

JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Ezequiel Malarino

1 • Introducción

En la primera investigación de este grupo de estudios habíamos concluido, junto con Kai Ambos, que la jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional era, más bien, escasa y que los tribunales locales en el juzgamiento de hechos que podrían ser calificados, según el derecho internacional, como crímenes internacionales aplicaban básicamente normas del derecho penal común.¹ En esa ocasión habíamos constatado, sin embargo, una tendencia creciente en los tribunales de algunos países a recurrir directamente al derecho internacional para vencer frenos o inhibiciones a la persecución penal impuestos por el derecho local. Notábamos esa tendencia principalmente en la jurisprudencia argentina, pero también en la chilena, peruana y colombiana. En los pocos años que distan desde aquella primera investigación hasta la presente, esa advertida tendencia se ha consolidado de tal modo que la conclusión a la que antes habíamos llegado ya no es más válida. Hoy en día de ningún modo puede considerarse escasa la jurisprudencia latinoamericana sobre el punto. En lo siguiente expondré resumidamente y de manera descriptiva las principales decisio-

¹ Kai Ambos y Ezequiel Malarino: "Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares", en Ambos y Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, p. 584. Esa investigación había investigado la jurisprudencia hasta el año 2002.

nes de tribunales de países latinoamericanos al respecto. Sólo al final realizaré unas conclusiones globales sobre los aspectos más salientes de la jurisprudencia. Salvo excepciones, me concentraré en la jurisprudencia de tribunales superiores.²

2. Argentina

El caso argentino es probablemente el testimonio más elocuente de la apertura de los tribunales nacionales hacia el derecho internacional en el juzgamiento de graves violaciones de los derechos humanos. La aplicación jurisprudencial de normas de derecho internacional en estos casos ha ido aumentando vertiginosamente en los últimos años y se ha consolidado hoy con una serie de decisiones de la Corte Suprema (CS). En lo que sigue esbozaré a grandes rasgos las principales decisiones relacionadas con el derecho penal internacional.

Las primeras decisiones con relevancia para el derecho penal internacional ocurrieron en procesos de extradición. Las tres más relevantes son las siguientes.

Por un lado, la decisión de la CS del 24 de agosto de 1966 en el proceso de extradición del médico alemán Bohne, acusado de pertenecer a una organización encargada de eliminar enfermos mentales en forma masiva y metódica mediante el uso de cámaras de gas. Aquí, la CS consideró a tales conductas contrarias “al común sentir de los pueblos civilizados” y “lesivas del sentimiento de humanidad” y expresó, a fin de negar la calificación como delito político, que “el derecho de gentes ha ido progresivamente negando un trato favorable [...] a aquellas acciones que [...] revisten el carácter de crímenes graves”.

Por el otro, la decisión de la Cámara Federal de La Plata del 30 de agosto de 1989 en el proceso de extradición de *Schwammberger*. Aquí el Tribunal calificó a los hechos como crímenes contra la humanidad y los consideró imprescriptibles recurriendo —ante la ausencia de tales normas en la legislación interna— al derecho internacional. Señaló, además, que aunque una norma que agrava las condiciones de prescripción *ex post facto*

² Sólo me referiré a jurisprudencia de los siguientes países: Argentina, Colombia, Perú, Chile, Bolivia, Paraguay, Brasil, Uruguay, Paraguay, Venezuela, Ecuador, Costa Rica y México. El único país de los que han integrado esta investigación al cual no me voy a referir es El Salvador, pues en ese país no existe jurisprudencia relevante sobre el punto.

EZEQUIEL MALARINO

—problema que se planteaba en el caso— lesionaría en el derecho interno el principio de legalidad, esto no ocurría respecto de crímenes internacionales. Justificó ello con base en las finalidades de este principio, el cual no estaría destinado a garantizar la previsibilidad de los crímenes, sino a proteger la división de poderes, y por ello en un orden donde tal división de poderes no existe el principio no rige.

Por último, la decisión de la CS del 2 de noviembre de 1995 en el proceso de extradición de *Priebke*. En este caso, la CS calificó los hechos, a los efectos del requisito de la doble incriminación, como genocidio y crimen de guerra y afirmó su imprescriptibilidad recurriendo directamente a los principios de *ius cogens* del derecho internacional. La calificación de los hechos según el derecho internacional fue justificada por la CS en que las descripciones típicas del derecho penal común comprenderían la “sustancia de la infracción” que se le atribuía a *Priebke*. La Corte aclaró, además, que el hecho de que los instrumentos internacionales a los que la decisión hacía referencia —los Convenios de Ginebra (CG) y la Convención contra el Genocidio (CGen)— no establecieran sanciones penales para tales delitos no obstaba a la calificación efectuada, pues, en todo caso, se trataba de un proceso de extradición y no de uno para establecer la responsabilidad o inocencia de una persona.

Pero el gran cambio de la jurisprudencia se produjo principalmente luego del cambio de siglo, cuando la aplicación de normas del derecho internacional comenzó a tener por objeto procesos de atribución de responsabilidad.³ Existen tres decisiones de la CS que son fundamentales.

Primero, la decisión del 24 de agosto de 2004 en el proceso contra *Arancibia Clavel*, acusado de integrar una asociación criminal (la DINA chilena). A pesar de que los hechos fueron subsumidos en las normas del Código Penal sobre asociación ilícita, la CS sostuvo que, cuando una asociación está finalizada a cometer crímenes de lesa humanidad, comparte el carácter de éstos y el delito se convierte en un crimen de lesa humanidad y como tal imprescriptible. Sostuvo, asimismo, que la calificación del delito como crimen de lesa humanidad y la aplicación de la regla de la imprescriptibilidad no lesionaban el principio de legalidad, porque tal crimen y esa regla ya formaban parte de la costumbre internacional en el momento de los hechos y mucho

³ Por supuesto, ya con anterioridad existían muchas decisiones en procesos vinculados a graves violaciones de los derechos humanos y especialmente a hechos cometidos por el gobierno dictatorial que gobernó el país en el período 1976-1983. La más conocida seguramente es la de la Cámara Federal de Buenos Aires del 9 de diciembre de 1985 en el *Juicio a las juntas militares*. Quizás el aspecto más interesante de esta decisión para el derecho penal internacional sea la discusión sobre la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

antes de que algunas convenciones internacionales —ratificadas por Argentina con posterioridad a los hechos— los reconocieran. La CS también expresó que adoptar una posición contraria podría comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico interamericano.

Segundo, la sentencia del 14 de junio de 2005 en el caso *Simón*, en la que la CS declaró la inconstitucionalidad y nulidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida⁴ basándose en el derecho internacional, en el derecho internacional de los derechos humanos y principalmente en la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del 14 de marzo de 2001 en el caso *Barrios Altos*, que había declarado incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y carentes de efectos jurídicos dos leyes peruanas que amnistiaban graves violaciones de los derechos humanos. Además de la invalidez de las llamadas leyes de amnistía, la CS declaró la imprescriptibilidad de los hechos y quitó efectos a la cosa juzgada posibilitando, de esa manera, la reapertura del proceso. Para fundamentar esas conclusiones, la CS calificó los hechos, además de privación ilegítima de la libertad y tormentos según las normas de la legislación interna, como crímenes de lesa humanidad. También en esa oportunidad la CS advirtió que decidir de otra manera podría originar responsabilidad internacional al Estado. Por otra parte, el agravio del imputado por la intervención como parte querellante de una ONG —aceptada por el tribunal inferior— no fue analizado por la CS por razones formales. Esta decisión de la CS —sin duda la más trascendente de los últimos años— ha otorgado una sólida base a la decisión que ya habían tomado algunos tribunales inferiores de declarar inconstitucionales y nulas a las llamadas leyes de amnistía y reabrir los procesos por hechos cometidos por la dictadura militar y ha incentivado a muchos otros que todavía no lo habían hecho a seguir este camino.⁵

⁴ Algunos miembros de la CS se habían manifestado anteriormente sobre la inconstitucionalidad de estas leyes. Véase el voto del juez Petracchi en la decisión del 21 de agosto de 2003 en el incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción en el caso *Videla* y el voto conjunto de los jueces Petracchi y Zaffaroni en la decisión del 11 de diciembre de 2003 en el proceso de extradición de *Astiz*. En esta última se dijo: “la supuesta falta de certeza en cuanto a las posibilidades reales de juzgamiento de *Astiz* en el país que alegan los recurrentes, sobre la base de que hasta el momento el Tribunal no se ha expedido con relación a la constitucionalidad de la ley 25 779, que declara insanablemente nulas las leyes 23.492 (‘de punto final’) y 23.521 (‘de obediencia debida’), pierde de vista que, a partir del caso ‘Barrios Altos’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia del 14 de marzo de 2001), resultan contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos todas aquellas normas con las características de las mencionadas leyes 23 492 y 23 521, en cuanto ellas impiden la investigación y la condena de hechos como los que motivan el actual pedido de la República Francesa”.

⁵ El recurso a argumentos del derecho internacional sirvió a la CS para apartarse de su decisión de del 22 de junio de 1987 en el caso *Camps*, en donde, utilizando argumentos exclusivamente del derecho constitucional, había declarado la constitucionalidad de esas leyes.

EZEQUIEL MALARINO

Tercero, la decisión del 13 de julio de 2007 en el caso *Mazzeo*, que declaró la inconstitucionalidad del decreto 1002/89 que había indultado a personas aún sometidas a proceso por delitos cometidos durante la dictadura militar. También aquí la CS calificó los hechos como crímenes de lesa humanidad y derivó la prohibición de indultar del derecho internacional, el derecho interamericano de protección de los derechos humanos y la jurisprudencia de la CIDH. La CS sostuvo, por otra parte, que a la reapertura de los procesos no podría oponerse el *ne bis in idem*, pues éste no es un derecho absoluto y que cedía en los casos bajo análisis. Para fundamentar esta posición la CS invocó la jurisprudencia de la CIDH en *Barrios Altos* —ya mencionada— y *Almonacid Arellano* del 26 de setiembre de 2006, y también al artículo 20 (3) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI).⁶

A pesar de que los fallos antes mencionados califican a los hechos *también* —esto es, además del encuadre típico según las leyes locales— como crímenes de lesa humanidad, muy pocas referencias se encuentran acerca de los requisitos de contexto, esto es, de aquellas condiciones que precisamente transforman un crimen común en un crimen internacional.

Existen muchas otras decisiones de interés para el derecho penal internacional, de las cuales aquí puedo ocuparme sólo de algunas y, además, de manera muy esquemática.

En cuanto al crimen de lesa humanidad, interesa ante todo la sentencia de la CS del 11 de julio de 2007 en el caso *Derecho*, en donde se realizan algunas consideraciones interesantes sobre el bien jurídico y el elemento de contexto —en particular sobre el *policy element*— del crimen de lesa humanidad tomando como punto de partida la descripción del artículo 7 del ECPI. La Corte sostuvo que el crimen de lesa humanidad protege primordialmente a la humanidad en su conjunto y secundariamente también los bienes jurídicos de las personas afectadas por las conductas individuales. Afirmó, asimismo, que lo que distingue a un crimen de lesa humanidad de un crimen común no es la depravación o crueldad de la conducta, sino el hecho de que ésta sea ejecutada por un Estado o una organización cuasigubernamental en contra de las personas que están bajo su control y que deben proteger. Para la CS, este crimen brinda protección frente un Estado o una agrupación similar a un Estado que

⁶ En una reciente decisión del 25 de abril de 2007 la Cámara Federal de Buenos Aires declaró la inconstitucionalidad del decreto de indulto n.º 2741/90 que beneficiaba a los ex comandantes Videla y Massera condenados en el *juicio a las juntas militares* de 1985.

se ha pervertido. A conclusiones similares en cuanto a las características de esta “organización” llegó la CS a partir de una interpretación del requisito de la “conformidad con la política de un Estado u organización” previsto en el artículo 7 (2) (a) ECPI. La CS consideró que una *organización*, en el sentido de esa disposición, debe ser una con “dominio cuasiestatal”, esto es, que cumpla los “roles del Estado” o que sea semejante a un Estado. Aunque el fallo negó finalmente en el caso concreto la existencia de un crimen de lesa humanidad, sienta una importante doctrina para analizar en particular las conductas de la guerrilla y el paramilitarismo.⁷

También en cuanto al crimen de lesa humanidad interesa remarcar una tendencia de la jurisprudencia a extender este concepto mucho más allá de la definición internacional. Ya son numerosas las decisiones que consideran como crimen de lesa humanidad y atribuyen sus consecuencias especiales (imprescriptibilidad, entre otras) a hechos que típicamente pertenecen al derecho penal común por la sola circunstancia de estar relacionados de alguna manera con la comisión de crímenes de esa naturaleza. No sólo el delito de asociación ilícita fue considerado un crimen de lesa humanidad (así la CS en *Arancibia Clavel* ya citado), sino también los delitos de sustracción y ocultación de un menor (Cámara Federal de Buenos Aires, decisión del 9 de setiembre de 1999 en el caso *Videla*), falsificación ideológica de documento público, apropiación extorsiva de bienes, asociación ilícita y robo (Cámara Nacional de Casación Penal, decisión del 14 de marzo de 2006 en el caso *Pazo*), robo de bienes muebles y de un automotor del domicilio de una persona que había sido secuestrada el día anterior (Cámara Federal de Buenos Aires, decisión del 18 de julio de 2006 en el caso *García Velasco*) y encubrimiento y sustracción de documentos destinados a servir de prueba —en el caso, se trató de la destrucción de pruebas sobre la suerte de personas desaparecidas ocurrida en 1986, esto es, varios años después de reestablecida la democracia— (Cámara Federal de La Plata, decisión del 30 de abril de 2003 en el caso *Navarro*).

Con todo, a veces esta tendencia expansiva fue contenida. En la decisión del 10 de mayo de 2005 en el proceso de extradición de *Lariz Iriondo*, integrante de la organización vasca ETA, la CS negó que los actos de terrorismo puedan considerarse crímenes de lesa humanidad y también que respecto a ellos exista una regla consuetudinaria que ordene la imprescriptibilidad.

⁷ Esta cuestión ya ha comenzado a suscitar atención de los tribunales. Así, el juez a cargo del Juzgado Federal n.º 5 de Buenos Aires, en la decisión del 26 de diciembre de 2006, calificó los hechos cometidos por la agrupación paramilitar *Triple A* (homicidios, asociación ilícita, privación ilegítima de la libertad) como crímenes de lesa humanidad y los consideró imprescriptibles.

EZEQUIEL MALARINO

En cuanto al crimen de genocidio, debe mencionarse una curiosa decisión del 19 de noviembre de 2006 del Tribunal Oral Federal n.º 1 de La Plata en el caso *Etchecolaz*, que demuestra la utilización poco técnica de los conceptos del derecho penal internacional. Aquí, el Tribunal calificó a los hechos de homicidios, privación ilegítima de la libertad y secuestro cometidos durante la dictadura militar como “crímenes de lesa humanidad en el marco de un genocidio”.

Por otra parte, es preciso destacar que la jurisprudencia a veces justifica la restricción de la libertad del imputado durante el proceso también con base en el especial interés estatal en la persecución de los crímenes internacionales. Así lo ha hecho, por ejemplo, la Cámara Federal de Buenos Aires en la decisión sobre procesamiento y prisión preventiva del 19 de julio de 2007 en el caso *Acosta*.

Finalmente, varias son las decisiones que reconocen el derecho a la verdad y la posibilidad de ejercerlo en los tribunales. En un primer momento la CS había identificado en el recurso de hábeas data el mecanismo indicado para obtener información sobre la suerte de los desaparecidos. Así, lo hizo en la decisión del 15 de octubre de 1998 en el caso *Urteaga*. Pero posteriormente, a raíz del acuerdo de solución amistosa entre la Comisión Interamericana de derechos Humanos y el Estado argentino —plasmado en el Informe de esa Comisión 21/00 de 29 de febrero de 2000—, fue ampliamente reconocida la posibilidad de hacer valer el derecho a la verdad en los tribunales penales. La CS lo reconoció, por ejemplo, en la decisión del 8 de setiembre de 2003 en el caso *Hagelin*. Como es conocido, tal acuerdo dio lugar a los famosos *juicios de la verdad*, esto es, procedimientos ante tribunales penales con la única finalidad de investigar los hechos y sin aplicación de sanciones penales.

3. Colombia

En Colombia son ya numerosas las decisiones relacionadas con el derecho penal internacional. También aquí la jurisprudencia conecta consecuencias especiales a la calificación de un hecho como crimen internacional y también es frecuente que esa calificación no se efectúe sobre el tipo, sino exclusivamente para permitir la aplicación de dichas consecuencias especiales. Mientras que tradicionalmente tal efecto se lograba con la calificación de un hecho como acto de ferocidad o barbarie o como

delito atroz, hoy es cada vez más frecuente el uso del concepto de *crimen de lesa humanidad*. En lo siguiente me referiré a las decisiones más relevantes de la Corte Constitucional (CC) y de la CS.

Comenzaré con las decisiones de la CC en materia de amnistías e indultos. Un primera decisión importante es la sentencia C-069/94 del 23 de febrero de 1994. En esta decisión, la CC consideró el delito de secuestro como un crimen de lesa humanidad y afirmó que sería un contrasentido que el Estado social de derecho relativizara la dignidad humana beneficiando con la amnistía o el indulto al autor de ese delito. Algunos años más tarde, en la importantísima sentencia C-578/02 de 30 de julio de 2002 sobre la compatibilidad constitucional del ECPI, también se sentaron doctrinas fundamentales sobre el punto. En dicha ocasión, la CC sostuvo que el derecho internacional no impide a los Estados la utilización de amnistías o indultos para lograr la reconciliación, siempre que estos instrumentos garanticen a las víctimas la posibilidad de acceder a la justicia para conocer la verdad y obtener una protección judicial efectiva. La CC también consideró inadmisibles el otorgamiento de autoamnistías, amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo.⁸ Estas decisiones han sido confirmadas por la CC en las sentencias C-695/02 del 28 de agosto de 2002 y 370/06 del 18 de mayo de 2006; en esta última decisión, sobre la constitucionalidad de la ley 975 de 2005 de Justicia y Paz, la CC rechazó, sin embargo, la calificación de esa ley como de amnistía o indulto.⁹

Una importante decisión de la CC en cuanto a la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales y el derecho a la verdad y a la justicia es la C-580/02 de 31 de julio de 2002. Aquí la CC tuvo que decidir si la regla de la imprescriptibilidad consagrada en el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre

⁸ La Corte también consideró “la paz” como un bien constitucional y a las amnistías e indultos como instrumentos para consolidarla y refirió expresamente al artículo 6 (5) del PACG II. Esta decisión contiene muchas otras consideraciones importantes para el derecho penal internacional, dado que la Corte al examinar la constitucionalidad del ECPI ha debido analizar todas sus disposiciones. La Corte constató en diferentes materias un régimen diferente de garantías entre la Constitución y el ECPI (por ejemplo, respecto del principio de legalidad y la imprescriptibilidad). Pero de todas formas el ECPI sería inobjetable, dado que el artículo 93 de la Constitución (introducido por acto legislativo 2 de 2001) reconoció la jurisdicción de la CPI y el régimen diverso de garantías del ECPI en su exclusivo ámbito de aplicación.

⁹ Esta sentencia es, por otra parte, fundamental en cuanto declaró la compatibilidad constitucional de la mayoría de las disposiciones de la ley 975 de 2005 que establece un sistema de justicia de transición que intenta satisfacer el interés de justicia sin poner en riesgo la paz. Muy resumidamente la ley prevé la aplicación de una pena reducida (de 5 a 8 años) a autores de delitos que son miembros de grupos armados al margen de la ley a cambio del reconocimiento de los hechos, la reparación a las víctimas y la desmovilización.

EZEQUIEL MALARINO

la Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) era compatible con el artículo 28 de la Constitución que establece que en ningún caso podrá haber *penas* imprescriptibles. La Corte estableció que, si bien la prohibición de imprescriptibilidad de las penas debía extenderse, con base en la garantía del debido proceso, a las acciones penales, esa garantía no era absoluta y que en el caso del delito de desaparición forzada la imprescriptibilidad se justificaba en la gravedad del delito, el interés en erradicar su impunidad, el derecho a la verdad y el derecho de las víctimas a la justicia. También indicó que en casos de desaparición forzada la “sociedad entera” tiene un interés en conocer la verdad y establecer las responsabilidades individuales.

Posteriormente, en la sentencia T-249/03 del 21 de marzo de 2003, la CC confirmó y desarrolló esta jurisprudencia sobre el derecho a la verdad y a la justicia. La CC sostuvo aquí que en los casos en que existe un interés social cualquier individuo puede constituirse en parte civil como actor popular y que tal interés social existe en casos de graves atentados contra los derechos humanos, violaciones del derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad y hechos que implican una grave puesta en peligro de la paz colectiva. Afirmó que tal solución es posible de acuerdo con el artículo 45 del CPP (ley 600, del 2000) que autoriza la constitución en parte civil como actor popular “cuando se trate de lesión directa a bienes jurídicos colectivos”.

En cuanto al derecho de víctimas —y el *ne bis in idem*—, también se ocupó la sentencia 004/03 del 20 de enero de 2003. Aquí se cuestionó la constitucionalidad del artículo 220 (3) CPP en cuanto preveía, en caso de descubrimiento de nuevos hechos o nuevas pruebas, la posibilidad de revisión de la sentencia sólo en caso de que fuera condenatoria. La Corte sostuvo que, si bien en los casos normales era correcto dejar de lado la cosa juzgada sólo a favor del condenado, en los casos de violaciones graves al derecho internacional humanitario esto ya no se justificaba. En estos casos, la imposibilidad de revisar una sentencia absolutoria crearía una situación de impunidad que, además de desconocer el derecho de la víctima a la justicia, pondría en riesgo la realización de un “orden justo”. Esta afectación, señaló la CC, es aun más grave cuando la impunidad deriva del incumplimiento por el Estado del deber de investigar y sancionar adecuadamente estos crímenes y especialmente cuando ello se traduce en una vulneración de los compromisos internacionales asumidos por el Estado. La Corte apoyó su deci-

sión también en el artículo 20 (3) ECPI el cual admite en ciertos casos dejar de lado la cosa juzgada en perjuicio del imputado absuelto.¹⁰

Por otra parte, merece destacarse la reciente sentencia T-355/07 del 10 de mayo de 2007, en donde la CC recurrió al ECPI no ya para apoyar una interpretación, sino para llenar el contenido de una norma interna. Así, sostuvo que para concretar el concepto de delito de lesa humanidad —previsto en el artículo 70 de la ley 975 de 2005—¹¹ los operadores jurídicos deberán remitirse a la definición del artículo 7 ECPI.

En cuanto a la CS sólo mencionaré dos decisiones, ambas de la Sala de Casación Penal. Por un lado, la sentencia del 6 de marzo de 2003 en el caso de la *Masacre de Riofrío*, en la que la CS recurrió a la categoría de crímenes de lesa humanidad a pesar de la subsunción típica de los hechos en normas del derecho penal común. Allí se expresó que los hechos —asesinatos, torturas, etcétera— “pueden ser inscritos dentro de aquellos que, por su inusitada gravedad, la comunidad internacional estima imprescriptibles y perseguibles en cualquier lugar por constituir [...] crímenes de lesa humanidad”.

Por otro lado, la decisión del 11 de julio de 2007 sobre el artículo 71 de la ley 975 de 2005. Aquí la CS sostuvo que dicha disposición —que consideraba como sedición el hecho de integrar grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal— era contraria a la Constitución porque trataba como político a un delito común. La CS negó el carácter de delito político a “hechos delictivos cometidos por cuenta o en nombre de los paramilitares” porque “no fueron ejecutados con el propósito de atacar contra el régimen constitucional y legal vigente”. Y enseguida explicitó las importantes consecuencias de esta afirmación: “De lo dicho se sigue que quienes hayan estado vinculados a los grupos paramilitares o de autodefensa, cualquiera sea el grado de participación en la organización y en los delitos cometidos por cuenta de la misma, no pueden ser beneficiarios de amnistía, indulto, su extradición está permitida [...]”.¹²

¹⁰ Esta doctrina se plasmó luego en el artículo 194 (4) de la ley 906 de 2004.

¹¹ El delito de lesa humanidad está excluido del beneficio de rebaja de pena previsto en esa disposición.

¹² Si bien el artículo 71 de la ley 975 de 2005 había sido declarado inexecutable por motivos de procedimiento por la CC en la sentencia de 18 de mayo de 2006 (C-370/06) arriba mencionada, aquí se planteaba si podía regir como ley intermedia más benigna. Por ello, la CSJ se ocupó aquí de las razones de orden sustancial para equiparar el concierto para delinquir con la sedición.

4. Perú

En Perú, la cuestión que ha causado mayor interés y resonancia internacional ha sido la reapertura, a consecuencia de la decisión de la CIDH del 14 de marzo de 2001 en el caso *Barrios Altos*, de numerosos procesos por graves violaciones a los derechos humanos cometidas con motivo de la represión del terrorismo y que habían fenecido en la década del noventa en los tribunales militares, tanto por aplicación de las leyes de amnistía 26 479 y 26 492 como por otras razones. La sentencia *Barrios Altos* de la CIDH, como es conocido, consideró inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos. En su parte resolutoria declaró que las leyes de amnistía antes citadas “carecen de efectos jurídicos” y ordenó al Estado peruano la investigación de los hechos. Posteriormente, con la decisión “interpretativa” del 3 de setiembre de 2001 la CIDH concedió a esta decisión “efectos generales”. En aplicación de esta jurisprudencia, numerosos tribunales declararon “nulas” las decisiones de sobreseimiento o cierre del proceso que estaban firmes y remitieron las actuaciones a los tribunales ordinarios para la continuación de las investigaciones. La reapertura de estos procesos generó rápidamente cuestionamientos judiciales motivados en la lesión del principio de cosa juzgada. En época reciente, uno de ellos llegó al Tribunal Constitucional (TC) en el mismo proceso *Barrios Altos*.

En esta decisión del 29 de noviembre de 2005, el TC tuvo que resolver: a) si la decisión de la CIDH en *Barrios Altos* también surtía efectos respecto a aquellas resoluciones de sobreseimiento dictadas por la justicia militar que no se fundaban en las leyes de amnistía y, en todo caso, b) si existía o no una vulneración del *ne bis in idem* por reabrir un proceso concluido con sentencia definitiva. La primera cuestión fue respondida afirmativamente. El TC sostuvo que la obligación de investigar y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declarada en el punto 5 de la parte resolutoria de la sentencia de la CIDH conlleva no sólo la nulidad de aquellos procesos en que se hubiesen aplicado las leyes de amnistía, sino también la de aquellos en que se hubiera arribado a un sobreseimiento definitivo en virtud de una práctica destinada a impedir la investigación y sanción de tales hechos. En cuanto al *ne bis in idem*, el TC concluyó que no operaba. Dado que este derecho busca impedir que el Estado arbitrariamente persiga criminalmente a una persona por más

de una vez, tal arbitrariedad no existiría en aquellos casos en los que la realización de un nuevo proceso penal tiene lugar a raíz de la nulidad del primer proceso. A fin de negar la validez del primer proceso en el caso concreto, el TC afirmó la existencia de un “plan sistemático para promover la impunidad”, del cual formó parte la investigación por tribunales militares de hechos que correspondían a la jurisdicción ordinaria. Por otra parte, esta decisión también califica a los hechos como crímenes de lesa humanidad.

Además de esta cuestión principal, la jurisprudencia peruana ha tratado muchos otros temas de interés para el derecho penal internacional. Aquí sólo me referiré a dos decisiones.

La primera es la sentencia del TC del 18 de marzo de 2004 en el caso *Villegas Namuche*. En esta decisión el TC concibió el derecho a la verdad como un derecho de rango constitucional de carácter imprescriptible que tiene una dimensión colectiva y otra individual. En su dimensión colectiva, afirmó el TC, el derecho a la verdad es una concreción de los principios del Estado democrático y social y de la forma republicana de gobierno, pues el conocimiento de los hechos por toda la Nación es un requisito para la construcción de una sociedad auténticamente democrática. En su dimensión individual, esto es, como derecho de las víctimas, sus familiares y allegados, este derecho encontraría su asidero en el principio de la dignidad humana. Para el TC, este derecho no se satisface con facilitar el acceso de los familiares a la documentación que se encuentra bajo control oficial, sino que también es necesaria una investigación tendiente a lograr el pleno conocimiento de los hechos. Debido a que la carencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales impedía efectuar esa investigación ante sus estrados, ordenó a las autoridades judiciales competentes que la lleven a cabo. El TC también sostuvo que el conocimiento así logrado serviría también como parte de la reparación moral de la víctima. En esta decisión, el TC también afirmó que es un deber del Estado tanto el enjuiciamiento de los crímenes de lesa humanidad, cuanto la adopción de normas que eviten la prescripción y que ello se justifica en los “intereses prevalentes de la lucha contra la impunidad”.

La segunda decisión que merece ser mencionada es la del TC del 9 de diciembre de 2004 en el caso *Vera Navarrete*. En este caso, el TC rechazó un pedido de excarcelación de una persona en prisión preventiva, pues, a pesar del largo tiempo de detención, aún no había transcurrido el límite máximo que el ordenamiento procesal permitía. Con todo, el TC no dejó de considerar la naturaleza de los hechos atribui-

EZEQUIEL MALARINO

dos: homicidios y desapariciones forzadas cometidas como integrante del Grupo Colina en numerosos episodios, entre otros, en los sucesos conocidos como *La Cantuta* y *Barrios Altos*. El TC se refirió en particular al delito de desaparición forzada, que calificó como permanente y pluriofensivo; especificó, además, que cuando este delito es cometido de manera sistemática o generalizada se convierte en un crimen de lesa humanidad y que su gravedad fundamenta una especial necesidad social de esclarecimiento. El TC hizo también copiosas consideraciones sobre el deber de investigar y sancionar tales crímenes y sobre el derecho a la protección judicial, indicando que este derecho exige la sanción de tales crímenes y, por otra parte, que los jueces dirijan el proceso de modo de evitar dilaciones indebidas que provoquen situaciones de impunidad. Finalmente, mencionó algunas de las consecuencias que estos crímenes conllevan, como la inoperancia de obstáculos procesales que tengan por propósito eximir de responsabilidad o bien la necesidad de ponderar el deber estatal especial de investigar y sancionar estos delitos al determinar el plazo razonable de la detención provisional.

5 • Chile

En Chile, luego de una primera etapa en que la jurisprudencia se mostró más bien reacia a aplicar normas de derecho internacional, en los últimos años son cada vez más las decisiones que recurren a ellas especialmente para declarar inaplicable el decreto ley 2191 de autoamnistía e imprescriptibles los hechos de la represión estatal. Aquí sólo referiré brevemente las decisiones principales.

La primera decisión importante es la de la Corte de Apelaciones de Santiago del 30 de setiembre de 1994 en el caso *Uribe Tambley y van Jurick Altamirano* (imputado *Romo Mená*). Ante todo, la Corte estableció que en el momento de comisión de los hechos —1974— existía en Chile una guerra interna y, por lo tanto, eran aplicables los Convenios de Ginebra (CG) de 1949 ratificados por ese país en 1951. En consecuencia, consideró que los delitos de secuestro y tortura eran crímenes de guerra y, como tales, imprescriptibles y no sujetos a amnistías según el derecho internacional. La Corte reforzó esta conclusión recurriendo también a otras convenciones inter-

nacionales. Dado que muchas de ellas habían sido incorporadas al derecho chileno con posterioridad a los hechos y al decreto de autoamnistía, la Corte también estableció que “frente a violaciones criminales de derechos humanos” no rige el principio de irretroactividad de la ley penal.

En la jurisprudencia de los tribunales inferiores este modelo de solución y especialmente el recurso a normas del derecho internacional es cada vez más frecuente. La CS, en cambio, ha mantenido un rumbo zigzagueante, debido a la diferente composición del tribunal. En la sentencia del 26 de octubre de 1995 en el caso *Uribe Tambley y van Jurick Altamirano* la CS sostuvo que “ninguno de los Convenios de Ginebra señala que los delitos allí indicados no serán amnistiabiles y, por ende, que a los Estados obligados por ellos les esté expresamente prohibido dictar leyes de amnistía” y a continuación recordó el artículo 6.5 del protocolo adicional II de los CG. La CS rechazó la aplicabilidad de otros instrumentos internacionales mencionados en la decisión recurrida —que habían sido incorporados al derecho interno con posterioridad a los hechos— en virtud del principio de irretroactividad de la ley penal.

Tres años más tarde, sin embargo, en la sentencia del 9 de setiembre de 1998 en el caso *Poblete Córdova*, la CS desaplicó el decreto de autoamnistía con base en el derecho internacional humanitario y afirmó que los CG vedaban “el disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos [...] o lograr la impunidad de sus autores”.

Esta decisión fue mantenida en algunas oportunidades posteriores por la propia CS. Una decisión importante en este sentido es la del 17 de noviembre de 2004 en el caso *Sandoval Rodríguez* (imputados *Krassnoff y otros*). Aquí se repiten textualmente los argumentos de la sentencia de 1998 recién comentada en cuanto a la prohibición de disponer medidas que conduzcan a la impunidad con base en los CG. La Corte argumentó, además, que “la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente”. En este caso, por otra parte, los hechos fueron calificados, además de como delito de secuestro según el CP, también como crimen de desaparición forzada según el artículo II CIDFP. La Corte negó que con esta calificación se lesionara el principio de legalidad —la objeción residía en que la CIDFP no fue ratificada por Chile—, porque para “condenar” se recurrió al derecho penal común.

EZEQUIEL MALARINO

Sin embargo, en la sentencia del 4 de agosto de 2005 en el caso de *Rioseco Montoya y Cotal Álvarez* (imputado *Rivera González*), la CS negó la calificación de los delitos de la dictadura como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad y, por ello, consideró inaplicables las consecuencias que el derecho internacional reserva a estos crímenes. En particular, la CS sostuvo que no puede recurrirse a la Convención sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y lesa humanidad (CICGyLH), ni tampoco al ECPI —que tipifican y declaran imprescriptibles a estos crímenes—, pues estos instrumentos no forman parte del derecho vigente en Chile. La CS sostuvo, además, que tampoco la situación vivida en Chile podría ser considerada como un conflicto no internacional en el sentido de los CG y, en todo caso, que la regla de la prohibición de exoneración del artículo 148 CG IV no debería entenderse como prohibición de amnistiar, sino en el sentido de que un Estado no puede dejar de “compensar económicamente los daños producidos”.

Finalmente, en la decisión de 13 de diciembre de 2006 en el caso *Vázquez Martínez y Superby Jeldres* la CS calificó al asesinato por fuerzas estatales de opositores políticos como un crimen de lesa humanidad y declaró su imprescriptibilidad. La CS descartó una vulneración del principio de legalidad dado que, por un lado, los hechos ya eran punibles según el derecho interno con base en el tipo de homicidio y, por el otro, la regla de la imprescriptibilidad de tales crímenes ya formaba parte del derecho consuetudinario con anterioridad a su incorporación en la CICGyLH.

6. Bolivia

En Bolivia ya comienza a haber algunas decisiones de la CS y del TC vinculadas al derecho penal internacional. Ante todo, varias son las decisiones de la CS que califican al narcotráfico como delito de lesa humanidad y derivan de allí su imprescriptibilidad.¹³ Para llegar a esa conclusión, combinan el artículo 145 de la ley 1008, que efectivamente califica al narcotráfico como un delito “transnacional de lesa huma-

¹³ Cf., por último, el auto supremo n.º 464, de 27 de setiembre de 2007.

nidad”, con la regla de la imprescriptibilidad de estos crímenes de la CIGyLH —incorporada al derecho interno en el año 2000—. Por otra parte, debe mencionarse la sentencia del TC del 10 de mayo de 2006 sobre la constitucionalidad del tipo de “masacre sangrienta”, donde hay algunas consideraciones importantes sobre el principio de legalidad. El TC estableció que este principio prohíbe el recurso “a la costumbre o a los principios generales como fuente para la creación de *delitos y penas*; toda vez que sólo es válida la ley escrita, ley en sentido formal, que emana del Órgano Legislativo”. El TC no distinguió entre derecho penal común y derecho penal internacional, pero el contexto en que se enmarca la sentencia —a saber: el análisis del tipo de “masacre sangrienta” incluido en la disposición sobre el genocidio— sugiere que esa doctrina alcanza también a los delitos de derecho internacional.

7. Paraguay

En Paraguay no son muchas las decisiones sobre crímenes internacionales. Las principales son las siguientes, ambas de la CS. En la sentencia del 31 de diciembre de 1996 en el caso *Napoleón Ortigoza*, la CS declaró la imprescriptibilidad del delito de tortura basándose directamente en normas del derecho internacional. Aunque en el caso concreto esta decisión no tuvo consecuencias sobre la acción penal, dado que el proceso a Ortigoza no tenía por objeto la investigación del delito de tortura,¹⁴ la doctrina aquí sentada sirvió luego en procesos de esa naturaleza. Así, el 18 de febrero de 1998 la CS reeditó estos mismos argumentos en el proceso seguido a *Pastor Coronel* para evitar la prescripción de la acción que hubiere correspondido según el derecho interno común. Con todo, en ninguna de las decisiones comentadas la CS analizó con profundidad cuáles eran las circunstancias que convertían al delito de tortura en un crimen internacional.

¹⁴ La CS utilizó esos argumentos para declarar nula la sentencia que había condenado a Ortigoza por homicidio en razón de que ella se había basado en una confesión obtenida bajo tortura.

8. Uruguay

En Uruguay son aún escasísimas las decisiones judiciales sobre aspectos vinculados al derecho penal internacional. Con todo, algunas decisiones recientes parecen anunciar un cambio en la actitud de los tribunales, tradicionalmente reacios a recurrir al derecho internacional. Se trata por el momento de decisiones de tribunales inferiores. Sólo me referiré a la decisión del Juzgado Letrado en lo Penal n.º 1, del 1 de diciembre de 2006, en el proceso de extradición a Argentina de *Gavazzo* y otros militares uruguayos por su participación en operativos del Plan Cóndor. Dos aspectos son especialmente interesantes de esta decisión. Por un lado, el rechazo de la posibilidad de recurrir a un tipo penal consuetudinario o basado en los principios generales del derecho. Según el juez, este tipo no es suficientemente descriptivo y por ello también en el juzgamiento de crímenes internacionales debe regir el *nullum crimen sine lege scripta*, al cual consideró como un principio de todas las naciones. A pesar del recurso a los tipos comunes del CP, el juez entendió que en sustancia los hechos eran crímenes de lesa humanidad. Por el otro lado, son interesantes las consideraciones sobre el inicio del plazo de prescripción de tales delitos. En primer lugar, el juez afirmó que dicho plazo sólo comienza a correr a partir del momento en que ha dejado el poder el régimen que los cometía. Pero luego fue más allá —y esto es lo novedoso— y sostuvo que dicho plazo tampoco comienza mientras están en vigencia, aun en democracia, leyes de amnistía e impunidad (también hay referencias al indulto). La decisión se refiere directamente a las leyes argentinas de Obediencia Debida y Punto Final, por cuanto se trataba de un proceso de extradición, pero también sugiere que ello sería aplicable en otros casos como el uruguayo. El juez sostuvo: “[...] a los damnificados por los delitos de lesa humanidad no les corre el plazo para presentarse ante los estrados y pedir justicia mientras leyes que muestran una incapacidad de castigar, se impongan con su funcionalidad”. Como se advierte, también aquí se recurre a la doble subsunción antes indicada.

9. Venezuela

En Venezuela, la jurisprudencia sobre derecho penal internacional se ha centrado principalmente en la cuestión de la calificación de ciertos delitos como crimen de lesa humanidad. Dicha calificación tiene consecuencias importantísimas en el derecho constitucional de ese Estado, pues el artículo 29 de la Constitución considera a esa clase de delitos imprescriptibles y los excluye de beneficios que puedan conllevar la impunidad, como el indulto o la amnistía. Las decisiones que se expondrán corresponden al Tribunal Superior de Justicia (TSJ). Existe una amplísima corriente en la jurisprudencia que considera al narcotráfico como un crimen de lesa humanidad. Así lo hizo primeramente la Sala de Casación Penal del TSJ en la decisión del 28 de marzo de 2000 en el caso *Zambrano Carrillo* y luego la Sala Constitucional de ese Tribunal en la decisión del 12 de setiembre de 2001 en el caso *Alcira Coy y otros*. En esta última decisión, el TSJ fundamentó su conclusión, entre otras razones, recurriendo al ECPI. A su juicio, el delito de tráfico ilícito de estupefacientes estaría comprendido en la cláusula analógica del artículo 7.1.k ECPI, que se refiere a “otros actos inhumanos de carácter similar”. Estas decisiones fueron ampliamente seguidas en la jurisprudencia inferior. El TSJ calificó también al delito de terrorismo como crimen de lesa humanidad en la decisión del 10 de diciembre de 2001 en el proceso de extradición de *Ballestas Tirado*.¹⁵ Sin embargo, ninguna de las decisiones mencionadas analiza con profundidad los elementos de crimen de lesa humanidad.

El TSJ también se ocupó de la cuestión de si determinadas institutos, como el procedimiento de antejuicio previsto para altos funcionarios (Sala Constitucional, 9 de diciembre de 2002) o la conversión de una pena de prisión en confinamiento (Sala Constitucional, 27 de junio de 2002), implicaban “beneficios” que pudieran implicar la “impunidad” de crímenes de lesa humanidad, los cuales están prohibidos por el artículo 29 de la Constitución. En ambos casos, el TSJ negó que esos institutos constituyeran un beneficio prohibido por dicha norma. Por otra parte, en una reciente decisión del 13 de julio de 2006 la Sala de Casación Penal del TSJ estableció que el

¹⁵ En esta decisión, además de considerar al secuestro de una aeronave por un grupo armado como un acto de terrorismo y un delito de lesa humanidad, el TSJ sostuvo que el terrorismo es un falso delito político y que quienes incurrir en él no pueden beneficiarse de asilo y deben ser siempre extraditados. El TSJ apoyó esta conclusión en el derecho internacional humanitario.

EZEQUIEL MALARINO

crimen de lesa humanidad —en el caso un delito de narcotráfico— está sujeto al principio de jurisdicción universal.

Finalmente, es preciso mencionar la importante decisión del 15 de abril de 2005 de la Sala Constitucional del TSJ que se ocupó de la relación entre las graves de violaciones a los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad. El TSJ concluyó que estos conceptos están vinculados por una relación de género a especie, pero, para el propósito de la imprescriptibilidad de la acción, son equivalentes. Especialmente importante es la afirmación del TSJ de que la calificación de un hecho como delito contra los derechos humanos o delito de lesa humanidad —debido a los efectos jurídicos que acarrea— es materia que compete *exclusivamente* al legislador y no al intérprete.

10. Brasil

En Brasil, no han sido demasiadas las decisiones que se han ocupado de materias relacionadas con el derecho penal internacional. Aquí me referiré únicamente a tres decisiones del Supremo Tribunal Federal (STF).

La primera es la decisión del 7 de junio de 1967 en el proceso de extradición del criminal nazi *Stangl*. El STF concedió la extradición por genocidio a pesar de que a la época de los hechos ese delito aún no formaba parte del derecho brasilero. Para ello aplicó la ley vigente al momento de la extradición y sostuvo que esa calificación no lesionaba el principio de irretroactividad de la ley penal, porque, de todas formas, el genocidio estaba comprendido en el tipo de homicidio vigente en el momento del hecho. Por otra parte, el STF negó la naturaleza de delito político del genocidio con base en la perversidad y crueldad de los crímenes.

La segunda decisión también se refiere al delito de genocidio, pero no ya en un proceso de extradición, sino en uno de atribución de responsabilidad con base en el artículo 1 de la ley 2889 de 1956, cuya redacción es idéntica al artículo II de la Convención sobre el Genocidio. Se trata de la decisión del 3 de agosto de 2006 en el caso de la *masacre de Haximu*. La cuestión a decidir era si la condena de los imputados por el Tribunal de Roraima, un tribunal monocrático,

violaba el artículo 5 inciso XXXVIII de la Constitución, que otorga a la persona imputada de un crimen doloso contra la vida la garantía de ser juzgada por un tribunal de jurados. Esta cuestión sobre la competencia dio pie al STF para efectuar algunas consideraciones sustanciales sobre el delito de genocidio. Ante todo, el STF negó que el genocidio fuera un crimen doloso contra la vida, dado que esta disposición protege al grupo como tal y no al individuo, y en consecuencia negó una supuesta lesión de la disposición constitucional citada. El STF sostuvo, además, que las distintas conductas individuales a través de las cuales puede cometerse un genocidio no configuran tipos independientes de genocidio, sino sólo distintas modalidades de él. Por lo tanto, si un autor realiza diferentes homicidios o diferentes conductas de aquellas previstas como actos individuales del genocidio (homicidio, lesiones graves, etcétera) con la intención de destruir el grupo en cuestión, comete un sólo genocidio (unidad delictiva). El STF también sostuvo que el desvalor de los ataques a bienes jurídicos individuales (vida, integridad física, etcétera) no queda absorbido con la sanción del genocidio y descartó, por ello, que entre el genocidio y los distintos actos individuales exista un concurso aparente. Entre estos delitos habría un concurso ideal o formal, específicamente un concurso formal imperfecto por el diferente designio criminal (70 *caput* CP).

La última decisión aquí comentada es la del STF del 17 de setiembre de 2003 en el caso *Ellwanger*, sobre el delito de práctica e incitación a la discriminación racial (artículo 20 *caput* de la ley 7716/89). En este caso, el tribunal tenía que decidir si el pueblo judío podía ser considerado una “raza” y, por ende, si las manifestaciones discriminatorias en contra de los judíos eran discriminaciones raciales; la decisión de esta cuestión era importante para el régimen de la prescripción, pues de acuerdo con el artículo 5 inciso XLII de la Constitución Federal la “práctica de racismo” es un crimen imprescriptible. La cuestión se centró, entonces, en determinar los criterios de identificación de una raza. La minoría del tribunal sostuvo un “concepto biológico de raza”. Según este concepto, existe una raza cuando un grupo de personas comparten determinadas características físicas, tales como el color de la piel, la estatura, la forma de la cabeza o del rostro, el tipo de cabello, el color y la forma de los ojos, la forma de la nariz y también la contextura corporal. La mayoría, en cambio, rechazó el concepto biológico; en su opinión, no es posible distinguir al género humano en razas desde un punto de vista científico. La raza sería un concepto social, político e

EZEQUIEL MALARINO

histórico originado por la intolerancia de los propios hombres (el “antisemitismo dogmatizado por los nazistas”). Lo que cuenta, afirmó el STF, es que quien promueva la discriminación considere al discriminado como una raza.

11 • México

En México, más allá de las numerosas decisiones de la CS sobre el carácter permanente del delito de desaparición forzada, son escasas las decisiones vinculadas a temas de derecho penal internacional. Tan sólo vale la pena mencionar la decisión de amparo del 10 de junio de 2003 de la CS en el proceso de extradición del militar argentino *Cavallo*. La CS rechazó la extradición respecto al delito de tortura por considerarlo prescrito, pero la acordó respecto a los delitos de terrorismo y genocidio. Específicamente en cuanto concierne al genocidio, la Corte negó la calificación de delito político con base en el bien jurídico protegido: dado que el genocidio no atenta contra las estructuras del Estado, sino contra “la existencia de determinados grupos humanos considerados como estables”, no puede considerarse un delito político. La decisión se refirió también a otros aspectos del crimen de genocidio; por ejemplo, se preocupó por distinguir entre la intención especial de destrucción, que consideró como “elemento subjetivo del injusto”, y el “móvil” que lleva al autor a cometer el delito, el cual es “irrelevante”.

12 • Costa Rica

En cuanto a Costa Rica sólo interesan dos decisiones de la Sala Constitucional de la CS. La primera es la consulta sobre la constitucionalidad de la CIDFP del 12 de enero de 1996, en la que se estableció que la práctica sistemática de desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad y se confirmó la legitimidad constitucional de la imprescriptibilidad de ese delito. Al respecto, la CS afirmó que, si bien existe un principio constitucional implícito a la prescripción de todo delito que integraría el principio del debido proceso (artículo 39 Constitución), los crímenes de lesa huma-

nidad ameritan un tratamiento especial que justifica la imprescriptibilidad de la acción y también de la pena. La segunda es la decisión del 1 de noviembre de 2000, en la cual se confirmó la constitucionalidad del ECPI, a pesar de que algunas disposiciones de este tratado parecían contradecir ciertas normas constitucionales.¹⁶

13. Ecuador

En Ecuador, en cuanto aquí interesa, sólo es relevante el dictamen favorable sobre la constitucionalidad del ECPI emitido por el TC el 22 de febrero de 2001, donde se exponen algunos aspectos esenciales del ese estatuto y se analizan —y rechazan— algunos problemas de compatibilidad entre la Constitución y el tratado.

14. Consideraciones críticas sobre la tendencia represiva de la jurisprudencia de países de América Latina sobre graves violaciones a los derechos humanos

La exposición efectuada en los puntos anteriores muestra claramente que la jurisprudencia de tribunales latinoamericanos sobre temas vinculados al derecho penal internacional ha aumentado en los últimos años de manera notable. Existen ya algunas decisiones que han aplicado normas que materialmente pertenecen al derecho penal internacional pero que ya formaban parte del derecho interno. Sin embargo, la mayoría de las decisiones, especialmente aquellas que han producido los cambios más drásticos, han aplicado directamente normas del derecho internacional —muchas veces consuetudinario— precisamente para arribar a soluciones que el derecho interno no habría consentido. En la mayoría de los países, por otra parte, estas cuestiones ya han ocupado a los tribunales supremos.

¹⁶ Los problemas se planteaban dado que la Constitución de Costa Rica prohíbe la entrega de nacionales (artículo 32), la prisión perpetua (artículo 40) y concede inmunidad a altos funcionarios (artículos 110 y 121)

EZEQUIEL MALARINO

Son innumerables las cuestiones y puntos discutibles que la jurisprudencia reseñada plantea. Ocuparme pormenorizadamente de ellos excede con creces este modesto resumen. Sólo quiero hacer unas breves consideraciones sobre algunos rasgos fuertemente represivos que advierto en esta jurisprudencia.

La jurisprudencia de varios tribunales de países latinoamericanos, siguiendo en gran medida criterios elaborados por la CIDH, está creando cada vez con mayor amplitud un *derecho penal diferenciado para las violaciones de los derechos humanos*, esto es, un derecho penal que corre por carriles diferentes a los del derecho penal normal y que se caracteriza por la restricción de derechos del autor o imputado y, paralelamente, el aumento de los derechos de la víctima. En este derecho penal diferenciado:

- no existe la prescripción;
- no son admisibles las disposiciones de amnistías, indultos y otras exenciones similares de la responsabilidad penal;
- no opera la cosa juzgada (*ne bis in idem*), sea para posibilitar el renacimiento de una acción fenecida por una ley de amnistía, indulto, etcétera, sea para reabrir un proceso finalizado con sentencia absolutoria por el descubrimiento de nuevos hechos o nuevas pruebas luego de la sentencia;
- no rige el principio de legalidad o, cuando sí lo hace, este principio es concebido de una manera tan débil que para su satisfacción basta una norma consuetudinaria previa al hecho (*nullum crimen sine iure*) —esta es la posición mayoritaria—, o bien un delito en el ordenamiento interno que abarque la *sustancia* —y sólo eso— de la infracción del crimen internacional que dicho ordenamiento no contiene (por ejemplo, el tipo de homicidio serviría para satisfacer la legalidad del crimen de lesa humanidad), o bien, finalmente, quienes optan por el camino de la sinceridad —que son los menos— defienden una aplicación retroactiva de la ley penal justificada en la gravedad de los hechos.

Estas consecuencias principales con frecuencia están acompañadas, por un lado, con un aumento de las posibilidades de intervención de la víctima en el proceso y, por el otro, con una expansión del concepto de víctima. También estas consecuencias

ulteriores influyen ampliamente sobre los derechos del imputado. Veamos dos ejemplos. Primero, el derecho de la víctima a la verdad y justicia ha sido uno de los argumentos utilizados por la jurisprudencia para permitir el recurso de la víctima de la sentencia absolutoria definitiva en caso de nuevas pruebas o nuevos hechos, dejando de lado la garantía de la cosa juzgada. Segundo, la expansión jurisprudencial del concepto de víctima ha conducido a que cualquier individuo particular u ONG pueda constituirse en parte civil o querellante en calidad de actor popular o semejante, lo que indudablemente es problemático al menos para el principio de la igualdad de armas. Más allá de ello, a veces la jurisprudencia ha identificado en la gravedad de estos hechos un criterio para restringir la libertad del imputado durante el proceso.

La justificación de tales consecuencias especiales reside en la extrema gravedad de los hechos. Específicamente, es la calificación de un hecho como crimen internacional, y especialmente como crimen de lesa humanidad, la que, según gran parte de la jurisprudencia, autoriza este régimen especial.¹⁷ En muchas ocasiones, a fin de sortear el obstáculo de la inexistencia de derecho positivo —ley o tratado— en la época de los hechos, la jurisprudencia recurre a un tipo consuetudinario de crimen de lesa humanidad. Hasta donde conozco, sin embargo, ningún tribunal ha utilizado las disposiciones *del* derecho internacional para el *encuadre típico* de los hechos, ni para el establecimiento de las *sanciones*. Más bien, ellos efectúan una articulación normativa entre las disposiciones del derecho penal común y aquellas del derecho internacional. Las normas del derecho interno son utilizadas en el nivel de la tipicidad (por ejemplo, para encuadrar un hecho como homicidio) y para la selección de las sanciones, y las del derecho internacional para convertir a esos hechos en crímenes internacionales (por ejemplo, en un crimen de lesa humanidad) y atribuirles las consecuencias que el derecho internacional establece para esta categoría de crímenes (por ejemplo, imprescriptibilidad). Es decir, los tribunales efectúan una *doble subsunción*: una *subsunción primaria de tipificación y sanción* por las leyes locales y una *subsunción secundaria de cualificación* por las leyes internacionales.

La calificación de los hechos con base en el derecho consuetudinario plantea ciertos problemas. No quiero entrar aquí en la cuestión de si el *nullum crimen sine iure* que sustenta la aplicación de la norma consuetudinaria internacional satisface las

¹⁷ Quien quiera ver en esto una garantía frente a conceptos mucho más amplios e indeterminados como el de “graves violaciones a los derechos humanos” se engaña, porque, como veremos luego, este concepto es utilizado en general en un sentido no técnico como sinónimo de *hecho gravísimo*.

EZEQUIEL MALARINO

exigencias la ley previa. Ello requeriría al menos comenzar a concebir al principio de legalidad de una manera muy diversa a la que estamos habituados. La objeción mayor en contra de la norma penal consuetudinaria no es la *lex praevia*, sino la *lex certa*. Esto es especialmente válido respecto al crimen de lesa humanidad al que tan frecuentemente recurre la jurisprudencia latinoamericana para justificar el régimen diferente de garantías. Basta echar una mirada a las diferentes formulaciones de este crimen en el derecho internacional para darse cuenta de que lo único cierto es que no hay certeza sobre cuáles son sus elementos constitutivos. Más allá de las variaciones de las conductas individuales, especialmente el llamado elemento de contexto —cuyo acaecimiento precisamente convierte un crimen del derecho penal común en un crimen de lesa humanidad y justifica, según el derecho internacional, el tratamiento diferencial— ha cambiado en casi todas las oportunidades en que la comunidad internacional lo ha definido. Con razón se ha afirmado que, de todas las formulaciones sobre el elemento de contexto del crimen de lesa humanidad existentes en el ámbito internacional, “el único denominador común es el hecho de que alguna clase de contexto ha sido requerido”.¹⁸ A lo sumo, se podría conceder que *algo* de certeza comienza a haber a partir del ECPI,¹⁹ pero, de todos modos, en cuanto a los hechos juzgados en la mayoría de las decisiones aquí comentadas esta formulación no puede ser utilizada sin hacerse una aplicación retroactiva de la ley. En resumidas cuentas, se sabe que se requiere algo que vincule a las conductas individuales, pero no se sabe bien qué es lo que se requiere.

Si esto es así, difícilmente pueda hablarse de costumbre internacional. En estas condiciones, sólo quien quiera asignarle al juez tareas propias de legislador —o quizás de adivino— y acepte un rol preponderante de este funcionario en la *creación* del derecho puede estar de acuerdo con que en el caso concreto el juez debería ocuparse de construir un tipo penal a partir de un cuadro normativo compuesto por variadas disposiciones en parte contradictorias y no siempre claras. A mi modo de ver, es un precio muy caro para la seguridad jurídica. El recurso a la costumbre internacional debería estar reservado a casos excepcionalísimos en donde ninguna duda exista acerca de la norma —con todos sus elementos— que se pretenda aplicar. La norma con-

¹⁸ Kai Ambos y Steffen Wirth, *The current law of crimes against humanity. An analysis of UNTAET Regulation 15/2000*, CLF 13, 2002, p. 12.

¹⁹ A nivel internacional, aun después del ECPI siguen existiendo algunos puntos no claros, como lo demuestra la definición de este crimen en la sección 5 de la Regulación 15/2000 de la UNTAET que difiere en algunos aspectos del ECPI

suetudinaria debe ser algo evidente, algo, por decirlo de modo coloquial, que salta a la vista. Si un juez debe hacer trabajosas elucubraciones para saber cuál es la costumbre, entonces eso más bien indica que tal pretendida costumbre no existe. En otras palabras: una norma no escrita sólo puede ser ley cuando es absolutamente cierta. No hay lugar para tipos vagos o abiertos de derecho consuetudinario, pues esa afirmación niega los presupuestos de existencia de la norma consuetudinaria.

Pero lo cierto es que, salvo excepciones, los jueces tampoco han intentado ocuparse de tan tamaña tarea. Son poquísimas las alusiones que se encuentran en la jurisprudencia a los diferentes componentes del llamado *elemento de contexto*. En general, se tiene por probada la existencia de un crimen de lesa humanidad con alusión a la gravedad de los hechos o a alguno de los elementos requeridos por alguna de las diferentes tipificaciones internacionales del crimen. Muchas decisiones se limitan a efectuar un largo *racconto* de la evolución del derecho penal internacional que sólo sirve para mostrar la erudición de los jueces, pero que no ayuda a la subsunción de los hechos en la norma penal internacional. Muchas, también, mencionan al pasar varios de los diferentes conceptos que han existido de crímenes de lesa humanidad, sin concretar cuál de todos ellos es el que ha de aplicarse al caso concreto, o bien recurren a textos de derecho penal internacional posteriores al hecho sin analizar si el concepto de crimen de lesa humanidad consagrado en dicho texto es el mismo que existía en la costumbre —suponiendo que exista uno— en la época de los hechos. En fin, también es difícil encontrar en la jurisprudencia una precisa verificación de la existencia de la norma consuetudinaria; antes bien, en la mayoría de los casos la *afirmación* de que existe costumbre reemplaza a su *prueba*. En resumidas cuentas, la jurisprudencia en general no analiza con detalle cuál era el tipo de crimen de lesa humanidad avalado por la costumbre internacional en el momento del hecho, ni mucho menos si los elementos exigidos por *ese* tipo se verifican efectivamente en el caso concreto. Esto es así, porque en general este concepto no es utilizado en un sentido técnico, sino como una *muletilla* que, por el solo hecho de ser invocada, produce el efecto mágico de derogar varios derechos fundamentales.

El uso de este concepto de crimen de lesa humanidad no técnico —que finaliza por ser un sinónimo de *hecho extremadamente grave*— explica, por otra parte, su desmedida expansión a delitos que nada tienen que ver con ninguna de las definiciones que han existido en derecho internacional. La expansión no abarcó solamente delitos como el terrorismo o el narcotráfico, cuya incorporación como crímenes inter-

EZEQUIEL MALARINO

nacionales al menos había sido discutida en algunos proyectos de codificación del derecho penal internacional y también en la Conferencia de Roma, sino también otros delitos completamente ajenos al derecho penal internacional —y mucho menos graves por cierto— como el robo, la apropiación extorsiva de bienes, el encubrimiento, la falsificación de documentos, la sustracción y ocultación de un menor, etcétera, en caso de que estuvieran relacionados con un crimen de lesa humanidad. También la asociación ilícita fue considerada un crimen de lesa humanidad en caso de que persiga la comisión de ese crimen. Los criterios para asignar a estos delitos comunes las consecuencias de los crímenes de lesa humanidad son tan disímiles y amplios que parece que es suficiente cualquier tipo de conexión. No puedo aquí demostrar en cada uno de estos casos por qué esta extensión es completamente incorrecta. Es suficiente señalar, por un lado, que la mayoría de esos delitos nunca formaron parte de ningún texto de derecho penal internacional, y que los pocos que alguna vez lo han sido (el terrorismo, la pertenencia a una asociación ilícita) no están incluidos en las codificaciones más recientes y la doctrina coincide en que al menos hoy no tienen vigencia como norma consuetudinaria. Pero, además de ello, es indiscutible que estos delitos protegen bienes jurídicos diversos al del crimen de lesa humanidad y considerarlos como tal a fin de aplicarles sus consecuencias no es otra cosa que hacer una analogía *in malam partem*, sin estar dados siquiera los requisitos de la analogía. Quien no quiera compartir esta opinión debería estar dispuesto a aceptar que una asociación ilícita para cometer hurtos es un delito contra la propiedad y que quien da refugio a un homicida es un homicida.

A esta tendencia punitiva y expansiva de la jurisprudencia de tribunales de países latinoamericanos ha contribuido notablemente la CIDH, que con su pretensión de acercar el derecho internacional de los derechos humanos al derecho penal internacional ha pasado a convertirse casi en un tribunal penal —y, por cierto, muy amante de las soluciones penales—. *Barrios Altos*, *Bulacio*, *Almonacid Arellano* y muchos otros ayudaron fuertemente a construir esta tendencia punitiva y expansiva de la jurisprudencia de los Estados nacionales. Por otra parte, el concepto de *graves violaciones a los derechos humanos* —a veces el *graves* se pierde en el camino—, un concepto mucho más amplio e indefinido que el de crimen de lesa humanidad, ha contribuido enormemente a la expansión de este derecho diferenciado. Un solo ejemplo es suficiente. La CIDH en *Bulacio* consideró que un hecho que no era un crimen internacional —¡ni mucho menos!— no debía prescribir y ordenó a las autoridades naciona-

les reabrir el proceso que había concluido con sentencia definitiva. El Tribunal nacional obedeció incondicionalmente la orden —en este caso seguro *indebida*— y reabrió el proceso. El único motivo para hacerlo era no exponer al Estado al riesgo de responsabilidad internacional, un argumento que, como hemos visto, es frecuente en los tribunales —por ejemplo, en la CS argentina—. Pienso que los tribunales deberían prestar más atención a respetar la Constitución que a evitar el riesgo de responsabilidad internacional del Estado. Si el poder judicial es uno de los poderes del Estado, lo es precisamente para respetar las leyes y ante todo las supremas.

Obviamente, este derecho penal diferenciado del que he estado hablando no alcanza en todos los países latinoamericanos el mismo grado de realización. Argentina, Colombia, Perú y cada vez más Chile son seguramente los casos emblemáticos. Pero también otros países comienzan poco a poco a transitar este camino.

En fin, esta evolución de la jurisprudencia latinoamericana debería preocupar a quien pretenda construir un verdadero Estado de derecho. Especialmente debería preocupar la erosión de la legalidad penal, el sobredimensionamiento de los derechos de la víctima a costa de la posición del imputado, el debilitamiento de la cosa juzgada, la inflación de ciertos conceptos con gran fuerza expresiva o simbólica, utilizados como muletilas para justificar derogaciones de derechos y, en fin, por sobre todas las cosas, el retorno, enmascarado bajo el lema de la protección de los derechos humanos, del viejo principio *in atrocissima licet iudici iura transgredi*. La historia del derecho nos puede advertir sobre las nefastas consecuencias a las que condujo este principio y el debilitamiento de garantías básicas fundadas en la gravedad del delito. Pero parece que otra vez más la memoria es corta. Ninguna razón de Estado —ni siquiera si simpatizamos con ella— debería poder derribar ciertas barreras de contención ideadas para la protección del *individuo* frente al avance del poder punitivo estatal. Un derecho penal con diferentes carriles, uno para el derecho penal normal y otro para el derecho penal internacional o de los derechos humanos, se acerca peligrosamente a un derecho penal para enemigos. Para muchos tribunales nacionales y para la CIDH *la protección penal de los derechos humanos pesa más que la protección de los derechos humanos frente al derecho penal*. Y esta es una conclusión que cualquiera que realmente crea en las virtudes de un Estado de derecho no puede más que lamentar.