado a supervivientes y familiares por la ausencia de investigación.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

antes de la entrada en vigor del PIDCP, y aunque, por ejemplo, una ley de amnistía que impide su persecución y castigo se haya promulgado después de esa entrada en vigor, apoyándose en la literalidad del artículo, ya que el derecho al recurso solo nace desde que una violación del Pacto ha sido establecida, y para establecer una violación del Pacto tiene que estar vigente el Pacto en el momento de la violación.⁴⁴ A pesar de que el CDH

⁴⁴ El Comité declaró la irretroactividad del pacto incluso para los casos de desapariciones en los que la víctima seguía desaparecida. Véase *Y. S. E. contra Argentina* (comunicación n.º 275/1988: Argentina, 04/04/90; CCPR/C/38/D/275/1988; CCPR/C/38/D/275/1988, 4 de abril de 1990) y *R. A., V. N. et al. contra Argentina* (comunicaciones n.ºs 343, 344 y 345/1988: Argentina, 05/04/90; CCPR/C/38/D/343/1988; CCPR/C/38/D/343/1988, 5 de abril de 1990): "Con respecto a la aplicación *ratione temporis* del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Protocolo Facultativo a la Argentina, el Comité recuerda que ambos instrumentos entraron en vigor el 8 de noviembre de 1986. Observa que el Pacto no puede aplicarse retroactivamente y que el Comité no puede *ratione temporis* examinar presuntas violaciones que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado parte [...] el Comité recuerda su jurisprudencia anterior en que estima que el artículo 2 del Pacto constituye un compromiso general adquirido por los Estados que los particulares no pueden invocar en forma aislada con arreglo al Protocolo Facultativo (*M. G. B. v S. P. contra Trinidad y Tobago*, comunicación n.º 268 / 1987, § 6.2, declarada inadmisibles el 3 de noviembre de 1989). En la medida en que los autores invocan el artículo 2 conjuntamente con otros artículos del Pacto, el Comité observa que el apartado a del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto estipula que cada uno de los Estados partes se compromete 'a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo [...]'. Así, pues, de conformidad con el artículo 2, el derecho a interponer un recurso surge tan solo después de establecerse que ha habido violación de un derecho consagrado en el Pacto. Sin embargo, los casos de desaparición y muerte, que podrían haber constituido violaciones de diversos artículos del Pacto, y respecto de los cuales podrían haberse interpuesto recursos, se produjeron antes de la entrada en vigor para la Argentina del Pacto y del Protocolo Facultativo. Por lo tanto, el Comité no puede examinar la cuestión, puesto que esa parte de la comunicación es inadmisibles *ratione temporis*. 5.4 El Comité considera necesario recordar al Estado parte que, en relación con violaciones que hubieran tenido lugar o siguieran produciéndose después de la entrada en vigor del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de investigar las violaciones denunciadas y de proporcionar recursos legales a las víctimas o sus familiares a cargo, según proceda. 5.5 En la medida en que los autores afirman que la promulgación de la ley n.º 23.521 menoscabó su derecho a que ciertos funcionarios del Gobierno fueran procesados, el Comité remite a su jurisprudencia anterior en virtud de la cual el Pacto no establece el derecho a que una persona haga que el Estado enjuicie penalmente a otra persona (*H. C. M. A. contra los Países Bajos*, comunicación n.º 213/1986, § 11.6, declarada inadmisibles el 30 de marzo de 1989). En consecuencia, esta parte de la comunicación es inadmisibles *ratione materiae* por ser incompatible con las disposiciones del Pacto" (cursivas añadidas). En sentido similar *Acuña Inostroza et al. contra Chile* (Communication n.º 717/1996: 16/09/99; CCPR/C/66/D/717/1996), en la que el Comité afirma: "Le Comité note que les faits qui ont donné lieu aux plaintes des auteurs se sont produits avant la ratification par l'État partie du Protocole facultatif, le 23 mars 1976. Ces plaintes sont donc irrecevables *ratione temporis*", en el mismo sentido, en el caso *Maria Otilia Vargas contra Chile*, decisión del 26 julio de 1999, Communication n.º 718/1996: Chile, 24/09/1999; CCPR/C/66/D/718/1996/Rev.1 (Jurisprudence), relativo a la desaparición de una persona en 1973 cuya muerte posteriormente se confirmó que se había producido ese mismo año, el Comité afirmó: "[...] the acts giving rise to the claims related to the death of Mr. Pérez Vargas occurred prior to the international entry into force of the Covenant, on 23 March 1976, hence, these claims are inadmissible *ratione temporis*". No creo que exista un cambio de postura en *Mr. S. Jegatheeswara Sarma Sarma v. Sri Lanka*, decisión de 16 julio 2003, CCPR/C/78/D/950/2000 31 July 2003, pues no es un verdadero caso de aplicación retroactiva del Pacto, que el Estado había ratificado 10 años antes de la detención ilegal y subsiguiente desaparición de la víctima, sino solo de la competencia del Comité para examinar comunicaciones individuales, que Sri Lanka aceptó solo a partir de 1997. En este caso el Comité apreció violación no solo del artículo 7, por los sufrimientos que el no esclarecimiento de los hechos causaba a los familiares, sino también violación de los artículos 7 y 9 del Pacto en la persona del desaparecido. En 2005 el CDH confirmó su jurisprudencia anteriormente comentada en *Yurich contra Chile* Communication n.º 1078/2002, U. N. Doc. CCPR/C/85/D/1078/2002 (2005), decisión del

Alicia Gil Gil

se ha mantenido constante en esta jurisprudencia, en los últimos años, influido sin duda por las resoluciones de la Corte IDH, ha desarrollado paralelamente una doctrina que afirma que la no investigación de un hecho sucedido antes de la entrada en vigor del Pacto (hecho que por lo tanto no supuso una violación de este), puede constituir sin embargo una violación permanente de la prohibición de tratos inhumanos, cometidos esta vez en las personas de los familiares, por la angustia y el sufrimiento psicológico que la falta de conocimiento les produce.⁴⁵

12 de diciembre del 2005: "6.3 *The Committee notes that the facts complained of by the author in connection with her daughter's disappearance occurred prior to the entry into force not only of the Optional Protocol but also of the Covenant. The Committee recalls the definition of enforced disappearance contained in article 7, paragraph 2 (i), of the Rome Statute of the International Criminal Court: 'Enforced disappearance of persons' means the arrest, detention or abduction of persons by, or with the authorization, support or acquiescence of, a State or a political organization, followed by a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information on the fate or whereabouts of those persons, with the intention of removing them from the protection of the law for a prolonged period of time. In the present case, the original acts of arrest, detention or abduction, as well as the refusal to give information about the deprivation of freedom - both key elements of the offence or violation - occurred before the entry into force of the Covenant for the State party.*

"6.4 Furthermore, upon the submission of the communication, the State party, far from refusing to acknowledge the detention, admitted and assumed responsibility for it. In addition, the author makes no reference to any action of the State party after 28 August 1992 (the date on which the Optional Protocol entered into force for the State party) that would constitute a confirmation of the enforced disappearance. Accordingly, the Committee considers that even if the Chilean courts, like the Committee, regard enforced disappearance as a continuing offence, the State party's declaration *ratione temporis* is also relevant in the present case. In the light of the foregoing, the Committee finds that the communication is inadmissible *ratione temporis* under article 1 of the Optional Protocol. The Committee does not deem it necessary, therefore, to address the question of the exhaustion of domestic remedies".

⁴⁵ Así en *Mariam Sankara et al. v. Burkina Faso*, Communication n.º 1159/2003, U.N. Doc. CCPR/C/86/D/1159/2003 (2006), decisión del 28 marzo de 2006, en la que el CDH aprecia violación del artículo 7 PIDCP (tratos inhumanos o degradantes sobre los familiares) por la no investigación de un hecho cometido 12 años antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado demandado. Es de destacar que no aprecia, sin embargo, violación del artículo 6 por la no investigación de la muerte de la víctima, ya que este hecho queda fuera de la aplicación del Pacto. § 6.2: "*The Committee noted the State party's arguments concerning the inadmissibility of the communication ratione temporis. Having also noted the authors' arguments, the Committee considered that a distinction should be drawn between the complaint relating to Mr. Thomas Sankara and the complaint concerning Ms. Sankara and her children. The Committee considered that the death of Thomas Sankara, which may have involved violations of several articles of the Covenant, occurred on 15 October 1987, hence before the Covenant and the Optional Protocol entered into force for Burkina Faso. (17) This part of the communication was therefore inadmissible ratione temporis. Thomas Sankara's death certificate of 17 January 1988, stating that he died of natural causes - contrary to the facts, which are public knowledge and confirmed by the State party (§ 4.2 and 4.7) - and the authorities' failure to correct the certificate during the period since that time must be considered in the light of their continuing effect on Ms. Sankara and her children.*

"6.3 *In conformity with its jurisprudence, (18) the Committee was of the view that it could not consider violations which occurred before the entry into force of the Optional Protocol for the State party unless those violations continued after the Protocol's entry into force. A continuing violation is to be interpreted as an affirmation, after the entry into force of the Optional Protocol, by act or by clear implication, of previous violations by the State party. The Committee took note of the authors' arguments concerning, first, the failure of the authorities to conduct an inquiry into the death of Thomas Sankara (which was public knowledge) and to prosecute those responsible - allegations which are not in fact challenged by the State party. [...]*

"12.2 *Concerning the alleged violation of article 7, the Committee understands the anguish and psychological pressure which Ms. Sankara and her sons, the family of a man killed in disputed circumstances, have suffered and continue*

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

El TEDH venía manteniendo en jurisprudencia constante hasta el año 2009 que el Convenio no es aplicable a hechos cometidos antes de su entrada en vigor.⁴⁶ Ni siquiera admitía que la falta de investigación de una muerte cometida antes de la entrada en vigor del CEDH constituyera una violación del Convenio,⁴⁷ pues proceder de tal manera constituiría una imposición al Estado de obligaciones dimanantes del Convenio de forma retroactiva.⁴⁸ Sin embargo, en los últimos años, en una serie de decisiones vacilantes y contradictorias, ha intentado seguir el camino de la Corte IDH.

to suffer because they still do not know the circumstances surrounding the death of Thomas Sankara, or the precise location where his remains were officially buried".

⁴⁶ *Blečić, v. Croacia*, 59532/00 Judgment (Merits) Court (Grand Chamber) sentencia del 8 de marzo de 2006, § 70: "The Court reiterates that, in accordance with the general rules of international law (see paragraph 45 above), the provisions of the Convention do not bind a Contracting Party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the Convention with respect to that Party (see, for example, *Kadiķis v. Latvia (dec.)*, no. 47634/99, 29 June 2000)"; también en *Moldovan y otros v. Rumania*, The European Court of Human Rights (First Section), partial decision as to the admissibility, 13/03/2001. Esto lo sigue afirmando en cada sentencia aunque luego lo incumpla, véase *Varnava y otros v. Turkey*, sentencia de 18 de setiembre de 2009, § 130: "It is beyond dispute that in accordance with the general rules of international law (see, in particular Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969) the provisions of the Convention do not bind a Contracting Party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the Convention with respect to that Party".

⁴⁷ *Moldovan y otros v. Rumania* (First Section), partial decision as to the admissibility, 13/03/2001: "In the present case, the Court notes that the killings happened in September 1993 before the entry into force of the Convention with regard to Romania, esto es, 20 June 1994. However, in accordance with the generally recognised rules of international law, the Convention only applies in respect of each contracting party to facts subsequent to its coming into force for that party. The possible existence of a continuing situation must be determined, if necessary ex officio, in the light of the special circumstances of each case (e.g., Nos. 8560/79 and 8613/79 (joined), Dec. 3.7.79, D.R. 16, p. 209). The Court must therefore verify whether it is competent *ratione temporis* to examine the present complaint.

"It observes however that the alleged obligation under the Convention of the Romanian authorities to conduct an effective investigation capable of leading to the identification and punishment of all individuals responsible for the deaths of the applicants' relatives is derived from the aforementioned killings whose compatibility with the Convention cannot be examined by the Court.

"It follows that this complaint is incompatible *ratione temporis* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3".

⁴⁸ *Blečić, v. Croacia*, § 79: "Therefore, in cases where the interference pre-dates ratification while the refusal to remedy it post-dates ratification, to retain the date of the latter act in determining the Court's temporal jurisdiction would result in the Convention being binding for that State in relation to a fact that had taken place before the Convention came into force in respect of that State. However, this would be contrary to the general rule of non-retroactivity of treaties (see paragraphs 45 and 70 above).

"80. Moreover, affording a remedy usually presupposes a finding that the interference was unlawful under the law in force when the interference occurred (*tempus regit actum*). Therefore, any attempt to remedy, on the basis of the Convention, an interference that had ended before the Convention came into force would necessarily lead to its retroactive application.

"81. In conclusion, while it is true that from the ratification date onwards all of the State's acts and omissions must conform to the Convention (see *Yağcı and Sargin v. Turkey*, 8 June 1995, § 40, Series A no. 319-A), the Convention imposes no specific obligation on the Contracting States to provide redress for wrongs or damage caused prior to that date (see *Kopecký v. Slovakia [GC]*, no. 44912/98, § 38, ECHR 2004-IX). Any other approach would undermine both the principle of non-retroactivity in the law of treaties and the fundamental distinction between violation and reparation that underlies the law of State responsibility".

ALICIA GIL GIL

La más llamativa es la sentencia del 9 de abril de 2009 en el caso *Šilih contra Eslovenia*, en la que el TEDH dio un paso más al independizar absolutamente la obligación de investigar, cuyo incumplimiento daría lugar a una violación del artículo 2 (derecho a la vida), de la constatación de la existencia de una violación propia del derecho a la vida,⁴⁹ y al pretender con ello, además, que por tanto podía exigirse incluso por muertes cometidas antes de la entrada en vigor de la Convención, pero basando tal exigencia —y esto es lo diferente y llamativo— directamente en el artículo 2,⁵⁰ sin apelar a otras violaciones continuadas (como hace en cambio la Corte IDH, que fundamenta su argumentación en la infracción del derecho de acceso a la justicia o en el derecho a la integridad de los familiares).

En mi opinión, en esta sentencia el TEDH fue demasiado lejos porque, al independizarla de la previa constatación de la violación del artículo 2, la afirmación de tal obligación de investigación carece de base legal, además de contradecir absolutamente su jurisprudencia anterior e incluso la doctrina del CDH, que por lo menos fundamentaba en estos casos la obligación independiente de investigar la violación de otro derecho: la integridad de los familiares.

Para que esta nueva interpretación no se convierta en una obligación de investigar todas las muertes de la historia de un país, el Tribunal ha inventado una serie de requisitos o límites.⁵¹ En particular, afirma que “debe existir un vínculo real entre la muerte y la entrada en vigor de la Convención en relación con el Estado demandado”, lo que

⁴⁹ Sobre las diferencias entre la apelación al derecho al recurso efectivo recogido en el artículo 13 por la constatación de la violación por el Estado de un derecho protegido en la Convención y la afirmación de la violación del propio derecho, por ejemplo, afirmación de violación del artículo 2 (derecho a la vida) cuando no investiga una muerte que el TEDH no ha podido calificar de violación directa por el Estado del artículo 2, véase Kai Ambos y María Laura Böhm: o. cit., notas 61 ss. y texto correspondiente.

⁵⁰ § 159: “Against this background, the Court concludes that the procedural obligation to carry out an effective investigation under Article 2 has evolved into a separate and autonomous duty. Although it is triggered by the acts concerning the substantive aspects of Article 2 it can give rise to a finding of a separate and independent “interference” within the meaning of the *Blečić* judgment (cited above, § 88). In this sense it can be considered to be a detachable obligation arising out of Article 2 capable of binding the State even when the death took place before the critical date”.

⁵¹ § 161: “However, having regard to the principle of legal certainty, the Court’s temporal jurisdiction as regards compliance with the procedural obligation of Article 2 in respect of deaths that occur before the critical date is not open-ended.

“162. First, it is clear that, where the death occurred before the critical date, only procedural acts and/or omissions occurring after that date can fall within the Court’s temporal jurisdiction.

“163. Second, there must exist a genuine connection between the death and the entry into force of the Convention in respect of the respondent State for the procedural obligations imposed by Article 2 to come into effect.

“Thus a significant proportion of the procedural steps required by this provision – which include not only an effective investigation into the death of the person concerned but also the institution of appropriate proceedings for the purpose of determining the cause of the death and holding those responsible to account (*Vo*, cited above, § 89) – will have been or ought to have been carried out after the critical date.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

no explica qué quiere decir. Posteriormente, en *Varnava y otros contra Turquía*, sentencia del 18 de septiembre de 2009,⁵² el Tribunal ha interpretado que entre los requisitos a los que se refiere el caso *Šilih* está el de una proximidad temporal entre la muerte y su investigación y la entrada en vigor de la Convención.⁵³ Pero tampoco se especifica hasta dónde se extendería ese límite temporal ni cuál es su fundamento. Por otro lado, en los últimos años, en distintas sentencias contra Turquía,⁵⁴ el Tribunal ha desarrollado la doctrina según la cual el hecho de que un Estado omita realizar una investigación eficaz destinada a aclarar el paradero y la suerte de personas “desaparecidas en circunstancias que ponen en riesgo la vida” constituye una violación persistente de su obligación procesal de proteger el derecho a la vida (una violación directa, por tanto, del artículo 2 del Convenio), y la no investigación de la desaparición de una persona detenida supone asimismo una violación continuada del derecho a la libertad y la seguridad (artículo 5). Turquía alegó en estos casos la falta de competencia *ratione temporis* del Tribunal (en puridad, no se trataba de una aplicación retroactiva de la Convención, que Turquía había ratificado 20 años antes de los hechos, sino solo de la competencia de la Corte, que el Estado había reconocido con posterioridad), lo que llevó al Tribunal a seguir la doctrina de la violación continuada.

Pero especialmente interesante es el caso *Varnava y otros contra Turquía*, juzgado en septiembre de 2009,⁵⁵ en el que se demandaba al Estado por la desaparición, en 1974, de 18 ciudadanos chipriotas tras su detención por el ejército turco en el norte de Chipre. El Tribunal tuvo la ocasión de analizar tanto las decisiones de la Corte IDH como las del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y, tras afirmar que el Convenio no era aplicable a actos cometidos antes de su entrada en vigor,⁵⁶ concluyó

“However, the Court would not exclude that in certain circumstances the connection could also be based on the need to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are protected in a real and effective manner”.

⁵² *Varnava y otros v. Turkey* 16064/90; 16065/90; 16066/90, Judgment (Merits and Just Satisfaction) Court (Grand Chamber) 18/09/2009, § 149: “[...] the requirement of proximity of the death and investigative steps to the date of entry into force of the Convention applies only in the context of killings or suspicious deaths”.

⁵³ En el caso *Silih* la víctima había muerto un año antes de la entrada en vigor de la Convención para Eslovenia

⁵⁴ Sentencia del 10 de mayo de 2001, *Cyprus v. Turkey*, solicitud n.º 25781/94, § 136 y 150; *Varnava y otros v. Turkey*, sentencia de 18 de septiembre de 2009. Sobre esta sentencia véase Jenks: “Introductory Note to European Court of Human Rights: *Varnava and Others v. Turkey*”, en *International Legal Materials*, n.º 2, 2010, pp. 358 ss.

⁵⁵ *Varnava y otros v. Turkey*, Judgment (Merits and Just Satisfaction) Court (Grand Chamber) sentencia del 18 de septiembre de 2009.

⁵⁶ *Varnava y otros v. Turkey*, sentencia del 18 de septiembre 2009, § 130: “It is beyond dispute that in accordance with the general rules of international law (see, in particular Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969) the provisions of the Convention do not bind a Contracting Party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the Convention with respect to that Party (see *Blečić*, cited above, § 70; and *Silih v. Slovenia*, [GC] no. 71463/01, § 140, ECHR 2009-...). Furthermore,

ALICIA GIL GIL

que, sin embargo, en el caso la violación del artículo 2 consistía precisamente en la falta de investigación sobre la suerte de *una persona desaparecida en una situación de peligro para su vida*, violación totalmente independiente de la causación de la muerte o de la no investigación de la causación de la muerte, por cuanto estas últimas, que también se habían producido en el caso denunciado respecto de otras víctimas, al no ser continuadas y haberse producido en un momento determinado, hacía mucho tiempo, no eran de competencia de la Corte.⁵⁷ El Tribunal trató así de no caer en una contradicción absoluta

where there are proceedings instituted by an applicant to obtain redress for an act, omission or decision alleged to violate the Convention and which occur or continue after the entry into force of the Convention, these procedures cannot be regarded as part of the facts constitutive of the alleged violation and do not bring the case within the Court's temporal jurisdiction (Blečić, cited above, § 77-79).

"131. In order to establish the Court's temporal jurisdiction it is therefore essential to identify, in each specific case, the exact time of the alleged interference. In doing so the Court must take into account both the facts of which the applicant complains and the scope of the Convention right alleged to have been violated (Blečić, § 72)".

⁵⁷ § 136: "[...] The lack of an effective investigation itself is the heart of the alleged violation. It has its own distinct scope of application which can operate independently from the substantive limb of Article 2, which is concerned with State responsibility for any unlawful death or life-threatening. [...]

"138. In so far as the respondent Government relied on cases such as *Moldovan and Others and Kholodov and Kholodova* (see paragraph 123 above), the Court notes that these did not concern disappearances but killings. The Court has recently delivered its judgment in *Šilih*, cited above, which reviewed the jurisprudence on the question whether a procedural violation could be found where a death occurred before the date of acceptance of the right of individual petition and the alleged deficiencies or omissions in investigative measures took place afterwards (at § 148-152). The Grand Chamber judgment set out in detail international law materials, in particular from the Inter-American Court of Human Rights and the United Nations Human Rights Committee, which indicated that these bodies accepted jurisdiction *ratione temporis* over the procedural complaints concerning investigations into deaths even where the lethal acts had taken place before the critical date (see *Šilih*, § 111-118, 160). It then proceeded to clarify that the procedural obligation to carry out an investigation into deaths under Article 2 had evolved in its own case-law into a separate and autonomous duty; it could be considered to be a "detachable obligation" capable of binding the State even when the death took place before the entry into force of the Convention (see *Šilih*, § 153-163). [...]

"146. The Court therefore concludes that even though a lapse of over 34 years without any news of the missing persons may provide strong circumstantial evidence that they have died meanwhile, this does not remove the procedural obligation to investigate.

"147. The Court would emphasise that, as found in *Šilih v. Slovenia* concerning the procedural obligation under Article 2 to investigate unlawful or suspicious deaths, the procedural obligation under Article 2 arising from disappearances operates independently of the substantive obligation. It notes that the Inter-American Court, and to some extent the Human Rights Committee, apply the same approach to the procedural aspect of disappearances (see paragraphs 93-107 above), examining allegations of denial of justice or judicial protection even where the disappearance occurred before recognition of its jurisdiction.

"148. There is however an important distinction to be drawn in the Court's case-law between the obligation to investigate a suspicious death and the obligation to investigate a suspicious disappearance. A disappearance is a distinct phenomenon, characterised by an ongoing situation of uncertainty and unaccountability in which there is a lack of information or even a deliberate concealment and obfuscation of what has occurred (see also the definitions of disappearance set out above in II B. International law documents on enforced disappearances). This situation is very often drawn out over time, prolonging the torment of the victim's relatives. It cannot therefore be said that a disappearance is, simply, an "instantaneous" act or event; the additional distinctive element of subsequent failure to account for the whereabouts and fate of the missing person gives rise to a continuing situation. Thus, the procedural obligation will, potentially, persist as long as the fate of the person is unaccounted for; the ongoing failure to provide the requisite investigation will be regarded as a continuing violation (see the fourth inter-State case, § 136). This is so, even where death may, eventually, be presumed.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

con su jurisprudencia anterior, pero la argumentación, o más bien la falta de fundamentación de las excepciones y sus condiciones y límites, no evita la contradicción —en especial con la jurisprudencia constante hasta la sentencia en el caso *Šilih*, pero también con esta al establecer unos límites temporales (aunque imprecisos) para la obligación de perseguir muertes anteriores a la vigencia de la Convención—. Pero incluso cuando, como en este caso, el Tribunal admite que se puede presumir la muerte de todas las víctimas y no se demuestra que esas personas sigan en peligro de muerte, se afirma, a pesar de todo, que el paso de 34 años no elimina la obligación de investigar.⁵⁸ En el momento en que el Tribunal argumenta esta diferencia en la continuidad de los efectos de la desaparición que “prolonga el tormento de los familiares”, ya no está argumentando con base en la protección de la vida, sino de otros derechos, en cuya violación habría quizás podido fundamentar de manera más convincente su competencia.⁵⁹

El TEDH lógicamente no podía apelar —como suele hacerlo la Corte IDH— al derecho a la justicia para argumentar la obligación de investigación, enjuiciamiento y castigo, pues en jurisprudencia constante ha mantenido que el derecho a un proceso equitativo recogido en el artículo 6 del CEDH es un derecho del acusado, no de la

149. It may be noted that the approach applied in Šilih v. Slovenia (cited above, § 163) concerning the requirement of proximity of the death and investigative steps to the date of entry into force of the Convention applies only in the context of killings or suspicious deaths, where the anchoring factual element, the loss of life of the victim, is known for a certainty, even if the exact cause or ultimate responsibility is not. The procedural obligation in that context is not of a continuing nature in the sense described above.

IV. Conclusion

150. The Court rejects the Government's objections as to lack of temporal jurisdiction. Nevertheless, the question whether there was a continuing procedural obligation to investigate the fate and whereabouts of the missing men at the time of the introduction of these applications remains to be examined".

⁵⁸ *Ibidem*, § 146. Las numerosas contradicciones están puestas claramente de manifiesto en el voto particular del juez Erönen:

"In line with my views that a presumption of death should be made, I also agree therefore with the majority that there is 'strong circumstantial evidence that they have died' and that this itself does not prevent a procedural obligation from arising. However, where I differ is that this duty's existence depends on whether the Court does have temporal jurisdiction regarding the procedural obligation in the first place, which in line with the principles set down in the recent Grand Chamber judgment of Šilih, it does not.

"I also concur whole-heartedly with the reasoning of Judges Bratza and Türmen in the Šilih case, looking beyond the "detachable" obligations of Article 2's procedural aspect:

"Divorcing the procedural obligation from the death which gave rise to it in this manner would, in our view, be tantamount to giving retroactive effect to the Convention and rendering nugatory the State's declaration recognising the Court's competence to receive individual applications".

⁵⁹ Como señala Javier Chinchón Álvarez en la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 13, n.º 33, mayo-agosto de 2009, p. 607, con ulteriores citas jurisprudenciales, el TEDH también ha desarrollado la idea de que “cuando concurren varias circunstancias, como un estrecho e intenso grado de parentesco familiar, el haber presenciado la desaparición forzada, así como directamente haber intentado obtener información sobre la suerte del desaparecido, y singularmente la ausencia de reacción y/o respuesta, y la actitud consiguiente, de las autoridades estatales competentes ante tales demandas, una desaparición forzada supone también la conculcación del contenido del artículo 3 del CEDH en relación a los familiares”.

ALICIA GIL GIL

víctima. No hay un derecho a la justicia —en el sentido de un derecho de las víctimas a que sus ofensores sean perseguidos y castigados penalmente— protegido en el CEDH, y es este el punto que más distancia al TEDH respecto de la Corte IDH en la materia que nos ocupa.⁶⁰

Esta doctrina del caso *Varnava* hace que un Estado pueda ser responsable por no investigar su pasado histórico sin ningún tipo de límite más que el de la supervivencia de algún interesado legitimado para interponer la demanda ante los tribunales de derechos humanos.⁶¹ Los tribunales de derechos humanos intentan con ello un desarrollo de los derechos de las víctimas en busca de una justicia material, pero lo hacen peligrosamente,⁶² a costa de la seguridad jurídica y principios tan esenciales como la irretroactividad de las obligaciones contraídas en los tratados internacionales. Peligrosamente, en cuanto, como señala Gibson,⁶³ tal actitud desincentivará a los Estados de adquirir nuevas obligaciones en materia de derechos humanos que luego puedan serles exigidas retroactivamente. Además, estas resoluciones, especialmente cuando condenan a un Estado democrático por hechos cometidos por un pasado régimen dictatorial, como ocurrió en el caso decidido por la Corte IDH contra Surinam, dejan en el Estado condenado una sensación de injusticia por la condena en aplicación retroactiva de las nuevas obligaciones asumidas y de desconfianza en el Tribunal que de tal manera ha desconocido los límites de su compromiso voluntario hacia el futuro con los derechos humanos. Desde luego, es deseable que todos los Estados investiguen las muertes y desapariciones de personas cometidas en su pasado reciente, pero no forzándolos con obligaciones jurídicas internacionales inexistentes, sino porque es en todo caso una obligación moral de sociedades que han alcanzado la madurez y la estabilidad suficientes para hacerlo.

⁶⁰ Véase Kai Ambos y María Laura Böhm: o. cit., notas 55 ss. y texto correspondiente

⁶¹ Así se pregunta Pablo A. Ormachea (o. cit., pp. 287): “*But what happens if the event occurred forty years ago? Sixty years ago? Certainly, few people would hold a present government liable for its actions in the late 1800s.*”

⁶² En tanto, como señala T. Russell Gibson (o. cit., p. 166), tal actitud desincentivará a los Estados de adquirir nuevas obligaciones en materia de derechos humanos que luego puedan serles exigidas retroactivamente. Además, estas resoluciones, especialmente cuando condenan a un Estado democrático por hechos cometidos por un pasado régimen dictatorial, como ocurrió en el caso comentado contra Surinam, dejan en el Estado condenado una sensación de injusticia por la condena en aplicación retroactiva de las nuevas obligaciones asumidas y de desconfianza en el tribunal que de tal manera ha desconocido los límites de su compromiso voluntario hacia el futuro con los derechos humanos.

⁶³ T. Russell Gibson: o. cit., p. 166

3. La definición de los crímenes internacionales

Al contrario de lo que viene siendo costumbre en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁶⁴ el TEDH no suele calificar los hechos que se le presentan a examen como crímenes internacionales, sino que se mantiene en el ámbito de su competencia y solo se pronuncia sobre la violación de derechos humanos, pues tal es su misión y el contenido del Convenio.⁶⁵ Así por ejemplo, en el caso *K. H. W. contra Alemania*⁶⁶ y en *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*,⁶⁷ ambas sentencias del 22 de marzo de 2001, consideró innecesario pronunciarse sobre si los hechos constituían o no crímenes contra la humanidad, al constituir ya de manera clara y previsible una violación del derecho internacional de protección de los derechos humanos.⁶⁸

Una excepción a esta regla la encontramos en los casos en los que el demandante ha sido precisamente condenado por la comisión de crímenes internacionales, y el Tribunal se ve obligado a comprobar la tipificación de los hechos en el momento de comisión para verificar una no violación del principio de legalidad. Por ejemplo, en el caso *Korbely*⁶⁹ el TEDH recuerda que no es su tarea sustituir a las jurisdicciones internas

⁶⁴ Véase por ejemplo, Corte IDH: caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 102 ss., o Corte IDH: caso *La Cantuta contra Perú*, fondo, reparaciones y costas; sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, § 110, 115, 144, etcétera. Como afirma Ezequiel Malarino: "La Corte IDH [...] en los últimos tiempos, buscando acercar el derecho internacional de los derechos humanos al derecho penal internacional, ha terminado por convertirse en una suerte de Tribunal penal de última instancia" ("La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos - Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón", en *Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la política*, V (2009), 1, en <<http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/malarino.htm>>).

⁶⁵ Crítica en cambio con este proceder, en mi opinión correcto, Sonja Grover: *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes*, 2010, pp. 92 ss. No comprende la mencionada autora que no es la misión del TEDH calificar los hechos como delictivos, sino únicamente examinar la posible violación del Convenio por un Estado, y que con ello el TEDH no rebaja la gravedad de los hechos sino que se limita a cumplir con su tarea, que simplemente es otra distinta a la que Sonja Grover pretende.

⁶⁶ *K. H. W. v. Germany*, 37201/97 Judgment (Merits) Court (Grand Chamber) sentencia de 22 de marzo de 2001.

⁶⁷ *Streletz, Kessler y Krenz v. Germany*, 34044/96; 35532/97; 44801/98 Judgment (Merits) Court (Grand Chamber) sentencia de 22 de marzo de 2001

⁶⁸ STEDH de 22 de marzo de 2001, *K. H. W. v. Germany*, § 105: "In the light of all of the above considerations, the Court considers that at the time when it was committed the applicant's act constituted an offence defined with sufficient accessibility and foreseeability by the rules of international law on the protection of human rights.

"106. In addition, the applicant's conduct could be considered, likewise under Article 7 § 1 of the Convention, from the standpoint of other rules of international law, notably those concerning crimes against humanity. However, the conclusion reached by the Court (see paragraph 105 above) makes consideration of that point unnecessary".

⁶⁹ *Korbely v. Hungary*, 9174/02 Judgment (Merits and Just Satisfaction) Court (Grand Chamber) 19 September 2008, Con detalle sobre esta sentencia, Jon Landa y Enara Garro: "Art. 7. No hay pena sin ley", en Iñaki Lasagabaster Herrarte (dir.): *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 2.ª edición, Madrid: Civitas, 2009, pp. 281 ss.

ALICIA GIL GIL

en la interpretación de la legislación interna, incluso cuando el derecho interno reenvía a disposiciones de derecho internacional general o a acuerdos internacionales. El rol del Tribunal, se afirma, se limita a verificar la compatibilidad de los efectos de la interpretación realizada con la Convención Europea de Derechos Humanos.⁷⁰ Pero a pesar de este punto de partida, en este caso se ve obligado a entrar en la interpretación del derecho internacional aplicado por los tribunales húngaros, porque en este caso el Tribunal debía asegurarse de que el acto por el que el demandante fue condenado podía “constituir, en la época en que se cometió, un crimen contra la humanidad, según el derecho internacional”. El TEDH declaró:

[Este Tribunal] es consciente de que entre sus atribuciones, no se encuentra la de pronunciarse mediante un argumento de autoridad sobre el significado de la noción de “crimen contra la humanidad” tal y como era concebida en 1956. Sin embargo, debe averiguar, a la vista del estado del derecho internacional sobre esta cuestión en la época pertinente, si la condena del demandante por esta infracción reposaba en una base suficientemente clara.⁷¹

Tras recordar que la primera definición que se dio de esta noción, aplicable en 1956, fue la del artículo 6.c del Estatuto del Tribunal Militar, que vinculaba los crímenes contra la humanidad a la guerra, el Tribunal estimó que este requisito podía no estar ya vigente en 1956, para lo que citó, además de doctrina, el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de 1954.⁷² Pero a continuación afirmó que sí integraba el concepto de crimen contra la humanidad de la época el criterio que excluye de la categoría de crímenes contra la humanidad a los actos esporádicos o aislados, para mantener tan solo en ella los inscribibles en el marco de una “práctica o política estatal” o de un ataque masivo y sistemático contra la población civil. Añadió el Tribunal que la víctima por cuya muerte se condenó al reclamante no pertenecía a ninguna de las categorías de no combatientes protegidas por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra,⁷³ y finalmente rechazó que dicha disposición pudiera servir razonablemente como fundamento de una condena por un crimen contra la humanidad, a la vista de las normas pertinentes de derecho internacional, aplicables a la época de los hechos.

⁷⁰ *Korbely v. Hungary*, STEDH 19 September 2008, § 39.

⁷¹ *Ibidem*, § 45.

⁷² *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. I, p. 151. En mi opinión esta argumentación del tribunal es rigurosa y acertada, y no tiene razón Grove (o. cit., pp. 245 ss.) cuando la critica sin fijarse en la fuerza y la fecha de los documentos que maneja y de aquellos otros que obvia.

⁷³ Más bien debía haber argumentado que la víctima no lo fue de un ataque contra una población civil.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Esta decisión del TEDH es una muestra especialmente relevante de la interacción entre las decisiones de los tribunales de derechos humanos y el derecho penal internacional, pues no solo vino a confirmar determinados aspectos de la definición del crimen contra la humanidad tal y como había sido aplicada por el tribunal nacional y a rechazar otros, sino que, como ha señalado Emanuela Fronza,⁷⁴ ha sido también utilizada como fuente por un tribunal penal mixto: las Salas Especiales del los tribunales de Camboya, para señalar que en 1956 (probablemente desde 1954) el tipo de los crímenes contra la humanidad ya no exigía la conexión con la guerra.

No había sido tan diligente el TEDH, en cambio, en el caso *Kolk y Kislyiy contra Estonia*,⁷⁵ inadmitido dos años antes. En aquella ocasión el Tribunal no quiso entrar en la discusión de si en 1949 los crímenes contra la humanidad debían cometerse o no en relación con un crimen de guerra o un crimen de agresión, y se limitó a afirmar que “la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede verse limitada únicamente a los nacionales de ciertos países, ni exclusivamente a actos cometidos dentro del periodo específico de la Segunda Guerra Mundial”, aunque lo cierto es que no era esta la objeción que esgrimían los demandantes. Añadió:

La interpretación y aplicación del derecho interno recaen, en principio, bajo la jurisdicción de los tribunales nacionales [...]. Esto también es de aplicación a aquellos casos en que el derecho interno hace una remisión a reglas del derecho internacional general o a acuerdos internacionales. El papel del Tribunal se ciñe a evaluar si los efectos de tal interpretación son compatibles con el Convenio.

Sin embargo en este caso, igual que en el posterior caso *Korbely*, mejor examinado, el Tribunal debería haber analizado, a la vista del estado del derecho internacional sobre esta cuestión en la época pertinente, si la condena del demandante por esta infracción reposaba en una base suficientemente clara, lo que exigía comprobar, si seguimos los argumentos utilizados en *Korbely*, si el derecho internacional de 1949 vinculaba los crímenes contra la humanidad a la guerra.

También en el caso *Jorgic contra Alemania*⁷⁶ el Tribunal se pronunció sobre la extensión de un determinado delito, en este caso el genocidio, en el derecho internacional.⁷⁷

⁷⁴ Véase el artículo de Emanuela Fronza: “Las convenciones internacionales y la jurisprudencia de las cortes regionales en el sistema de las fuentes del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en este mismo volumen.

⁷⁵ *Kolk y Kislyiy v. Estonia* 23052/04; 24018/04 Court (Fourth Section), decisión del 17 de enero de 2006

⁷⁶ *Jorgic v. Germany*, 74613/01 Judgment (Merits) Court (Fifth Section), 12 de julio de 2007.

⁷⁷ Con detalle Jon Landa y Enara Garro: o. cit., pp. 279 y ss

ALICIA GIL GIL

El TEDH entró en el tema de la posible violación del principio de legalidad que el demandante argumentó en una interpretación extensiva del delito de genocidio, que desbordaba tanto su dicción literal en el CP alemán como la regulación internacional.⁷⁸ En este caso el Tribunal negó la infracción del principio de legalidad, pues⁷⁹ resolvió que, a pesar de que el concepto de genocidio aplicado por los tribunales alemanes, al no limitarse el genocidio físico o biológico, era más amplio que el concepto internacional (en particular difería de las interpretaciones posteriores dadas por tribunales internacionales y nacionales), la interpretación que se había hecho de la “intención de destruir” podía entenderse cubierta por la letra de la ley, y había sido realizada antes de que la jurisprudencia internacional desarrollara el concepto restrictivo hoy vigente, por lo que no podía considerarse imprevisible y por tanto violatoria del artículo 7. Lo interesante a efectos de definir el delito de genocidio, sin embargo, es que a pesar de todo el TEDH reconoce en la actualidad un concepto restrictivo o auténtico, limitado al genocidio físico y biológico.

También es interesante mencionar el caso *Kononov*,⁸⁰ a los efectos de definir los crímenes de guerra y su extensión, pues en este el TEDH afirmó que en 1944 los crímenes de guerra se referían solo a los cometidos en conflictos armados internacionales, y se pronunció también sobre la responsabilidad del superior jerárquico como una forma de responsabilidad por omisión preexistente a la Segunda Guerra Mundial y confirmada desde entonces como derecho internacional consuetudinario.⁸¹

⁷⁸ § 89 ss.

⁷⁹ § 102. Lo cierto es que el TEDH sí revisa la aplicación que los tribunales hacen del derecho interno, pues debe hacerlo, por ejemplo, para descartar una aplicación analógica. En otras ocasiones, en cambio, como ya vimos, también había dejado a los tribunales nacionales la interpretación del derecho internacional al que remiten normas nacionales. El tribunal en esta cuestión, como en casi todas, no mantiene una línea jurisprudencial constante.

⁸⁰ *Kononov v. Latvia*, 36376/04 Judgment (Merits and Just Satisfaction) Court (Grand Chamber), 17 May 2010, §210: “[...] in 1944 a nexus with an international armed conflict was required to prosecute acts as war crimes [...] The relevant nexus was a direct connection between the alleged crime and the international armed conflict so that the alleged crime had to be an act in furtherance of war objectives”.

⁸¹ 211: “The Court understands individual command responsibility to be a mode of criminal liability for dereliction of a superior’s duty to control, rather than one based on vicarious liability for the acts of others. The notion of criminal responsibility for the acts of subordinates is drawn from two long-established customary rules: a combatant, in the first place, must be commanded by a superior and, secondly, must obey the laws and customs of war (paragraph 200 above). Individual criminal responsibility for the actions of subordinates was retained in certain trials prior to the Second World War, in codifying instruments and State declarations during and immediately after that war and it was retained in (national and international) trials of crimes committed during the Second World War. It has since been confirmed as a principle of customary international law and is a standard provision in the constitutional documents of international tribunals”.

4 • La prescripción

En este tema analizaremos primero cómo entiende por lo general la prescripción el TEDH y cómo aborda el problema del cambio de los plazos de prescripción, y a continuación examinaremos las tres formas diferentes en que ha argumentado la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales y veremos cómo respecto de estos delitos varía su jurisprudencia general en esta materia.

En relación con la aplicación de nuevos plazos de prescripción a hechos cometidos antes de la nueva ley, pero que todavía no han prescrito con la antigua, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se declara respetuoso con la consideración jurisprudencial de la prescripción que los tribunales internos tengan en cada país. De esta manera ha resuelto que en un Estado en el que la práctica jurisprudencial considera la prescripción como una norma procesal, que por tanto se aplica al proceso en vigor, la aplicación de una nueva ley que extiende el plazo de prescripción no supone una violación del artículo 7 de la Convención, al menos siempre que los delitos a los que se aplica no hubieran alcanzado ya la prescripción.⁸²

Personalmente entiendo que en países en los que la jurisprudencia otorga a la prescripción una naturaleza material, como España⁸³ o Italia,⁸⁴ y con ello declara inaplicables retroactivamente plazos de prescripción más amplios, dicha interpretación

⁸² STEDH *Coëme et al. v. Belgium*, 32492/96; 32547/96; 32548/96 Judgment (Merits and Just Satisfaction) Court (Second Section) de 22 de junio de 2000, § 148 y 149.

⁸³ El TS español en numerosas ocasiones se ha manifestado en contra de la retroactividad de los cambios legislativos en materia de prescripción que puedan perjudicar al reo. Así la STS de 20-02-2007 resume: "La respuesta viene condicionada por el carácter sustantivo o simplemente procedimental que se asigne a la prescripción. Si tiene carácter sustantivo la aplicación de la retroactividad de la prescripción será preceptiva en aquellos casos en que resulte favorable. Por el contrario, si solo se le reconoce carácter procedimental regirá la norma de aplicación temporal del derecho, sin posibilidad alguna de retrotraer su eficacia a resoluciones adoptadas con anterioridad. Pues bien, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han afirmado la naturaleza material de la prescripción en la esfera de lo punitivo. Así el Tribunal Constitucional, en sus sentencias 83 / 1989, de 10 de mayo (RTC 1989, 83), 157 / 1990, de 18 de octubre (RTC 1990, 157), 12 / 1991, de 28 de enero (RTC 1991, 12), 62 / 2001, de 1 de marzo (RTC 2001, 62) y 63 / 2005 de 14 de marzo (RTC 2005, 63) mantiene que la prescripción de los delitos y faltas por paralización del procedimiento puede ser considerada como institución de naturaleza sustantiva o material. También así lo viene constantemente declarando la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, entre las que basta citar las de 10 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2135), 12 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2600), 19 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 9246) y 30 de marzo de 2004 (RJ 2004, 3122). Por otra parte, esta Sala, en sentencia de 22 de enero de 1991 (RJ 1991, 328), de modo expreso declara que la aplicación del principio de retroactividad de la norma posterior más favorable al inculpado se refiere no solo a la tipificación de la infracción y sanción sino también al nuevo plazo de prescripción, si resulta ser inferior".

⁸⁴ Marco Scoletta: "El principio de legalidad penal europeo", en Luis María Díez Picazo y Adán Nieto Martín (dirs.): *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Pamplona, 2010, p. 283.

ALICIA GIL GIL

jurisprudencial, en cuanto derecho previsible, será también objeto de protección bajo el artículo 7 CEDH.⁸⁵

Sin embargo, la doctrina del TEDH en relación con la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad en derecho internacional es otra bien distinta.

La Corte IDH ha venido manteniendo en su jurisprudencia que las normas sobre prescripción son inaplicables a conductas violatorias de derechos humanos,⁸⁶ incluso cuando estas no pudieran calificarse como crímenes internacionales, sino que constituyen un caso aislado.⁸⁷ Primero las declaró incompatibles con las obligaciones de investigar y sancionar.⁸⁸ Después⁸⁹ fundamentó la imprescriptibilidad en el derecho internacional, calificando la violación como crimen contra la humanidad y afirmando la existencia de una supuesta norma general de *ius cogens*⁹⁰ que sería previa a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad.⁹¹

⁸⁵ En contra, Marco Scoletta: o. cit., p. 283, quien opina en cambio que esta protección más amplia del derecho italiano no se ve modificada por la interpretación del TEDH en el caso *Coeme contra Bélgica*, pero tampoco encontrará tutela en el principio de legalidad europeo.

⁸⁶ Sobre esta jurisprudencia, con detalle, Pablo Parenti: o. cit., 2010, pp. 211 ss.

⁸⁷ Caso *Bulacio contra Argentina*, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 18 de septiembre de 2003, serie C, n.º 100, § 116. Sobre este tema véase también la nota 19.

⁸⁸ Caso *Barrios Altos contra Perú*, serie C, n.º 75, sentencia del 14 de marzo de 2001 (fondo), § 43, y caso *Trujillo Oroza contra Bolivia*, reparaciones y costas, sentencia del 27 de febrero de 2002, serie C, n.º 92, § 106.

⁸⁹ *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 225-226.

⁹⁰ La Corte aquí abandona ya el apoyo en la CIDH y parece querer aplicar directamente un supuesto derecho penal internacional sin dejar claro qué instrumentos internacionales está aplicando. Véase, crítico, Javier Dondé: o. cit., p. 287.

⁹¹ En contra de esta idea, con razón, Antonio Remiro Brotons, "Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial", en *El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, p. 120, pues no existía ni tratado ni costumbre que estableciera tal regla, y el escaso número de firmantes de dicha convención no permite tampoco considerarla costumbre internacional; también William Shabas: "Art. 29", en Otto Triffterer: *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Law*, pp. 524 ss., nm. 3 ss. La sigue en cambio la reciente sentencia del pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú del 21 de marzo de 2011: "62. Sobre la base de lo expuesto, debe quedar claro que la regla de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, y consecuentemente, el mandato de su persecución, con prescindencia de la fecha en que aquellos se hayan cometido, no tiene vigencia en el ordenamiento jurídico peruano como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (9 de noviembre de 2003), sino que surge en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general que, como ha sostenido la Corte Interamericana, no nace de la referida Convención, sino que está reconocida en ella (Cf. caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006, § 225). Obviar esta obligación dimanante de la práctica internacional supone desconocer el contenido constitucional exigible del derecho fundamental a la verdad como manifestación implícita del principio-derecho a la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139, inciso 3, de la Constitución) y del deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44 de la Constitución), siendo además un valor encaminado a la garantía plena de los derechos fundamentales a la vida (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), a la integridad personal (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), a la libertad personal (artículo 2, inciso 24, de la Constitución) y a la igualdad (artículo 2, inciso 2, de la Constitución), frente a sus muy graves violaciones.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

El TEDH, por su parte, ha mantenido siempre que los crímenes internacionales son imprescriptibles y lo ha argumentado de tres maneras diferentes, todas ellas discutibles:

En los casos *Touvier*,⁹² *Papon*⁹³ y *Kolk y Kislyiy*,⁹⁴ el TEDH venía afirmando que el Estatuto del Tribunal de Núremberg había consagrado la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad. Esta afirmación resulta bastante llamativa, pues basta leer el citado Estatuto⁹⁵ para comprobar que ni en los considerandos ni en ningún otro lugar a lo largo de sus treinta artículos se hace mención alguna a la imprescriptibilidad de los crímenes de los que se ocupa. Tampoco los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950 y presentados a la Asamblea General mencionan la imprescriptibilidad de los crímenes que regulan. En todo caso se podría interpretar *a sensu contrario* que, al no establecerse en aquellos textos la prescripción de la acción penal, esta era imprescriptible.⁹⁶

En *Kolk y Kislyiy contra Estonia*, el TEDH no solo declaró que los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles en derecho internacional porque así lo estableció en Estatuto de Núremberg, sino que además afirmó que los Estados miembros de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes De Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad están obligados por su artículo I.b, que declara expresamente la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, cualquiera que sea la fecha

“En virtud de dicho reconocimiento constitucional, y en atención a lo previsto por el artículo 55° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, debe precisarse que la aludida regla de imprescriptibilidad, constituye una norma de ius cogens derivada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aplicable en todo tiempo, contra la que no cabe pacto en contrario, con fuerza erga omnes, y con plena eficacia en el ordenamiento jurídico peruano.

“En definitiva, aunque la pena aplicable a una conducta típica es la que se encontraba vigente en el tiempo en que ella se produjo (a menos que sobrevenga una más favorable), si tal conducta reviste las características de un crimen de lesa humanidad, por mandato constitucional e internacional, la acción penal susceptible de entablar-se contra ella, con prescindencia de la fecha en que se haya cometido, es imprescriptible”.

⁹² *Touvier v. Francia* 29420/95 Commission (Plenary), decisión del 13 de enero de 1997: “La Commission constate par ailleurs que l’infraction de crime contre l’humanité et son imprescriptibilité furent consacrées par le Statut du tribunal international de Nuremberg annexé à l’accord interallié du 8 août 1945”.

⁹³ *Papon v. France* 54210/00 Court (First Section), decisión del 15 de noviembre de 2001, fundamento jurídico 5: “[...] ce qui est le cas du crime contre l’humanité, dont l’imprescriptibilité a été consacrée par le Statut du tribunal international de Nuremberg annexé à l’accord interallié du 8 août 1945 [...]”.

⁹⁴ *Kolk y Kislyiy v. Estonia*, decisión de 17 de enero de 2006, accesible en español en <<http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>>.

⁹⁵ Accesible, por ejemplo, en <<http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73.pdf>>.

⁹⁶ William Shabas: o. cit., p. 523, interpreta que en ausencia de una norma que establezca la prescripción en todos los textos que regularon la persecución penal de los crímenes internacionales antes del Estatuto de Roma, estos son imprescriptibles.

ALICIA GIL GIL

en que se hayan cometido e independientemente de si fueron cometidos en tiempo de guerra o en tiempo de paz. Esta convención puede resultar incompatible con la doctrina general establecida por el TEDH respecto del cambio en los plazos de prescripción, en tanto parece no respetar la prescripción ya alcanzada antes de la ratificación de la Convención.

El TEDH, al contrario que la Corte IDH, no ha llegado a declarar el carácter de derecho consuetudinario de esta norma, sino que por el contrario afirma en el caso citado que la República de Estonia quedó vinculada a la aplicación de los mencionados principios “tras acceder a la Convención antedicha”. España no es parte en la Convención, y esta resulta no solo contraria a la concepción material de la prescripción que mantiene nuestra jurisprudencia y doctrina mayoritaria, sino también a la idea de que la prescripción ya alcanzada extingue la responsabilidad criminal, que no puede ser “resucitada” por la introducción posterior de una norma sobre imprescriptibilidad.

Claro que este último problema es difícil que se dé, pues las normas que tipifican en el derecho interno los crímenes contra la humanidad suelen ir acompañadas de la previsión de su imprescriptibilidad, y las condenas anteriores a dicha tipificación expresa se argumentan por lo general en las jurisdicciones internas —argumentación rechazada por el TS español—⁹⁷ en la supuesta aplicación directa de normas internacionales que, como veremos a continuación, según el TEDH no preveían la prescripción. Sin embargo, al hablar de crímenes de guerra, introducidos en los códigos penales nacionales por lo general mucho antes de la moderna evolución del derecho penal internacional,⁹⁸

⁹⁷ Que con razón ha negado que la costumbre internacional sea aplicable directamente como fuente de tipificación de delitos, y también, por tanto, que las penas solo posteriormente previstas en el CP español, o previstas para delitos distintos, sean aplicables retroactivamente con tal argumentación. Véase la sentencia del Tribunal Supremo n.º 798/2007, del 1 de octubre de 2007, en el caso *Scilingo*, que casa la anterior sentencia de la Audiencia Nacional 16/2005, del 19 de abril. A favor de la argumentación del TS y en contra de la aplicación retroactiva del CP español que había hecho la AN argumentando precisamente la preexistencia de la prohibición de los crímenes internacionales en la costumbre internacional véase Carmen Lamarca Pérez: “Jurisprudencia aplicada a la práctica. Internacionalización del derecho penal y principio de legalidad: el caso *Scilingo*”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 34, 2007, pp. 69-77; Francisco Bueno Arús: “Jurisprudencia aplicada a la práctica. Fuentes y principios del derecho penal internacional de nuestro tiempo: reflexiones sobre la sentencia de la Audiencia Nacional en el caso *Scilingo*”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 34, 2007, pp. 78-96; Alicia Gil Gil: “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso *Scilingo*”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 07-r1 (2005), también publicado en *Jueces para la Democracia*, julio de 2005; ídem: “Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*”, en Antonio Cuerda Riezu y Francisco Jiménez García (dirs.): *Nuevos desafíos del derecho penal internacional*, Madrid: Tecnos, 2009, pp. 391 ss. A favor de la solución de la Audiencia Nacional se pronuncia en cambio Carlos Castresana: “De Núremberg a Madrid: la sentencia del caso *Scilingo*”, en *Jueces para la Democracia*, noviembre de 2005, pp. 3-11.

⁹⁸ El primer paso hacia la incriminación de la conducta ilícita en la guerra, en un plano positivo y de carácter permanente, tuvo lugar en cada país en las legislaciones penales comunes y más frecuentemente en las mili-

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

y posiblemente sometidos en su origen a plazos de prescripción generales en las legislaciones internas,⁹⁹ sí podría encontrarse un Estado con el problema de que firmar la Convención sobre Imprescriptibilidad lo obligara al más evidente atentado contra la seguridad jurídica: resucitar una responsabilidad penal ya extinguida. En mi opinión este debería ser un límite absoluto, incluso para los firmantes de tal Convención.

La tercera vía elegida por el TEDH para argumentar la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad la encontramos en el caso *Kononov*.¹⁰⁰ Aun manteniendo la misma conclusión —la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad en el derecho internacional—, el Tribunal cambia de argumentación, dejando de apelar a una regulación en el Estatuto de Núremberg, quizás porque los hechos fueron anteriores a la redacción del Estatuto y la celebración de los juicios de Núremberg. En *Kononov* el argumento es que si el derecho internacional, que fue el aplicado en el caso concreto según el Tribunal, no prevé plazo de prescripción, ello significa que el delito es imprescriptible en dicho ordenamiento. Pero siguiendo el razonamiento, el derecho internacional no prohibiría la prescripción, sino que solamente no la prevería para los delitos perseguidos en aplicación de dicho ordenamiento. Por tanto, según dicha sentencia, si el derecho interno prevé para el delito tal y como este se condena (por ejemplo, como crimen de guerra) determinado plazo de prescripción, podría el sujeto beneficiarse de dicho plazo. En cambio, cuando la condena se realiza en aplicación directa del derecho internacional, a falta de una regulación de la prescripción de tales delitos en el derecho internacional, el Tribunal los considera imprescriptibles. Pero lo que se había hecho en realidad en el caso *Kononov* en la jurisdicción interna era una aplicación retroactiva del derecho interno, con el argumento de que la base para el castigo era el derecho internacional existente en la época, aun cuando en realidad el derecho internacional existente no preveía sanciones penales y ni siquiera establecía el carácter delictivo de las conductas que regulaba.

Esta sentencia supone, en mi opinión, una clara infracción del principio de legalidad, pues las penas aplicables a los hechos, que los califican como delitos comunes según el Código Penal nacional, que eran las únicas previsibles en el momento de su comisión,

tares. Así por ejemplo, en el derecho español la materia relativa a los delitos de guerra pertenece al ámbito del derecho militar desde su primera regulación, en el Reglamento de Campaña del Ejército de 1882 hasta el actual Código Penal Militar de 1985. Véase José Luís Fernández Flores: "Delitos contra las leyes y usos de la guerra", en Ramón Blecua y José Luís Rodríguez-Villasante (coords.): *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid 1988, pp. 814 ss.

⁹⁹ Como hemos dicho, los crímenes de guerra fueron introducidos en el CP militar español mucho antes que en el CP común; pero, a diferencia de lo dispuesto en este último, todos los delitos previstos en el primero están sujetos a prescripción, cuyo plazo máximo es de 20 años, según lo dispuesto en el artículo 45.

¹⁰⁰ Sentencia del 17 de mayo de 2010.

ALICIA GIL GIL

habían prescrito al celebrarse el juicio; el derecho internacional vigente en el momento de los hechos no contenía penas previsibles —ni siquiera declaraba los hechos directamente punibles en dicho ordenamiento, por lo que por fuerza tampoco podía prever la prescripción—, y las penas del nuevo Código Penal aplicadas retroactivamente en el caso concreto no eran las previsibles.¹⁰¹

5 • La jurisdicción universal

El TEDH ha mantenido en varias ocasiones que el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción es compatible con el CEDH, y en particular no atenta contra el derecho al juez predeterminado por ley. Así, en el caso *Jorgic contra Alemania*,¹⁰² el Tribunal afirmó que la condena en Alemania de un nacional serbio por delito de genocidio cometido en Bosnia, en aplicación, bajo el principio de jurisdicción universal, del Código Penal alemán, no constituía una violación del derecho al juez predeterminado por la ley, al estar la jurisdicción universal por genocidio prevista en la ley alemana, y era indiferente que no se hubiera previsto en la Convención contra el genocidio.¹⁰³

En realidad también aquí el Tribunal obvió la cuestión más complicada del caso. Si bien estaba clara la competencia de los tribunales alemanes sobre el delito de genocidio por el principio de justicia universal y con razón se afirma que tal ejercicio de la jurisdicción no infringe el derecho al juez natural, lo cierto es que la jurisdicción se había extendido no solo al delito de genocidio sino también a los 30 asesinatos cometidos en su ejecución y castigados (correctamente) en concurso ideal con aquel. La jurisdicción universal no estaba prevista en el derecho penal alemán para los delitos de asesinato cometidos fuera del territorio y el Tribunal aplicó la teoría de la “competencia anexa” desarrollada en su jurisprudencia anterior.¹⁰⁴ Esta extensión de la jurisdicción universal a delitos para los que no está prevista es la que plantea, en mi opinión, dudas respecto de los

¹⁰¹ Véase, en total desacuerdo con la sentencia, el voto particular de los jueces Costa, Kalaydjieva y Poalelungi.

¹⁰² *Jorgic v. Germany*, 74613/01, Judgment (Merits), Court (Fifth Section), decisión del 12 de julio de 2007.

¹⁰³ § 66 ss.

¹⁰⁴ Véase Alicia Gil Gil: “Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán condenando por un delito de genocidio: Relaciones concursales entre un delito contra un bien jurídico colectivo —el genocidio— y los delitos contra bienes jurídicos individuales personalísimos cometidos en su ejecución”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* de la UNED, n.º 4, julio 1999, pp. 771 ss.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

principios de improrrogabilidad de la jurisdicción y derecho al juez natural determinado por la ley.¹⁰⁵

En el caso *Ould Dah contra Francia*, el Tribunal declaró que el ejercicio de la jurisdicción universal no atentaba contra el principio de legalidad.¹⁰⁶

6. Conclusiones

1. El TEDH no ha llegado, como sí lo ha hecho su homólogo, la Corte IDH, al extremo de crear un estatuto jurídico de la víctima que se oponga y neutralicen los derechos del imputado,¹⁰⁷ pues:

- a. En primer lugar, interpreta el derecho a recurso efectivo y las obligaciones de investigar y perseguir de manera más limitada que aquella, ya que el TEDH impone más bien una obligación de medios y no de resultados, con lo que no ha desarrollado, al contrario que su par americana, la doctrina de la eliminación de toda una serie de límites al *ius puniendi* (amnistía, indulto, prescripción, cosa juzgada...), al menos de forma tajante y con carácter general, para determinadas violaciones de derechos humanos que pudieran ser calificadas como crímenes internacionales
- b. En segundo lugar, según la jurisprudencia del Tribunal, el CEDH no contempla como parte del derecho a un proceso equitativo un derecho de la víctima al castigo de los presuntos delincuentes, sino que entiende el primero solamente como un derecho del imputado.

2. Aun así, en los últimos años la jurisprudencia del TEDH se ha acercado en muchos aspectos a la de la Corte IDH, si bien ambos tribunales mantienen diferencias fundamentales.

¹⁰⁵ Todavía mayor problema plantea la extensión de la jurisdicción universal por analogía que hizo el TS español en el caso *Scilingo*. Véase Alicia Gil Gil: "Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*", en Antonio Cuerda Riezu y Francisco Jiménez García (dirs.): *Nuevos desafíos del derecho penal internacional*, Madrid: Tecnos, 2009.

¹⁰⁶ *Ould Dah v. Francia*, 13113/03, Cour (Cinquième Section), decisión de 17 de marzo 2009. Aquí el tribunal avaló el ejercicio de la jurisdicción universal sobre el delito de torturas.

¹⁰⁷ Kai Ambos y María Laura Böhm: o. cit., notas 57 y 68 y texto correspondiente.

ALICIA GIL GIL

3. En mi opinión, es criticable un aparente cambio de posición en los últimos años, en que en varias sentencias, y contradiciendo una jurisprudencia anterior clara y constante, el TEDH ha permitido la aplicación retroactiva de la Convención (en puridad, no se trataba en todos los casos de aplicación retroactiva de la Convención, sino en la mayoría tan solo de la jurisdicción del Tribunal) al afirmar violaciones del artículo 2 por la no investigación de muertes o de desapariciones en situaciones de peligro para la vida sucedidas antes de la entrada en vigor de la Convención.

- a. El fundamento jurídico de la obligación de investigación de un hecho cometido antes de la vigencia de la Convención (o de la competencia del Tribunal para determinar tal obligación) no aparece clara y convincentemente explicado en esta jurisprudencia, pues presupone que se independiza la obligación procesal de la violación sustantiva del derecho.
- b. Y tampoco, por tanto, los límites establecidos a tal exigencia (“debe existir un vínculo real entre la muerte y la entrada en vigor de la Convención en relación con el Estado demandado”, o una proximidad temporal entre la muerte y su investigación y la entrada en vigor de la Convención) tienen un apoyo o una base legal ni están claramente determinados
- c. Ni tienen tampoco una explicación fundamentada jurídicamente las excepciones a tales límites (la desaparición de una persona en una situación de peligro para la vida impondría una obligación de investigar y perseguir cuyo incumplimiento constituye una violación del artículo 2, sin que en tal caso exista el límite de la proximidad temporal al constituir la conducta de desaparición una situación continuada y aun cuando se pudiera presumir la muerte de la víctima o no se haya demostrado que esa persona sigue en peligro de muerte)

4. Respecto del desarrollo del derecho penal internacional a través de la jurisprudencia del TEDH, hay que señalar que este es limitado.

- a. En primer lugar porque, al contrario de lo que suele hacer la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el TEDH no suele calificar los hechos que se le presentan a examen como crímenes internacionales, sino que se mantiene en el ámbito de su competencia y solo se pronuncia sobre la

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

- violación de derechos humanos, pues tal es tal es su misión y el contenido del Convenio.
- b. Y cuando tiene ocasión de pronunciarse sobre el contenido de un determinado crimen en el derecho internacional de la época, no siempre es diligente y consecuente. En ocasiones ha investigado con gran acierto los elementos del crimen y en otras, paradójicamente, ha renunciado a ello, aun cuando habría sido relevante para determinar una posible infracción del principio de legalidad.
 - c. También ha afirmado el TEDH, a veces con lagunas en su argumentación, la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, fundamentándola en una inexistente prohibición en el Estatuto del Tribunal Internacional de Núremberg o en la simple falta de regulación internacional de plazos de prescripción.
 - d. Y ha admitido con razón la posible jurisdicción universal sobre los plazos de prescripción de cualquier Estado, al entender que ello no atenta contra el derecho al juez natural siempre que tal jurisdicción esté prevista en la ley, ni contra el principio de legalidad.