



DPLf

Digesto de jurisprudencia latinoamericana **sobre crímenes de derecho internacional**

Volumen II

Autora Ximena Medellín Urquiaga ***Editora*** María Clara Galvis Patiño

**DIGESTO
DE JURISPRUDENCIA
LATINOAMERICANA
SOBRE CRÍMENES DE
DERECHO INTERNACIONAL
VOLUMEN II**



Fundación para el Debido Proceso
Washington, D.C.

2013 Fundación para el Debido Proceso
Todos los derechos reservados
Impreso en los Estados Unidos de América
Publicado por la Fundación para el Debido Proceso
Washington D.C., 20036
www.dplf.org

ISBN: 978-0-9827557-2-3.

Diseño de portada: Miki Fernández

Diseño gráfico: Romy Kanashiro

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo financiero de la Fundación OAK.

Las opiniones expresadas en esta publicación no reflejan necesariamente las opiniones de la Fundación OAK.

CONTENIDO

Reconocimientos
Presentación
Introducción
Relación de sentencias

Capítulo I

Crímenes de derecho internacional

Capítulo II

Responsabilidad penal individual y formas de intervención criminal punible

Capítulo III

Circunstancias eximentes de responsabilidad penal

Capítulo IV

Legislación nacional sobre crímenes de derecho internacional y principio de legalidad

Capítulo V

Jurisdicción sobre crímenes de derecho internacional

Capítulo VI

Decisiones estatales que obstaculizan la investigación, enjuiciamiento y, en su caso, sanción de crímenes de derecho internacional

Epílogo por Naomi Roht-Arriaza

Esta obra es la continuación del primer *Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional*, publicado en el año 2009. Con el fin de garantizar la coordinación entre ambos volúmenes, a continuación se reproduce, de forma íntegra, el índice temático correspondiente al primer tomo. Los apartes que contienen información actualizada en este volumen se destacan en el índice mediante el uso de una fuente distinta e incluyendo los números de páginas correspondientes. Para los demás temas, el índice remite al primer volumen del Digesto, mediante el llamado "Vol. I".

CAPÍTULO I. CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

1. Aspectos generales Vol. I
2. Genocidio Vol. I
 - A. Reconocimiento y evolución del genocidio como crimen de derecho internacional Vol. I
 - B. Elementos del crimen Vol. I
 - i. Dolo específico: intención de destruir total o parcialmente a un grupo específico como tal Vol. I
 - ii. **Sujeto pasivo: grupo nacional, étnico, racial o religioso 1**
 - a. Genocidio y grupos políticos Vol. I
 - iii. Sujeto activo: actores estatales o no estatales Vol. I
 - iv. Conductas constitutivas del crimen de genocidio Vol. I

C. Bien jurídico tutelado en el crimen de genocidio	Vol. I
D. Aplicación: genocidio	Vol. I
i. El caso guatemalteco: la calificación de los hechos como genocidio	Vol. I
ii. El caso argentino: determinación del grupo	Vol. I
3. Crímenes de lesa humanidad	2
A. Reconocimiento y evolución de los crímenes de lesa humanidad como crímenes de derecho internacional	Vol. I
B. Elementos de los crímenes de lesa humanidad	Vol. I
i. Ataque sistemático o generalizado contra la población civil	3
a. Población civil	Vol. I
ii. Conocimiento general del ataque	Vol. I
C. Aplicación: plan o política	Vol. I
i. El caso panameño	Vol. I
ii. El caso argentino	Vol. I
iii. El caso boliviano	Vol. I
iv. El caso chileno	Vol. I
v. El caso peruano	Vol. I
D. Prueba de la existencia de un plan o política	Vol. I
E. La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad	Vol. I
i. Aspectos generales	Vol. I
ii. La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad	Vol. I
a. El caso chileno	Vol. I
iii. La desaparición forzada es un delito permanente	Vol. I
F. Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes	Vol. I
i. Aspectos generales	Vol. I
ii. Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes bajo detención	8
4. Crímenes de guerra	9
A. Elementos de los crímenes de guerra	Vol. I
i. Conflicto armado	Vol. I
a. Conflictos armados de carácter no internacional	9
ii. Relación entre la conducta y el conflicto armado	16
a. Relación geográfica	Vol. I
iii. Sujeto activo: actores estatales y no estatales	17
iv. Sujeto pasivo en los crímenes de guerra contra personas protegidas por el derecho internacional humanitario	Vol. I
a. Persona civil	17
b. Población civil	Vol. I
c. “Personas fuera de combate” en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra	Vol. I
B. Determinación de la existencia de un conflicto armado interno por parte de las cortes nacionales	Vol. I
i. El caso chileno	Vol. I
ii. El caso guatemalteco	Vol. I
iii. El caso salvadoreño	Vol. I
iv. El caso colombiano (nuevo)	18
C. Crímenes de guerra en conflictos armados de carácter no internacional	Vol. I
i. Las violaciones del artículo 3 común constituyen crímenes de guerra	Vol. I

ii. Crímenes de guerra en el artículo 3 común y en el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra	Vol. I
a. Homicidio intencional contra persona protegida por el derecho internacional humanitario	Vol. I
b. Toma de rehenes	Vol. I
c. Ataques contra la población civil en conflicto armado no internacional	Vol. I
d. Prohibición de desarrollar actos orientados a aterrorizar a la población	Vol. I
e. Prohibición de ataque intencional contra bienes culturales y religiosos	Vol. I
iii. Reclutamiento y alistamiento de menores de edad (nuevo)	18
5. Concurso ideal de delitos: conductas constitutivas de distintos crímenes de derecho internacional (nuevo)	22
A. Crímenes sexuales (nuevo)	24
B. Desplazamiento forzado de personas (nuevo)	32

CAPÍTULO II. RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL Y FORMAS DE INTERVENCIÓN CRIMINAL PUNIBLE

1. Responsabilidad penal individual por crímenes de derecho internacional	Vol. I
A. Responsabilidad subjetiva vs. responsabilidad objetiva	Vol. I
2. Autoría material	37
3. Autoría mediata	Vol. I
A. Aspectos generales	Vol. I
B. Autoría mediata por dominio de voluntad en aparatos de poder organizados	38
C. Presupuestos generales de la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados	Vol. I
i. Existencia de un aparato de poder organizado	Vol. I
ii. Poder de mando del autor mediato	Vol. I
iii. Apartamiento del derecho	Vol. I
iv. Fungibilidad del autor inmediato	Vol. I
a. Predisposición del autor inmediato a la realización del hecho ilícito	Vol. I
D. Ejemplos de estructuras o aparatos de poder organizados	Vol. I
i. El caso boliviano: grupos armados irregulares o paramilitares	Vol. I
ii. El caso chileno: Dirección de Inteligencia Nacional dentro de la estructura militar	Vol. I
iii. El caso peruano: Sendero Luminoso (actores no estatales)	Vol. I
iv. El caso peruano: Servicio de Inteligencia Nacional en el gobierno de facto de Alberto Fujimori (a partir de abril de 1992)	Vol. I
v. El caso argentino: actuación ilícita de las fuerzas armadas como estructura de poder (nuevo)	45
4. Coautoría	45
A. Aspectos generales	Vol. I
B. Coautoría impropia: conductas omisivas	Vol. I
C. Coautoría sucesiva en delitos permanentes	Vol. I
5. Empresa criminal conjunta	Vol. I
A. Aspectos generales	Vol. I
B. Tipos de empresa criminal conjunta	Vol. I
i. Responsabilidad por un propósito intencional común	Vol. I
ii. Responsabilidad por la participación en un plan criminal común institucionalizado	Vol. I

iii. Responsabilidad criminal incidental basada en la previsión y asunción voluntaria del riesgo	Vol. I
6. Responsabilidad del superior jerárquico	Vol. I
A. Responsabilidad de mando en el Estatuto de Roma	Vol. I
7. Otras formas de intervención criminal punible	Vol. I
A. Complicidad	62
B. Órdenes	Vol. I
i. El caso boliviano	Vol. I
C. Planeación	Vol. I

CAPÍTULO III. CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL

1. Órdenes del superior jerárquico	Vol. I
A. Aspectos generales	Vol. I
B. Exclusión de la obediencia debida como eximente de responsabilidad penal	Vol. I
i. Órdenes manifiestamente ilícitas	64
ii. La voluntad del autor inmediato va más allá de la orden	Vol. I
C. La obediencia debida no es aplicable a determinados crímenes de derecho internacional	Vol. I
2. Miedo insuperable (duress)	Vol. I
3. Estado de necesidad	65
4. Consentimiento	Vol. I
5. Inmunidades	Vol. I
A. Aspectos generales	Vol. I
B. El caso peruano: inmunidad del Jefe de Estado	Vol. I
C. Inaplicabilidad de inmunidades frente a la Corte Penal Internacional	Vol. I

CAPÍTULO IV. LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1. Los Estados tienen la obligación de legislar en materia de crímenes de derecho internacional	67
A. Actuación legislativa en la elaboración de la ley penal	Vol. I
B. Límites de la actuación legislativa	Vol. I
i. Principios constitucionales y derechos fundamentales	Vol. I
ii. Tratados internacionales	Vol. I
iii. Principio de no discriminación	Vol. I
C. La falta de legislación no elimina la gravedad de la conducta	Vol. I
2. Principio de legalidad en el ámbito penal	Vol. I
A. Aspectos generales	Vol. I
B. El principio de legalidad y los tipos penales	Vol. I
i. El tipo penal debe ser previo, escrito, estricto y cierto	Vol. I
C. Ley previa: irretroactividad de la ley penal y principio de legalidad	Vol. I
i. El derecho internacional constituye ley previa	Vol. I
a. El derecho consuetudinario constituye ley previa	Vol. I
ii. En delitos permanentes se aplica el tipo legal vigente al momento del cese de la conducta delictiva	Vol. I
D. Los mínimos de protección establecidos por el derecho internacional pueden ser ampliados por el derecho penal nacional	Vol. I
i. El tipo penal no puede establecer elementos que restrinjan la definición internacional	Vol. I
E. El principio de legalidad y el derecho penal internacional	Vol. I

3. Subsunción de conductas en derecho internacional y nacional	Vol. I
A. Subsunción de conductas en normas de derecho internacional	Vol. I
i. Subsunción en normas internacionales de tipos penales distintos a las conductas constitutivas de crímenes de derecho internacional	Vol. I
B. Consecuencias jurídicas de la subsunción en normas internacionales	Vol. I
C. Subsunción en normas internacionales y derechos de la persona acusada	Vol. I
D. Subsunción de la conducta en tipos penales de derecho nacional	Vol. I
i. Se debe privilegiar el tipo penal que responda mejor a la naturaleza y circunstancias de los crímenes de derecho internacional	Vol. I
a. Delitos comunes vs. delitos militares	Vol. I
ii. De existir el tipo penal correspondiente al crimen de derecho internacional se debe privilegiar éste frente a otros tipos penales	Vol. I
iii. Delitos que comparten algunos elementos con los crímenes de derecho internacional, pero que difieren de éstos	Vol. I
a. El caso boliviano	Vol. I

CAPÍTULO V. JURISDICCIÓN SOBRE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

1. Procesos penales: obligación de investigar, enjuiciar y, en su caso, sancionar crímenes de derecho internacional	69
A. Obligaciones específicas	Vol. I
B. Los procesos judiciales deben ser desarrollados de acuerdo con las normas de debido proceso	69
i. Derecho al juez natural	Vol. I
ii. Derecho a la pluralidad de instancias (nuevo)	70
iii. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable (nuevo)	73
2. Otros procedimientos judiciales	Vol. I
A. Acción de hábeas corpus	Vol. I
i. El hábeas corpus y la desaparición forzada	Vol. I
ii. El hábeas corpus no puede ser suspendido en estados de emergencia	Vol. I
B. Acción de inconstitucionalidad	Vol. I
3. Exclusión de la jurisdicción militar	Vol. I
A. Los crímenes de derecho internacional quedan excluidos de la jurisdicción militar	74
B. Los civiles quedan excluidos de la jurisdicción militar	78
4. Extradición	Vol. I
A. Aspectos generales	Vol. I
B. Obligación convencional de establecer las bases normativas para poder extraditar	Vol. I
C. En los procesos de extradición se deben garantizar los derechos del extraditable y de las víctimas de los crímenes de derecho internacional	Vol. I
5. Extraditar o juzgar (Principio <i>aut dedere, aut iudicare</i>)	Vol. I
6. Jurisdicción universal	Vol. I
A. Determinación de la competencia del tribunal que ejerce jurisdicción universal	80
i. Concurrencia de jurisdicciones y principio de complementariedad (nuevo)	83
B. Incorporación y ejercicio del principio de jurisdicción universal (extraterritorialidad), derecho internacional y soberanía estatal	Vol. I
7. Jurisdicción penal internacional	Vol. I
A. Evolución de la justicia penal internacional	Vol. I
B. Corte Penal Internacional	86

- i. Principio de complementariedad Vol. I
- ii. Extradición vs. entrega a la Corte Penal Internacional Vol. I
 - a. Entrega de un nacional a la Corte Penal Internacional Vol. I
- 8. Derechos de las víctimas en procesos relacionados con crímenes de derecho internacional Vol. I
 - A. Derecho a la verdad Vol. I
 - i. Los procesos para conocer la verdad son cruciales pero no sustituyen a, o dependen de, los procesos judiciales Vol. I

CAPÍTULO VI. DECISIONES ESTATALES QUE OBSTACULIZAN LA INVESTIGACIÓN, ENJUICIAMIENTO Y, EN SU CASO, SANCIÓN DE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

- 1. Los Estados tienen la obligación de combatir la impunidad Vol. I
 - A. Las decisiones estatales que perpetúan la impunidad son incompatibles con las obligaciones del Estado Vol. I
 - i. El caso peruano Vol. I
 - B. Responsabilidad internacional por decisiones estatales que perpetúan la impunidad Vol. I
 - C. Control judicial sobre decisiones estatales que perpetúan la impunidad Vol. I
 - i. El control judicial no violenta el principio de división de poderes 88**
- 2. Leyes de amnistía Vol. I
 - A. Aspectos generales Vol. I
 - B. Las leyes de amnistía no pueden tener como objeto crímenes de derecho internacional Vol. I
 - C. Evolución de la prohibición de ciertas leyes de amnistía Vol. I
 - i. El caso argentino Vol. I
 - ii. El caso peruano Vol. I
 - iii. El caso uruguayo (nuevo) 88**
 - D. La prohibición de amnistías en el derecho internacional se extiende a aquéllas adoptadas por gobiernos anteriores o posteriores y no sólo a las autoamnistías Vol. I
 - i. La prohibición de amnistías en el derecho internacional no puede subsanarse mediante referéndum popular (nuevo) 91**
 - E. Las leyes de amnistía y el principio de irretroactividad de la ley penal Vol. I
 - F. Consecuencias de la determinación de incompatibilidad de una norma como la amnistía con el derecho internacional Vol. I
 - G. Las leyes de amnistía adoptadas por un Estado en contravención del derecho internacional no obligan a terceros Estados Vol. I
 - H. Amnistías compatibles con el derecho internacional Vol. I
 - i. Amnistías por delitos políticos Vol. I
- 3. Indultos Vol. I
 - A. Aspectos generales Vol. I
 - B. Los indultos no pueden ser aplicados a crímenes de derecho internacional Vol. I
- 4. Prescripción e imprescriptibilidad Vol. I
 - A. Aspectos generales Vol. I
 - B. Prescripción y delitos permanentes Vol. I
 - i. El caso mexicano Vol. I
 - ii. El caso argentino (nuevo) 94**
 - C. Los crímenes de derecho internacional son imprescriptibles Vol. I
 - D. La imprescriptibilidad como norma de derecho internacional convencional y consuetudinario Vol. I

i. El caso argentino	Vol. I
E. Responsabilidad estatal por la aplicación de normas internas de prescripción a crímenes de derecho internacional	Vol. I
5. Principio <i>ne bis in idem</i>	Vol. I
A. Aspectos generales	Vol. I
B. Elementos del principio <i>ne bis in idem</i>	Vol. I
C. Supuestos de violación del principio <i>ne bis in idem</i>	Vol. I
i. Procesos por “otros hechos” no violan el principio <i>ne bis in idem</i>	Vol. I
ii. Procesos por hechos distintos dentro del mismo plan no violan el principio <i>ne bis in idem</i>	Vol. I
D. Hipótesis de no aplicación del principio <i>ne bis in idem</i>	97
i. Decisiones con base en una ley no válida: relación entre el principio <i>ne bis in idem</i> y una ley de amnistía	Vol. I
E. El principio <i>ne bis in idem</i> en el derecho penal internacional	Vol. I
6. Cosa juzgada	Vol. I
A. La cosa juzgada y su relación con el principio <i>ne bis in idem</i>	Vol. I
7. Sobreseimiento definitivo de causas penales	100
A. El sobreseimiento y su relación con el principio <i>ne bis in idem</i>	Vol. I
B. Hipótesis de no aplicación del sobreseimiento	Vol. I

CAPÍTULO VII. LA DIMENSIÓN PROCESAL DE LA INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO POR CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL (NUEVO CAPÍTULO)

1. Acumulación de causas o procesos (nuevo)	105
2. Importancia de incluir el contexto en que fueron cometidos los crímenes internacionales en los procesos penales (nuevo)	108
3. Material probatorio en la investigación y juzgamiento de crímenes de derecho internacional (nuevo)	113
A. Prueba indiciaria (nuevo)	114
i. Prueba indiciaria en la determinación de una desaparición seguida de ejecución extrajudicial (nuevo)	116
ii. Prueba indiciaria en la determinación de una desaparición forzada (nuevo)	118
B. Prueba testimonial (nuevo)	118
C. Prueba pericial (nuevo)	123
i. Peritaje militar (nuevo)	123
ii. Peritaje histórico (nuevo)	125
iii. Peritaje antropológico forense (nuevo)	128
D. Prueba derivada de informes de comisiones de investigación o comisiones de la verdad (nuevo)	129

RECONOCIMIENTOS

El proyecto para la realización de este digesto fue diseñado por Katya Salazar, Directora Ejecutiva de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF), en colaboración con Ximena Medellín Urquiaga y María Clara Galvis. El proyecto, en su integridad, fue coordinado y supervisado por Katya Salazar y Leonor Arteaga, Oficial de Programa para los temas de Justicia Transicional e Independencia Judicial.

Ximena Medellín Urquiaga, Profesora-Investigadora Asociada de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), es la autora de este digesto. Estuvo encargada del desarrollo de la metodología y del formato, de la recopilación y sistematización de la jurisprudencia, así como del análisis de la misma y de la redacción de los comentarios explicativos. María Clara Galvis, asesora jurídica *Sénior* de DPLF, estuvo encargada de la coordinación de contenido del digesto y realizó la edición de la versión en español. Trabajó de manera conjunta con la autora en comentarios sobre aspectos de fondo del libro.

Gretta Siebentritt estuvo a cargo de la traducción del digesto al idioma inglés. Por su parte, Cathy Sunshine tuvo a su cargo, en colaboración con la coordinadora y la investigadora, la edición de la versión en inglés.

Este Digesto ha sido posible gracias al apoyo financiero de la Fundación OAK.

PRESENTACIÓN

En enero de 2012, Guatemala se preparaba para un juicio sin precedentes: un tribunal penal le imputaba el delito de genocidio al ex dictador Efraín Ríos Montt, cometido durante los años 1982 y 1983, en el marco del conflicto armado interno que vivió ese país. Después de un año, el que sería el primer juicio por genocidio contra un ex gobernante latinoamericano recién ha comenzado. El proceso parecía dilatarse indefinidamente a la espera de que se resolvieran los numerosos recursos que sus abogados defensores han interpuesto, argumentando incluso que su defendido estaría cobijado por la ley de amnistía. Al cierre de esta publicación, aún se encontraba pendiente una decisión de la Corte de Constitucionalidad que permitirá o impedirá aplicar la ley de amnistía al juicio en curso.

Al sur del continente, meses más tarde, el 5 de julio de 2012, el otrora dictador Jorge Rafael Videla –sobre quien ya pesaba una sentencia de cadena perpetua por torturas y ejecuciones extrajudiciales– fue condenado a 50 años de prisión por un tribunal federal de Argentina, como consecuencia de haber sido encontrado responsable de cometer crímenes de lesa humanidad, mediante la práctica sistemática y generalizada de sustraer y ocultar a niños y niñas, en el contexto de un plan general de aniquilación selectiva dirigido contra la población civil, bajo el argumento de acabar con la “subversión”, durante el régimen militar instaurado en ese país entre 1976 y 1983.

En la región andina, días después, el 20 de julio de 2012, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Perú emitió una sentencia de nulidad que favorecía a ex integrantes del grupo paramilitar conocido como *Grupo Colina*, responsables de las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas ocurridas en los casos de Barrios Altos, El Santa y Pedro Yauri, entre 1991 y 1992. Este polémico fallo redujo las penas a las que habían sido condenados los ex integrantes del *Grupo Colina* en 2010 y declaró que los hechos por los que fueron juzgados podían prescribir, en tanto no constituían crímenes de lesa humanidad. Inmediatamente esta decisión levantó una ola de duras críticas de los familiares de las víctimas, las organizaciones de derechos humanos y la comunidad académica a nivel nacional e internacional, e incluso dentro del mismo gobierno peruano, en la medida que contrariaba el derecho interno e internacional y las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. Tras una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –que en 2001 había emitido sentencia en el caso, que mantiene abierto en etapa de supervisión del cumplimiento de esta– la propia Corte Suprema de Justicia dejó sin efectos la controvertida sentencia. A la fecha de cierre de esta publicación, se ha integrado una sala penal *ad hoc* para este proceso y se está a la espera de una nueva sentencia.

También en Perú, en los últimos meses de 2012, se ha discutido públicamente la posibilidad de otorgar un indulto a Alberto Fujimori, a partir de la petición que sus familiares y los políticos que lo apoyan le hicieron al Presidente de la República, quien según la legislación interna peruana es la única autoridad con la potestad de otorgar el indulto. La decisión final está aún en sus manos.

La lectura contextual de estos procesos judiciales (citados a modo de ejemplo por su relevancia y efectos para las víctimas y la sociedad en su conjunto, así como por el panorama político que los circunda) pone de manifiesto las luces y sombras que caracterizan la lucha contra la impunidad en nuestro continente, y a la vez confirman la existencia de un nuevo paradigma en la región, cuyo surgimiento fue la razón de ser del primer *Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional*, y que ha seguido un camino ascendente. Nos referimos al cambio de escenario para el debate y juzgamiento de los crímenes del pasado: el paso del ámbito internacional, donde los mecanismos por excelencia fueron los supranacionales (tribunales penales especiales, Corte Penal Internacional, tribunales de derechos humanos), al ámbito doméstico, donde las cortes constitucionales y penales han jugado un rol central.

Varios países de la región (como Argentina, Chile, Perú, Uruguay y en menor medida Guatemala, entre otros) están llevando adelante procesos nacionales de rendición de cuentas por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos cometidas por gobiernos autoritarios. En los procesos nacionales se ha aplicado tanto el derecho como la jurisprudencia internacionales, en tanto vectores de avance. Estos procesos, pese a presentar inconsistencias y a estar insertos en debilidades estructurales de las instituciones nacionales, son destacables, entre otras razones, porque hoy en día representan un ejemplo para el mundo entero y repercuten en aquellos países en los cuales la justicia por hechos del pasado es aún materia pendiente.

Teniendo en cuenta tanto el anterior contexto como el interés suscitado por el primer *Digesto* entre sectores sociales y jurídicos de los más diversos lugares, DPLF decidió emprender una segunda etapa del proyecto, que nos permite ahora presentar el *Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional. Volumen II*, que al igual que su antecesor sistematiza sentencias que han marcado hitos en el reconocimiento y sanción de los crímenes internacionales por parte de cortes nacionales, como detalla con nitidez la autora, Ximena Medellín, en la sección introductoria a este volumen.

DPLF considera que, sin dejar de lado la tarea de divulgación entre actores de esta región, publicaciones como esta nos permiten difundir las experiencias y las lecciones aprendidas en Latinoamérica, en otras regiones del mundo, especialmente en aquellos países que atraviesan por postguerras o se recuperan de periodos autoritarios y antidemocráticos.

Ahora más que nunca DPLF se siente comprometida a continuar la tarea que iniciáramos ya hace cinco años: hacer visible y difundir la jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes internacionales como una herramienta de trabajo para quienes se encuentran abocados a posibilitar la justicia en las cortes nacionales y la superación de los múltiples desafíos que las democracias siguen enfrentando.

Sin duda, el valor de las sentencias reseñadas en este y en el primer *Digesto* radica en la posibilidad de contribuir a que las víctimas individuales obtengan justicia y conozcan la verdad sobre lo sucedido durante las épocas de terrorismo de Estado, a pesar de que este camino no es invariablemente progresivo, como lo demuestra lo ocurrido en Perú a propósito del juicio contra los autores de la masacre de Barrios Altos y la petición de indultar al ex presidente Alberto Fujimori.

Los latentes peligros de reversión de los avances jurisprudenciales en el juzgamiento de hechos del pasado refuerzan la pertinencia de un estudio de la naturaleza de este *Digesto*. En efecto, en la medida en que los estándares de derecho internacional, las obligaciones internacionales de los Estados y los fallos judiciales que abordan el cumplimiento de estas

obligaciones sean ampliamente conocidos por jueces y juezas, operadores de justicia, abogadas y abogados litigantes y organizaciones sociales de otros países y otras latitudes, podrán ser replicados, desestimados o controvertidos.

Finalmente, DPLF aprovecha esta oportunidad para reconocer la activa vigilancia y participación de las víctimas y la comunidad internacional en los procesos nacionales de justicia por los crímenes del pasado; vigilancia y participación que han sido fundamentales para consolidar los procesos de verdad, justicia y no repetición, cuyos desenlaces impactan necesariamente en la suerte de los sistemas nacionales de justicia. Extendemos este reconocimiento a todos los magistrados, magistradas, jueces y juezas que han sido artífices de las sentencias incluidas en este *Digesto*, por su labor de impartir justicia al día con el derecho internacional en materia de crímenes internacionales; especialmente a quienes han interpretado y aplicado la ley de forma innovadora y evolutiva hacia una mayor protección de los derechos humanos, en respuesta a los complejos desafíos que se plantean desde el derecho penal y las realidades históricas y políticas. También, a quienes dictaron sus fallos en medio de presiones y ataques que pretendían mermar su independencia. Reconocemos y agradecemos sus inestimables aportes, que ubican a América Latina a la vanguardia en la búsqueda de alternativas jurídicas para redimir las deudas con las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Como meta última, con esta publicación esperamos contribuir a la construcción del Estado de Derecho, misión central de DPLF.

Katya Salazar

Directora Ejecutiva

Fundación para el Debido Proceso

Leonor Arteaga

Oficial de Programa

Fundación para el Debido Proceso

INTRODUCCIÓN

E¹ *Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional. Volumen II* es la continuación de un proyecto que inició hace más de cinco años, bajo el liderazgo de Eduardo Bertoni y Katya Salazar. En 2007, la Fundación para el Debido Proceso Legal (“DPLF” por sus siglas en inglés) apostó por privilegiar el estudio de las decisiones producidas por las cortes y tribunales latinoamericanos, en temas que tradicionalmente se habían analizado desde la jurisprudencia de las cortes internacionales. El objetivo de este proyecto fue claro desde el inicio: poner a disposición de las personas interesadas en la materia una herramienta sencilla y de fácil acceso, para poder entender y utilizar los criterios que se habían ido desarrollando en el litigio latinoamericano respecto de la persecución penal de conductas que podrían calificarse como crímenes internacionales.

Con esta propuesta en mente, el proyecto fue tomando forma en la medida en que se comenzaron a identificar decisiones nacionales que, como era la intuición inicial, aportaban importantes elementos al debate sobre la posibilidad de procurar e impartir justicia respecto de los crímenes cometidos en momentos atroces de la historia de distintos países de nuestra región. Con la ayuda de un Consejo Consultivo –conformado por Douglass Cassel, Naomi Roht-Arriaza y Alejandro Garro– se delimitaron los temas que habrían de privilegiarse en la investigación y se comenzó con la recopilación y sistematización de los fallos identificados. Esta labor, que concluyó en el primer volumen del *Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana de Crímenes de Derecho Internacional*, fue posible gracias al apoyo institucional del Centro de Derechos Civiles y Humanos de la Universidad de Notre Dame y el financiamiento del United States Institute for Peace.

El éxito del primer proyecto hizo patente la importancia de dotar a las personas involucradas en procesos de justicia, en países de esta y otras regiones del mundo, de más argumentos sólidos e innovadores que, en el marco de los debates jurisdiccionales, han sido utilizados y/o desarrollados previamente por cortes y tribunales nacionales. Con esto en mente, DPLF buscó asegurar la continuidad del proyecto y convocó una vez más a todo el equipo encargado de la realización del volumen anterior. Desde el principio, se decidió que el segundo volumen debería seguir la misma estructura temática y la metodología desarrollada para el primero. Al igual que en el proceso anterior, una prioridad al seleccionar las sentencias que potencialmente se incluirían en la presente obra fue poder tener acceso al texto íntegro de las mismas. Lo anterior, a fin de privilegiar el uso de la fuente directa de la argumentación judicial, en contraste con estudios académicos que incorporaran versiones editadas de los fallos.

La expresa intención de dotar de continuidad al proyecto no significaba, sin embargo, que el equipo pudiera desatender la nueva realidad de la justicia latinoamericana. Desde la conclusión de la primera etapa del proyecto, las cortes y tribunales de la región habían emitido una importante cantidad de fallos que, en contraste con los intensos debates constitucionales que marcaron los años anteriores, trataban sobre la responsabilidad penal de los individuos

involucrados en la comisión de distintos crímenes internacionales. En este sentido, si bien el primer volumen del digesto incorporó prioritariamente la discusión constitucional sobre la validez de ciertas normas nacionales, la compatibilidad de tratados internacionales con el orden nacional o el alcance de los derechos de las víctimas, el presente libro se centra en temas que comúnmente se debaten en el marco de una sentencia netamente penal. Como consecuencia de lo anterior, al consultar este volumen se observará, por ejemplo, un desarrollo mucho más extenso de las teorías de imputación –particularmente la coautoría y la autoría mediata–, así como algunos debates más concretos sobre los elementos de los crímenes. Más aún, como un signo de los tiempos de la jurisdicción penal latinoamericana, en las sentencias analizadas se identificaron novedosos temas que, por su trascendencia, fueron introducidos como nuevos apartados en este segundo volumen. A este respecto cabe destacar, por ejemplo, las sentencias latinoamericanas que versan sobre la comisión de crímenes sexuales, desplazamiento forzado y reclutamiento o alistamiento de menores de edad, en tanto conductas constitutivas de crímenes internacionales. Asimismo, se ha decidido incluir un nuevo capítulo, centrado en algunos de los debates procesales más importantes que han rodeado el enjuiciamiento penal de este tipo de crímenes.

Con estas consideraciones en mente, y con el objetivo de facilitar la lectura conjunta de los dos volúmenes de este digesto, el índice del presente libro reproduce la estructura completa del primer volumen, al tiempo que resalta las secciones en las que se ha incluido nuevo material, el cual podrá ser consultado en este volumen. Para los demás temas, el mismo índice remite al volumen anterior ("Vol. I") del digesto.

Como última precisión, es importante señalar que, siendo el objetivo de este proyecto presentar las sentencias latinoamericanas de la manera más íntegra posible, se ha decidido respetar la forma exacta en que las mismas han sido redactadas. Esto significa, en términos de edición de esta obra, posibles inconsistencias en cuanto al uso de algunos términos, mayúsculas e, incluso, construcciones gramaticales que a la vista del lector podrían parecer inapropiadas. No obstante, tanto la autora como la editora de la versión en español de esta obra están convencidas de la necesidad de preservar la integridad de la voz de las judicaturas nacionales.

Ximena Medellín Urquiaga

Autora

División de Estudios Jurídicos
Centro de Investigación y Docencia Económicas

María Clara Galvis

Editora

Asesora jurídica sénior
Fundación para el Debido Proceso

RELACIÓN DE SENTENCIAS

En este volumen del *Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional* se sistematizaron un total de 18 sentencias, emitidas por las cortes y tribunales de siete países latinoamericanas. Al igual que en el primer volumen, en esta sección se presentan todos los datos de cada uno de los fallos, así como una breve síntesis de los hechos sobre los que versan los mismos. De la misma forma, a fin de unificar los datos de identificación de las sentencias en el cuerpo central del digesto, se ha asignado un nombre de referencia específico para cada una de ellas. Los datos de identificación, para efectos de este digesto, incluyen: (i) el país al que pertenece la corte o tribunal que haya emitido la sentencia, (ii) el tipo de procedimiento o recurso que dio lugar al fallo y (iii) el nombre de la víctima y/o el acusado, postulado o sentenciado.

De manera adicional, con el objetivo de vincular en forma sencilla los resúmenes y datos incluidos en esta sección, a continuación de cada uno de los nombres de referencia utilizados en el cuerpo del digesto se hace una indicación compuesta por un número y una letra. El número corresponde al lugar que el país respectivo ocupa en el listado general de los fallos (Argentina: 1, Colombia: 2, Guatemala: 3, etcétera), en tanto que la letra indica el orden de la decisión dentro de cada país.

1. ARGENTINA

- a. *Recurso de casación penal (Gregorio Rafael Molina, sentenciado)* – Decisión de la Sala Cuarta de la Cámara Federal de Casación Penal, Causa No. 12821, “Molina, Gregorio Rafael s/ recurso de casación”, Registro No. 162/12, 17 de febrero de 2012.

Sentencia de la Sala Cuarta de la Cámara Federal de Casación Penal, con motivo del recurso de casación promovido por la defensa de Gregorio Molina, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la Ciudad de Mar del Plata, en la cual se encontró a Molina penalmente responsable como: partícipe necesario del delito de homicidio agravado por ensañamiento y alevosía; coautor del delito de privación ilegítima de la libertad agravada en concurrencia con el de imposición de tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, así como autor del delito de violación en forma reiterada.

Los hechos sobre los cuales versó el proceso penal en contra de Gregorio Rafael Molina, ex suboficial de la Fuerza Aérea, se centraban en los operativos desarrollados por los grupos de tarea adscritos al centro clandestino de detención “La Cueva”, el cual funcionó en la Base Aérea de Mar del Plata. Las acusaciones en contra de Molina incluían la violación sexual de tres mujeres. En los reportes sobre las audiencias orales del juicio de primera instancia destacan el

testimonio de una de las mujeres sobrevivientes, quien afirmó: “Cuando ese hombre de uniforme me violaba, era la Patria la que me violaba”.

La defensa de Molina trato de argumentar, entre otros aspectos, que el delito de violación había prescrito, pues éste no podía ser considerado como un crimen de lesa humanidad. El argumento fue rechazado y, por primera vez en Argentina, un tribunal afirmó la naturaleza de crímenes de lesa humanidad de las violaciones y crímenes sexuales.

Temas relevantes en el fallo: crímenes sexuales como crímenes de lesa humanidad; improcedencia de la obediencia debida y del estado de necesidad como circunstancias eximentes de la responsabilidad; la imprescriptibilidad como norma de derecho internacional convencional y consuetudinario; importancia de integrar el contexto en el que se dan los hechos, en el marco de los procesos penales por crímenes internacionales.

- b. *Megacausa ESMA (Manuel Jacinto García Tallada, et. al., acusados)* – Sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 5, Causa No. 1279, “Donda, Adolfo Miguel s/infracción al art. 144 ter, párrafo 1° del Código Penal” y sus causas acumuladas 1271, 1275, 1276, 1277, 1278, 1298, 1299, 28 de diciembre de 2011.

Sentencia de primera instancia, dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 5, en contra de varios ex militares argentinos por los delitos cometidos en y con relación al centro clandestino de detención conocido como la Escuela Superior de Mecánica de la Armada (ESMA). De manera particular, el tribunal encontró penalmente responsable a las siguientes personas: Manuel Jacinto García Tallada (autor mediato); Oscar Antonio Montes (autor mediato); Jorge Eduardo Acosta (coautor); Antonio Pernias (coautor); Alfredo Ignacio Astiz (coautor); Raúl Enrique Scheller (coautor); Jorge Carlos Radice (coautor); Alberto Eduardo González (coautor); Néstor Omar Savio (coautor); Ricardo Miguel Cavallo (coautor); Adolfo Miguel Donda (coautor); Julio Cesar Coronel (coautor); Ernesto Firmon Weber (coautor); Juan Carlos Fotea (coautor); Carlos Octavio Capdevila (coautor), y Juan Antonio Azic (coautor). El tribunal resolvió, además, absolver a: Julio Cesar Coronel; Oscar Antonio Montes; Manuel Jacinto García Tallada; Carlos Octavio Capdevila; Juan Carlos Rolón, y Pablo Eduardo García Velasco.

En el marco de este mismo proceso, las respectivas defensas de los acusados presentaron distintos argumentos que fueron expresamente abordados por el tribunal. Entre dichos argumentos resaltan, para efectos de este trabajo, aquéllos que versan sobre la aplicación de los principios de cosa juzgada y *ne bis in idem*, extinción de la acción penal por aplicación de las disposiciones de amnistía, prescripción y/o plazo razonable.

Los hechos del caso versan sobre las acciones realizadas por el Grupo de Tareas 3.3.2 y los hechos delictivos cometidos en la ESMA. Como centro de detención clandestino, la ESMA se convirtió en la base del poder político de la Marina durante la dictadura miliar. El establecimiento dependía, en última instancia, del almirante Eduardo Massera (miembro de la junta militar argentina) y estuvo dirigido por Rubén Jacinto Chamorro y Jorge Eduardo Acosta, en su calidad de jefe de inteligencia y jefe del Grupo de Tareas 3.3.2.

El 24 de marzo de 2004, el entonces Presidente Néstor Kirchner firmó un decreto en virtud del cual la ESMA fue convertida en un museo para recuperar la memoria histórica y social sobre la dictadura miliar y promover los derechos humanos.

Temas relevantes en el fallo: responsabilidad penal individual por crímenes de lesa humanidad; responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva; autoría medita; relación entre teorías de imputación, como la autoría mediata, y ciertas circunstancias eximentes de la responsabilidad individual; órdenes del superior jerárquico; debido proceso en los procesos penales por crímenes internacionales; derecho a ser juzgado en un plazo razonable; prueba testimonial.

- c. *Recurso de apelación (Jaime Lamont Smart, et. al., acusados)* – Sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata, Expediente 5838/III, “G., D.E. s/desaparición forzada de personas (Brigada de Investigación de Quilmes)”, 26 de mayo de 2011.

Sentencia emitida por la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata, con motivo del recurso de apelación promovido por la defensa, en contra de la decisión de la Secretaría Especial del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal de La Plata No. 3, por la cual se dispone el procesamiento, con prisión preventiva, de Miguel Osvaldo Etchecolatz y Jaime Lamont Smart. Este último ocupó el cargo de Ministro de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Lamont Smart es el primer civil de este rango que es sujeto a proceso por los crímenes cometidos durante la última dictadura militar en Argentina.

Los hechos del caso se centran en los delitos cometidos en y con relación al centro clandestino de detención que funcionó en la Brigada de Investigaciones de la Policía en Quilmes, conocido como “El Pozo de Quilmes”. Este recinto comenzó a funcionar antes del inicio de la dictadura y se mantuvo operando hasta 1979. Fue incorporado, administrativamente, al “Circuito Camps”, mismo que comprendía una serie de centros de detención clandestina dependientes de la Jefatura de la Policía de la Provincia de Buenos Aires.

Según los testimonios de los sobrevivientes, el Pozo de Quilmes se caracterizó, como centro de detención, por la dureza de las condiciones de detención y la brutalidad de los medios y métodos de tortura e interrogatorios ahí utilizados.

Temas relevantes en el fallo: autoría mediata por dominio de voluntad en aparatos de poder organizados; coautoría (partícipes necesarios); órdenes del superior jerárquico no pueden invocarse como circunstancias eximentes de responsabilidad penal; importancia de la prueba testimonial en procesos penales por crímenes internacionales.

- d. *Recurso de casación penal (Diego Manuel Ulibarrie, sentenciado)* – Decisión de la Cámara Nacional Penal, Causa No. 12.313, “Ulibarrie, Diego Manuel s/recurso de casación”, 25 de abril de 2011.

Recurso de casación penal promovido por la defensa de Diego Manuel Ulibarrie, en contra de la sentencia condenatoria de primera instancia emitida por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Corrientes. En sus argumentos, la defensa afirma la arbitrariedad de la sentencia impugnada, derivada de la falta o deficiencia de fundamentación. De manera particular, alega “la omisión del

[tribunal de instancia] respecto ‘*del análisis y rebate de los argumentos de descargo esgrimidos en la petición originaria y en la audiencia de debate*’ por [la] defensa” (texto de la sentencia bajo estudio).

Los hechos sobre los que versó el proceso penal en contra de Diego Manuel Ulibarri se relacionan con el operativo en el que fueron detenidos-secuestrados Vicente Víctor Ayala, Julio César Barozzi, Orlando Diego Romero y Jorge Antonio Saravia. El tribunal de instancia determinó la responsabilidad de Ulibarri, quien sirvió como comandante del citado operativo, en tanto autor penalmente responsable por el delito de privación ilegítima de la libertad agravada por su calidad de funcionario público, en concurso real con el delito de privación ilegítima de la libertad agravada por la aplicación de tormentos a un perseguido político.

Temas relevantes en el fallo: admisión y valoración de la prueba en procesos de crímenes internacionales, de conformidad con las reglas de la sana crítica; prueba indiciaria; prueba testimonial; prueba en casos de desaparición forzada.

e. Caso Victorio Derganz y Carlos José Fateche (Juan Demetrio Luna, acusado) – Sentencia de primera instancia contra Juan Demetrio Luna, Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de San Martín, Causa No. 2203, 30 de diciembre de 2011.

Sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de San Martín en la causa No. 2203, seguida en contra de Juan Demetrio Luna por la privación ilegal de la libertad de Victorio Derganz y Carlos José Fateche. Según los hechos tenidos como probados por el tribunal, las víctimas fueron inicialmente detenidas a la entrada de la fábrica “Ford Motors Argentina” y trasladadas, posteriormente, a la Comisaría del Tigre, en donde fueron sometidas a distintas formas de tortura. Victorio Derganz fue liberado poco menos de un mes después de que fuera detenido. Al momento de dictar la sentencia, aún se desconocía el paradero de Carlos José Fateche.

En el momento de los hechos, Juan Demetrio Luna se desempeñaba como Comisario a cargo de la Comisaría del Tigre. Parte de su defensa se centró en el control exclusivo que ejercían las Fuerzas Armadas sobre los detenidos políticos, sin permitir la intervención de la policía. El Tribunal condenó a Juan Demetrio Luna como partícipe necesario de los delitos de privación ilegítima de la libertad cometida por abuso funcional agravada por el empleo de violencias y amenazas e imposición de tormentos agravados por ser la víctima un perseguido político. Al imponer la pena, el Tribunal tuvo en cuenta que Luna no había sido el autor del delito, sino que solamente había facilitado la comisión del mismo con su conducta. Asimismo, el órgano judicial tuvo en cuenta que Luna pidió licencia a los cinco días del ingreso de las víctimas a la Comisaría del Tigre, por lo que su participación fue temporalmente muy limitada.

Temas relevantes en el fallo: sujeto pasivo del crimen de genocidio; calificación de hechos como crímenes de lesa humanidad; tortura física y psicológica; complicidad como forma de participación; órdenes del superior jerárquico; prueba testimonial; prueba derivada de comisiones de investigación.

2. COLOMBIA

- a. *Sentencia parcial e incidente de reparación integral (Orlando Villa Zapata, postulado)* – Sentencia parcial de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior Bogotá, M.P. Eduardo Castellanos Roso, Radicación interna 1154, Rad. 110016000253200883280, 16 de abril de 2012.

Sentencia parcial emitida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá en contra de Orlando Villa Zapata, desmovilizado del Bloque Vencedores de Arauca de las Autodefensas Unidas de Colombia, por los delitos de concierto para delinquir, entrenamiento para actividades ilícitas y reclutamiento ilícito de menores, entre otros. Orlando Villa Zapata, quien llegó a ser segundo comandante del bloque referido, había sido previamente condenado por la justicia ordinaria, a 25 años de cárcel por la masacre de Caloto (en la que fueron asesinados más de 20 indígenas). En 1998, después de cumplir seis años de la condena referida, se fugó del establecimiento penitenciario. Con la ayuda de Vicente Castaño, logró mantenerse en libertad e integrarse a las filas de la Autodefensas Unidas de Colombia, en donde se inició como parte del cuerpo de escoltas del propio Castaño.

Temas relevantes en el fallo: crímenes de guerra; calificación de la situación como conflicto armado no internacional; sujetos activo y pasivo en los crímenes de guerra; reclutamiento de menores de edad: fenómeno y marco jurídico internacional; importancia procesal de considerar el contexto en el que se dan los hechos concretos sobre los que conoce el tribunal para poder determinar la naturaleza de los crímenes.

- b. *Sentencia e incidente de reparación integral (José Rubén Peña Tobón, et. al., postulados)* – Sentencia de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, M.P. Léster María González Romero, Radicaciones: 1100160002532008-83194; 1100160002532007-83070, 1 de diciembre de 2011.

Sentencia e incidente de reparación dictados por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, en contra de José Rubén Peña Tobón, Wilmer Morelo Castro y José Manuel Hernández Calderas como autores y coautores de los delitos de concierto para delinquir agravado, homicidio en persona protegida, tortura en persona protegida, desaparición forzada, secuestro simple agravado, destrucción y apropiación de bienes protegidos, hurto calificado y agravado, y deportación, expulsión o traslado de población civil. José Rubén Peña Tobón fue hallado responsable como autor, por el delito de acceso carnal violento en persona protegida.

Los tres sentenciados eran miembros del Bloque Vencedores de Arauca de las Autodefensas Unidas de Colombia. José Rubén Peña Tobón, al momento de desmovilizarse, ostentaba el más alto rango como comandante de la Compañía Centauros y era director e instructor de la “Escuela la Gorgona”. Antes de unirse a las AUC, Peña Tobón fue miembro del Ejército Nacional de Colombia. En esta institución “recibió formación como lancero, paracaidista, jefe de asalto, emparador, explorador y en explosivos, salto libre y contraguerrillas urbanas y rurales; alcanzó el grado suboficial de Sargento Viceprimero y se desempeñó como tal en las Fuerzas Especiales Ambrosio Almeyda de Tolemaida hasta el 29 de octubre de 1999, fecha en la que fue destituido mediante proceso disciplinario” (texto de la sentencia bajo estudio).

Temas relevantes en el fallo: crímenes de lesa humanidad; concurso ideal de delitos; crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra; crímenes sexuales como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra; desplazamiento forzado de personas.

- c. *Recurso de apelación promovido por los representantes de las víctimas (Gian Carlo Gutiérrez Suárez, postulado)* – Decisión del recurso de apelación, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, Proceso No 32022, 21 de septiembre de 2009.

Recurso de apelación interpuesto por los representantes de las víctimas contra la decisión de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 1 de junio de 2009, mediante la cual se resolvió legalizar los cargos formulados por la Fiscalía 18 de la Unidad de Justicia y Paz en contra del postulado Gian Carlo Gutiérrez Suárez, desmovilizado del Bloque Calima de las Autodefensas Unidas de Colombia. Entre los cargos imputados al desmovilizado destacan los asesinatos en persona protegida, secuestro, extorsión y desplazamiento forzado.

En los recursos de apelación interpuestos se argumenta que en la legalización de cargos no se imputaron todos los crímenes cometidos, ni se esclarecieron todos los hechos relevantes. Así, por ejemplo, los representantes de las víctimas alegaron que Gutiérrez Suárez constantemente argumentaba la obediencia que debía a sus superiores, al tiempo que omitió revelar nombres, lugares y motivos de los crímenes. En este sentido –continúan los alegatos de los representantes– no se puede entender que se ha satisfecho el derecho a la verdad de las víctimas y sus familiares, pues estos deben poder conocer el por qué de todos estos crímenes. La Corte Suprema de Justicia acogió el recurso y revocó la decisión impugnada, de manera que el expediente regresó al tribunal.

Temas relevantes en el fallo: reconocimiento internacional y evolución del concepto de crímenes de lesa humanidad; calificación del conflicto armado no internacional; nexo entre la conducta y el conflicto armado, como elemento de los crímenes de guerra; obligaciones estatales de tipificar crímenes internacionales, así como de investigarlos y perseguir a los responsables; aspectos procesales de la persecución penal de crímenes internacionales.

- d. *Acción de revisión (Gustavo Amaya Ruiz, et. al., acusados)* – Decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, Proceso No. 31091, 4 de mayo de 2011.

El Procurador Treinta Judicial Penal II de Bogotá promovió acción de revisión en contra de la decisión del Tribunal Superior Militar, en la cual se confirma la resolución del Inspector General de la Policía Nacional mediante la cual se ordena el cese del procedimiento por el delito de homicidio en contra de distintos acusados.

Los hechos del caso versan sobre el asesinato del profesor Santos Mendivelso Coconubo. Según testimonios presentados ante las autoridades competentes, el Señor Mendivelso había sido ejecutado debido a sus actividades como sindicalista y por su presunta pertenencia al Ejército de Liberación Nacional. Los presuntos responsables de dicho asesinato –quienes fueron

beneficiados por la resolución de cese del procedimiento— eran, al momento de los hechos, miembros de la Policía Nacional.

Si bien la investigación de los hechos se desarrolló, en un inicio, ante las autoridades ordinarias, el 2 de marzo de 1995, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura adjudicó el conocimiento de la causa a la Justicia Penal Militar, bajo el argumento de que el “hecho delictivo se atribuía a miembros de [la Policía Nación] en servicio activo y con ocasión del mismo” (texto de la sentencia bajo estudio). En mayo de 1995, la Inspección General de la Policía Nacional ordenó el cese del procedimiento. Esta decisión fue confirmada dos meses después por el Tribunal Superior Militar.

En enero de 2009, el entonces Procurador Treinta Judicial Penal II de Bogotá promovió una acción de revisión en contra de las decisiones antes descritas, con base en el artículo 220, apartado 3, de la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal), las sentencias correspondientes de la Corte Constitucional colombiana y la posterior regulación de dichos criterios, a través de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal). En sus alegatos, el Procurador argumentó que el asesinato del profesor Mendivelso Coconubo había sido materia de decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual determinó el incumplimiento de las obligaciones estatales de investigar, enjuiciar y sancionar, por parte del Estado colombiano. La Corte Suprema de Justicia tuvo por fundada la acción y remitió el expediente a la Fiscalía General de la Nación, para continuar con el conocimiento del asunto.

Temas relevantes en el fallo: crímenes de lesa humanidad; los crímenes internacionales están quedan excluidos del ámbito de la jurisdicción penal militar; requisitos para reabrir un caso o asunto y determinar la no aplicabilidad del principio *ne bis in ídem*.

3. GUATEMALA

- a. *Caso Masacre de Las Dos Erres (Roberto Aníbal Rivera Martínez, et. al., acusados)* – Sentencia de primera instancia, Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, C-01076-2010-00003, Oficial 1°, 2 de agosto de 2011.

Sentencia de primera instancia, dictada por el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, en contra de los miembros de la patrulla kaibil, comandada por el entonces teniente instructor kaibil¹ Roberto Aníbal Rivera Martínez,

¹ Nota añadida: Los kaibiles son soldados de élite que conforman las Fuerzas Armadas de Guatemala. Según el informe final de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), “[e]n la permanente evolución y actualización de las técnicas de combate, se fue gestando la creación de una tropa de élite, durante la década de los sesenta y principios de los setenta, con la finalidad de contar con tropas de especialistas. Estas permitían al Ejército dar una respuesta más rápida a las operaciones de la guerrilla, tanto en el área urbana como rural, con mayor economía de medios y golpeando contundentemente a las unidades de los insurgentes”. En la década de los 70s se organizó, de manera formal, la Escuela de Kaibil, con la participación de miembros del Ejército guatemalteco que habían realizado cursos en otros países, particularmente en Estados Unidos de América. Según continúa detallando el informe final de la CEH, el entrenamiento que recibían los miembros de las Fuerzas Armadas en la Escuela Kaibil “se basó fundamentalmente en técnicas de supervivencia en situaciones extremas de combate, técnicas de tortura a prisioneros de guerra, con la finalidad de obtener rápida información sobre los insurgentes, adoctrinamiento ideológico anticomunista y técnicas de

responsables por la muerte de 214 personas en el poblado de Las Dos Erres. En la misma sentencia se determina, además, la responsabilidad penal del subteniente de reserva Carlos Antonio Carías López, comandante del destacamento militar de las Cruces, a quien acudió la población de la región para pedir asistencia e información ante los hechos acontecidos en la misma región.

La mascare de Las Dos Erres fue considerada por la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala, como uno de los hechos representativos del conflicto armado interno en dicho país. A la brutalidad con la que se dio muerte a los pobladores, en medio de un operativo que se concibió en represalia por el robo de 21 fusiles por parte de la guerrilla, se añadió la conducta que siguió a la masacre misma; el poblado no solo fue saqueado e incendiado, sino que fue, literalmente, borrado de los mapas de Guatemala. La mascare de Las Dos Erres significó la destrucción, en todos los sentidos de la palabra, de un poblado de campesinos agricultores (no indígenas), a los que la inteligencia militar había identificado como bases de apoyo de la guerrilla.

Temas de relevancia en el fallo: autoría material o inmediata; coautoría (partícipes necesarios); uso de informes de comisiones de investigación y comisiones de la verdad como medio probatorio; otros medios probatorios: peritajes militares, históricos y antropológicos forenses.

b. Recurso de casación penal (Juan Guillermo Oliva, sentenciado) – Decisión de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, Recursos de casación 109-2003 y 110-2003, 14 de enero de 2004.

Decisión de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, respecto de los recursos de casación promovidos por el Ministerio Público y por la querellante adhesiva, Helen Beatriz Mack Chang, en contra de la sentencia de apelación dictada por la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones. En la decisión impugnada, la Sala Cuarta modificó la sentencia emitida por el Tribunal Tercero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente y decidió absolver a Juan Guillermo Oliva. Según el razonamiento de la Sala Cuarta, al no poder atribuir el plan para asesinar a Myrna Mack al Estado Mayor Presidencial, no se demostraba la relación de causalidad entre la conducta de Juan Guillermo Oliva y el delito en cuestión.

La Corte Suprema de Justicia revocó la decisión de apelación. En su fallo, esta alta corte afirma que la Sala Cuarta de la Corte de Apelación erró al no apreciar la distinción entre el Estado Mayor Presidencial y el Departamento de Seguridad Presidencial de dicho órgano. En este sentido, según el razonamiento de la Corte Suprema, a pesar de no poder probar que el plan referido se concibió en el Estado Mayor Presidencial, sí existían pruebas suficientes para determinar la responsabilidad penal de Juan Guillermo Oliva, en su calidad de Sub-Director del Departamento de Seguridad, como autor del asesinato de Myrna Mack Chang.

operaciones psicológicas, entre otros. Como parte del entrenamiento se simulaba[n] ataques, penetraciones y destrucción de aldeas. [...] ‘El KAIBIL es una máquina de matar cuando fuerzas o doctrinas extrañas atentan contra la Patria o el Ejército’. Así se expresa en el numeral 9 del Decálogo del Kaibil, inserto dentro de la Misión y Capacidades de la Escuela ‘KAIBIL’. Ese lema puede ser considerado como la expresión de la filosofía de los kaibiles”. *Guatemala: Memoria del Silencio*. Informe Final de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico. Capítulo II “La violaciones de los derechos humanos y hechos de violencia”, Volumen 1: Estrategias y mecanismos de las partes, párrs. 112, 116 y 119.

Temas relevantes en el fallo: coautoría (partícipes necesarios).

- c. *Caso Myrna Mack (Edgar Augusto Godoy, Juan Valencia Osorio y Juan Guillermo Oliva, acusados)*
– Sentencia de primera instancia, Tribunal Tercero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, C-5-99, Oficial 3ro., 3 de octubre de 2002.

Sentencia de primera instancia, dictada por el Tribunal Tercero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, en contra de Juan Guillermo Oliva Carrera, Sub-Jefe del Departamento de Seguridad Presidencial del Estado Mayor Presidencial, por el asesinato de Myrna Elizabeth Mack Chang. El mismo tribunal decidió absolver a los acusados Edgar Augusto Godoy Gaitán y Juan Guillermo Oliva Carrera.

Tal como se reconoce en la sentencia bajo análisis, Myrna Elizabeth Mack Chang, antropóloga social fundadora de la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales (AVANCSO), se especializó en el estudio del fenómeno del desplazamiento forzado y su vinculación con el conflicto armado interno. Fue, precisamente, su actividad profesional lo que convirtió a Myrna Mack en objeto de la política contrainsurgente desarrollada por los altos mandos militares guatemaltecos. Este asesinato fue considerando por la Comisión de Esclarecimiento Histórico como un caso ilustrativo del conflicto armado en Guatemala.

Temas relevantes en el fallo: coautoría (partícipes necesarios); prueba derivada de informes de comisiones de investigación y comisiones de la verdad; importancia de incorporar y considerar el contexto histórico y social, para la determinación y calificación de los hechos.

4. ESPAÑA

- a. *Recurso de Amparo promovido por Rigoberta Menchú Tum, et. al. (Denuncia contra funcionarios públicos civiles y militares guatemaltecos)* - Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, Recursos de amparo No. 1744-2003, 1755-2003 y 1773-2003, STC 237/2005, 26 de septiembre de 2005.

Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional español, con respecto a tres recursos de amparo promovidos por Rigoberta Menchu y otras personas físicas y asociaciones, en contra de las decisiones del Pleno de la Audiencia Nacional Española, así como del Tribunal Supremo. En las decisiones impugnadas se determina la falta de competencia de la justicia española para conocer de la demanda presentada por la propia Rigoberta Menchú por distintos hechos acontecidos en Guatemala entre los años 1978 y 1986. De manera concreta, la denuncia incluía el asalto de la Embajada de España en Guatemala en 1980, en el que murieron 37 personas, así como el asesinato de varios sacerdotes españoles.

En cuanto a la primera de las decisiones impugnadas, el Pleno de la Audiencia Nacional fundamenta su rechazo al ejercicio de la jurisdicción española en el principio de complementariedad que, según dicho órgano, debe regir la relación entre la jurisdicción universal y la jurisdicción territorial, de conformidad con el artículo 6 del Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Por su parte, en su decisión, el Tribunal Supremo adopta

una posición más amplia con respecto al principio de complementariedad, pero más estricta con respecto a la interpretación del artículo 23.4.a de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como fundamento para el ejercicio de la jurisdicción universal. El Tribunal Constitucional termina por rechazar la argumentación en ambas decisiones y propone una interpretación amplia sobre la jurisdicción universal, analizada a la luz del derecho de acceso a la justicia.

Si bien esta no es una decisión de una corte o tribunal latinoamericano, el debate presentado en ella se relaciona directamente con el fallo emitido por el Tribunal Constitucional guatemalteco, ante el pedido de extradición de varios generales de Guatemala a España. La sentencia guatemalteca puede ser consultada en el primer *Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional*.

Temas relevantes en el fallo: jurisdicción universal; determinación de la competencia de un tribunal que ejerce jurisdicción universal; relación entre el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial y la soberanía estatal; concurrencia de jurisdicciones y principio de complementariedad.

5. MÉXICO

- a. *Expediente Varios 912/2010 (Cumplimiento de sentencia en el caso Rosendo Radilla vs. México)*
– Acuerdo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente Varios 912/2010, 14 de julio de 2011.

En el marco del cumplimiento de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Rosendo Radilla vs. México*, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) formuló una consulta al Pleno de la misma, para que resolviera sobre la forma de proceder ante dicha sentencia. En atención a esta consulta, se abrió un primer expediente (489/2010), en el marco del cual se decidió, entre otros, (i) que la SCJN tenía facultades para determinar si la sentencia internacional imponía obligaciones directamente dirigidas al Poder Judicial de la Federación y (ii) turnar el asunto nuevamente a un ministro/a, con el fin de elaborar una propuesta para declarar, en términos concretos, la forma precisa en que se debería dar cumplimiento a tales obligaciones.

En seguimiento al trámite correspondiente, se emitió el acuerdo relacionado con el expediente varios 912/2010, en el cual se reconocen las obligaciones precisas a cargo del Poder Judicial, derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana. Asimismo, se detallan las medidas que dicho poder deberá adoptar para dar cumplimiento a sus obligaciones. Esto incluye, según la decisión bajo estudio, el ejercicio *ex officio* del control de convencionalidad por parte de las autoridades judiciales, además de una nueva interpretación del artículo 57 del Código de Justicia Militar mexicano, correspondiente al alcance de la jurisdicción penal miliar.

Temas relevantes en el fallo: cumplimiento de obligaciones internacionales por parte del Poder Judicial; límites a la jurisdicción penal militar; los civiles deben quedar excluidos de cualquier forma de ejercicio jurisdiccional por parte de órganos de justicia miliar.

6. PERÚ

- a. *Recurso de agravio constitucional (Alberto Fujimori Fujimori, sentenciado)* – Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional sobre el recurso de agravio constitucional, EXP. N.º 4235-2010-PHC/TC, 11 de agosto de 2011.

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la representación de Alberto Fujimori Fujimori, contra la sentencia expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal de Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 2 de septiembre de 2010.

En el marco del proceso penal contra el expresidente Fujimori, su representación promovió tres incidentes de recusación en contra de los vocales de la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia. Para el conocimiento de dichos recursos se ordenó reconstituir la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, que declaró infundados los tres incidentes referidos. En contra de estas decisiones se interpusieron los respectivos recursos de nulidad. Al decidir sobre los mismos, la Sala Suprema determinó que “era incompetente para conocer en grado de revisión los incidentes derivados en procesos penales que en revisión y última instancia se vienen tramitando ante otra Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República” (texto de la sentencia bajo análisis).

Contra esta última resolución, la defensa del sentenciado interpuso, ante el Cuadragésimo Cuarto Juzgado Penal-Reos en Cárcel de Lima, recurso de *habeas corpus* por la vulneración de los derechos a recurrir las resoluciones judiciales y a la libertad individual. Dicho juzgado tuvo por improcedente el recurso promovido. La representación de Fujimori promovió, entonces, un recurso de apelación contra la última decisión, que fue conocido y rechazado por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal de Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima.

La decisión bajo estudio es el último eslabón en esta larga cadena de recursos procesales. En la misma se determina, de manera definitiva, el contenido y alcance del derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, como una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia.

Temas relevantes en el fallo: los procesos penales por crímenes internacionales deben ser conducidos de conformidad con las normas de debido proceso; derecho a la pluralidad de sentencia.

- b. *Pedimento de sobreseimiento del proceso penal (Santiago Enrique Martín Rivas, et. al., acusados)* – Decisión de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. 28-2001, 15 de septiembre de 2010.

Decisión de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, con motivo del pedido de sobreseimiento promovido por la defensa de los acusados en la causa 28-2001. El pedimento de la defensa se sustenta en el Decreto Legislativo No. 1097, por el cual se adelantó la vigencia de distintas disposiciones del nuevo Código Penal, a fin de “regula[r] la aplicación de normas procesales por delitos que implican la violación de derechos humanos”. Según los artículos relevantes, se debería decretar el sobreseimiento definitivo de los procedimientos

relacionados con las violaciones graves de los derechos humanos, así como con los delitos contra la humanidad, por exceso en el plazo de la instrucción o de la investigación preliminar. En su fallo, la Sala Especial determinó la improcedencia del pedimento de sobreseimiento, al establecer la incompatibilidad de dicha medida con las obligaciones internacionales del Estado peruano en materia de derechos humanos.

La causa en la cual se da este fallo se refiere al procesamiento penal de los miembros del denominado “Grupo Colina” o “Destacamento Colina”, por la masacre de Barrios Altos, así como el secuestro y ejecución del periodista Pedro Herminio Yauri Bustamante y de nueve campesinos del poblado “El Santa”. Los dos primeros hechos fueron también materia del proceso penal seguido en contra de Alberto Fujimori. El tercero de los eventos, la desaparición y ejecución de los nueve campesinos, tuvo lugar el 2 de mayo de 1992. Según el informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, el motivo de estos asesinatos fue dar un “escarmiento” a los trabajadores de las empresas de propiedad de Jorge Fung Pineda, quienes “estaban causando problemas”. En la secuencia de eventos que llevaron a la ejecución de las nueve víctimas se reportaron, además, ataques de grupos senderistas en contra de la empresa de la familia Fung.

Temas relevantes en el fallo: la imprescriptibilidad como norma de derecho internacional convencional y consuetudinario; el sobreseimiento definitivo de causas penales.

7. URUGUAY

- a. *Recurso de apelación (Juan Carlos Blanco Estradé, sentenciado)* – Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Tercer Turno, IUE 17-414/2003, Sentencia No. 22, 16 de febrero de 2012.

Sentencia emitida por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Tercer Turno, en virtud de los recursos de apelación y adhesión, interpuestos por la defensa de quien se identifica en la sentencia como “AA” y la Fiscalía, respectivamente, contra la sentencia de primera instancia dictada por el Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 1° Turno, el 21 de abril de 2010.

Los hechos del caso se centran en la detención de Elena BB, quien fue retenida en las instalaciones del Batallón No. 13 desde principios de julio de 1976 y hasta su ejecución en noviembre del mismo año. Como elemento característico del caso, la sentencia hace notar que al momento de su detención, Elena BB logró escapar temporalmente de sus captores e introducirse a los jardines de la Embajada de Venezuela en Uruguay, al tiempo que gritaba por asilo político. Los oficiales involucrados en el operativo se introdujeron también en el perímetro de la embajada y detuvieron a Elena BB con lujo de violencia. Ante tales acciones, la representación diplomática solicitó una respuesta por parte del Gobierno uruguayo, así como el inmediato traslado de la víctima a la embajada. Es en este contexto en que la sentencia detalla la conducta e involucramiento del acusado, AA, quien al momento de los hechos se desempeñaba como Canciller de la República. El incidente tomó tales dimensiones que llevó a la ruptura de las relaciones entre Venezuela y Uruguay.

Esta es, sin duda, una sentencia muy peculiar, en la que se determina la responsabilidad penal de un funcionario netamente civil, que nunca perteneció a las fuerzas armadas de su país, por la detención y ejecución de una activista política. Aunque la sentencia omite el nombre del acusado, es claro que se trata de Juan Carlos Blanco Estradé, quien fungió como Canciller del gobierno constitucional (1972-1973) y de facto (1973-1985) de Juan María Bordaberry. Esta condena se añade a aquella resultado del proceso seguido en contra de Bordaberry y del propio Blanco Estradé, por las ejecuciones de los ex legisladores Zelmar Michelini y Héctor Gutiérrez Ruiz, así como de Rosario Barredo y William Whitelaw, miembros del Movimiento de Liberación Nacional-Tupamaros.

Temas relevantes en el fallo: coautoría; prueba derivada de informes de comisiones de investigación o comisiones de la verdad; relevancia de la prueba indiciaria para la determinación de una ejecución extrajudicial.

b. *Excepción de inconstitucionalidad (artículos 1, 3 y 4 de la Ley No. 15.848. Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado)* – Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, Ficha 97-397/2004, Fallo 365/2009, 19 de octubre de 2009.

Excepción de inconstitucionalidad promovida por la Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2o. Turno, en el marco de los procedimientos originados en la denuncia presentada por AA. En la denuncia se requería la investigación de las circunstancias que rodearon la muerte de la hermana de AA, acontecida el 29 de junio de 1974 en una dependencia militar. El juez competente solicitó que el Poder Ejecutivo se pronunciara sobre la aplicabilidad, al caso concreto, de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado; la respuesta fue afirmativa. En este contexto, la Fiscal Letrada promovió la excepción referida, argumentando que la ley era incompatible con la Constitución de la República y con los tratados internacionales ratificados por Uruguay.

Después de un análisis que toca con algunos elementos del derecho internacional, pero que se centra en los argumentos constitucionales, la Suprema Corte de Justicia determinó la inconstitucionalidad de la ley y su inaplicabilidad en el caso concreto.

Temas relevantes en el fallo: obligación de los Estados de combatir la impunidad; el control judicial sobre la legislación nacional que perpetúa la impunidad no implica una violación de la división de poderes; evolución de la prohibición de leyes de amnistía en el derecho internacional de los derechos humanos; el ejercicio directo de la soberanía popular por la vía del referéndum derogatorio no puede dotar de constitucionalidad a una norma que transgrede principios o normas consagrados en la misma.

CAPÍTULO I

CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

2. GENOCIDIO

B. Elementos del crimen

ii. Sujeto pasivo: grupo nacional, étnico, racial o religioso

ARGENTINA, Caso Victorio Derganz y Carlos José Fateche (Juan Demetrio Luna, acusado) (Relación de sentencias 1.e), considerando IV. En relación al planteo realizado por la Querella unificada, representada por los Doctores Dinani y Dentone, el Tribunal ya ha tenido oportunidad de expedirse en relación con el delito de genocidio y concluyó que resulta inaplicable ese modo de tipificación. Se trata en cambio de crímenes de lesa humanidad.

El art. 2 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio define cuales son las conductas que [se] consideran comprendidas por la figura de Genocidio y que “se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”.

Concordamos con lo resuelto por el Tribunal Oral de Tucumán en la causa “Vargas Aignasse”, cuando afirmara que la conducta no podía subsumirse en el tipo de genocidio del derecho penal internacional considerando a la víctima como integrante de un grupo nacional, por entender que ello implicaría asignarle a tal colectivo una significación que no es la que recoge el derecho internacional y, en tal inteligencia, la Convención contra el Genocidio. El derecho internacional con la expresión “grupo nacional” siempre se refiere a conjuntos de personas ligadas por un pasado, un presente y un porvenir comunes, por un universo cultural común que inmediatamente remite a la idea de nación. El significado explicitado, a su vez, se asocia con la preocupación de la comunidad internacional por brindar protección a las minorías nacionales en el contexto de surgimiento de Estados plurinacionales al término de la Segunda Guerra Mundial, resultando difícil sostener que la República Argentina configurara un Estado plurinacional que en la época en la que tuvieron lugar los hechos objeto de esta causa cobijara, al menos, dos nacionalidades, la de los golpistas y la de los perseguidos por el gobierno de facto, de modo tal de poder entender los hechos como acciones cometidas por el Estado bajo control de un grupo nacional contra otro grupo nacional y que, asimismo, por la significación que para el derecho internacional tiene la expresión “grupo nacional” tampoco resulta posible incluir a toda la nación argentina como integrante de un grupo nacional comprendiendo a los delitos cometidos como acciones cometidas contra un integrante de un grupo nacional por otros integrantes del mismo.

Kai Ambos (“La parte general del Derecho Penal Internacional”), al analizar el tipo objetivo del art. II de la Convención, afirma que la enumeración es taxativa desde una doble perspectiva: respecto de las conductas típicas mencionadas y respecto de los grupos mencionados y en este

aspecto el objeto de ataque es una unidad de personas diferenciada del resto de la población por alguna de las características aludidas, agregando que “*no se encuentran protegidos otros conjuntos de personas emparentadas por otras características diferentes de las mencionadas, como por ejemplo, grupos políticos o culturales*”.

En el Informe doctrinal sobre la diferencia entre los tipos penales de Genocidio y Crímenes contra la Humanidad del Equipo Nizkor de Bruselas de 2007, se afirma que para constituir genocidio, los asesinatos u otros actos prohibidos que se aleguen han de ser “*perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso*”. Se señala que las víctimas de los militares argentinos fueron consideradas como blanco por sus supuestas creencias políticas y porque los militares estimaban que eran “incompatibles con su proyecto político y social” y un peligro para la seguridad del país. No fueron objeto de ataque “por razón de su pertenencia a un grupo”, como requiere el estándar de intencionalidad genocida, sino más bien sobre la base de sus supuestos puntos de vista políticos individuales o sus valores sociales. Por tanto, estos actos no constituyen genocidio bajo el derecho internacional.

Se expone que cuando este tipo de actos está encaminado a la destrucción de un grupo político, conforme al derecho internacional, recae en la categoría directamente de crímenes contra la humanidad, que no requieren la intencionalidad específica propia del genocidio. Que surge de la lectura de los trabajos preparatorios de la Convención contra el genocidio que ciertos grupos, como los grupos políticos y económicos, han sido excluidos de los grupos protegidos porque son considerados como “grupos móviles” a los que uno se une a través de un compromiso individual, político y se supone que la Convención buscaba cubrir a grupos relativamente estables y permanentes. [...]

Asimismo Alicia Gil Gil (“Posibilidad de persecución en España de violaciones a los derechos humanos cometidos en Sudamérica”), define al “grupo” del que habla la Convención como un cierto número de personas relacionadas entre sí por características comunes que los diferencian de la población restante, teniendo conciencia de ello. Afirma que nunca podrá ser genocidio: “*La matanza masiva de personas pertenecientes a una misma nacionalidad...cuando la intención no sea acabar con ese grupo nacional*.” Explica que cuando se pretende eliminar a personas que pertenecen a la misma nacionalidad que el sujeto activo por el motivo de no someterse a un determinado régimen político no se está destruyendo su nacionalidad ni total ni parcialmente, el grupo que se identifica como víctima no lo es como grupo nacional y por esa característica quiere eliminárselo, sino que lo es como un “*subgrupo del grupo nacional, cuyo criterio de cohesión es el dato de oponerse o de no acomodarse a las directrices del criminal*”.

3. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

COLOMBIA, *Recurso de apelación promovido por los representantes de las víctimas (Gian Carlo Gutiérrez Suárez, postulado) (Relación de sentencias 2.c), considerandos, apartado 4*. Cuando nos referimos a los crímenes de lesa humanidad, hablamos de infracciones graves al derecho internacional de los derechos humanos, que ofenden la conciencia ética de la humanidad y niegan la vigencia de las normas indispensables para la coexistencia humana. En ese sentido, el efecto del delito de lesa humanidad tiene dos dimensiones: por un lado inflige un daño directo

a un grupo de personas o a un colectivo con características étnicas, religiosas o políticas y, por otro lado, causa un daño por la vía de la representación a toda la humanidad.

En la segunda dimensión, la naturaleza del acto lesivo es de tal magnitud, que la humanidad se hace una representación del daño, evocando el dolor y el sufrimiento que provocaron dicho tipo de actos a otros seres humanos, presumiéndose que esos hechos socavan la dignidad misma de los individuos por la sola circunstancia de ejecutarse a pesar de que no estén involucrados directamente los nacionales de otros países. Así entonces, el daño que produce el delito de lesa humanidad se traslada, por representación, a toda la comunidad internacional, constituyéndose en el límite de lo soportable para la humanidad y el ser humano.

Sobre la esencia del delito de lesa humanidad, vale traer a colación lo expresado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en su sentencia sobre el caso Erdemovic:

“Los crímenes contra la humanidad son actos graves de violencia que dañan a los seres humanos al atacar lo que les es más esencial: su vida, su libertad, su bienestar físico, salud y/o dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad sobrepasan los límites tolerables por la comunidad internacional, la cual debe forzosamente exigir su castigo. Pero los crímenes contra la humanidad también trascienden lo individual, puesto que cuando lo individual es violado, la humanidad viene a ser objeto de ataque y es negada. De allí el concepto de la humanidad como víctima que caracteriza de manera esencial los crímenes contra la humanidad”.

B. Elementos de los crímenes de lesa humanidad

i. Ataque sistemático o generalizado contra la población civil

Un aspecto de particular importancia en la interpretación jurisprudencial de la definición jurídica de los crímenes de lesa humanidad ha sido la delimitación de qué hemos de entender por un ataque sistemático y generalizado contra la población civil, en tanto elemento contextual que define la naturaleza de una ofensa como crimen de lesa humanidad. Más allá de la definición general de los crímenes de lesa humanidad, ninguno de los instrumentos legales directamente aplicables a los procesos penales en los tribunales penales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda establece una definición precisa de qué ha de entenderse por “ataque”. En este sentido, la interpretación desarrollada por ambas cortes se convirtió en un elemento esencial.

De manera concreta, en decisiones judiciales en casos como *El Fiscal vs. Dusko Tadic*, *El Fiscal vs. Mile Mrksic, et. al.*, *El Fiscal vs. Dragoljub Kunarac, et. al.*, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha afirmado que, para los efectos de la definición de los crímenes de lesa humanidad, un “ataque” debe entenderse no sólo como el uso de la fuerza armada dentro de las hostilidades bélicas, sino “como una línea de conducta que implica la comisión de actos de violencia”². Como complemento de esta definición, la Sala de Primera Instancia I, en el caso *El Fiscal vs. Ante Gotovina, et. al.*, sostuvo que un ataque

² TPIY, *El Fiscal vs. Dragoljub Kunarac, et. al.*, Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Sala de Primera Instancia, 22 de febrero de 2001, párr. 415. [Traducción de la autora]. Más recientemente, véase, TPIY, *El Fiscal vs. Milan Lukic y Srdolje Lukic*, Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-98-32/1-T, Sala de Primera Instancia III, 20 de julio de 2009, párr. 873; TIPY, *El Fiscal vs. Momcilo Perisic*, Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-04-81-T, Sala de Primera Instancia I, 6 de diciembre de 2011, párr. 82.

contra la población civil, como elemento diferenciado del ataque armado, se compone de múltiples actos de violencia del tipo de maltratos referidos en el artículo 5 del Estatuto del TIPY³. En el mismo sentido, la Sala de Primera Instancia I afirmó que para que una ofensa constituya un crimen de lesa humanidad “debe ser generalizada o denotar un carácter sistemático. No obstante lo anterior, en tanto exista un vínculo con el ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil, una sola conducta puede calificarse como un crimen de lesa humanidad. Como tal, un individuo que comete un crimen en contra de una sola víctima o de un número limitado de víctimas podrá ser considerado como culpable por la perpetración de un crimen de lesa humanidad si su conducta es parte de un contexto específico: un ataque en contra de la población civil”⁴.

En el caso de la CPI, en contraste con los tribunales penales *ad hoc*, el Estatuto de Roma sí contiene una norma específica que establece qué ha de entenderse por un “ataque en contra de la población civil”. De conformidad con el artículo 7(2)(a) de dicho instrumento, “[p]or ‘ataque contra una población civil’ se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 [de ese mismo artículo] contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política”. En la interpretación del artículo 7 del Estatuto de Roma, la Sala de Cuestiones Preliminares II ha establecido que, en tanto una línea de conducta, el ataque contra la población civil se conforma por las ofensas constitutivas o subyacentes (asesinatos, desplazamiento forzado, violación y otros ataques sexuales, torturas, etc.), por lo que no es necesario probar otros elementos, más allá de la comisión de las conductas mismas, a fin de establecer la existencia de un ataque⁵. Adicionalmente, se ha afirmado que la comisión múltiple de actos denota que las conductas deben ser algo más que incidentes aislados, en tanto que el requisito de una política estatal o de una organización implica que los actos individuales sigan un patrón regular⁶. Con mayor detalle, se ha establecido que “[l]a política [estatal o de la organización] no tiene que ser formal [nota omitida]. De hecho, un ataque que es planeado, dirigido u organizado –en oposición con actos de violencia espontáneos o aislados– será suficiente para satisfacer este requisito [...]. [De esta forma], al determinar si un acto [individual] forma parte de un ataque generalizado [o sistemático], la Sala considerará las características, objetivos, naturaleza y consecuencias de la conducta”⁷.

La jurisprudencia internacional presentada en esta sección resalta la importancia de enfatizar, en el marco de los procesos nacionales contra los responsables por la comisión de crímenes internacionales, la vinculación de los hechos bajo proceso con el contexto histórico general. Más aún, como estrategia de litigio, es importante poder presentar casos que hagan visible la línea de conducta y que, como se resalta en los precedentes

³ TIPY, *El Fiscal vs. Ante Gotovina*, et. al., Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-06-90-T, Sala de Primera Instancia I, 15 de abril de 2011, párr. 1702.

⁴ TPIY, *El Fiscal vs. Dragoljub Kunarac*, et. al., op. cit., párr. 417, citando la *Acusación Modificada de conformidad con la regla 61 de las Reglas de Procedimiento y Prueba* de fecha 30 de abril de 1996, en el caso *El Fiscal vs. Mile Mrksic*, et. al., Caso No. IT-95-13-R61.

⁵ CPI, *El Fiscal vs. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/05-01/08-424, Sala de Cuestiones Preliminares II, 15 de junio de 2009, párr. 75.

⁶ *Idem*, párr. 81.

⁷ *Idem*, párrs. 81 y 86.

internacionales: (i) constituyan, en sí mismos, el ataque en contra de la población civil y sean prueba del mismo, (ii) denoten la existencia de un patrón de conductas múltiples y/o en relación con una política impulsada o fomentada por un Estado o una organización con la capacidad de cometer crímenes de esta naturaleza. La incorporación del contexto no es solo un elemento importante para alcanzar una verdad judicial sobre los hechos, sino que servirá para determinar la naturaleza precisa de los crímenes cometidos. Los párrafos abajo transcritos enfatizan, justamente, la importancia de argumentar una línea de conducta que desvirtúe el argumento de las ofensas aisladas.

COLOMBIA, *Sentencia e incidente de reparación integral (José Rubén Peña Tobón, et. al., postulados) (Relación de sentencias 2.b), considerandos*. [L]os horrores de la Guerra también llevaron a identificar la comisión de crímenes de lesa humanidad, que se refieren a aquellos eventos delictivos [nota omitida] cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil, que se corresponden con una política de cometer esos actos o promover esa política, la cual debe ser impulsada, como en este caso sucede, por una organización armada ilegal.

[L]os crímenes que aquí se conocen se correspondieron con crímenes de lesa humanidad. En primer lugar, y como se mencionó en los antecedentes fácticos de esta decisión, se presentó un contexto de ataque generalizado y sistematizado contra la población civil, como resultado de la degradación del conflicto armado interno colombiano;

En segundo lugar, la Fiscalía General de la Nación [...] logró documentar por parte del Bloque Vencedores de Arauca la comisión de masacres, homicidios selectivos, lesiones personales, desapariciones forzadas, desplazamientos forzados, secuestros, amenazas y accesos carnales violentos, todos los cuales, teniendo en cuenta que se cometieron de manera generalizada y sistemática contra los pobladores de los territorios donde el Bloque ejerció su influencia, son actos que constituyen crímenes de lesa humanidad.

En tercer lugar, el Ente Acusador demostró que estos actos no fueron cometidos de manera aislada o esporádica, sino que por el contrario, obedecieron a una línea o patrón de conducta propia de la organización armada ilegal Bloque Vencedores de Arauca y así fue consignado en la decisión de legalización de los cargos formulados contra los aquí postulados. Se identificó la comisión de graves violaciones contra la población civil como patrón de conducta [nota omitida] del Bloque.

Por una parte, las estadísticas del año 2010 aportadas por la Fiscalía, indicaron el registro de 2.113 víctimas en el Sistema de Información de Justicia y Paz –SIJYP–, por el actuar del Bloque Vencedores de Arauca, de los cuales sólo 16 de estos registros (el 0,76%) fueron ocasionados por enfrentamientos entre esta estructura armada ilegal y la subversión, de lo que resulta que los otros 2.097 casos (el 99,24%) corresponden a registros de miembros de la población civil, de los que se sabe eran campesinos y residentes de la región [...].

[L]a Fiscalía documentó la comisión de graves violaciones a los derechos humanos que contaron con la participación del Bloque Vencedores de Arauca, se les atribuyen 15 masacres, 860 Homicidios selectivos, 203 desapariciones forzadas, 418 desplazamientos forzados, 210 amenazas, 191 extorsiones y exacciones, 150 casos de abigeato, 43 lesiones personales, 6 tentativas de homicidios y 3 accesos carnales violentos, de los cuales 2 fueron debidamente legaliza[dos] y serán objeto de la presente decisión.

Se logró establecer como patrón de conducta la comisión de masacres, las cuales eran perpetradas durante las incursiones que el Bloque Vencedores de Arauca realizaba a los territorios, en igual forma, la desaparición de personas se constituyó en una práctica constante del grupo, con la agravante de que para ocultar el hecho, se tenía por política desmembrar los cadáveres y sepultarlos, o arrojarlos a los caños y ríos de la región, lo que explica que solo se hayan podido recuperar 4 restos de los 203 reportados.

En igual forma, la persecución contra la población civil la cual se evidenció en aspectos como el control a las formas de vida de las comunidades, la cual fue constante en el actuar de la organización, quien a través de panfletos, mensajes directos, comunicados y grafitis amedrentaba a los habitantes de la región en la que operaba, ocasionando otros delitos como el desplazamiento forzado. El control ejercido por la organización era tal que se conoció de reuniones organizadas por parte del Bloque, en la[s] que sectores de la población como ganaderos y comerciantes, eran convocados para comunicarles las directrices y órdenes de la estructura armada ilegal, las cuales implicaban porcentajes sobre las ganancias obtenidas con ocasión del ejercicio de sus actividades, el cobro de aportes para el financiamiento del Bloque, entre otros.

Este control, y el impacto sobre las comunidades, se [reflejaron] en otro patrón de conducta como lo fue la comisión de crímenes selectivos. Se estableció que estos se cometían a partir de la elaboración de listas, las cuales se conformaban con la información que por una parte suministraban algunas unidades de la Fuerza Pública a cuyos miembros se les pagaban sobornos para ello [nota omitida], y que por otra parte, aquella que otorgaban políticos de la región a cambio de apoyo para sus campañas [nota omitida]. A estas personas enlistadas, se les tachaba de tener vínculos con la subversión y finalmente eran asesinadas.

Así pues, esta Sala corrobora que a pesar del discurso declarado en contra de la subversión, la estrategia básica del Bloque Vencedores de Arauca estuvo dirigida a la comisión de ataques unilaterales, en las que personas al margen del conflicto, en incapacidad de oponer resistencia, eran los objetivos militares, lo cual es una grave afrenta para la conciencia de la humanidad.

En verdad, lo que se observa es que los paramilitares escogieron el camino fácil para obtener ventajas de posicionamiento territorial y expansión, frente a su oponente natural, la subversión, atacando de todas las formas posibles a la población civil, la que por sus condiciones de indefensión no le representaba riesgo alguno.

ARGENTINA, *Caso Victorio Derganz y Carlos José Fateche (Juan Demetrio Luna, acusado) (Relación de sentencias 1.e)*, considerando IV. [E]l derecho internacional ha instituido claramente los crímenes contra la humanidad como cualesquiera de una serie de actos inhumanos, incluidos el homicidio intencional, el encarcelamiento, la tortura y la desaparición forzada, cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra cualquier población civil, tanto en tiempos de guerra como de paz. Entre tales actos inhumanos se encuentran: el asesinato, el exterminio, la tortura, el sometimiento a esclavitud, la deportación, la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos, el encarcelamiento arbitrario, la desaparición forzada de personas y otros actos inhumanos.

Es decir, cuando este tipo de actos se cometen de manera sistemática o a gran escala, dejan de ser crímenes comunes para pasar a subsumirse en la **categoría más grave de crímenes contra la humanidad**. Y ésta es la conclusión del Informe [doctrinal sobre la diferencia entre los tipos penales de [g]enocidio y [c]rímenes contra la [h]umanidad del Equipo Nizkor de Bruselas

de 2007], en el que se considera que: “Entre 1976 y 1983 en Argentina se perpetraron una serie de actos, enmarcados en un plan común con fines delictivos, consistentes en exterminio, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzosas, torturas, persecución basada en motivos políticos y sindicales, y detenciones ilegales o arbitrarias” [resaltado en el original].

[Continúa el informe referido, afirmando que] “[t]ales actos contra la población civil reúnen los elementos del tipo de crímenes contra la humanidad tal cual ha sido configurado éste por el derecho y la jurisprudencia internacionales, esencialmente como consecuencia de su carácter sistemático y generalizado. Estos crímenes no pueden caracterizarse dentro de la definición de genocidio, al no concurrir los elementos de *mens rea* específico para este tipo de crimen, ni de *actus reus*” [resaltado en el original].

Algunas sentencias nacionales han utilizado otras formas jurídicas para resaltar la naturaleza acumulativa de los crímenes cometidos por los acusados, sin mencionar de forma expresa la naturaleza sistemática y generalizada de los crímenes de lesa humanidad. Ejemplo de esto es la sentencia que a continuación se transcribe, en la que un tribunal argentino concluye que las conductas materia del proceso no pueden considerarse como parte de un concurso real de delitos, sino que deben ser entendidas como ilícitos respecto de los cuales existe una unidad de conducta y de resolución, al haber sido cometidos en el marco de un plan común predeterminado.

ARGENTINA, *Caso Victorio Derganz y Carlos José Fateche (Juan Demetrio Luna, acusado) (Relación de sentencias 1.e)*, considerando IV. Durante su alegato, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, sostuvo que mediaba concurso real entre las condiciones inhumanas de detención —a las que hemos considerado tormentos— y la concreta aplicación de un mecanismo determinado de tormento físico o psicológico (picana eléctrica, simulacro de fusilamiento, etc.). No es acertado.

Ambas acciones, el sometimiento a condiciones inhumanas de detención y la aplicación de otro mecanismo de tortura, respondía[n] a la propia previsión perversa del plan pergeñado.

Y tal perversa previsión llevada a la práctica, resulta típica de una figura que admite una pluralidad eventual de movimientos.

Ya dentro de esta pluralidad de movimientos, la imposición de tormentos físicos desplaza a las vejaciones y severidades contenidas en las condiciones inhumanas de detención, porque el desvalor de éstas ya se encuentra contenido en el primero (consunción).

Por lo demás, la reiteración de conductas típicas, no suponen en el caso un concurso real, sino un mayor contenido de injusto. *Si se considerara que existe concurso material, debería considerarse cada una de las imposiciones de alguna clase de tormentos como un hecho independiente, a lo que cabría —desde esa óptica— agregarle cada uno de los distintos modos de tormentos psicológicos. Esto no resulta adecuado.*

Contrariamente entonces a la posición sostenida por la referida querella, considero que existe unidad de conducta. En efecto, se presenta de manera clara una unidad de resolución, por la existencia de un plan común, lo que supone el mayor desvalor de la conducta considerada como una unidad.

F. Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes

ii. Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes bajo detención

ARGENTINA, *Caso Victorio Derganz y Carlos José Fateche (Juan Demetrio Luna, acusado) (Relación de sentencias 1.e)*, considerando IV. El tipo aplicable por otra parte se refiere a “cualquier especie de tormento”, lo que comprende tratamiento o condiciones de detención de especial gravedad, como afirmaba Creus lo que caracteriza el tormento es la intensidad del sufrimiento de la víctima, la aplicación de procedimientos causantes de intenso dolor físico o moral. Para Soler también la calificación estaba dada por la intensidad y por la presencia de dolor físico o de dolor moral.

En el informe producido por la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos de la Procuración General de la Nación se señala que el criterio de la intensidad de la afectación física o psíquica para distinguir entre la tortura y otras formas menos graves de atentados contra la integridad personal es también utilizado por los órganos del sistema interamericano y europeo de protección de derechos humanos y por los tribunales penales internacionales. Así en el caso *Tibi* y luego también en *Caesar*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “mantener a una persona detenida en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación a su integridad personal”. En *Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia del 18 de agosto de 2000, expresó: “que según las normas internacionales de protección, la tortura no solamente puede ser perpetrada mediante el ejercicio de la violencia física, sino también a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento físico, psíquico o moral agudo”.

Por otra parte, tanto la Corte como la Comisión Interamericana han sostenido de manera reiterada que *la sola conciencia acerca del peligro de muerte o del peligro de sufrir lesiones corporales graves constituye de por sí un caso de tortura psicológica*.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (plenario), en *Ireland v. The United Kingdom* sentencia del 18 de enero de 1978, sostuvo que el concepto deriva principalmente de una diferencia en la intensidad del sufrimiento infligido, señala que el “término tortura” supone un sufrimiento de “particular intensidad y crueldad”. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, expuso que se deben considerar todas las circunstancias del caso, incluyendo la naturaleza y el contexto del acto de infligir dolor, la premeditación e institucionalidad del maltrato, la condición física de la víctimas, la manera y método utilizados y la posición de inferioridad de la víctima (Caso *Kvočka*. Sentencia de juicio).

Se afirma que en el derecho positivo argentino, ninguna duda puede caber al respecto debido al concepto amplio de tormento adoptado por nuestro legislador, pues es evidente que el término “cualquier especie de tormento” incluye a la tortura moral o psicológica. De acuerdo con ello, para la determinación de la intensidad de una afectación a la integridad física o psíquica también deben ser tomados en cuenta factores tales como la duración del sufrimiento o la repetición constante de los actos de maltrato. Es posible afirmar, entonces, que la *combinación* de diferentes comportamientos en sí no considerablemente graves o la *reiteración* de uno de estos comportamientos a lo largo del tiempo pueden constituir en el caso concreto una tortura. En esta determinación jugará un papel importante, sin duda alguna, si la persona objeto de los

padecimientos se encontraba detenida y, con mayor razón, si se hallaba en un centro clandestino de detención o en un campo de concentración, debido a la atmósfera de terror, la indefensión y la total incertidumbre sobre su destino que estos establecimientos generaban en las víctimas.

Con razón es posible sostener que la acumulación de las técnicas y condiciones a que fueron sometidos los detenidos en centros clandestinos de detención configura un cuadro de padecimiento extremo que se subsume en el concepto jurídico de tormentos independientemente de que además, en el caso concreto les fueran aplicada a las víctimas distintas técnicas de tortura física particular.

4. CRÍMENES DE GUERRA

COLOMBIA, *Sentencia parcial e incidente de reparación integral (Orlando Villa Zapata, postulado) (Relación de sentencias 2.a), consideraciones*. Un crimen de guerra es una grave violación de la normativa, usos y costumbres aplicables en los conflictos armados, es decir un desconocimiento del Derecho Internacional Humanitario (DIH), que es en últimas el cuerpo de normas y principios utilizados para salvar vidas y aliviar el sufrimiento durante los conflictos armados (tanto de carácter interno como internacional).

A diferencia de los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra no tienen la obligación de cumplir con los requisitos de ataque generalizado o sistemático. Un acto aislado puede constituir un crimen de guerra.

En cuanto al origen del concepto de crimen de guerra, el Estatuto del Tribunal de Núremberg los definió como una “*violación de los usos y costumbres de la guerra*”, que podía constituir en asesinatos, malos tratos, deportación y trabajos forzados a civiles y prisioneros, ejecución de rehenes y destrucciones no debidas a razones militares. Posteriormente, este tipo de crímenes se recogió también en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la Antigua Yugoslavia, así como en el estatuto de la Corte Penal Internacional. [...]

[Este último tratado internacional], penaliza, tanto los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internos, como internacionales, de tal forma que la expresión guerra incluye los dos escenarios.

A. Elementos de los crímenes de guerra

i. Conflicto armado

a. *Conflictos armados de carácter no internacional*

COLOMBIA, *Sentencia parcial e incidente de reparación integral (Orlando Villa Zapata, postulado) (Relación de sentencias 2.a), consideraciones*. La existencia y declaratoria o no de un conflicto armado de orden interno está determinada por la verificación de la ocurrencia de situaciones fácticas que se enmarquen dentro de los postulados normativos que se han preparado para regular los conflictos armados.

[Teniendo como referencia el artículo 1 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949] [u]n conflicto armado es un conjunto de hechos verificables a través de los

cuales se constata el enfrentamiento bélico de fuerzas del Estado contra fuerzas insurgentes [nota omitida] dotadas de un mando responsable (estructura), con dominio territorial permanente y con posibilidad de realizar acciones armadas de forma regular contra las fuerzas del Estado; sin perjuicio de que en medio de la confrontación surjan estructuras armadas como los denominados “paramilitares”, que tienen la misma estructura descrita anteriormente con la cual se identifican a los grupos subversivos; sin embargo su objetivo es luchar contra la insurgencia y derrotarla y no atacar el régimen político y constitucional existente; caso en el cual se pueden presentar enfrentamientos entre el Estado y cualquiera de los grupos irregulares (insurgentes o paramilitares) o entre los grupos irregulares o entre las dos fuerzas irregulares y las fuerzas del Estado [nota omitida]. [...]

Frente a la posible discusión con los elementos del Protocolo Adicional II, acudiendo al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el Comité Internacional de la Cruz Roja concluye lo siguiente:

“En este contexto, hay que recordar que el Protocolo adicional II ‘desarrolla y complementa’ el artículo 3 común ‘sin modificar sus actuales condiciones de aplicación’. Esto significa que ha de tenerse en cuenta esta definición restringida sólo en relación con la aplicación del Protocolo II, y no con el derecho de los CANI [conflictos armados no internacionales] en general. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, en su artículo 8.2.f) [nota omitida], confirma la existencia de una definición de conflicto armado no internacional que no reúne los criterios del Protocolo II”.

Además, la jurisprudencia penal del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) en el caso de *Dusko Tadic* señaló claramente cuándo existe un conflicto armado: *“un conflicto armado existe cada vez que se recurre a la fuerza armada entre Estados o hay violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado [nota omitida]”.*

[Así], *“no se requiere que los insurgentes ejerzan control territorial o cumplan las obligaciones del artículo 3 común, ni es necesario que el gobierno use sus fuerzas armadas en contra de estos (o aún más que ni siquiera sea una parte del conflicto), o que los insurgentes sean reconocidos como beligerantes [nota omitida]”.*

COLOMBIA, *Recurso de apelación promovido por los representantes de las víctimas (Gian Carlo Gutiérrez Suárez, postulado) (Relación de sentencias 2.c), considerandos de la Corte, apartado 4.* [P]ara la aplicación de los delitos tipificados en el Título II de la parte especial del Código Penal de 2000⁸, se requiere, en primer lugar, la concurrencia de un elemento normativo especial, a saber, la existencia de una situación que pueda ser calificada como “*conflicto armado*” no internacional, porque todos los tipos penales allí consagrados requieren que la conducta se ejecute en desarrollo o con ocasión del mismo [nota omitida].

Se advierte, en primer lugar, que la constatación de la existencia de un conflicto armado no internacional, es decir, de una situación de hecho, es una cuestión completamente distinta al reconocimiento del estado de beligerancia de los actores del conflicto. Hoy, jurídicamente, está descartado por el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra que la aplicación de las normas

⁸ Nota de edición: El Código Penal de 2000 es la Ley 599 de 2000, mediante la cual se expidió un nuevo Código Penal, que contiene, en el Título II del Libro Segundo, los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

humanitarias tenga efecto jurídico sobre el estatuto de las partes contendientes. Así lo reconoció la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de la Ley 171 de 1994, mediante la cual se adoptó como legislación interna el protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949:

“De un lado, el artículo 3º común señala que la aplicación de sus disposiciones ‘no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto’. Esta pequeña frase implicó, en su momento, una verdadera revolución jurídica, puesto que permitió que, en los conflictos internos, la aplicación de las normas humanitarias dejara de estar subordinada al reconocimiento de beligerancia de los insurrectos.

En efecto, antes de los Convenios de Ginebra de 1949, un sector de la doctrina consideraba que el derecho de los conflictos armados sólo operaba una vez que el Estado en cuestión, o terceros Estados, hubiesen reconocido la beligerancia de los alzados en armas. Esto significa que para que un grupo rebelde pudiera ser considerado sujeto de derecho internacional humanitario era necesario que se le reconociera previamente como verdadero sujeto de derecho internacional público, puesto que, en términos muy elementales, la declaratoria de beligerancia confiere a los rebeldes o grupos armados irregulares un derecho a hacer la guerra en igualdad de condiciones y con iguales garantías internacionales que el Estado. Con tal declaratoria, los beligerantes dejan entonces de estar sujetos al orden jurídico nacional, y el conflicto interno se transforma en una guerra civil que se rige por las normas propias de las guerras interestatales, ya que los alzados en armas son reconocidos, ya sea por el propio Estado, ya sea por terceros Estados, como una “comunidad beligerante” con derecho a hacer la guerra. En esa situación, aquellos beligerantes que sean capturados por el Estado gozan automáticamente y de pleno derecho del estatuto de prisioneros de guerra, y por ende no pueden ser penados por el solo hecho de haber empuñado las armas y haber participado en las hostilidades, puesto que la declaratoria de beligerancia les ha conferido el derecho a ser combatientes.

Como es obvio, esa situación comportó la inaplicación de las normas humanitarias en los conflictos no internacionales, puesto que la declaratoria de beligerancia afecta profundamente la soberanía nacional. Por ello, los Convenios de 1949 distinguieron rigurosamente entre la declaratoria de beligerancia y la aplicación del derecho humanitario, al señalar que sus disposiciones no podían ser invocadas para modificar el estatuto jurídico de las partes. Esta frase corta entonces de raíz cualquier equívoco sobre la posibilidad de que el derecho humanitario pueda erosionar la soberanía de un Estado. En efecto, ella significa que la aplicación, por parte de un Estado, de las normas humanitarias en un conflicto interno no implica el reconocimiento de beligerancia de los alzados en armas.

Por consiguiente, en un conflicto armado no internacional, los alzados en armas son sujetos de derecho internacional humanitario, puesto que están obligados a respetar las normas humanitarias, ya que éstas son normas de ius cogens imperativas para todas las partes del conflicto [nota omitida]”.

No desconoce la Sala que el reconocimiento de la existencia de un conflicto armado es un acto político de complicadas consecuencias, que no corresponde declarar a la judicatura, pero esa situación no impide que exclusivamente, para efectos de la aplicación de la ley de justicia y paz, conforme su naturaleza y fines, el operador judicial, al momento de investigar y juzgar las conductas que pueden encajar en las descripciones típicas de los “delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, verifique la existencia de esa situación en

aras de salvaguardar los valores protegidos por el derecho internacional humanitario, que están por encima de cualquier consideración política.

Ahora bien, con el fin de determinar cuáles son los requisitos mínimos que deben concurrir en una situación de crisis interna para que pueda ser calificada como conflicto armado y por tanto devenga aplicable el derecho internacional humanitario, ha de partirse de los conceptos que se deducen del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II de 1997.

El artículo 3º menciona y regula los conflictos armados no internacionales, pero no los define. Por su parte, el Protocolo II, al señalar el ámbito de aplicación del mismo, detalla los elementos de una situación de conflicto interno al señalar que:

“1º. El presente Protocolo, que desarrolla y complementa el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

2º. El presente protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados (se ha destacado)”.

Esto significa que, conforme al Protocolo II, para que pueda hablarse de conflicto armado deben existir: (i) enfrentamientos entre el Estado y actores armados disidentes, siempre y cuando éstos tengan (ii) mando responsable y (iii) control territorial suficiente para realizar operaciones militares y (iv) aplicar las normas humanitarias [nota omitida].

Por lo tanto, la idea de conflicto armado refleja la existencia de una confrontación colectiva, donde es necesario que los grupos de individuos que participan en la misma tengan una organización suficiente para planear y ejecutar operaciones militares de manera sostenida y concertada, así como para imponer disciplina en nombre de una autoridad de hecho. Además, en relación con el control territorial, el Comité Internacional de la Cruz Roja, en su comentario al Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, señala que:

“es la palabra ‘tal’ la que da la clave de la interpretación. El control debe ser suficiente para poder realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo, es decir, cuidar a los heridos y los enfermos, por ejemplo, o recluir a los prisioneros y tratarlos debidamente [nota omitida]”.

También, es pertinente reseñar que el apartado 2.f) del artículo 8 del Estatuto de Roma, en relación con los crímenes de guerra previstos en el apartado 2.e), extiende el contenido de la noción de conflicto armado a las situaciones de enfrentamiento entre grupos armados organizados entre sí, sin intervención de las fuerzas armadas del Estado:

“2. f) ...El párrafo 2.e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado

cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”.

Sobre el punto, cabe destacar que la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional, en la reciente decisión sobre la confirmación de los cargos en el caso Lubanga, calificó como conflicto armado de carácter no internacional la situación de enfrentamientos entre varios grupos armados organizados (UPC/FPLC, FNI y PUSIC) en el territorio del distrito Ituri (República Democrática del Congo), sin la intervención de las fuerzas armadas gubernamentales [nota omitida].

Un elemento esencial en la determinación de la existencia de un conflicto armado es el grado de organización de los grupos no estatales que participan en el mismo. En los extractos que a continuación se presentan, el Tribunal Superior de Bogotá hace un análisis del nivel de organización del Bloque Vencedores de Arauca, entendiéndolo como un elemento esencial para calificar la situación como conflicto armado de carácter no internacional. De conformidad con el texto de la sentencia, el Tribunal Superior parece enmarcar su argumento en el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra. Si bien el análisis se realiza con base en un cuerpo normativo específico, las características identificadas por el Tribunal, en cuanto al grado de organización de un grupo, pueden dar luces para un debate más amplio. En particular, cuando se analiza la participación de una estructura no estatal que realiza otras actividades delictivas, tales como el narcotráfico o las acciones terroristas.

El debate sobre el grado de organización de un actor no estatal, para efectos de calificar una situación como un conflicto armado de carácter no internacional, ha estado también en el centro de las decisiones internacionales. Al respecto es importante precisar, en primer término, que la mera posibilidad de la existencia de un conflicto de esta naturaleza implica que al menos uno de los actores dentro de la situación se identificará como un grupo no estatal. En otras palabras, no es necesario establecer la vinculación, directa o indirecta, de una estructura armada con un Estado para poder realizar la clasificación referida. Lo verdaderamente relevante, entonces, es establecer el grado o nivel de organización de dicho grupo, como elemento esencial para determinar que existe un conflicto armado de carácter no internacional, de conformidad con el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y/o el artículo 8(2)(f) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En la primera sentencia de primera instancia en un caso ante la CPI, la Sala de Primera Instancia I determinó que “[a]l decidir si un ente es un grupo armado organizado [...], la siguiente lista no exhaustiva de factores puede ser potencialmente relevante: la jerarquía interna de las fuerzas o grupos; la estructura de comando y regulaciones; la disponibilidad de equipamiento militar, incluidas armas; la habilidad del grupo para planear operaciones militares y ponerlas en práctica; la extensión, seriedad e intensidad del involucramiento bélico [nota omitida]”. Después de enlistar estos factores, la propia Sala resaltó que “[n]inguno de estos factores son determinantes en lo individual. El examen que realice la Sala, en línea con estos criterios, debe ser flexible, considerando el requisito limitado establecido por el artículo 8(2)(f) de que el grupo armado sea ‘organizado’”⁹.

⁹ CPI, *El Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Sentencia de Primera Instancia (artículo 74 del Estatuto), Sala de Primera Instancia I, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012, párr. 537.

De los párrafos anteriores es posible concluir que los requisitos específicos para calificar una situación como conflicto armado no internacional dependen del ámbito de aplicación de distintos instrumentos internacionales. En efecto, la calificación de un conflicto armado interno, de conformidad con el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, requerirá de muchos elementos, entre ellos, demostrar que el grupo no estatal respondía a un mando responsable y tenía control sobre una parte del territorio de un Estado. Por el contrario, los artículos referidos de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Estatuto de Roma solo requieren, en cuanto a las partes en el conflicto, que los grupos armados estén “organizados”. Este es un estándar, a todas luces, más bajo que el exigido por el protocolo arriba mencionado.

En cualquier caso, los extractos de la sentencia colombiana que se transcriben a continuación aportan luces sobre el análisis realizado por una corte, cuando se ve enfrentada no solo a un grupo no estatal, sino a una organización que, además de participar en un conflicto armado, realiza otros actos identificados con la delincuencia común, organizada o, incluso, terrorista. Esta es, sin duda, una interpretación novedosa a la que se tendrán que enfrentar otras cortes nacionales e internacionales en el futuro.

COLOMBIA, *Sentencia parcial e incidente de reparación integral (Orlando Villa Zapata, postulado) (Relación de sentencias 2.a), consideraciones*. La determinación sobre el carácter de un grupo como estructura armada organizada y con un objetivo dentro de un conflicto armado no es una caracterización sencilla. Anteriormente se ha mencionado el carácter intenso de la violencia ejercida en la región, que motiva la explicación de un conflicto armado. Es necesario también profundizar sobre el carácter organizativo del Bloque [Vencedores de Arauca].

Una primera consideración que se debe tener en cuenta es la que aporta el Derecho Internacional Humanitario, el cual, desde el Protocolo II de Ginebra de 1977 afirma que un grupo armado tiene la característica de estar bajo la dirección de un mando responsable, y tiene la capacidad, al menos temporalmente de ejercer sobre una parte del territorio un control que le permite realizar operaciones militares sostenidas.

Bajo estos preceptos, el Boque Vencedores de Arauca cumple con tres criterios observables fácticamente: por un lado, tuvo un mando permanente y establece, en cabeza de Vicente Castaño y los hermanos Mejía Múnera, además de comandantes de zona y comandantes militares, que aunque fungibles, tuvieron mando sobre su tropa en el tiempo que desempeñaron dicha función.

Por otro lado, el Boque Vencedores de Arauca tuvo presencia, como ya se ha dicho, en cas[i] el 60% del territorio de Arauca, con especial énfasis en los cascos urbanos de 6 de sus 7 municipios y con fuerte presencia rural en los municipios de Tame y Puerto Rondón. De hecho, se pudo constatar que el dominio del territorio rural y del centro urbano de Tame fue prácticamente indisputado en el tiempo en que el grupo tuvo presencia hasta el día de su desmovilización. Esto hace pensar en cierto dominio territorial, que aunque no completo, da cuenta de una estructura organizada para ejercer violencia y poder autoritario en una zona, de implementar medidas económicas, control de la población y manejo de la información y flujo de entrada y salida de personas. [...]

Como se ha visto, el *modus operandi* del Bloque no estaba centrado en los combates abiertos con estructuras guerrilleras, sino en un accionar permanente de control sobre la población, ataque a los informantes y presuntos colaboradores, así como de confrontación a las redes

de apoyo de la insurgencia. Esto es importante de mencionar en tanto la noción de conflicto armado y de una organización armada que participa en este, no está asociada directamente con la participación directa de combates o teatros de conflicto. En este aspecto, ya la jurisprudencia internacional se ha pronunciado en diversas ocasiones. En el caso “Dragoljub Kunarac y otros”, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia afirmó que “las leyes de la guerra [pueden] abarcar actos que, aunque no ha[n] sido cometidos en el teatro del conflicto, se encuentran sustancialmente relacionados con éste” y en otro aparte afirma que “no existe una correlación necesaria entre el área donde se desarrollan los combates como tales, y el alcance geográfico de las leyes de la guerra [nota omitida]”.

Igualmente, no es necesario que se delimiten las áreas específicas donde se presentan combates militares efectivos para determinar que una región en general presenta un conflicto armado: “no es necesario establecer la existencia de un conflicto armado dentro de cada municipio implicado. Es suficiente probar la existencia del conflicto dentro de la región como un todo de la que forman parte dichos municipios (...) no es necesario que un determinado municipio sea presa de la confrontación armada para que apliquen allí los estándares del derecho internacional humanitario [nota omitida]”.

Otra característica que determina la existencia de una estructura armada, jerárquica y organizada es el cumplimiento de un objetivo organizado dad[o] por una estructura de mando. Esto lo diferencia de organizaciones destinadas meramente a la comisión de delitos, terroristas o narcotraficantes. Esto es, si bien el Bloque Vencedores de Arauca sin duda cometió delitos de múltiple índole, se dedicaron al narcotráfico como fuente de financiación y claramente ejercieron actos de terrorismo, sus fines no se limitaban a estos tres objetivos nada más, puesto que se encontraban dentro de un proyecto expansivo más grande, llamado Autodefensas Unidas de Colombia, el cual tenía claramente un proyecto de carácter nacional. En tal sentido, la Sala destaca algunos elementos constitutivos del Bloque Vencedores de Arauca que lo hacen parte del conflicto armado colombiano y soporta la idea de que nos encontramos ante una organización armada. [...]

[E]s relevante analizar el fenómeno autodefensas-paramilitares desde [el] nivel de expansión en distintos puntos del país, su crecimiento en fuerza y tamaño de hombres/armas y fuentes. Esta relación da cuenta del nivel de apoyo local y regional, capacidad de financiación u difusión en el nivel nacional, en órdenes económicos y culturales, de la idea de autodefensa para defenderse del avance de la guerrilla. [...]

[L]a función última de los grupos paramilitares y el discurso que lo sostenía ideológica y militarmente fue atacar a los grupos guerrilleros, lo que lo hace, en la práctica un aliado estratégico de las fuerzas militares del Estado, aun cuando este explícita y normativamente lo haya declarado ilegal. Si bien el grupo paramilitar también atacó civiles y fueron éstos sus principales víctimas, debe comprenderse este accionar delictivo en el marco de un conflicto y no como decisiones aisladas, asociadas a la criminalidad común u organizada. Es su carácter abiertamente contra insurgente lo que lo hace paramilitar, independientemente de si ha sido apoyado por parte del sector oficial o por sectores particulares del ejército de un país.

Finalmente, otra característica importante del fenómeno paramilitar es su concepción ofensiva de conducción de las hostilidades. En este sentido se distancia abiertamente del fenómeno de autodefensa defensiva (o estática), o de autodefensa ofensiva (o dinámica) que se dio en otras partes del país. Los objetivos de las autodefensas (estática o dinámica) se destinan

a proteger un bastión importante, por ejemplo una hacienda, una zona comercial o un enclave económico. Sus movimientos de tropas pueden ser incluso dinámicos y salir temporalmente del sitio desde donde protegen el bastión en la medida en que busquen aprovechar alguna ventaja militar al salir a atacar a su enemigo, pero siempre vuelven a él y no tiene pretensiones de dominar un territorio por fuera del bastión que desean proteger y que es generalmente su fuente de financiación.

Por el contrario, el fenómeno paramilitar es abiertamente dinámico, ofensivo y depredador de economías [nota omitida]. Esto significa que su función expansiva, busca disputarle territorios controlados por el enemigo (FARC y ELN en el caso de Arauca) y pretende capturar distintos tipos de economías legales o ilegales de las cuales aprovecharse para sostener su ejército y sus operaciones. [...]

[Características adicionales, como su naturaleza ilegal, el crecimiento acelerado del Bloque y su articulación con un proyecto nacional] [...] sumadas a la existencia de unos estatutos, un régimen disciplinar y el uso de armas de largo alcance y de alto poder de fuego evidencian que el Bloque Vencedores de Arauca pretendía no sólo la comisión de delitos comunes sino operar de manera sostenida sobre ciertas zonas del departamento, disputarle territorios y población a las guerrillas y atacar sus estructuras para obligarlas a moverse a otros puntos más alejados de la geografía araucana lo que permite constatar que en efecto se trataba de una estructura altamente militarizada, con carácter antisubversiva y paramilitar (en el sentido que se ha venido planteando) e inscrito en una lógica de guerra expansiva propuesta desde la Casa Castaño¹⁰.

ii. Relación entre la conducta y el conflicto armado

COLOMBIA, *Recurso de apelación promovido por los representantes de las víctimas (Gian Carlo Gutiérrez Suárez, postulado) (Relación de sentencias 2.c), considerandos, apartado 4*. Pero la sola constatación de que la conducta se produjo en el seno de un conflicto armado no es suficiente para calificar el delito como violatorio del derecho internacional humanitario, sino que probatoriamente tiene que acreditarse que la misma está vinculada con el conflicto, porque su existencia juega un papel sustancial en la decisión del autor de realizar la conducta prohibida, en su capacidad de llevarla a cabo o en la manera de ejecutarla [nota omitida], requisito que se deriva de la concepción de los crímenes de guerra como infracciones graves de las normas que regulan el comportamiento de las partes contendientes durante los conflictos armados.

¹⁰ Nota de edición: La expresión “Casa Castaño” hace alusión a los hermanos Fidel, Vicente y Carlos Castaño Gil, líderes de la organización armada ilegal conocida como Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). Fidel fundó las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU) a comienzos de la década de los 90. Carlos asumió el liderazgo de las ACCU luego de la muerte de su hermano Fidel y posteriormente (1995) fundó y se convirtió en el líder de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), hasta su muerte, en 2004. La literatura sobre paramilitarismo en Colombia es extensa y no se agota en los grupos liderados por los hermanos Castaño Gil. Sobre el surgimiento y evolución del paramilitarismo bajo el liderazgo de la Casa Castaño, véase, entre varias publicaciones, *El imperio paramilitar de los hermanos Castaño Gil de las ACCU a las AUC*, en “Deuda con la Humanidad. Paramilitarismo de Estado en Colombia 1988 – 2003”, Noche y Niebla, Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP), Bogotá, y Rainer Huhle, *La violencia paramilitar en Colombia: historia, estructuras, reacción del Estado e impacto político*, en Klaus, Bodemer, Sabine, Kurtenbach y Klaus Meschkat, “Violencia y regulación de conflictos en América Latina”, Caracas, Adlat-Heinrich Boell Stiftung-Nueva Sociedad, 2001.

Frente a la naturaleza del vínculo requerido, en la medida en que tal aspecto no es definido en el Estatuto de Roma, como tampoco en otra norma internacional aplicable, y menos en el Código Penal nacional, resulta pertinente acudir al concepto fijado en fallos de Tribunales Internacionales:

“Sobre esta cuestión la Sala de apelaciones del TPIY [nota omitida] y del TPIR [nota omitida] ha señalado que no es necesario que exista un vínculo directo entre la conducta y el conflicto armado en el sentido de que aquella no tiene por qué producirse en medio del fragor del combate. Según la Sala de apelaciones basta con que exista una relación de cierta proximidad entre la conducta y las hostilidades que se están desarrollando en cualquier otro lugar del territorio controlado por las partes contendientes, de manera que se pueda afirmar que su comisión o la manera de llevarse a cabo se encuentra influenciada por la existencia del conflicto armado [nota omitida].

Por su parte, la [Sala de Cuestiones Preliminares I] [nota omitida] de la [Corte Penal Internacional] [nota omitida], en su decisión sobre la confirmación en los cargos en el caso Lubanga, ha reafirmado la jurisprudencia de la Sala de apelaciones del TPIY y del TPIR en esta materia, al tiempo que ha subrayado que el conflicto armado, si bien no tiene por qué ser la causa última de la comisión de la conducta, debe como mínimo haber jugado un papel sustancial en la decisión del autor de realizarla, en la capacidad del autor de llevarla a cabo o en la manera en que la misma ha sido finalmente ejecutada. En cualquier caso, es importante subrayar que esto no significa que el autor deba pertenecer a las fuerzas armadas de alguna de las partes contendientes puesto que, como bien ha sido señalado, los crímenes de guerra pueden ser también cometidos por personas que ni son combatientes ni participan directamente en las hostilidades [nota omitida]”.

iii. Sujeto activo: actores estatales y no estatales

COLOMBIA, *Sentencia parcial e incidente de reparación integral (Orlando Villa Zapata, postulado) (Relación de sentencias 2.a), consideraciones.* Específicamente, con relación a los crímenes de guerra cometidos en el marco de conflicto[s] armados internos, resulta relevante destacar que sus descripciones típicas incluyen a organizaciones armadas no estatales, lo que significa que, los miembros de grupos armados irregulares, al igual que los integrantes de la fuerza pública regular, pueden ser sujetos activos de estos. Así mismo, con relación a ese tipo de confrontaciones, es importante precisar que el ordenamiento comentado, no incluye las condiciones de control territorial y mando responsable que describe el Protocolo [Adicional] II [a los Convenios de Ginebra de 1949], razón por la cual, se amplía el ámbito de conflictos internos en los que pueden estructurar este tipo de conductas.

iv. Sujeto pasivo en los crímenes de guerra contra personas protegidas por el derecho internacional humanitario

a. Persona civil

COLOMBIA, *Sentencia parcial e incidente de reparación integral (Orlando Villa Zapata, postulado) (Relación de sentencias 2.a), consideraciones.* El uso de armamento permanente, uso de insignias y

uniformes, además del recurrente patrullaje y ejercicio de acciones de ataques, combates y defensa frente a grupos insurgentes hace difuminar el carácter de población civil de los miembros de este grupo armado, perdiendo así la protección de personas civiles dentro de un conflicto puesto que deciden de manera voluntaria armarse, sostener operaciones y participar directamente en las hostilidades.

B. Determinación de la existencia de un conflicto armado interno por parte de las cortes nacionales

iv. El caso colombiano (nuevo)

COLOMBIA, *Sentencia parcial e incidente de reparación integral (Orlando Villa Zapata, postulado) (Relación de sentencias 2.a), consideraciones*. Debido a las situaciones fácticas desarrolladas en Colombia en los últimos 50 años y especialmente a partir de la década de los 70, es evidente la existencia de un conflicto armado de orden interno en el país, el cual frecuentemente ha presentado rasgos o características irregulares. Este tipo de conflicto armado, desarrolla tres elementos fundamentales: (i) su larga duración, (ii) su irregularidad, y (iii) su complejidad [nota omitida].

[En cuanto a los métodos y medios de guerra] [1]a característica más importante radica en que en ellas se evita el combate directo, la batalla abierta es relativamente escasa, mientras que se prefieren tácticas de ataque sorpresivo, tales como las emboscadas, los asaltos o los actos terroristas, los homicidios selectivos o las masacres. Las guerras irregulares se desarrollan sobre territorios difusos, existen demarcaciones invisibles del territorio y cada uno de los grupos ejerce un control definido sobre determinada parte del territorio: empero, construyen nichos locales y regionales definidos en los cuales insertan sus maniobras de cooptación en el sistema político del lugar, cuando no optan por desplazar a la población original y repoblar con “su gente” para construir apoyo de base. Adicionalmente, la confrontación no es constante y sostenida, sino que se ejerce a través de actos de guerra puntuales, seguidos por periodos de normalidad o baja tensión bélica. En los conflictos irregulares los medios de guerra o violencia son especialmente crueles e indiscriminados, en razón de las vinculaciones emocionales y los intereses diversos que se involucran en el desarrollo de la[s] actividad[es] armadas, entre los cuales se pueden encontrar motivaciones como la venganza, la disuasión, la ejemplarización y la crueldad como medios de generar terror y por lo tanto obediencia en la población.

C. Crímenes de guerra en conflictos armados de carácter no internacional

iii. Reclutamiento y alistamiento de menores de edad (nuevo)

El uso, reclutamiento o alistamiento de niños y niñas en los grupos armados, estatales o no estatales, se ha convertido en una de las más dramáticas características de los conflictos armados modernos. Para 2001 se calculaba que en el mundo había más de 300.000 niños y niñas menores de 18 años participando activamente en algún tipo de grupo armado¹¹. La dimensión de este dramático fenómeno se entiende mejor cuando pensamos que “[s]i todos

¹¹ Michael G. Wessells, *Child Soldiers: From Violence to Protection*, Harvard University Press, EUA, 2007, pág. 2.

estos niños y niñas se pararan uno al lado del otro, se tomarán de la mano y extendieran sus brazos, formarían una cadena humana de más de 400 kilómetro de longitud¹². Es razonable pensar que estos datos, después de once años, se han incrementado, máxime si se incluyen los niños y niñas que participan en grupos del crimen organizado o en otro tipo de organizaciones (tales como las maras), propias de las situaciones de violencia que no llegan a clasificarse como conflictos armados.

Ante una realidad tan aplastante, la comunidad internacional continúa buscando formas de brindar mejor protección a los niños y niñas vinculados a los grupos armados. Dichas medidas incluyen tanto la adopción de tratados e instrumentos internacionales especializados en el tema¹³ como la creación de mecanismos técnicos especializados, tales como la Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para Niños y Conflictos Armados. En la misma línea, en 2005 el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas estableció un mecanismo especial de seguimiento e información sobre la condición de los niños y niñas que viven en una situación de conflicto armado. Este mecanismo, que incluye la participación de los gobiernos nacionales, la sociedad civil y las agencias de las Naciones Unidas, se centra, hasta el momento, en un grupo predeterminado de países que, a consideración del Consejo de Seguridad y del Secretario General de la ONU, plantean el reto más grande en cuanto a la violencia en contra de los niños y niñas en conflictos armados¹⁴.

Este tipo de medidas jurídicas y de vigilancia internacional son solo un ejemplo del trabajo desplegado por la comunidad internacional para enfrentar el problema. Sin embargo, los esfuerzos no han sido suficientes. La realidad de los niños y niñas vinculados a las fuerzas armadas regulares y/o a los grupos armados no estatales representa un verdadero reto, nacional e internacional, dada la complejidad y brutalidad de la experiencia que les ha tocado vivir. Los niños y niñas son utilizados como vigías o para trasladar armas, además de ser obligados, en muchos casos, a participar directamente en las hostilidades. Pero, además, son utilizados como esclavos y esclavas sexuales o como “esposas” para los otros combatientes. No es poco común que se obligue a los niños a participar en ataques dirigidos en contra de sus propias comunidades, de manera que se rompa todo lazo entre el menor y sus familiares. En este caótico escenario de victimización extrema, la reintegración de los niños y niñas vinculados a grupos armados ha probado tener enormes complejidades que requieren de la colaboración de una multiplicidad de actores nacionales e internacionales, así

¹² *Ídem*. [Traducción de la autora].

¹³ Entre los instrumentos que forman el marco jurídico internacional para la protección de los niños y niñas durante los conflictos armados destacan: (i) Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989; entró en vigor el 2 de septiembre de 1990; (ii) Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, adoptada por la Asamblea General en su resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000; entró en vigor el 12 de febrero de 2002; (iii) Principios de París: Principios y directrices sobre los niños asociados con las fuerzas armadas o grupos armados, adoptados por la reunión ministerial celebrada en febrero de 2007, bajo los auspicios de la UNICEF. De la misma forma, se han adoptado importantes normas en materia de derecho internacional humanitario que tienen como objetivo la protección de los niños y niñas en conflictos armados y asociados con grupos armados.

¹⁴ Véase, CSNU, S/RES/1612 (2005), adoptada en la sesión 5235 del Consejo de Seguridad, 26 de julio de 2005.

como el diseño de políticas apropiadas de desmovilización, reintegración, reincorporación, justicia y reparaciones¹⁵.

En el marco de la protección internacional de los niños y niñas, un elemento esencial ha sido la lucha contra la impunidad de los crímenes cometidos en su contra. La Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para Niños y Conflictos Armados ha identificado seis categorías de crímenes de los cuales los niños y niñas son comúnmente víctimas: (i) asesinatos o mutilaciones; (ii) reclutamiento o alistamiento; (iii) ataques a escuelas y hospitales; (iv) denegación de acceso a la asistencia humanitaria; (v) secuestros y (vi) violencia sexual. Cada uno de estos crímenes ha sido incorporado en el Estatuto de Roma como parte de las ofensas constitutivas de los crímenes de guerra y/o de lesa humanidad. Más aún, un importante número de las personas que actualmente enfrentan cargos ante la CPI han sido acusadas por la perpetración de crímenes en contra de niños y niñas, particularmente el reclutamiento o alistamiento de menores de 15 años¹⁶. Este fue el crimen por el que se condenó a Thomas Lubanga Dyilo, la primera persona sentenciada por la CPI, a 14 años de prisión¹⁷. Asimismo, en adición a los procesos seguidos ante la CPI, vale la pena mencionar aquellos conocidos por la Corte Especial para Sierra Leona, en particular, el juicio contra el antiguo presidente de Liberia, Charles Taylor.

Desde una perspectiva técnica-jurídica del tema, vale la pena hacer mención de algunos aspectos contenidos en la sentencia de Thomas Lubanga. Al analizar los elementos materiales del crimen de reclutamiento, alistamiento y/o uso de menores de 15 años, tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales, la Sala de Primera Instancia I de la CPI concluyó que cada una de estas conductas implica una ofensa independiente. En tanto que el reclutamiento incluye un elemento de compulsión que determina la vinculación del menor con el grupo armado, el alistamiento puede ser un acto voluntario y, de todos modos, constituir un crimen internacional. Además, la Sala resalta que el uso de los menores para participar en las hostilidades es una ofensa subyacente distinta, por lo que, para determinar si un menor ha sido reclutado o alistado no es necesario establecer que ha participado directamente en el combate. De esta forma, según afirma la misma Sala, se reconoce la diversidad de roles que son asignados por las fuerzas o grupos armados a los niños y niñas vinculados con ellos¹⁸.

Sin minimizar la importancia de la actuación internacional en la persecución y enjuiciamiento penal por los crímenes cometidos en contra de niños y niñas, particularmente aquéllos cometidos con motivo o en razón de su vinculación con las fuerzas y grupos armados, es fundamental que los Estados hagan lo propio. Dichas acciones deberán incluir

¹⁵ Para un análisis crítico sobre las normas, estándares y políticas internacionales en la materia, véase, por ejemplo, Mark A. Drumbl, *Reimagining Child Soldiers in International Law and Policy*, Oxford University Press, EUA, 2012.

¹⁶ Actualmente siete personas enfrentan cargos ante la CPI por el reclutamiento, alistamiento o uso en las hostilidades de menores de 15 años: cuatro en el marco de la Situación en República Democrática del Congo (Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui y Bosco Ntaganda) y tres en el marco de la Situación en Uganda del Norte (Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo y Dominic Ongwen, todos ellos líderes del Ejército de Resistencia del Señor).

¹⁷ CPI, *El Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Decisión sobre la condena, de conformidad con el artículo 76 del Estatuto, ICC-01/04-01/06-2901, Sala de Primera Instancia I, 10 de julio de 2012.

¹⁸ CPI, *El Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Sentencia de primera instancia, ICC-01/04-01/06-2842, Sala de Primera Instancia I, 14 de marzo de 2012, párrs. 607-609.

la tipificación de las conductas dentro de los ordenamientos locales correspondientes, así como la investigación y enjuiciamiento de hechos de esta naturaleza. En este sentido, la sentencia que a continuación se transcribe representa un paso más en la lucha contra la impunidad de estos graves crímenes.

COLOMBIA, *Sentencia parcial e incidente de reparación integral (Orlando Villa Zapata, postulado) (Relación de sentencias 2.a), consideraciones*. Señaló el ente Fiscal que para la realiza[ción] de la adecuación típica de las conductas realizadas por el Bloque Vencedores de Arauca y de ORLANDO VILLA ZAPATA, fue imperante determinar que se estaba en presencia [de] hechos realizados con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado y con la permanencia de un grupo ilegal de marra conocido.

En cuanto al reclutamiento ilícito, la posición de víctimas de estos jóvenes se fundamenta legalmente en la Constitución Nacional, la teoría del bloque de constitucionalidad y las demás normas vigentes que rigen en Colombia. Señaló la Fiscal Delegada, que el artículo 162 del C.P.P. es muy claro al referir que: “*El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas*”, ha cometido un ilícito que se constituye en crimen en contra del Derecho Internacional Humanitario, y que teniendo en cuenta el material probatorio recaudado, el señor ORLANDO VILLA ZAPATA, segundo comandante del Bloque Vencedores de Arauca, a partir de agosto de 2001 y hasta el momento de su desmovilización incurrió en esta conducta típica.

En este sentido la Fiscalía realizó una presentación de las generalidades del reclutamiento forzado para las víctimas legalizadas. Respecto a ellas se refirió a sus condiciones de vida antes de ingresar al grupo armado ilegal, los motivos de vinculación y su estadía en dicha organización. [...] La Fiscalía aclaró que a la fecha del incidente sólo se tiene información de 44 víctimas, debido a las difíciles condiciones para ubicar a las víctimas y la poca información que reposa sobre los menores desvinculados en las demás instituciones del Estado competentes en su proceso de reintegración.

En [la] exposición [el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar], [presentó] un perfil de las víctimas menores reclutados por el Boque Vencedores de Arauca. Afirmaron que con el reclutamiento se rompe el ciclo vital entre la infancia y la adolescencia, momento en el cual se está estableciendo la identidad de la persona lo que genera un impacto psicológico y social. Con el reclutamiento se niega el derecho a la familia y a la intimidad, se producen alteraciones en las condiciones y situaciones de existencia, impactos psicológicos, físicos y fisiológicos, entre otros y finalmente se rompe el proceso de socialización del menor reclutado. [...]

La Sala considera pertinente hacer una [...] precisión frente a la legislación aplicable [...]. [E]n los casos de reclutamiento ilícito de menores, fue necesario valorar una serie de documentos e instrumentos de orden interno e internacional con el fin de determinar el *corpus iure* (sic) aplicable. [...]

El Secretario General de las Naciones Unidas, en el informe de 2010 denominado: “*Los niños y el conflicto armado*”, [...] señaló que los instrumentos aplicables a los menores miembros de grupos armados son: los Convenios de Ginebra de 1949 y las obligaciones aplicables en virtud de sus Protocolos Adicionales de 1977, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, su Protocolo facultativo de 25 de mayo de 2000 y el Protocolo II; el Convenio número 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la prohibición de las peores formas de trabajo

infantil y la acción inmediata para su eliminación, la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción, de 1997, y la Convención sobre Municiones en Racimo de 2008 [nota omitida].

Reclutamiento es el término general que se utiliza para referirse a cualquier mecanismo de vinculación a un grupo armado, ya sea obligatorio, forzado o voluntario. El reclutamiento obligatorio tiene una base legal y jurídica y se le conoce también como conscripción [nota omitida].

El derecho internacional prohíbe el reclutamiento y participación directa en hostilidades de adolescentes menores de 15 años, en cualquier grupo armado ([Convención de los Derechos del Niño], Artículo 38; Protocolo Adicional I a la Convención de Ginebra de 1977 (*sic*), Artículo 77(2); Protocolo Adicional II a la Convención de Ginebra de 1977 (*sic*), Artículo 4(3)(c)). En otras palabras, bajo ninguna circunstancia las fuerzas armadas regulares o irregulares, como las milicias, defensa civil, fuerzas de defensa local o grupos armados organizados al margen de la Ley, deben tener personas menores de 15 años reclutadas en sus filas. Cuando el derecho nacional establece la edad mínima de reclutamiento, por encima de los 15 años, esa es la regla que debe aplicar.

Más aún, si un Estado recluta personas entre los 15 y 18 años, debe dar prioridad a los de mayor edad (CDN, Artículo 38(3); Protocolo Adicional I a la Convención de Ginebra (*sic*), Artículo 77(2)).

Sin embargo, recientemente hay una tendencia del derecho internacional que promueve que los Estados tomen medidas para asegurar que ninguna persona menor de 18 años tome parte directa en las hostilidades y que las personas que no haya[n] cumplido 18 años no sean reclutadas obligatoriamente (La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño; Protocolo Opcional a la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la Participación de los Niños en Conflictos Armados; Convenio 182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, entre otros). [...]

[S]e prohíbe el reclutamiento forzado, es decir el reclutamiento realizado por medio de raptos, cualquier tipo de amenaza o intimidación, uso de la fuerza o la violencia a los menores o contra miembros de la familia, en personas de cualquier edad, mucho más cuando se trata de menores de edad, ya que éste hecho viola los derechos humanos.

5. CONCURSO IDEAL DE DELITOS: CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE DISTINTOS CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL (NUEVO)

La noción de concurso ideal de delitos –en virtud de la cual se reconoce la posibilidad de que una misma conducta constituya distintos delitos, en tanto una unidad de acción pero pluralidad de ilícitos– se ha reconocido también en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales. En palabras del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, aquello que en la tradición neo-románica conocemos como el concurso ideal de delitos –*ideal concurrence of offenses*, en inglés– es jurídicamente posible, en el marco del derecho penal internacional, ya que cada uno de los crímenes internacionales tiene distintos elementos

y protege distintos bienes jurídicos¹⁹. En este sentido, según se ha resaltado en diversas decisiones del TIPY, determinadas ofensas que, como parte de un ataque sistemático y generalizado en contra de la población civil, constituyen crímenes de lesa humanidad, pueden darse con anterioridad, durante o con posterioridad a un conflicto armado. En la misma lógica, una conducta que en sí misma constituye un crimen de guerra podrá no ser parte de una línea múltiple de conducta, por lo que no sería considerada como un crimen de lesa humanidad.

Estas afirmaciones sirven para ejemplificar las diferencias que existen entre las distintas categorías de crímenes internacionales, a pesar de que las conductas constitutivas de los mismos (*i.e.* el asesinato, la violación o esclavitud sexual, el traslado de población o la tortura) sean las mismas. Son esas diferencias, precisamente, las que permiten, bajo ciertas circunstancias, perseguir y sancionar a una persona por dos crímenes distintos con base en una misma conducta. Nuevamente, en palabras de la Sala de Apelaciones del TIPY, “[...] solo crímenes distintos pueden justificar una condena múltiple, llevando a la conclusión que una condena penal múltiple determinada de conformidad con distintas disposiciones legales, pero con base en la misma conducta, es posible solamente si cada una de las disposiciones legales incorporan elementos materiales distintos, no contenidos en los otros crímenes. Un elemento es materialmente distinto de otro cuando requiere probar hechos que no son requeridos para el segundo”²⁰. De forma aún más precisa, desde la primera sentencia emitida por el TPIR, la Sala de Primera Instancia I ha afirmado que

[c]on base en la legislación y jurisprudencia nacional e internacional, la Sala concluye que es aceptable [acusar] y sentenciar a [una persona] por dos ofensas, en relación con los mismos hechos, bajo las siguientes circunstancias: (1) si los crímenes tienen distintos elementos; (2) si las disposiciones que establecen los crímenes buscan proteger distintos bienes [jurídicos], o (3) si es necesario imponer sentencias por los dos crímenes a fin de establecer de manera comprensiva [la conducta ilícita] del acusado. Sin embargo, la Sala determina que no es justificable sentenciar a la misma persona por dos ofensas en relación con los mismos hechos si: (a) una de las ofensas queda subsumida en otro de los crímenes, por ejemplo asesinato y lesiones físicas severas, robo y hurto o violación y agresión sexual, o (b) uno de los crímenes en la acusación se refiere a una responsabilidad secundaria y, en cambio, otro crimen trata de una responsabilidad principal, e.g. genocidio y complicidad en genocidio. [...]

[Respecto al punto (a), enunciado en el párrafo anterior] la Sala no considera que el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o [los crímenes de guerra] sean ofensas menores, subsumidos unos en los otros. El Estatuto del TPIR no establece una jerarquía entre las normas, sino que las tres [categorías] de crímenes se encuentran en una posición de igualdad. Si bien el genocidio se considera como el crimen más grave, no existe justificación en el Estatuto para determinar que los crímenes de lesa humanidad o los [crímenes de guerra] sean, en todas las circunstancias, cargos alternativos al genocidio y, por ende, ofensas menores. Como ha sido antes afirmado [...] estos crímenes tienen distintos elementos constitutivos²¹.

¹⁹ TPIR, *El Fiscal vs. George Rutaganda*, Sentencia de primera instancia, Caso No. ICTR-96-3-T, Sala de Primera Instancia I, 6 de diciembre de 1999, párr. 117.

²⁰ TPIY, *El Fiscal vs. Zejnil Delalic*, et. al., Sentencia de apelación, Caso No. IT-96-21-A, Sala de Apelaciones, 20 de febrero de 2001, párr. 412.

²¹ TPIR, *El Fiscal vs. Jean-Paul Akayesu*, Sentencia de primera instancia, Caso No. ICTR-96-4-T, Sala de Primera Instancia I, 2 de septiembre de 1998, párrs. 468 y 470.

Lo anterior no significa, sin embargo, que la persecución por múltiples crímenes no implique retos importantes para los operadores de justicia. Como se ha dicho, es necesario argumentar la existencia de crímenes que contengan elementos materiales diferenciados, lo que implica producir y presentar prueba para cada uno de dichos elementos: prueba sobre la existencia de un conflicto armado y prueba sobre la existencia de un ataque generalizado o sistemático; prueba de la calidad de un sujeto como persona protegida por el derecho humanitario y prueba de que el ataque se dirigió en contra de la población civil, etcétera. Esta carga probatoria adicional puede ser uno de los motivos por los que se ha puesto en tela de juicio la viabilidad de avanzar procesos por delitos múltiples, por ejemplo, cuando se persigue el delito de violación tanto como crimen de lesa humanidad cuanto como crimen de guerra, simultáneamente.

Sea cual sea la decisión, en términos de una estrategia de persecución penal, es importante mantener en mente que, según la definición internacional de los crímenes internacionales, las conductas constitutivas de uno son, al mismo tiempo, las ofensas base del otro. Desde esta dimensión, la posibilidad de que exista un concurso ideal de crímenes internacionales es indudable.

COLOMBIA, *Sentencia e incidente de reparación (José Rubén Peña Tobón, et. al., postulados) (Relación de sentencias 2.b), considerandos*. [L]os crímenes cometidos en un escenario de conflicto pueden ostentar la doble naturaleza de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, como acontece con aquellos que se configuran en un escenario de aplicación del [derecho internacional humanitario] y se corresponden con los actos dirigidos como parte de una política de ataque generalizado y sistemático contra una población civil. Tal es el caso de los crímenes de naturaleza sexual y del desplazamiento forzado, frente a los cuales la Sala hará un pronunciamiento especial.

A. Crímenes sexuales (nuevo)

Los ataques de naturaleza sexual perpetrados en el marco de conflictos armados o de regímenes dictatoriales y represivos han dejado de ser vistos como una consecuencia inesperada o, peor aún, natural de dichos procesos de represión y violencia. Hoy en día, la comunidad internacional ha llegado a entender que la violencia sexual es, más bien, un elemento esencial de un plan dirigido a eliminar un grupo determinado o a atacar a la población civil; es un elemento determinante de una agresión a gran escala que tiene como finalidad directa o consecuencia, la destrucción de las estructuras que definen y unen a una sociedad.

Como resultado de un proceso de reflexión colectiva, que condujo a una mejor comprensión de la experiencia de las víctimas de la violencia sexual, el derecho internacional fue paulatinamente reconociendo dichos fenómenos como una conducta delictiva que podría derivar en la responsabilidad penal individual de los responsables. Por primera vez, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (1993) establecía, en el artículo 5(g), la violación sexual como una conducta constitutiva de los crímenes de lesa humanidad. Lo mismo sucedió, un año después, con la incorporación de los artículos 3(g) y 5(e) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, mediante los cuales se establecía la violación sexual como una ofensa subyacente a los

crímenes de lesa humanidad y de guerra. Estas disposiciones fueron el detonante para un importante cuerpo de jurisprudencia internacional en el que se reconoció, por ejemplo, la importancia de entender la violación sexual no solamente como un acto mecánico, propio del instinto sexual. En palabras del TPIR, “[este] tribunal considera que la violación es una forma de agresión y que el elemento central del crimen no puede ser capturado en una descripción mecánica de objetos y partes del cuerpo [humano]. [...] El tribunal define la violación como una invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona bajo circunstancias coercitivas. El Tribunal considera la violencia sexual, la cual incluye la violación, como cualquier acto de naturaleza sexual cometido contra una persona que se encuentra bajo coerción. La violencia sexual no se limita entonces a la invasión física del cuerpo humano sino que puede incluir también actos que no involucren la penetración o, tan siquiera, el contacto físico”²². De la misma forma, la jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc*, en particular la del TPIR, ha reconocido la violación sexual como una conducta que se subsume en las ofensas constitutivas del genocidio (tales como las lesiones graves a la integridad física y psicológica de los miembros del grupo o evitar nacimientos en el seno del grupo), cuando se cometen con la intensidad específica requerida por dicho crimen²³.

De manera paralela a los desarrollos de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, la aprobación del Estatuto de Roma de la CPI en 1998 se convirtió en un parteaguas en el reconocimiento internacional de la violencia sexual como crimen internacional. Además de establecer la violación sexual como una de las conductas constitutivas de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra, tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales, este instrumento amplía el catálogo de ofensas sexuales para incluir: esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable²⁴. Respecto a la incorporación en el derecho interno de este amplio catálogo de ofensas sexuales es fundamental hacer énfasis en que, con base en la lectura cuidadosa de los Elementos de los Crímenes –como documento guía para la interpretación del Estatuto de Roma– es fácil identificar distintos elementos que

²² TPIR, *El Fiscal vs. Jean-Paul Akayesu*, Sentencia de primera instancia, Caso No. ICTR-96-4-T, Sala de Primera Instancia I, 2 de septiembre de 1998, párrs. 687 y 688. [Traducción de la autora].

²³ Véase, por ejemplo, TPIR, *El Fiscal vs. Jean-Paul Akayesu*, Sentencia de primera instancia, *op. cit.*, párrs. 507-508, 731; ITCR, *El Fiscal vs. Athanase Seromba*, Sentencia de apelación, Caso No. ICTR-2001-66-A, Sala de Apelaciones, 12 de marzo de 2008, párr. 46: “La Sala de Apelaciones recuerda que las ‘lesiones serias físicas o mentales’ no están definidas en el Estatuto [nota omitida], y que la Sala de Apelaciones no ha establecido una definición unívoca de dichas lesiones. Los ejemplos por excelencia de las lesiones físicas serias son la tortura, la violación sexual y la violencia física no letal que cause desfiguración o daño serio a los órganos internos y externos [nota omitida]. Correlativamente, la lesión mental seria incluye ‘un impedimento de las facultades mentales más que menor o temporal, tal como la imposición de miedo severo o terror, intimidación y amenazas’ [nota omitida]. De hecho, casi todas las condenas por lesiones serias físicas o mentales, involucran violaciones sexuales o asesinatos [nota omitida]. Para fundamentar una sentencia por genocidio, el daño corporal o mental causado a los miembros de un grupo debe ser de una gravedad tal que resulte una amenaza de destrucción total o parcial del grupo [nota omitida]”. [Traducción de la autora]. Véase, adicionalmente, ICTY, *El Fiscal vs. Dragoljub Kunarac, et. al.*, Sentencia de apelación, Caso No. IT-96-23 y IT-96-23/1-A, Sala de Apelaciones, 12 de junio de 2002, párr. 150; ICTR, *El Fiscal vs. Pauline Nyiramasubuko, et. al.*, Sentencia de primera instancia, Caso No. ICTR-98-42-T, Sala de Primera Instancia II, 24 de junio de 2011, párr. 5731.

²⁴ Véanse los artículos 7(1)(g), 8(2)(b)(xxii) y 8(2)(e)(vi) del Estatuto de Roma de la CPI.

distinguen un crimen del otro. Si bien la CPI aún no ha emitido ninguna sentencia por la perpetración de un crimen de naturaleza sexual, es importante resaltar que un gran número de las personas que actualmente enfrentan cargos ante dicha corte han sido acusadas por la perpetración de crímenes de esta naturaleza²⁵.

Adicionalmente, es pertinente resaltar de manera especial el trabajo que en esta materia ha desarrollado la Corte Especial de Sierra Leona. Como tribunal mixto –creado con base en un acuerdo entre el gobierno de Sierra Leona y las Naciones Unidas– este órgano judicial tiene competencia para enjuiciar a las personas responsables por la perpetración, entre otros, de crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra. Con estas bases estatutarias, en una decisión sin precedentes, la Sala de Apelaciones de esta corte especial afirmó que el matrimonio forzado –una práctica común en conflictos armados y en ataques sistemáticos o generalizados contra la población civil– constituye un crimen independiente de otras formas de violencia sexual, específicamente de la esclavitud sexual, que debe entenderse como subsumido en el crimen de lesa humanidad constituido por otros actos inhumanos²⁶. De conformidad con el razonamiento de esta Sala,

ningún tribunal podría razonablemente afirmar que el matrimonio forzado queda subsumido en el crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual. Si bien el matrimonio forzado comparte ciertos elementos con la esclavitud sexual, tales como las relaciones sexuales no consensuadas o la privación de la libertad, también hay factores distinguibles. Primero, el matrimonio forzado involucra a un perpetrador que obliga a una persona, mediante la fuerza o amenazas, las palabras o acciones del perpetrador o de aquéllos asociados con el mismo, a establecer una asociación conyugal forzada con otra persona, resulta[n]do en un gran sufrimiento o lesiones físicas o mentales de gravedad por parte de la víctima. Segundo, en contraste con la esclavitud sexual, el matrimonio forzado implica una relación de exclusividad entre el “esposo” y la “esposa”, la cual puede conllevar consecuencias disciplinarias por la infracción del arreglo de exclusividad. [...] La Sala de Apelaciones concluye que la evidencia presentada ante la Sala de Primera Instancia era suficiente para establecer que las víctimas de matrimonio forzado padecen lesiones físicas al ser sujetas a actos repetidos de violación y otras formas de violencia sexual, trabajo forzado, penas corporales y privación de la libertad. Muchas son traumatizadas al ser obligadas a observar la ejecución o mutilación de familiares cercanos, antes de convertirse en “esposas” de aquéllos quienes cometieron las atrocidades y de ser catalogadas como “esposas” rebeldes, lo que las ha condenado al ostracismo de sus comunidades. En aquellos casos en que [la mujer]

²⁵ Para agosto de 2012, más de la mitad de las personas contra quienes se habían presentado cargos ante la CPI habían sido acusadas por alguna modalidad específica de crímenes sexuales, bien sea como crímenes de lesa humanidad o como crímenes de guerra. Dichas personas son: Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui, Bosco Ntaganda, Callixte Mbarushimana y Sylvestre Mudacumura (Situación en República Democrática del Congo); Jean-Pierre Bemba Gombo (Situación en la República Centro Africana); Joseph Kony y Vincent Otti (Situación en Uganda); Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”), Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”), Omar Hassan Ahmad Al Bashir y Abdel Raheem Muhammad Hussein (Situación en Darfúr, Sudán); Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali (no se confirmaron los cargos en su contra) (Situación en Kenia); Laurent Gbagbo (Situación en Costa de Marfil).

²⁶ Véase, artículo 2(i) del Estatuto de la Corte Especial de Sierra Leona. Una disposición similar se incluyó en el Estatuto de Roma de la CPI, artículo 7(1)(k), crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

queda embarazada como resultado del matrimonio forzado, tanto ella como el niño o niña sufrirán una estigmatización social de largo plazo²⁷.

Si bien hasta la fecha no se han iniciado procesos penales con base en la noción de matrimonio forzado en ningún país de Latinoamérica, los informes finales de algunas comisiones de la verdad de la región, incluidos los de Perú y Guatemala, han reconocido la existencia de esta práctica durante los conflictos armados respectivos. Así, por ejemplo, en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú se enfatiza, respecto de los crímenes sexuales cometidos por los miembros de Sendero Luminoso, que “[o]tra de las formas de violencia sexual consistió en someter a las mujeres a uniones forzadas, motivadas por el temor a que las mujeres ‘capitularan’ (se rindieran) y se unieran a las fuerzas del Estado. Esto se basaba en una idea de vulnerabilidad de las mujeres que necesitaban un hombre como compañero para vivir, ya que al estar solas podían escapar o rendirse. [...] [nota omitida]. En otros casos, las mujeres se veían forzadas a unirse por miedo a ser asesinadas”²⁸.

Dejando de lado el tema del matrimonio forzado, los tribunales latinoamericanos han empezado a encontrar una voz propia en lo que respecta a la penalización de la violencia sexual, particularmente la violación, en tanto crimen internacional. Las decisiones que a continuación se transcriben representan dos ejemplos de este tipo de fallos, los cuales, sin duda, constituyen un parteaguas –ahora en el plano de la justicia nacional– para la persecución y represión de los crímenes de naturaleza sexual.

ARGENTINA, *Recurso de casación penal (Gregorio Rafael Molina, sentenciado) (Voto del juez Mariano Hernán Borinsky) (Relación de sentencias 1.a), considerandos*. [E]stimo apropiado comenzar por despejar el interrogante que se plantea en el *sub lite* acerca de si es posible que los hechos verificados en la causa y que constituyen el delito de violación, pued[a]n, o no, ser calificados como crímenes de lesa humanidad. Adelanto mi opinión en torno a que, a partir de las concretas circunstancias comprobadas en la causa, no encuentro impedimento alguno para sostener, tal como lo afirmó el *a quo*, que los abusos sexuales por los que fue acusado, juzgado y condenado Gregorio Rafael Molina constituyen parte del ataque generalizado contra la población civil diseñado por el último gobierno militar en el marco del plan sistemático de represión estatal que habilita la caracterización de delitos de lesa humanidad y los torna imprescriptibles.

[P]ara que dichas que (sic) conductas puedan ser calificadas como tales, se requiere que aquéllas formen parte de un “ataque generalizado o sistemático a la población civil”. Por éste último, a su vez, debe entenderse una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos como los mencionados contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política (art. 7, apartado 2, inciso “a” del Estatuto de Roma).

²⁷ Véase, CESL, *El Fiscal vs. Alex Tamba Brima, et. al. (caso del Consejo de las Fuerzas Armadas Revolucionarias, “AFRC”)*, Sentencia de apelación, Caso No. SCSL-2004-16-A, Sala de Apelaciones, 22 de febrero de 2008, párrs. 195 y 199. [Traducción de la autora].

²⁸ Comisión de la Verdad y Reconciliación, Informe Final, Tomo VI, Sección cuarta: los crímenes y violaciones de los derechos humanos, Capítulo 1: Patrones en la perpetración de los crímenes y de las violaciones de los derechos humanos: La violencia sexual contra la mujer, CVR, Lima, 2003, pág. 292.

Aquí es donde reside el agravio de la defensa, pues considera que no puede interpretarse que los abusos sexuales se encuentren inmersos en el “ataque” sistemático o generalizado que caracterizan a los delitos de lesa humanidad. [...]

[Según se estableció en la histórica sentencia de la causa 13/84, en la que fueron juzgados y condenados los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas, durante la dictadura militar existió un aparato de poder que tenía como objetivo la imposición, a través de actos criminales, de su política e ideología]²⁹. A la descripción realizada [por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal] se agrega, entre otras conclusiones, aquella que involucra los alcances del plan criminal acreditado en la sentencia, donde los comandantes “*otorg[aron] a los cuadros inferiores de las fuerzas armadas una gran discrecionalidad para privar de la libertad a quienes aparecieran, según la información de inteligencia, como vinculados a la subversión; se dispuso que se los interrogara bajo tormentos y que se los sometiera a regímenes inhumanos de vida, mientras se los tenía clandestinamente en cautiverio; se concedió, por fin, una gran libertad para apreciar el destino final de cada víctima, el ingreso al sistema legal (Poder Ejecutivo Nacional o Justicia), la libertad o, simplemente, la eliminación física*” [nota omitida].

Este es, y no otro, el contexto histórico de criminalidad en el que se enmarcan los hechos por los que fue juzgado y condenado Gregorio Rafael Molina. De allí en más, cabe concluir que el aserto del tribunal *a quo* afirmando que las violaciones sexuales por las que se responsabilizó penalmente a Molina en la sentencia pueden ingresar en la categoría de crímenes contra la humanidad debe ser, *ex ante*, aceptada, por cuanto esta clase de actos constituyen conductas criminales que se encontraron dentro de la discrecionalidad con la cual los comandantes dotaron a sus subordinados para cumplir con el plan criminal -ataque- dirigido contra la población civil.

Esta primera aproximación no termina de definir la suerte del recurso pues, lo relevante, es establecer si, *ex post*, la discrecionalidad de acción a la que se hiciera referencia, cobró virtualidad en el caso concreto traído a revisión. En otras palabras, importa determinar si en el centro clandestino de detención conocido como “La Cueva” que funcionó en la Base Aérea de Mar del Plata -también conocido bajo la denominación “Radar”-, los abusos contra la integridad sexual constituyeron una práctica habitual para poder ser considerados como componente del ataque generalizado contra la población que exige el Estatuto de Roma para categorizar estos sucesos como delitos de lesa humanidad.

La cuestión resulta compleja si se la pretende analizar en términos macro, pues, naturalmente, la dimensión de los efectos del plan sistemático de represión estatal implementado durante la dictadura miliar -ataque- desborda ampliamente los hechos objetivados en la presente causa. Empero, el nivel de complejidad se reduce sustancialmente si se analiza el *thema decidendum* en el caso concreto, en el cual, si bien se registran todas, absolutamente todas las características comunes enunciadas en la sentencia de la causa 13/84 *supra* mencionadas, los hechos no dejan de constituir, como se apuntara, una pequeña porción del universo de criminalidad allí constatado.

Un análisis de esta naturaleza, constituye, en mi opinión, el único camino posible para llegar a una conclusión que garantice la aplicación razonada del derecho a las concretas circunstancias comprobadas de la causa, dejando a salvo la solución del caso de toda tacha de arbitrariedad.

²⁹ Nota añadida: El texto contenido en estos corchetes corresponde a una síntesis de pasajes de la sentencia que preceden a los párrafos aquí transcritos. Se han incluido estos apartes con el objetivo de darle un marco de referencia más preciso al criterio incorporado en este digesto.

En este orden de ideas, cabe concluir, tal como lo hizo el tribunal de juicio, que los abusos sexuales en el centro clandestino de detención denominado “La Cueva” no constituían hechos aislados, sino que conformaban una práctica habitual que se exteriorizaba, indistintamente, a través de diversas conductas que lesionaban el marco de protección a la integridad sexual previsto por el ordenamiento legal. El cúmulo de información que se registra en el legajo avala este extremo. Así, independientemente del relato que efectuaran las propias víctimas de autos sobre los hechos que las damnificaron, resulta altamente relevante el testimonio de Marta Haydeé García de Candeloro a la hora de relatar los padecimientos y vejaciones vividos durante su cautiverio por Mercedes Lhon -víctima de privación ilegal de la libertad y tormentos en esta causa, que se encuentra en calidad de desaparecida- quien, según afirmó la testigo, era habitualmente violada y se encontraba reducida a un total estado de servidumbre.

A ello, se suman las declaraciones realizadas durante el juicio oral y público por personas que, habiéndose encontrado cautivas en “La Cueva”, tomaron conocimiento de los distintos tipos de agresiones sexuales que padecían quienes se encontraban allí alojados. [...]

Desde este escenario, cabe concluir, tal como lo afirmó el colegiado de la instancia anterior, que las violaciones por las que fue juzgado y condenado en la presente causa Gregorio Rafael Molina constituyeron, en el ámbito del centro clandestino de detención que funcionó en la Base Aérea de Mar del Plata, parte del ataque generalizado de represión ilegal orquestado por la última dictadura militar. Ello es así, por cuanto, además de haberse constatado la regularidad de las agresiones sexuales que padecían las personas, especialmente las mujeres, que permanecieron cautivas en “La Cueva”, no encuentro razón alguna para excluir a las infracciones sexuales del plan criminal estatal acreditado en la sentencia de la causa 13/84 pues, si la discrecionalidad otorgada por los comandantes a los cuadros inferiores alcanzó la toma de decisión para sellar la suerte de las víctimas (disyuntiva entre vida o muerte), no se explica por qué se pretende excluir a las agresiones sexuales, como conductas criminales, del marco de discrecionalidad otorgado.

Máxime, cuando la norma internacional que define a los crímenes de lesa humanidad contempla expresamente esta situación (art. 7.1.g del Estatuto de Roma) y su inclusión en esta categoría de crímenes, visibiliza el verdadero injusto penal verificado en la encuesta y los padecimientos de las víctimas del terrorismo del Estado.

[En cuanto a los hechos concretos, constitutivos de violación como crimen de lesa humanidad] [s]e tuvo por acreditado, [entre otros], que entre los días 25 y 28 de junio de 1977 y entre el 7 y el 10 de julio del mismo año, en circunstancias en que Marta Haydeé García de Candeloro se encontraba ilegalmente privada de su libertad en el centro clandestino de detención denominado “La Cueva” que funcionaba en el ex radar de la Base Aérea de Mar del Plata, fue accedida carnalmente contra su voluntad y mediante el empleo de fuerza e intimidación, en tres oportunidades, por una de las personas que se encontraba a su cargo, abusando de su calidad de guardia.

Que en el período comprendido entre el 16 de enero de 1978 y aproximadamente el 18 de abril del mismo año, en circunstancias en que Carmen Ledda Barreiro de Muñoz se encontraba privada ilegalmente de su libertad en el centro clandestino de detención conocido como “La Cueva”, fue accedida carnalmente, contra su voluntad, mediante el empleo de fuerza e intimidación, por una de las personas que tenía a su cargo la custodia de los “detenidos” que allí se mantenían cautivos. Este hecho que (sic) se repitió en dos oportunidades.

Que, en el mismo período, la misma persona que accedió carnalmente a Barreiro en las circunstancias descriptas en el párrafo que antecede, intentó acceder carnalmente por tercera vez a Carmen Ledda Barreiro de Muñoz, mediante el empleo de fuerza e intimidación, habiéndose frustrado el hecho por razones ajenas a su voluntad.

Al elenco probatorio que permite identificar a Gregorio Rafael Molina como agente operativo de “La Cueva”, qu[ien] actuaba bajo el apodo de “Charly” y que es recordado por su condición de abusador sexual y proclive al alcohol, se agrega la declaración testimonial de la víctima Marta Haydeé García. Al narrar su experiencia de vida en el centro clandestino de detención durante el debate, expuso su privación ilegal de la libertad, los tormentos que sufrió y los abusos sexuales que padeció por parte de “Charly”. Sobre estos últimos, explicó que Molina acostumbraba a llevarlos a cabo luego de las sesiones de tortura y que la violación no constituía una práctica aislada en “La Cueva”. Sobre este aspecto, la testigo recordó los abusos sexuales que sufrió Mercedes Lhon (víctima desaparecida en esta causa) durante toda su estadía en el campo de detención y las gestiones que la propia Lhon llegó a realizar para que Molina no abusara de María Mercedes Argaranaz de Fresneda (también víctima desaparecida) que se encontraba embarazada.

COLOMBIA, *Sentencia e incidente de reparación (José Rubén Peña Tobón, et. al., postulados) (Relación de sentencias 2.b), considerandos*. En el marco del conflicto armado interno colombiano se ha logrado establecer la comisión de [crímenes sexuales] contra la población civil [nota omitida], como parte de la política de ataque generalizado y sistemático dirigido contra ésta, que se implementó como resultado de la degradación del conflicto armado colombiano. [...]

[E]s necesario analizar este tipo de delitos desde un enfoque de género, en la medida que se ha reconocido que aunque el conflicto armado interno colombiano afecta tanto a hombres como mujeres, los impactos que éste produce, sobre todo con relación a la comisión de crímenes sexuales, resultan diferentes para estas dos poblaciones [nota omitida], lo que se ve reflejado en las estadísticas, en las que el 96% de las víctimas de los delitos sexuales reportados para el año 2010 eran mujeres [nota omitida].

La Honorable Corte Constitucional en este sentido, reconoció que el conflicto impacta de manera desproporcionada a las mujeres, quienes por su condición femenina están en mayor riesgo que los hombres de ser víctimas de violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual, lo que motivó a que por mandato constitucional y de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de [derecho internacional de los derechos humanos] y [derecho internacional humanitario], las mujeres fueran reconocidas como “sujetos de protección constitucional reforzada” [nota omitida].

Así las cosas, lo primero que se quiere resaltar es que los delitos de connotación sexual han sido una constante en el marco del conflicto armado interno colombiano. Las experiencias internacionales, concretamente los Tribunales Penales Internacionales para la Ex-Yugoslavia y para Ruanda, han demostrado que en los escenarios donde se presentan conflictos armados es común la perpetración de crímenes y agresiones sexuales [nota omitida].

Por una parte, la Corte Constitucional avocó el conocimiento de múltiples casos, llegando a identificar diferentes patrones relacionados con crímenes sexuales:

“(…) la Corte hace hincapié en el riesgo de violencia sexual, constatando la gravedad y generalización de la situación de (sic) que se ha puesto de presente por diversas vías procesales ante esta Corporación en este sentido, mediante informaciones reiteradas, coherentes y consistentes presentadas por las víctimas o por organizaciones que promueven sus derechos; y explica que los relatos de episodios de violencia sexual contra mujeres sobre los que ha sido alertada incluyen, (...) (a) actos de violencia sexual perpetrados como parte integrante de operaciones violentas de mayor envergadura –tales como masacres, tomas, pillajes y destrucciones de poblados–, cometidos contra las mujeres, jóvenes, niñas y adultas de la localidad afectada, por parte de los integrantes de grupos armados al margen de la ley; (b) actos deliberados de violencia sexual cometidos ya no en el marco de acciones violentas de mayor alcance, sino individual y premeditadamente por los miembros de todos los grupos armados que toman parte en el conflicto, que en sí mismos forman parte (i) de estrategias bélicas enfocadas en el amedrentamiento de la población, (ii) de retaliación contra los auxiliares reales o presuntos del bando enemigo a través del ejercicio de la violencia contra las mujeres de sus familias o comunidades, (iii) de retaliación contra las mujeres acusadas de ser colaboradoras o informantes de alguno de los grupos armados enfrentados, (iv) de avance en el control territorial y de recursos, (v) de coacción para diversos propósitos en el marco de las estrategias de avance de los grupos armados, (vi) de obtención de información mediante el secuestro y sometimiento sexual de las víctimas, o (vii) de simple ferocidad; (c) la violencia sexual contra mujeres señaladas de tener relaciones familiares o afectivas (reales o presuntas) con un miembro o colaborador de alguno de los actores armados legales e ilegales, por parte de sus bandos enemigos, en tanto forma de retaliación y de amedrentamiento de sus comunidades; (d) la violencia sexual contra las mujeres, jóvenes y niñas que son reclutadas por los grupos armados al margen de la ley, violencia sexual que incluye en forma reiterada y sistemática: (i) la violación, (ii) la planificación reproductiva forzada, (iii) la esclavización y explotación sexuales, (iv) la prostitución forzada, (v) el abuso sexual, (vi) la esclavización sexual por parte de los jefes o comandantes, (vii) el embarazo forzado, (viii) el aborto forzado y (ix) el contagio de infecciones de transmisión sexual; (e) el sometimiento de las mujeres, jóvenes y niñas civiles a violaciones, abusos y acosos sexuales individuales o colectivos por parte de los miembros de los grupos armados que operan en su región con el propósito de obtener éstos su propio placer sexual; (f) actos de violencia sexual contra las mujeres civiles que quebrantan con su comportamiento público o privado los códigos sociales de conducta impuestos de facto por los grupos armados al margen de la ley en amplias extensiones del territorio nacional; (g) actos de violencia sexual contra mujeres que forman parte de organizaciones sociales, comunitarias o políticas o que se desempeñan como líderes o promotoras de derechos humanos, o contra mujeres miembros de sus familias, en tanto forma de retaliación, represión y silenciamiento de sus actividades por parte de los actores armados; (h) casos de prostitución forzada y esclavización sexual de mujeres civiles, perpetrados por miembros de los grupos armados al margen de la ley; o (i) amenazas de cometer los actos anteriormente enlistados, o atrocidades semejantes [nota omitida]” [Resaltado en el original].

[L]a Sala quiere visibilizar en relación con los crímenes sexuales, es que se tratan de graves infracciones que atentan directamente contra la dignidad de las personas que los padecen y contra el tejido social. En su momento, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, manifestó en este incidente que:

“(…) el impacto y las afectaciones de la violencia sexual exceden la esfera personal de la víctima y trascienden a la familia y la comunidad. La violación sexual individual tiene efectos en las comunidades, por cuanto repercute en las esferas relacionales de pareja, familia, las mujeres de la comunidad y la comunidad en general. Esto se ha evidenciado, entre otras cosas, en la desestructuración de redes de apoyo y redes sociales en torno a las mujeres, hasta el cambio de roles de los papeles culturales de hombres y mujeres en la comunidad, la estigmatización de estas mujeres por parte de sus comunidades, y el abandono por parte de sus parejas y otros familiares” [nota omitida].

En el mismo sentido, la Organización de las Naciones Unidas se ha pronunciado:

“(…) la violencia sexual, cuando se utiliza o se hace utilizar como táctica de guerra dirigida deliberadamente contra civiles o como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, puede agudizar significativamente las situaciones de conflicto armado y constituir en algunos casos un impedimento para el restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales” [nota omitida].

[L]a invisibilización que con relación a los crímenes sexuales en el marco del conflicto armado interno colombiano existe, lo cual ha generado un alto margen de impunidad frente a los mismos.

[Con respecto a los hechos concretos del caso] [c]omo fue relacionado en la decisión de legalización de cargos, se trató de un concurso homogéneo sucesivo de accesos carnales violentos, de los que resultaron víctimas DIANA CAROLINA CASTILLA ZULETA y LUZ MARY REYES CUADRO, quienes fueron sometidas a la voluntad de PEÑA TOBON y de alias “Tom”, mediante la violencia psíquica que le representaba la retención e incierto destino de sus compañeros TEOBALDO y EDINSON MARTÍNEZ, y bajo el imaginario que el acceder a sus pretensiones, de alguna forma garantizaría la integridad de los hermanos Martínez. Las anteriores circunstancias simultáneamente están informando, que estos comportamientos fueron implementados y concebidos por el mismo Postulado³⁰, como mecanismo idóneo para la humillación, sometimiento y dominio de la población civil, comoquiera que esas condiciones facilitarían la expansión y fortalecimiento del grupo ilegal armado.

B. Desplazamiento forzado de personas (nuevo)

Junto con otros fenómenos de movimientos humanos –incluidos el refugio y la migración– el desplazamiento forzado de personas ha ido tomando un lugar central en el debate sobre la protección nacional e internacional de las personas que abandonan por la fuerza sus lugares de residencia habitual. Si bien a la fecha no se ha adoptado un tratado internacional sobre el tema, en 1998, la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, propuestos por el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para el Desplazamiento Forzado³¹. De conformidad con estos principios, se entiende por desplazamiento forzado “[el movimiento de] las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia

³⁰ Nota añadida: Según la Ley 975 de 2005, conocida como Ley de Justicia y Paz, para acceder a los beneficios que establece esta ley, la persona desmovilizada de un grupo armado al margen de la ley debe ser incluida por el Gobierno en una lista que enviará a la Fiscalía General de la Nación. Estas personas se conocen como “postuladas” a la Ley de Justicia y Paz.

³¹ *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos*, E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998.

habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”³². En el marco de esta definición, los Principios establecen, además, que quedan prohibidos los desplazamientos arbitrarios “[...] basados en políticas de apartheid, ‘limpieza étnica’ o prácticas similares cuyo objeto o resultado sea la alteración de la composición étnica, religiosa o racial de la población afectada, [o] en situaciones de conflicto armado, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas, [entre otras]”³³. Esta prohibición, dirigida de forma expresa a los Estados, no afecta la responsabilidad internacional de las personas, derivada de la perpetración de crímenes internacionales³⁴.

Esta última afirmación es, sin duda, de relevancia particular. A la par de las normas y criterios jurisprudenciales relacionados con la responsabilidad estatal en materia de desplazamiento forzado, el marco jurídico internacional también ha evolucionado de manera importante con respecto a la responsabilidad de los individuos que, de forma intencional o consciente, son autores o partícipes de las condiciones de violencia o coerción que obligan a las personas o grupos de personas a desplazarse. En este sentido, el Estatuto de Roma de la CPI establece la deportación o traslado forzoso de población y el desplazamiento forzado de población como conductas subyacentes o constitutivas de los crímenes de lesa humanidad y de guerra, tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales³⁵. En el marco del trabajo de la CPI, aunque todavía no se ha emitido una sentencia al respecto, el crimen de deportación o traslado forzado de población como crimen de lesa humanidad ha sido un cargo particularmente relevante en los casos derivados de las situaciones en Kenia y en Sudán.

En el desarrollo jurisprudencial internacional en el tema de desplazamiento forzado, además de las decisiones emitidas hasta el momento por la CPI, es importante resaltar algunos de los criterios establecidos por los tribunales penales *ad hoc*. De manera particular, distintas salas del TIPY han considerado que el traslado forzado de personas (equiparable al desplazamiento forzado) puede, bajo ciertas circunstancias, alcanzar el nivel de sufrimiento requerido por la definición penal de genocidio como para considerarse subsumido en la conducta constitutiva de sufrimientos físicos o mentales de gravedad³⁶, además de ser un indicio de la intención de destruir a un grupo como tal³⁷. Paralelamente, este mismo tribunal ha establecido otros aspectos destacados con respecto a la deportación, traslado o desplazamiento forzado en tanto crimen de lesa humanidad y/ crimen de guerra. Entre

³² *Ibidem*, párr. 2.

³³ *Ibidem*, principio 6(2).

³⁴ *Cfr. Idem*, principio 1(2).

³⁵ Véase, artículos 7(1)(d), 8(2)(a)(vii), 8(2)(b)(viii) y 8(2)(d)(viii) del Estatuto de Roma. De conformidad con los elementos de los crímenes, la referencia a la deportación o traslado por la fuerza es intercambiable por el término “desplazado por la fuerza”.

³⁶ Véase, por ejemplo, TPIY, *El Fiscal vs. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic*, Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-02-60-T, Sala de Primera Instancia I, Sección A, 17 de enero de 2005, párrs. 650-654.

³⁷ TIPY, *El Fiscal vs. Radislav Krstic*, Sentencia de apelación, Caso No. IT-98-33-T, Sala de Apelaciones, 19 de abril de 2004, párr. 33.

ellos: (i) la diferencia conceptual entre deportación y traslado forzado de personas³⁸; (ii) la coerción, física o emocional, como el elemento que determina la ilegalidad del traslado o del desplazamiento; (iii) en caso de conflicto armado, requiere que el traslado no sea motivado por razones de seguridad de la población o necesidades militares imperativas³⁹ y (vi) el reconocimiento del desplazamiento forzado como una ofensa de conformidad con el derecho internacional consuetudinario⁴⁰, entre otros.

La sentencia que a continuación se presenta corresponde a uno de los procesos que se lleva a cabo actualmente en Colombia, en el marco de la Ley de Justicia y Paz. No es extraño que sean las cortes colombianas las que hayan producido una de las primeras sentencias sobre el tema, tomando en cuenta la extensión y gravedad del fenómeno de desplazamiento forzado en este país. No obstante, esta no es una situación privativa de Colombia, por lo que es importante que los operadores jurídicos nacionales continúen familiarizándose con los criterios establecidos en materia de desplazamientos forzados con respecto a la responsabilidad penal del individuo.

COLOMBIA, *Sentencia e incidente de reparación (José Rubén Peña Tobón, et. al., postulados) (Relación de sentencias 2.b), considerandos*. [El desplazamiento forzado ha sido] [d]efinido [por el sistema jurídico colombiano] como la coacción que se ejerce sobre miembros de la población civil, para que “(...) migre[n] dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de [infracciones al (derecho internacional humanitario) o de violaciones graves y manifiestas a las normas Internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno]”⁴¹ (artículo 60, parágrafo 2º, ley 1448 de 2011); el desplazamiento forzado, ha sido tipificado en la legislación interna como un delito que atenta contra las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario (artículo 159, ley 599 de 2000).

En esa medida, y reconociendo que esta conducta, que manifiestamente contradice principios del D.I.H. como el de [d]istinción [...], puede constituirse a la vez en uno de los actos propios para configurar un ataque generalizado y sistemático contra la población civil (art. 7, num. 1, lit. d, [Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional]), ostentando la doble

³⁸ TIPY, *El Fiscal vs. Radislav Krstic*, Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-98-33-T, Sala de Primera Instancia, 2 de agosto de 2001, párr. 521: “[t]anto la deportación como el traslado forzado se refieren a la evacuación involuntaria e ilegal de personas del territorio en donde residen. Sin embargo, estos dos términos no son sinónimos bajo el derecho internacional consuetudinario. Deportación presume el traslado más allá de las fronteras de un Estado, en tanto que el traslado forzado se refiere al desplazamiento dentro del mismo Estado”. [Traducción de la autora]. Véase también, TIPY, *El Fiscal vs. Radoslav Brdancin*, Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-99-36-T, Sala de Primera Instancia II, 1 de septiembre de 2004, párr. 540. Hasta el momento, esta distinción no ha sido reconocida por las decisiones que, en la materia, han emitido algunas de las salas de cuestiones preliminares de la CPI.

³⁹ TIPY, *El Fiscal vs. Mladen Naletilic y Vinko Martinovic*, Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-98-34-T, Sala de Primera Instancia, 31 de marzo de 2003, párrs. 519-521.

⁴⁰ TIPY, *El Fiscal vs. Milorad Krnojelac*, Sentencia de apelación, Caso No: IT-97-25-A, Sala de Apelaciones, 17 de septiembre de 2003, párr. 223.

⁴¹ Nota de edición: los paréntesis cuadrados o corchetes son originales de la sentencia; para mayor claridad, la sigla con la que la Corte se refirió al derecho internacional se sustituyó por el nombre completo de esta rama del derecho internacional.

naturaleza de crimen de guerra y de lesa humanidad, como acontece con los crímenes sexuales, en el marco del conflicto armado interno colombiano.

Se han reconocido múltiples causas que han dado lugar al desplazamiento forzado como estrategia para obtener ventajas militares, pero así mismo, y como consecuencia de la degradación del conflicto, se le ha tenido como arma para favorecer el despojo de tierras y con ello el enriquecimiento de los actores y sus colaboradores.

De esta manera, se ha reconocido que el desplazamiento forzado conlleva la violación y privación del ejercicio de al menos diecisiete (17) derechos constitucionales, a saber:

“1. El derecho a la vida en condiciones de dignidad (...) 2. Los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de familia, los discapacitados y las personas de tercera edad, y de otros grupos especialmente protegidos ‘en razón de las precarias condiciones que deben afrontar las personas que son obligadas a desplazarse’ [nota omitida] (...) 3. El derecho a escoger su lugar de domicilio (...) 4. Los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de expresión y de asociación (...) 5. (...) sus derechos económicos, sociales y culturales fuertemente afectados [interpretados] de conformidad con los Principios [Rectores del Desplazamiento Forzado] 3, 18, 19, y 23 a 27 (...) 6. [El derecho a la unidad familiar] (...) 7. El derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida (...) 8. El derecho a la integridad personal (...) 9. El derecho a la seguridad personal (...) 10. La libertad de circulación por el territorio nacional [nota omitida] y el derecho a permanecer en el sitio escogido para vivir (...) 11. El derecho al trabajo [nota omitida] y la libertad de escoger profesión u oficio (...) 12. El derecho a una alimentación mínima [nota omitida], [que repercute] sobre el disfrute cabal de todos sus demás derechos fundamentales, en particular sobre los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud. (...) 13. El derecho a la educación (...) 14. El derecho a una vivienda digna (...) 15. El derecho a la paz (...) 16. El derecho a la personalidad jurídica, puesto que por el hecho del desplazamiento la pérdida de los documentos de identidad dificulta su registro como desplazados y el acceso a las distintas ayudas, así como la identificación de los representantes legales, cuando se trata de menores de edad que son separados de sus familias (...) 17. El derecho a la igualdad (...)” [nota omitida].

Esta situación ha conllevado a que se reconozca la especial vulnerabilidad de la población desplazada que afecta a “(...) personas especialmente protegidas por la Constitución –tales como mujeres cabeza de familia, menores de edad, minorías étnicas y personas de la tercera edad–” [nota omitida], lo que ha merecido su reconocimiento como problemática, y su calificación como “(...) una crisis monumental, tanto en ámbito como en intensidad” [nota omitida], y como “(a) ‘un problema de humanidad que debe ser afrontado solidariamente por todas las personas, principiando, como es lógico, por los funcionarios del Estado’ [Sentencia T-227/07 (de la Corte Constitucional colombiana)]; (b) ‘un verdadero estado de emergencia social’, ‘una tragedia nacional, que afecta los destinos de innumerables colombianos y que marcará el futuro del país durante las próximas décadas’ [Sentencia SU-1150/00 (de la Corte Constitucional colombiana)]; y, más recientemente, (c) un ‘estado de cosas inconstitucional’ [Sentencia T-215/02 (de la Corte Constitucional colombiana)⁴²] (...)”.

⁴² Nota de edición: El texto entre paréntesis: “(de la Corte Constitucional colombiana)”, que sigue a los números de sentencias, se agregó para aclarar que las decisiones judiciales a las que hace referencia la Corte Suprema de Justicia en esta decisión son de la Corte Constitucional de Colombia.

CAPÍTULO II

RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL Y FORMAS DE INTERVENCIÓN CRIMINAL PUNIBLE

En contraste con los tribunales penales internacionales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda –cuyos precedentes se caracterizan por el uso de la teoría de la empresa criminal conjunta (en sus tres vertientes) como forma prioritaria de autoría– las distintas salas de la CPI han entendido que, de acuerdo con el Estatuto de Roma, un persona puede ser acusada, en tanto autor principal del crimen, como autor material, coautor o autor indirecto del mismo. Esta nueva postura respecto de las formas de intervención se basa no sólo en una lectura formal del Estatuto de Roma, sino en un replanteamiento de las bases dogmáticas para la distinción entre autores principales y accesorios. De conformidad con los precedentes relevantes, el argumento para distinguir entre unos y otros no se sustenta en un criterio objetivista –que implicaría tener como principal únicamente a quién directamente y físicamente realiza alguno de los elementos materiales del crimen– o, por otro lado, un criterio subjetivista –que considera la voluntad del individuo como elemento determinante para distinguir entre principales y accesorios–. En contraste con estas posturas, la CPI ha adoptado un criterio mixto según el cual “los autores principales del crimen no se limitan a aquéllos que físicamente llevan a cabo los elementos objetivos de la ofensa, sino que también incluyen aquellas personas que, a pesar de que están físicamente alejados de la escena del crimen, controlan o planean su comisión, pues ellos deciden dónde y cuándo se perpetrará el crimen”⁴³. Este criterio respecto a la distinción entre autores principales y accesorios también es denominado como el control sobre el hecho o sobre el crimen.

El criterio arriba descrito ha sido el punto de partida para el desarrollo de un abundante cuerpo de jurisprudencia en materia de intervención criminal punible. A la fecha, dicha jurisprudencia se ha centrado, prioritariamente, en las figuras de coautoría, autoría indirecta, coautoría indirecta y otras formas residuales de participación, de conformidad con el artículo 25(3)(d) del Estatuto de Roma. En este extremo, los precedentes establecidos por la CPI parecen acercarse más –en contraste con aquellos producidos por los tribunales penales *ad hoc*– a los debates doctrinarios y judiciales que actualmente se desarrollan en distintos países latinoamericanos.

⁴³ CPI, *El Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/04-01/06-803, Sala de Cuestiones Preliminares I, 29 de enero de 2007, párr. 330.

2. AUTORÍA MATERIAL

GUATEMALA, *Caso Masacre de Las Dos Erres (Roberto Antibal Rivera Martínez, et. al., acusados) (Relación de sentencias 3.a), considerandos*. ENUNCIACIÓN DE LOS HECHOS QUE HAYAN SIDO OBJETO DE LA ACUSACIÓN O DEL AUTO DE APERTURA DEL JUICIO ----- Manuel Pop Sun, durante los días cuatro a ocho de diciembre de mil novecientos ochenta y dos; en su calidad de Cabo Especialista Sub instructor Kaibil⁴⁴, miembro del grupo élite de la patrulla especial del Ejército de Guatemala –la cual estaba al mando del Teniente instructor kaibil ROBERTO AN[Í]BAL RIVERA MART[Í]NEZ e integrada por los instructores kaibiles y Tenientes CESAR AD[Á]N ROSALES BATRES y OSCAR OVIDIO RAM[Í]REZ RAMOS, y Subteniente JORGE VINICIO SOSA ORANTES; y por los subinstructores kaibiles, [cabos y sargentos especialistas]—, en cumplimiento de un plan militar preconcebido por los mandos superiores del Ej[é]rcito de Guatemala, fue comisionado como parte integrante de esa patrulla, para ejecutar un operativo militar contra la población civil del parcelamiento Las Dos Erres en jurisdicción de [la] aldea Las Cruces, municipio de La Libertad, departamento de Petén, la que había sido catalogada como población simpatizante de la guerrilla (zona roja). Para el cumplimiento del operativo militar antes mencionado usted y la patrulla kaibil contó con el apoyo logístico, la dotación de cuarenta soldados con adiestramiento Kaibil y un guía conocedor de la región, proporcionados por los altos mandos de la Zona Militar número veintitrés del Municipio de Poptún, del departamento de Petén. Así como del apoyo de elementos del destacamento ubicado en la aldea Las Cruces, municipio de La Libertad del mismo departamento, comandada por el subteniente de reserva CARLOS ANTONIO CARIAS L[Ó]PEZ.

El seis de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, aproximadamente a las diez de la noche con la ayuda del guía, usted conjuntamente con la patrulla kaibil salió a bordo de los camiones desde la Base Aérea de Santa Elena hacia el Parcelamiento Las Dos Erres, arribando a las cercanías de dicho lugar donde se les ordenó que se distribuyeran en los grupos previamente organizados bajo el mando de sus respectivos jefes, y ocuparan sus puestos de combate de acuerdo al plan operativo de patrulla preestablecido; y siendo aproximadamente las dos de la mañana del siete de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, usted como miembro del Grupo de Asalto de la patrulla desalojó de sus casas a los pobladores del parcelamiento DOS ERRES, utilizando violencia y malos tratos, con el objetivo de concentrar a los hombres y ancianos en la Escuela Rural Mixta de las Dos Erres y a las mujeres y a los niños pequeños los reunieron en la iglesia evangélica. Posteriormente, usted y la patrulla militar, extrajeron a las mujeres que se encontraban en la iglesia y procedieron a violarlas sexualmente, incluyendo a niñas, mujeres embarazadas y ancianas.

Posteriormente, usted y los miembros de la patrulla militar, procedieron a interrogar y torturar a los hombres de la comunidad Dos Erres, con el objeto de obtener información relevante para el Ejército. En horas de la tarde del mismo día, durante el almuerzo forzaron a cocinar a cinco mujeres jóvenes que previamente habían sido violadas para dar de comer a toda la patrulla. Aproximadamente a las trece horas usted y los otros miembros de la patrulla militar comenzaron a matar a la población civil de Las Dos Erres, a algunos los llevaron a un pozo de agua en construcción ubicado en la parcela del señor Juan Arévalo, donde primero procedieron

⁴⁴ Nota de edición: sobre el significado de ‘kaibil’, en el contexto de Guatemala, ver *supra*, nota 1.

a asesinar a los niños tirándolos al pozo. Inmediatamente después llevaron a hombres y mujeres de diferentes edades al referido pozo procediendo a interrogarlos sobre la ubicación de unos fusiles y al no obtener respuesta los golpearon en la cabeza con almárganas y para ocultar sus crímenes los arrojaron al pozo, dentro del cual, además hicieron disparos de armas de fuego y lanzaron granadas de fragmentación. Al resto [de miembros] del grupo les dieron muerte camino a la montaña disparándoles con armas de fuego. Por lo que usted y sus compañeros les dieron muerte a más de doscientas catorce personas, con el propósito de destruir totalmente al grupo nacional del Parcelamiento de Las Dos Erres [...].

3. AUTORÍA MEDIATA

B. Autoría mediata por dominio de voluntad en aparatos de poder organizados

Desde que fue planteada por Claus Roxin, la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad o control de los aparatos organizados de poder ha ido tomado, sin duda, un papel central en el enjuiciamiento nacional e internacional de aquéllos responsables por la comisión de crímenes internacionales. Los elementos característicos de la teoría sirven para realzar la importancia de establecer la responsabilidad de los más altos mandos que, aún alejados del lugar en que se cometen los crímenes, logran garantizar el cumplimiento de sus órdenes y designios criminales a través de estructuras altamente organizadas y jerárquicas. El cumplimiento casi automático de las órdenes y mandatos de los altos mandos hace que sean ellos quienes tengan el verdadero control sobre la comisión del crimen. Así, en línea con el criterio del control o dominio del hecho, se tiene al perpetrador detrás del perpetrador como un autor indirecto del crimen.

Con estas bases, en la jurisprudencia actual de la CPI se ha desarrollado una nueva teoría de imputación, a través de una combinación de dos teorías particularmente relevantes: la propia autoría mediata a través del control de aparatos organizados de poder y la coautoría. Con la combinación de los rasgos de una y otra teoría se conforma la llamada coautoría indirecta, misma que se define por los siguientes elementos: “(i) el acusado debe ser parte de un acuerdo o plan común con una o más personas; (ii) el acusado y los demás coperpetradores deben llevar a cabo contribuciones esenciales que, de forma coordinada, resulten en la realización de los elementos materiales del crimen o la implementación del acuerdo o plan; (iii) el acusado debe tener el control sobre la organización; (iv) la organización debe consistir en un aparato de poder organizado y jerárquico; (v) la ejecución de los crímenes debe garantizarse en virtud de un cumplimiento casi automático de las órdenes dadas por el acusado; (vi) el sospechoso y los otros coperpetradores deben estar mutuamente conscientes y aceptar que la implementación del plan resultará en la realización de los elementos materiales del crimen y (vii) el acusado debe estar consciente de las circunstancias fácticas que le permitieron ejercer el control sobre la comisión del crimen junto con otra(s) persona(s)”⁴⁵. De la lectura cuidadosa de los elementos transcritos,

⁴⁵ CPI, *El Fiscal vs. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Decisión de confirmación de cargos, No. ICC-01/09-01/11, Sala de Cuestiones Preliminares II, 23 de enero de 2011, párr. 292. [Traducción de la autora]. Véase, también, CPI, *El Fiscal vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/04-01/07-717, Sala de Cuestiones Preliminares I, párrs. 491-539.

es fácil dilucidar que esta decisión se refiere a una coautoría indirecta, la cual también es conocida como una "coautoría mediata a través de aparatos organizados de poder". Es decir, cuando la CPI se refiere a la coautoría indirecta ha de entenderse como una fusión de las teorías de coautoría (como tradicionalmente se estudia) con la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, tal como fue propuesta por Roxin.

Esta combinación de teorías aun no ha sido utilizada, de forma expresa, en las decisiones latinoamericanas. Se presenta, entonces, una clara oportunidad para un diálogo jurisprudencial entre las cortes de esta región y la propia CPI, mediante el cual nuestros tribunales habrán de determinar la aplicabilidad o inaplicabilidad de esta forma compleja de autoría. En tanto, algunas decisiones nacionales han continuado el desarrollo jurisprudencial de una versión más pura de la autoría mediata a través del control o dominio de aparatos organizados de poder. A continuación se presenta parte de esa discusión judicial. Al mismo tiempo, como se detallará en la siguiente sección, es posible apreciar un incremento en el uso de la coautoría, también en su forma más elemental, como una teoría de la mayor relevancia para establecer la responsabilidad penal individual por crímenes de derecho internacional o delitos comunes que han sido subsumidos en los primeros.

ARGENTINA, *Megacausa ESMA (Manuel Jacinto García Tallada, et. al., acusados) (Relación de sentencias 1.b), considerandos*. De las nociones [sobre la imputación de autoría y participación] y de las formulaciones elaboradas por la doctrina más actual y especializada, no surgen posturas antagónicas que conlleven a inseguridades jurídicas sino, más bien, de una breve ojeada de la jurisprudencia, la posibilidad de afrontar como cuestión principal que la teoría y la imputación de la autoría son comunicables y se influyen entre sí.

Así se sostuvo en la provincia de Tucumán ("Jefatura de Policía de Tucumán s/secuestros y desapariciones", Exp. J-29/09): "[...] 8.3 **IMPUTACIÓN OBJETIVA**: Si bien es cierto que la conexión causal de las conductas imputadas a los procesales en estos autos se ha efectuado acabadamente a la luz de la llamada 'teoría del dominio del hecho mediante la utilización de aparatos organizados de poder' es dable observar que la herramienta dogmática utilizada no obsta a la implementación – sino que se complementa en forma armónica– de otra construcción de naturaleza imputativa: la teoría de la imputación objetiva del hecho. Es conocido en la doctrina jurídica penal que esta teoría se presenta fundamentada en dos requisitos esenciales, a saber: a) la creación de un peligro no permitido para el bien jurídico y b) la realización o concreción en el resultado de ese peligro jurídicamente desaprobado. Es decir que el autor (o coautor) del hecho será quien despliegue una conducta (o varias) que provoquen un peligro no permitido para el bien objeto de tutela penal y ese peligro luego se transforme en el resultado típico. Es así que, en la multiplicidad de los delitos que se les enrostran a [los acusados], podemos encontrar fácticamente la presencia de los elementos enunciados. Y ello porque el aparato de poder que desarrolló sus tareas ilegales durante el gobierno de facto desplegó una serie de actividades que de manera directa o indirecta, provocaron una enorme cantidad de focos de peligro para los bienes jurídicos de más alta apreciación para nuestro digesto penal: la vida, la libertad y la integridad física. La actividad de estos individuos se dirigió sistemáticamente a organizar una estructura que puso en peligro la vida y la libertad de los individuos y que se transformaron posteriormente en resultados típicos de muerte, lesiones, torturas, violaciones de domicilio y privación de la libertad. Entre otros. Pero lo afirmado no es sólo una enunciación dogmática de carácter eminentemente teórico, sino que se ha tenido presente para tal afirmación –y para no caer en el vicio de la falta de fundamentación suficiente–, que

todas estas actividades han sido debidamente probadas a lo largo del desarrollo del juicio, por lo que la base fáctica, es decir los hechos juzgados, han logrado emerger del desarrollo de la audiencia de debate con un nivel de certeza suficiente como para sostener el reproche que la condena implica [nota omitida]. [...]

Advirtiendo [que los párrafos transcritos no serán el final de la discusión dogmática], y sin haber hecho demasiados prolegómenos en el sentido de que las nociones de autoría e imputación se tienen a mano y se influyen recíprocamente; es decir, que están al tanto y sin subordinaciones de sus más íntimos problemas dogmáticos, la ciencia del derecho penal ha renunciado ya al sistema clásico que traía aparejadas ideas y escenarios en el que al sujeto activo del ilícito penal sólo se lo encontraba con datos e información física. En efecto, desde el modelo clásico hasta casi era posible tropezarse con el autor del ilícito y por su cercanía temporoespacial, atinar sobre él la calidad de autor. [...]

[C]asi por genética y por oficio, la moderna ciencia penal en su totalidad, entiende entonces que la imputación de la autoría ya no depende de la cercanía o non (sic) de la lesión al bien jurídico para direccionar y atribuir ese rol. El contenido de la postura analítica que se evoca a partir del citado autor (Roxin), nos enseña que de lo que se trata es de puntualizar conceptualmente las pautas normativas por las cuales se carga a la cuenta de un sujeto el mentado rol [nota omitida]. [...]

Además, en el mismo sentido se sostuvo que: *“Exponiendo la doctrina de Roxin, agrega Edgardo A. Donna un concepto de Peters: ‘El que ordenando y dirigiendo, toma parte en la empresa es, sea el que sea el grado jerárquico que ocupe, autor. A él le corresponde la plena responsabilidad aunque, por su parte, esté subordinado a su vez a otra instancia que emita las órdenes’*” [nota omitida].

A su tiempo también se dijo que: *“En la dogmática se han desarrollado distintas teorías con el fin de interpretar y explicar el contenido de dicho precepto legal. Entre las mismas se destaca la ‘Teoría del Dominio del Hecho’. Conforme señalan Zaffaroni, Alagia y Slokar [nota omitida], de acuerdo con la misma ‘... autor es quien domina el hecho, retiene en sus manos el curso causal, puede decidir sobre si y el cómo, o más brevemente dicho quien puede decidir la configuración central del acontecimiento’. A su vez el dominio del hecho no puede ser concebido desde una caracterización amplia del fenómeno, pues se presenta en forma concreta, bajo tres variantes: a) Dominio de la acción, es el que tiene el autor que realiza el tipo de propia mano. B) Dominio funcional del hecho, cuya idea central es la coautoría cuando se presenta en la forma de una división de la tarea en la etapa ejecutiva. C) Dominio de la voluntad, donde la idea decisiva es la autoría mediata y tiene lugar cuando se domina la voluntad de otro, sea por necesidad o por error. Por su parte, Claus Roxin desarrolló una tesis con relación a la autoría mediata, donde el dominio del hecho se da por fuerza de un aparato organizado de poder, lo que explicó a partir del caso Eichmann, condenado por el Tribunal de Jerusalén el 15 de diciembre de 1961 por crímenes cometidos en el marco del nacional socialismo. Roxin sostiene que en el caso de crímenes de Estado, de guerra o de organizaciones mafiosas es admisible la forma de autoría mediata en el sujeto que dentro del aparato organizado de poder se encuentra más cerca de los órganos ejecutivos de decisión y más lejos de las víctimas e imparte las órdenes a los subordinados; lo que se traduce en la particularidad de que esta circunstancia, proporciona al mismo mayor dominio del hecho, pese a encontrarse más alejado de la víctima. Resulta decisiva en esta teoría la fungibilidad de los ejecutores como así también su responsabilidad penal [...]. Esta forma de autoría mediata, en consecuencia coexiste con la figura de un ejecutor responsable según afirma Claus Roxin”* [nota omitida].

ARGENTINA, *Recurso de apelación (Jaime Lamont Smart, et. al., acusados) (Relación de sentencias 1.c), considerando XIII*. [E]s conveniente recordar que en la causa 13/84, la Cámara Federal porteña estableció ciertas pautas a partir de las cuales quienes se encuentran en una posición jerárquica superior podrían ser considerados autores (mediatos) de los hechos cometidos por sus subordinados, ello pese a no haber tenido el dominio concreto de la acción. Básicamente, podrían esquematizarse del siguiente modo: a) el dominio del hecho constituye el elemento principal para caracterizar al autor de un delito; b) partiendo de esa base, en casos como el presente, ese dominio se ejerce sobre la voluntad del ejecutor –dando lugar a la autoría mediata–; c) para ello, debe realizarse en el marco de una estructura organizada de poder; d) se caracteriza por la facilidad en el reemplazo de un ejecutor frente a la negativa de éste a concretar la acción –fungibilidad–.

Esos lineamientos fueron ampliamente desarrollados por este Tribunal al dictar resolución en la causa “Raffo” el día 15 de marzo pasado. También se trató esta circunstancia en las causas n° 36.873 “Olivera Róvere s/procesamiento con prisión preventiva” (reg. n° 55 del 9/2/06) y n° 37.079 “Crespi, Jorge y otros s/procesamiento con prisión preventiva” (reg. n° 429 del 17/5/06), ambas de la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, donde se atribuyó responsabilidad a los Jefes de Subzona y Jefes de Área por los hechos ejecutados por sus subalternos en los territorios que, por normas internas, se encontraban bajo su control.

Asimismo, al revisar la sentencia de la causa 13, los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué, sostuvieron que “[...] los superiores conservan el dominio de los acontecimientos a través de la utilización de una estructura organizada de poder, circunstancia que los constituye en autores mediatos de los delitos así cometidos. Son características relevantes de esta forma de aparición de la autoría mediata, el dominio que posee quien maneja discrecionalmente el sistema, no ya sobre una voluntad concreta, sino sobre una voluntad indeterminada puesto que, cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá. Ello así, toda vez que, otra de las notas salientes de esta forma de autoría es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera individualmente, sino como engranaje dentro del sistema, bastándole al autor con controlar los resortes de la estructura pues, aun cuando alguno de los ejecutores eluda la tarea, será reemplazado en forma inmediata por otro, que la efectuará. Esta concepción de la autoría mediata es plenamente aplicable a la causa, ya que la estructura jerárquica de la institución militar posibilita, a quien se encuentra en su vértice, la utilización de todo o parte de las fuerzas bajo su mando, en la comisión de hechos ilícitos...” [...]

Ahora bien, a juicio del Tribunal, la intervención que se les atribuye en esta oportunidad a M.O.E, R.A.C y L.G.B [acrónimos con los que se identifican algunos de los acusados en esta sentencia] encuadra en aquellos parámetros; es decir, les cabe a los nombrados la figura de autores mediatos de los delitos achacados.

Por un lado, de lo hasta aquí verificado, no surge que los nombrados hayan participado en la ejecución directa de los hechos por los que se los intimó en esta causa, a partir de lo cual se descarta una autoría de ese tipo.

Sin embargo, la posición jerárquica en la que se encontraban les permitía impartir directivas a quienes ostentaban menor rango y, al mismo tiempo, estaban subordinados a las órdenes dictadas por la Junta Militar que gobernaba en el momento, las cuales, a su vez, eran transmitidas

por sus superiores más próximos. Este esquema, si bien precario, muestra cómo las jerarquías y las responsabilidades estaban distribuidas escalonadamente.

Debe aclararse, a su vez, que el hecho de que los nombrados no hayan ocupado la cima de la pirámide jerárquica, no obsta a la utilización de la categoría de “autoría mediata” para graduar la participación que les cupo. Justamente, Claus Roxin ha planteado esta situación como uno de los problemas concretos de este tipo de autoría, y concluyó que “...*quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y a órdenes suyas es irrelevante, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito...*” [nota omitida].

A partir de lo examinado, corresponde modificar el grado de intervención que les atribuyó el instructor a M.O.E, R.A.C y L.G.B [acrónimos con los que se identifican a algunos de los acusados en esta sentencia] –partícipes necesarios–, por el de autores mediatos de los delitos atribuidos.

En la realidad de los procesos penales latinoamericanos por crímenes internacionales, la pureza académica de algunas de las doctrinas propuestas por distintos autores ha tenido que contrastarse con la complejidad de los argumentos presentados por las defensas de los acusados. En este contexto, un aspecto de particular fricción ha sido la aplicación de novedosas teorías de imputación *vis-à-vis* los alegatos relativos a las circunstancias eximentes de responsabilidad, tales como el cumplimiento de órdenes de un superior, el estado de necesidad o la coerción (que deriva en un miedo insuperable).

Estos argumentos –conocidos en la doctrina anglosajona como “defenses”– han sido, en principio, restringidos por reglas internacionales que limitan la posibilidad de invocarlos como eximentes dentro de los procesos penales por crímenes internacionales. No obstante la precisión de estas reglas, ellas han de integrarse en un debate judicial que resulte congruente con teorías de imputación propias del derecho penal internacional, a través de las cuales se busca establecer la responsabilidad penal de aquellas personas que detentan el verdadero poder o control sobre el crimen pero que, bajo muchos supuestos, mantienen una distancia física del lugar de los hechos.

De manera más precisa, en distintos procesos penales en Argentina se ha producido un debate sobre la compatibilidad de la teoría de la autoría mediata a través del control de aparatos de poder organizados con la imposibilidad de invocar el cumplimiento de las órdenes del superior como eximente de responsabilidad. Dicho brevemente, se ha afirmado que si esta forma de autoría mediata tiene como elemento esencial el cumplimiento casi automático de las órdenes impartidas, no se puede sostener al mismo tiempo que los autores materiales o directos debían desobedecer las órdenes dadas por sus superiores, como parte de una estructura de poder altamente organizada y jerárquica. Los párrafos abajo transcritos presentan parte de este debate y dan una respuesta parcial al mismo.

ARGENTINA, *Megacausa ESMA (Manuel Jacinto García Tallada, et. al., acusados) (Relación de sentencias 1.b), considerandos*. [E]l autor que en el marco de una orden de servicio recibe una directiva que aglutina todos los condimentos necesarios para ser considerado ilícito y, no obstante ello, ejecuta la orden manifiestamente ilegítima que recibe –con conocimiento de esa ilegitimidad–, es totalmente punible. Con lo cual, [teorías de imputación tales como la autoría mediata mediante el dominio de aparatos organizados de poder] solucionan un problema que no solucionan los casos genuinos de autoría tradicionales, pues corrigen el direccionamiento de la imputación fundando la responsabilidad en el conductor del aparato de poder o retransmisor de pesto, que no se fundamenta –ahora– en la “no punibilidad del instrumento”, sino, en todo caso, en la fungibilidad de él.

Es decir, quien domine el aparato o haga posible ese dominio subjetivo, es responsable pero no tanto porque el instrumento no es punible, sino porque el ejecutor o los ejecutores son fungibles en la cadena de mando. Y esto ocurre básicamente porque, quien conduciendo un aparato de poder como el militar da una orden manifiestamente ilegítima en un contexto de continuo cumplimiento de este tipo de órdenes y de no debate sobre la legitimidad de ellas, sabe y conoce que esa orden desde luego será ejecutada, pues en el marco de su propia eficiencia el aparato organizado de poder le garantiza –en el contexto de la fungibilidad– que la orden sí se ejecute. [...]

[Tal como lo afirmó el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de La Plata]: “*Quien dentro de un sistema ilegal de poder traslada las órdenes que llevan a la tortura y hasta la muerte, no es el producto de un ordenamiento pervertido. No es el producto de una política miserable como enseña Jakobs sino un problema de autoría dentro de un aparato organizado de poder, de la misma manera que los autores de los delitos en campos de concentración, o centro[s] clandestinos de Argentina, o los tiradores del muro de la antigua DDR, son el último eslabón de una cadena de causas. Por ello es que en los aparatos organizados de poder las personas de la cima tienen una responsabilidad mayor que la mera causalidad física y los miembros de dichos aparatos sólo pueden acceder a la impunidad por causales individuales de exculpación [...]. Ello era conocido por sus autoridades, y sabían también que podían oponerse a este sistema ilícito, como podían también negarse a entregar detenidos en la nocturnidad, abandonados e indefensos para que sean fácilmente aprehendidos por los grupos de exterminio que los aguardaban en la salida del penal. No alcanzan sellos u firmas apócrifas para excusar la grave responsabilidad que pesa sobre ellos. No hay que tener una imaginación retorcida como lo propone Jakobs; no es sencillo imaginarse ‘carcelero en un centro clandestino’ y no hace falta ‘un gran carácter’ para no serlo como señala Schoroeeder [...]. A falta de una configuración formal-normativa de esta estructura, el problema central del juicio a los ex comandantes residió, precisamente, en probarle a éstos que, mediante sus órdenes, o en virtud del plan mencionado, hubieron originado causalmente determinados hechos punibles de sus subordinados –problemas de la responsabilidad vertical– y que existían funciones y responsabilidad de igual categoría –problema de la responsabilidad horizontal– [...]*”.

[Tal como lo han reconocido algunos trabajos doctrinarios] “[...] con el paso del tiempo, los tribunales de justicia en América Latina y España, cada vez más [y] con mayor frecuencia se han dado cuenta de que el planteamiento tradicional [en el que se entendía que el superior, después de dictar la orden, no tenía más intervención en el crimen y por lo tanto era sólo otro partícipe del mismo], no refleja adecuadamente la naturaleza de la contribución del superior a los crímenes (planeando y dominando los medios a través de los cuales la actividad criminal es llevada a cabo) por que los relega a

un rol secundario que no se corresponde con su real envergadura. [...] Dado que el concepto de autoría mediata se basa en el dominio del superior sobre la voluntad de sus subordinados en virtud del control de la organización, mientras que el concepto de coautoría requiere un dominio compartido entre los superiores y los subordinados, ha surgido también el problema de cuál de estas dos figuras jurídicas debe ser aplicada a las autoridades políticas y militares de alto rango en la jerarquía de la organización, que plantearon campañas sistemáticas y extendidas de criminalidad e impartieron órdenes a sus inferiores para su ejecución. Los partidarios de la tesis de la autoría mediata provienen de relieve que cuando los crímenes son cometidos a través de aparatos organizados de poder, los superiores e inferiores en verdad no conciertan ningún plan común ni comparten el dominio en la ejecución de los delitos debido a que la organización posee su propia autonomía y los subordinados sólo ejecutan o implementan automáticamente las órdenes de sus superiores. En cambio, los partidarios de la tesis de la coautoría enfatizan que los superiores no ejercen en verdad un completo dominio sobre la perpetración de los delitos, debido a que la decisión final sobre la comisión descansa siempre en aquellos subordinados que libremente y con conocimiento optan por unirse al plan de sus superiores mediante el cumplimiento de sus órdenes. Como consecuencia, los superiores comparten con sus subordinados el dominio sobre la ejecución de los delitos, particularmente cuando su participación continúa durante la implementación de las órdenes criminales” [nota omitida]. [...]

[Además de estos debates que cuestionan la idoneidad de la teoría propuesta por Roxin] no podemos pasar por alto aquellas críticas que se desprenden de uno de los fallos citados [en esta misma sentencia] (TOF N° 1 de San Martín, causa n° 2005) y, en parte, acompañada por algunos doctrinarios (cfr. entre otros García Víctor [...]), acerca de que la teoría de Roxin favorece la impunidad, tal como ocurrió aquí en la Argentina con la ley de obediencia debida –el fallo sostuvo, a su vez, que dicha teoría contribuía con la de los dos demonios–.

En efecto, el Tribunal rechaza, enfáticamente esa postura, fundamentalmente, por su carácter dogmático.

Establecer responsabilidades por comportamientos ligados a los aparatos organizados de poder, ha dado pie, tal como se vio, a profundas discusiones en el ámbito del derecho, para caracterizar, sobre todo, la actuación de los denominados “autores de escritorio”. Y las respuestas, han sido disímiles, pues están quienes –como nosotros[–] [s]ostienen una autoría mediata, quienes apoyan una coautoría y quienes encuentran una inducción.

Sin embargo, en lo que sí todos coinciden, es en el complejo entramado del funcionamiento de un aparato organizado de poder, con sus órdenes emanadas de los superiores y su ejecución por parte de los subalternos.

De modo, que quienes con la elección de una de las tres modalidades con las que caracterizan aquellos comportamientos, creen poner candado a la errada voluntad estatal de establecer impunidad, por ejemplo, a través de la ley de obediencia debida, parecería no comprender la exacta dimensión del funcionamiento del aparato organizado de poder y los consecuentes y conocidos reclamos comunes de quienes aparecen como ejecutores directos de haber actuado en obediencia debida.

D. Ejemplos de estructuras o aparatos de poder organizados

v. El caso argentino: actuación ilícita de las fuerzas armadas como estructura de poder (nuevo)

ARGENTINA, *Caso Victorio Derganz y Carlos José Fateche (Juan Demetrio Luna, acusado) (Relación de sentencias 1.e)*, considerando III. Como señalara Sancinetti (“Análisis crítico del juicio a los excomandantes”) el esquema organizado de un aparato de poder tuvo un reconocimiento oficial por parte de la última Junta Militar, mediante el documento del 28 de abril de 1983 (BO del 2-5-83) que decía: “*Todas las operaciones contra la subversión y el terrorismo, llevados a cabo por las fuerzas armadas y por las fuerzas de seguridad, policiales y penitenciarias bajo control operacional, en cumplimiento de lo dispuesto por los decretos 261/75, 2770/75, 2771/75 y 2772/75, fueron ejecutadas conforme los planes aprobados y supervisados por los mandos superiores orgánicos de las fuerzas armadas y por la junta militar a partir del momento de su constitución*” [resaltado en el original]. Según esto, entonces, el sistema no sólo implicaba una estructura piramidal de subordinación dentro de cada fuerza –como es propio de cualquier fuerza armada–, sino también una relación de distribución de funciones y asistencia recíproca entre las respectivas fuerzas, conforme a un plan aprobado y supervisado desde las instancias superiores.

4. COAUTORÍA

Como se afirmó al inicio de este capítulo, la adopción por parte de la CPI del criterio mixto o de control sobre el crimen –como elemento central para distinguir entre autores principales y accesorios en la comisión de un crimen– ha dado lugar al desarrollo de un importante cuerpo de jurisprudencia respecto de las distintas formas de intervención criminal. Esta nueva línea jurisprudencial de derecho penal internacional resulta, sin duda, más compatible con y relevante para la dogmática e interpretación judicial de muchos países latinoamericanos.

En este contexto, una figura que ha recibido particular atención por parte de la propia CPI, así como por distintos tribunales latinoamericanos, es la llamada coautoría o coperpetración. De conformidad con el artículo 25(3)(a) del Estatuto de Roma, “será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) [c]ometa ese crimen por sí solo, con otro [...]”. En esta disposición, distintas salas de la CPI han encontrado el fundamento para lo que han denominado la “coperpetración directa” del crimen.

De conformidad con los precedentes relevantes para el tema, la coperpetración o coautoría directa requiere la participación de dos o más personas que, actuando de conformidad con un acuerdo o plan común, realizan una contribución coordinada y esencial para la perpetración del crimen⁴⁶. En palabras de la Sala de Cuestiones Preliminares I, “solo de aquellas personas a quienes se les ha asignado una tarea esencial –y quienes, consecuentemente, tienen el poder de frustrar la comisión del crimen en caso de no llevar

⁴⁶ CPI, *El Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Sentencia de Primera Instancia, ICC-01/04-01/06-2842, Sala de Primera Instancia I, 14 de marzo de 2012, párr. 980-1006 y 1018.

a cabo su tarea— se puede decir que tienen un control conjunto del crimen”⁴⁷. Al precisar este elemento de la coautoría, *i.e.* la contribución esencial a la comisión del crimen, la Sala de Primera Instancia I ha sostenido que la tarea asignada a un coautor no siempre ha de implicar la realización directa de algún elemento material del crimen. Por el contrario, “[a]quellos que cometen conjuntamente un crimen incluye, *inter alia*, quienes asisten en la formulación de la estrategia o plan, participan en la dirección o control de otros participantes o determinan las funciones de los involucrados en el delito. Esta conclusión hace innecesario para la Fiscalía establecer un vínculo directo o físico entre la contribución del acusado y la comisión de los delitos”⁴⁸.

Con respecto al segundo elemento, *i.e.* la existencia de un acuerdo o plan común, en distintas decisiones de la CPI se ha sostenido que el acuerdo o plan común debe tener algún elemento crítico de criminalidad, lo que significa “[...] que su implementación implique un riesgo suficiente de que, en el curso ordinario de los eventos, un crimen será cometido”⁴⁹. No obstante lo anterior, la Sala de Primera Instancia I ha resaltado, en línea con los precedentes de las salas de cuestiones preliminares, que no es necesario probar que el plan o acuerdo en cuestión estaba expresa y específicamente dirigido a la comisión del crimen o crímenes de competencia de la CPI⁵⁰.

De manera adicional a los dos elementos objetivos arriba descritos, en los precedentes relevantes de la CPI se ha establecido que, para poder determinar la comisión conjunta de un crimen, es necesario probar dos elementos mentales, a saber: “(i) el acusado y, al menos, otro de los coautores tenían la intención de [cometer el crimen de competencia de la CPI], o estaban conscientes que al implementar el plan común [tal crimen] ‘ocurriría en el transcurso ordinario de los eventos’, y (ii) el acusado estaba consciente de que estaba realizando una contribución esencial para la implementación del plan común”⁵¹.

Los párrafos de las sentencias latinoamericanas transcritas en esta sección se refieren, precisamente, a la determinación de la responsabilidad penal, en calidad de coautores, de distintas personas involucradas en la perpetración de crímenes calificados o subsumidos en algún crimen internacional. En esta línea, en cada una de las sentencias se destaca, con referencia a los hechos del caso, los elementos identificados en la jurisprudencia de la propia CPI para la determinación de la perpetración conjunta de un crimen. Es decir: (i) la existencia de un acuerdo o plan común; (ii) la división de tareas en virtud de la cual el acusado asume un papel esencial en la realización de los elementos materiales del crimen y/o en la implementación del plan común; (iii) la intención de realizar el crimen o el conocimiento de que, en el transcurso ordinario de los eventos, la implementación del plan acarrearía la comisión de un crimen, así como (iv) el conocimiento del acusado de su contribución al acuerdo o plan. Es de resaltar, de manera particular, el argumento desarrollado en las sentencias uruguaya y argentina, respecto de la asunción del riesgo

⁴⁷ CPI, *El Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Decisión sobre la confirmación de cargos, ICC-01/04-01/06-803, Sala de Cuestiones Preliminares I, 29 de enero de 2007, párr. 347. [Traducción de la autora].

⁴⁸ CPI, *El Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Sentencia de Primera Instancia, *op. cit.*, párr. 1004. [Traducción de la autora].

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 984. [Traducción de la autora].

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 982, 984-985, 988.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 1013.

por parte del acusado, como un factor determinante para establecer el elemento mental correspondiente.

Estas dos mismas sentencias destacan, además, el hecho de que los acusados en los procesos penales correspondientes nunca fueron miembros de las fuerzas armadas, sino que participaron en la estructura operativa de las dictaduras desde cargos netamente civiles, a saber: Ministro de Relaciones Exteriores y Ministro de Gobierno en la Provincia de Buenos Aires, respectivamente. De esta forma, ambas sentencias resaltan la importancia que tuvieron las autoridades civiles, mediante su anuencia y colaboración nacional e internacional, en la implementación de los planes criminales de las dictaduras regionales.

De manera adicional, es pertinente apuntar que el contraste o comparación de las distintas sentencias hace patente el espectro o gama de conductas que, consideradas como una contribución esencial, pueden desplegarse para poder hacer operativa la estructura a través de la que se comenten los crímenes o, en su caso, implementar el plan conforme al cual se realizan los elementos materiales de los crímenes. La habilitación de los espacios de reclusión en condiciones inhumanas, el proporcionar los datos de inteligencia o medios materiales necesarios para cometer el crimen, la contención de la población para evitar que escapen de una masacre o la defensa internacional, mediante argumentos engañosos, de la estructura que cometía directamente los crímenes. Todas estas son contribuciones que las cortes latinoamericanas han tenido como esenciales al determinar la responsabilidad, como coautores, de las personas que desplegaron dichas conductas.

Es importante aclarar, por último, que en algunas de las sentencias las cortes se refieren a la responsabilidad de los acusados como “partícipes necesarios” y no como coautores. El uso de una nomenclatura distinta se deriva de las diversas formas en que la intervención penal se ha integrado en los códigos y leyes aplicables en cada país. No obstante, dichas sentencias se han incluido en esta sección al entender: (i) que los elementos correspondientes a la participación necesaria son los mismos identificados en la jurisprudencia internacional para los coautores y (ii) que de conformidad con las leyes aplicables, corresponde aplicar la misma pena a los partícipes necesarios que a los autores del crimen. Esta materialización o determinación del reproche penal, en la lógica de la CPI, es un aspecto esencial que deriva de la distinción entre autores principales y accesorios.

URUGUAY, *Recurso de apelación (Juan Carlos Blanco Estradé, sentenciado) (Relación de sentencias 7.a), considerando VI*. [E]n lo que se refiere a otro de los agravios de la Defensa, en cuanto a la no intervención de AA en los hechos delictivos que se le imputan por el *a quo*, tampoco se entienden de recibo.

En oportunidad de pronunciarse sobre la apelación del auto de procesamiento éste Tribunal realizó un relato cronológico de cómo se fueron dando los sucesos relacionados con [Elena] BB a nivel de las relaciones internacionales y dejando en evidencia la activa participación en la emergencia del Ministerio de Relaciones Exteriores –cuyo Ministro era el encausado AA–, que es sumamente ilustrativo. Allí se dijo:

“a) que el 28 de Junio de 1976, alrededor de las 10.30 horas de la mañana, ingresó en el jardín de la Embajada de la República de Venezuela una mujer gritando y solicitando asilo político. Al salir, los diplomáticos vieron que detrás de la misma habían ingresado

varias personas de las cuales uno de ellas en forma violenta sacó a la mujer hacia el exterior. En el forcejeo incluso resultó lesionado el Consejero de la Embajada Sr. EE. La mujer, que en definitiva luego fue identificada como la maestra [Elena] BB, fue introducida en un automóvil Volkswagen cuya matrícula terminaba en 714 y conducida a un lugar desconocido.

El Señor Embajador de Venezuela, Julio Ramos, de inmediato se comunicó, vía telefónica primero y luego personalmente en el Ministerio de Relaciones Exteriores, con el Señor Subsecretario Michelin Salomón planteándole su queja por la flagrante violación de la inviolabilidad de la sede diplomática de su país [nota omitida].

En forma inmediata el Dr. Michelin Salomón, antes de que se retirara el Sr. Embajador, llamó por teléfono a la Presidencia de la República y al Ministro del Interior. Una vez que se había retirado el Embajador, el Ministro del Interior informó a Michelin Salomón que no podía brindar ninguna información sobre la denuncia del Embajador ya que a través de la Policía y de las otras reparticiones, no tenía registrado ese episodio.

b) El día 29 de julio el Sr. Subsecretario Dr. Guido Michelin Salomón y el Sr. Director para Asuntos de Pol[i]tica Exterior Embajador [Á]lvaro [Á]lvarez visitaron en su residencia al Sr. Embajador de Venezuela poniéndole en conocimiento del resultado de las diligencias practicadas por las autoridades competentes (Ministerio del Interior) lo que le fue reiterado al día siguiente por el Sr. Ministro de Relaciones Exteriores Dr. AA [nota omitida].

Ese mismo día 29 de junio de 1976 la Embajada de Venezuela remite su primera nota al Ministerio de Relaciones Exteriores [...] en la que reitera la denuncia efectuada el día anterior en cuanto a los hechos ocurridos en el jard[í]n de su sede, protesta por la violación de su sede diplomática y exige como reparación la entrega de la señora sustraída. De esta nota el Ministerio de Relaciones Exteriores remitió copia al Ministerio del Interior. A dicho Ministerio el mismo día se le remite, por parte de [la] Jefatura de Policía de Montevideo copia del informe del Comisario Fontana, quejándose, en el correspondiente oficio, de los cargos formulados por el Sr. Secretario de la Embajada Venezolana contra la Policía que consideran infundados [...] y luego por nota del Ministerio del Interior a Relaciones Exteriores se reclama enérgicamente por las manifestaciones de funcionarios de la Embajada y hace saber que se sancionó y se está tramitando sumario al funcionario policial [que se encontraba] de guardia en la Embajada cuando [suciedieron] los hechos.

c) El 1º de julio de 1976 la Cancillería contesta la nota de la Embajada de Venezuela [...] en la que hace saber que de las diligencias cumplidas surgía claramente que del incidente ocurrido no le cabía responsabilidad alguna a ninguna dependencia oficial.

Por su parte, el mismo día el Sr. Presidente de la Republica Dr. Alberto Demicheli envía a su par venezolano telegrama en que le hace saber el pesar y repudio del gobierno por el lamentable incidente y el propósito de agotar los esfuerzos para lograr que las investigaciones para individualizar y castigar a los culpables den resultado. [...]

El propio Presidente de la Rep[ú]blica Carlos Andr[é]s P[é]rez expres[ó] que si no devolvían a la señora, se rompería [la] relación con Uruguay [...].

d) El 2 de julio de 1976 el Embajador de Venezuela Julio Ramos remite una segunda nota al Ministerio de Relaciones Exteriores en la que ya debidamente instruido por su gobierno, en concreto solicita la identificación de la Sra. BB “... de 31 años de edad, de profesión maestra de escuela, cuya familia reside en la calle Los Jockeys urbanización El Hipódromo”, y también que se presente ante la misión diplomática el funcionario “Cacho” que según el Comisario Fontana es funcionario del Servicio de Información e Inteligencia, ello para aclarar cualquier duda acerca de la dama sacada del jardín como de la persona “que cometió tal tropelía” [...].

f) El mismo 2 de julio en que en el Ministerio de Relaciones Exteriores recibieron la segunda nota de la Embajada de Venezuela, el Ministro AA ordena al Director de Política Exterior Embajador Álvaro Álvarez la confección de un Memorandum sobre “Conducta a seguir frente al caso Venezuela, desde el punto de vista de las relaciones internacionales”.

g) Es de interés destacar, cortando un poco el desarrollo de esta relación, que los hechos acaecidos en la Embajada de Venezuela en nuestro país el 28/6/1976 fueron puestos en conocimiento del Departamento de Asuntos Diplomáticos de [1] Ministerio de [Relaciones Exteriores] de inmediato, mismo día de noche o a lo sumo a la noche siguiente.

h) En días posteriores, entre el 3 y 5 de julio, AA convocó a una reunión a los tres Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, Jefe del Esmaco y Ministro del Interior y a dicha reunión además de los mencionados concurrieron Álvaro Álvarez, Michelin Salomón y Julio Cesar Lupinacci.

A partir de dicha reunión se precipitan los acontecimientos: el 6 de julio el Ministerio de [Relaciones Exteriores] emite un comunicado de prensa que es proporcionado a los medios por Álvaro Álvarez [nota omitida].

Dicho comunicado esencialmente expresa pesar y repudio por el incidente, acusa al Embajador de Venezuela de pretender atribuir responsabilidad a miembros de la policía vestidos de civil sin tener elementos de prueba que avalaran su versión, haciendo además declaraciones públicas para propalar su versión infundada. El mismo día el Ministerio de [Relaciones Exteriores] le remite nota a la Embajada de Venezuela declarando al Embajador persona non grata adjuntando a dicha nota otra Nro. 64/76 donde se incluyen antecedentes de [Elena] BB y se informa que salió del país el 24/1/1976 [nota omitida].

i) El 5 de julio de 1976 Venezuela adoptó la decisión de suspender las relaciones diplomáticas con nuestro país, lo que fue notificado el 6/7/1976 [...].

j) El 15 de Julio de 1976, el Ministerio de [Relaciones Exteriores] por circular CT 12/3-P instruye a las sedes diplomáticas de nuestro país los lineamientos de la conducta que deben observar en referencia al episodio con Venezuela, debiendo ajustarse en cuanto a los hechos “(...) al punto de vista del gobierno uruguayo expuesto en el comunicado de la Cancillería (...)” acentuándose que se enfatizará sobre la responsabilidad del Embajador de Venezuela Julio Ramos y minimizará la suspensión de relaciones [nota omitida]”.

Sostiene el Sr. Defensor, fundando su agravio en tal sentido que AA, en su calidad de Canciller de la República en la época en que ocurren los hechos de autos, nunca supo que la mujer

protagonista de los hechos ocurridos en la Embajada de Venezuela estuviera en poder de las autoridades uruguayas. En este sentido el encausado fue inducido en error por las autoridades competentes en quienes honestamente creyó, excluyéndose de plano todo accionar doloso. [...] [Como otro elemento coadyuvante para su posición la Defensa (...) destaca que AA nunca tuvo poder de mando ni dominio sobre los hechos, no estaba en sus manos impedir el resultado y justamente la presunta muerte de BB no fue consecuencia del accionar del enjuiciado]⁵².

Luego del estudio del cúmulo probatorio allegado al proceso la Sala entiende que tales expresiones coliden frontalmente con aquél y en éste aspecto se mantienen incólumes los fundamentos de su rechazo ya dados por este Colegiado oportunamente. Así pues:

a) El Dr. AA fue Ministro de Relaciones Exteriores de la República desde fecha anterior al gobierno “de facto” y era miembro nato del Consejo de Seguridad Nacional (COSENA);

b) De sus declaraciones en sede judicial surge que de los hechos acaecidos en la sede de la Embajada de Venezuela el 28/6/1976 tuvo conocimiento casi de inmediato e incluso el 30/6/76 recibió en el Ministerio al señor Embajador de Venezuela Don Julio Ramos, cumpliendo con las responsabilidades correspondientes a su cartera y de su calidad de miembro del COSENA;

En efecto, como se ha dicho recibe en su despacho al Sr. Embajador de Venezuela el 30/6/76 comunicándole que diligencias varias practicadas por las autoridades pertinentes (Ministerio del Interior) no dieron resultados para dilucidar el asunto, pero que se encargió “... la pronta información al respecto para responder el planteo del Embajador de Venezuela...” [...] y luego el 1º de julio contestó la nota de la Embajada del 29/6/76 donde manifiesta que de acuerdo a las informaciones recabadas no le cabía responsabilidad a ninguna dependencia oficial, ello congruente con el telegrama enviado por el Presidente de la Rep[ú]blica Dr. Demichelli al par de Venezuela Andrés Pérez, aunque manifestaba el pesar por el hecho y el propósito de agotar esfuerzos para dilucidarlo;

c) Al recibir la segunda nota de la Embajada de Venezuela, AA ordena [a]l Director de Política Exterior Álvaro Álvarez confeccionar un Memorándum sobre “Conducta a seguir frente al caso Venezuela, desde el punto de vista de las relaciones internacionales”. En la confección de dicho memorándum colaboraron Guido Michelin Salomón, Julio César Lupinacci y el propio AA. [...]

Siendo la prueba de cargo fundamental, en lo referido al conocimiento que tenía AA de que la detención de la Maestra BB en la sede de la Embajada de Venezuela fue obra de funcionarios dependientes de los servicios de seguridad oficiales, dicho “memorándum”, además de otros indicios que lo corroboran, [debe analizarse a la luz de los hechos descritos previamente].

El “memorándum”, a decir de Álvaro Álvarez, le fue cometido por el Ministro (AA) con el encargo de que en él “(...) se recogiera o se determinara cuál era la posición de la Cancillería sobre los hechos denunciados, que pasaron a constituir al caso Venezuela, desde el punto de vista estrictamente de las relaciones internacionales”. Se intercambiaron ideas con AA, Michelin Salomón y Lupinacci “(...) y siguiendo las indicaciones del Sr. Ministro, preparó un borrador (...)” dice Álvaro Álvarez [...]; luego “(...) fue considerado por el grupo (...) quienes formularon una serie de precisiones, aditivos y enmiendas que luego de ser aceptadas por todos, particularmente por el Sr. Ministro, fueron asentadas en el borrador (...)”. [...]

⁵² Nota de edición: El texto entre paréntesis cuadrados o corchetes se encuentra en otro lugar de la sentencia original, pero por su pertinencia para este aparte, decidimos incluirlo aquí.

[El tribunal tuvo a la vista una copia mecanografiada del memorándum, de la que] se extrae sin dificultades la estructura de ese documento o “memorándum”. Veamos:

Título: “Asunto: Conducta a seguir frente al caso Venezuela desde el punto de vista de las relaciones internacionales”.

“1) Elementos que delimitan el asunto”.

Aquí se cita la nota del 29/6/76 de la Embajada de Venezuela; respuesta del Ministerio de RR. EE. del 1/7/76 a la nota anterior; telegrama del Presidente de la Rep[ú]blica y nota de la Embajada de Venezuela del 2/7/76.-

“2) Alternativas de acción: (...) a) entregar a la mujer (...) b) no entregar a la mujer”

“3) Análisis de los dos géneros de alternativas”

a) No entregar a la mujer y luego de señalar la ventaja de no entregar la prueba del acto ilícito y evitar las declaraciones de la misma, se analizan las desventajas en 7 numerales.

b) Entregar la mujer y se analizan las ventajas en 3 numerales y las desventajas en 4 numerales, efectúa precisiones y concluye que “nos inclinamos por el género de alternativa basado en la entrega de la mujer”. [...]

[De ser cierto que no se tenía conocimiento sobre la detención de la víctima por parte de funcionarios públicos] [1] la alternativa que plantea el numeral 2 del Memorándum [...] aparece como absurda, cuando menos. Si el Ministro AA conocía la monolítica negativa, firme y terminante de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, del Jefe del Estado Mayor Conjunto y del Ministro del Interior respecto a cualquier participación de sus fuerzas en el episodio acontecido en el jardín de la Embajada de Venezuela ¿Por qué eligió sólo esas dos alternativas de actuación para nuestro país? No corresponde olvidar que el memorándum era para llevar a la reunión que convocó como miembro del COSENA y en la que participarían los integrantes del mismo o sea los mencionados Jefes y Ministro del Interior que negaban tener a la mujer.

Ello, obviamente, tiene una única explicación, AA previó esas únicas alternativas para llevar a la reunión porque tenía personalmente conocimiento que la persona sustraída violentamente del jardín de la Embajada estaba en poder de las fuerzas de seguridad.

Pero, el conocimiento de que habían sido funcionarios de organismos de seguridad oficiales quienes sustrajeron a la mujer, además se ve corroborado por el propio Memorándum cuando en el numeral 3º al contemplar la hipótesis de “no entregar a la mujer” comienza por anotarse “No puede persistirse en la posición de alegar que la acusación venezolana carece de elementos de juicio ante las determinaciones concretas contenidas en la última nota de Venezuela”.

AA alega que esta expresión era una hipótesis de trabajo para “(...) el caso que dentro del gobierno hubiera una discusión al respecto (...) se trataba de prever posibles elementos de discusión al respecto” [...].

Esa justificación es absolutamente inaceptable. Los criterios de razonabilidad armonizados con el natural acontecer de las cosas (si se quiere, la sana crítica Art. 174 del C.P.P.) no permiten admitir tal explicación y convencen que AA convocó a los restantes gobernantes “de facto”, con pleno conocimiento de que en manos de los servicios de seguridad oficiales estaba la mujer sustraída, y lo consignado en ese documento reflejaba su fiel conocimiento y convicción. [...]

En definitiva el ex Ministro de Relaciones Exteriores de la República, Dr. AA, en lo referido a este episodio de sustracción de una mujer, que resultó ser [Elena] BB, de los jardines

de la Embajada de Venezuela por personal de los servicios de seguridad oficial, tuvo pleno conocimiento. Ello se plasmó en el Memorándum, no obstante la negativa de los responsables.

Debe tenerse presente además que AA, en su calidad de Ministro de Relaciones Exteriores y “miembro permanente” del COSENA [...], estaba plenamente al tanto de las denuncias que por secuestros, detenciones ilegales y desapariciones de personas ocurrían en el Uruguay no solamente por “comentarios extraoficiales” que circulaban a nivel de la [s]ociedad, sino también por concretas denuncias realizadas en reconocidos ámbitos internacionales.

Tampoco puede admitirse que AA “fue inducido en error” por los militares, puesto que aquél –en su carácter de Canciller– debió informar en reiteradas oportunidades a organismos internacionales por denuncias concretas de desapariciones o muerte de detenidos por causas no explicadas, siendo el enjuiciado quien supervisaba o redactaba esas contestaciones, impartía las órdenes a todo el Servicio Exterior y representaba a nuestro país en eventos internacionales negando tales violaciones a los derechos humanos.

O sea que claramente mal puede considerarse una “mera hipótesis de trabajo” al multicitado memorándum el que, analizado teniendo presente la preponderante posición institucional del encausado y su profundo conocimiento de la realidad uruguaya, se transforma en una de las piezas fundamentales de la responsabilidad atribuida.

El enjuiciado, luego de la calificada reunión donde se tratara el memorándum presentado por él –en el que se exponían detalladamente analizadas todas las ventajas y desventajas de cada una de las dos opciones presentadas (incluso la de seguir cometiendo una conducta delictiva de, por lo menos, privación ilegítima de libertad)–, le imprime un giro abrupto a la posición por él allí sustentada sin que ningún hecho aparente lo justificara.

Así pasó, como viene de verse, de considerar positivamente la denuncia de la Embajada de Venezuela a declarar a dicho Embajador “persona *non grata*” acusándolo, conjuntamente con el Consejero de esa Misión Diplomática, de haber “violado flagrantemente la soberanía nacional y lesionado gravemente la dignidad del pueblo y Gobierno Uruguayo” y a instruir a todas las sedes diplomáticas uruguayas que respecto a éste “incidente” se actuará ajustándose a lo expuesto en comunicado de la Cancillería, enfatizando la responsabilidad del Embajador venezolano y minimizando la actual situación de relaciones suspendidas [...].

Por esa cooperación directa de AA en el período de la consumación del delito imputado, llevando a cabo acciones para distorsionar la realidad y no “por el mero hecho de haber ocupado durante el período excepcional (alteración institucional o dictadura) el cargo de canciller de la República” [...], es que se considera que aquél debe responder penalmente por el delito de Homicidio muy especialmente agravado en calidad de coautor (art. 61 nal.3 CP).

GUATEMALA, Caso Masacre de Las Dos Erres (Roberto Aníbal Rivera Martínez, et. al., acusados) (Relación de sentencias 3.a), considerandos III y IV. DETERMINACIÓN PRECISA Y CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS QUE EL TRIBUNAL ESTIMA ACREDITADOS: [...] Que el acusado Carlos Antonio Carías López, ten[í]a la calidad de subteniente de reserva y jefe del destacamento militar de la aldea Las Cruces, municipio de La Libertad, departamento de Petén; en los meses previos a diciembre de mil novecientos ochenta y dos.

Que la población civil del parcelamiento Las Dos Erres, ubicado en jurisdicción de aldea Las Cruces, municipio de La Libertad, departamento de Petén; era considerada área conflictiva

o roja, por lo que se preparó un operativo que tenía como objetivo militar, recuperar los fusiles robados por la guerrilla.

Entre los días del seis al diez de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, en cumplimiento del plan militar preconcebido en el marco del conflicto armado interno, el sindicato CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS L[Ó]PEZ, realizó una serie de actos imprescindibles tendientes a asegurar la masacre perpetrada en contra de los pobladores del parcelamiento de Dos Erres, cometida por la patrulla de kaibiles⁵³ al mando del teniente Roberto Aníbal Rivera Martínez.

Que el día siete de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, en horas de la madrugada, ordenó a los soldados y a un grupo de patrulleros de autodefensa civil, que estaban bajo sus órdenes en el mencionado destacamento militar, que efectuaran vigilancia permanente sobre las vías de acceso al Parcelamiento de Las Dos Erres, para impedir que ninguna persona saliera de la aldea Las Cruces, y que nadie proveniente del parcelamiento las Dos Erres, ingresara a dicha aldea con el fin de evitar que cualquier persona presenciara o auxiliara a los parcelarios que habitaban en ese lugar, así como que los parcelarios que sufrían ese ataque pudieran escapar o pedir auxilio.

Que el sindicato CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS L[Ó]PEZ, cooperó a que la patrulla kaibil, ejecutara el operativo militar preconcebido con total impunidad; y que desalojaban de sus casas a los pobladores del parcelamiento Las Dos Erres, utilizando violencia y actos crueles e inhumanos con el objetivo de concentrar a los hombres y ancianos en la Escuela Rural Mixta de las Dos Erres y a las mujeres y a los niños pequeños los reunieron en la iglesia.

Cuando los pobladores de la Aldea las Cruces acudieron al sindicato CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS L[Ó]PEZ, en su calidad de autoridad militar, para que verificara lo que acontecía en el parcelamiento Las Dos Erres, les indicó que allí se estaba efectuando una limpieza. Posterior a ello y en virtud de la insistencia de los familiares, el sindicato CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS L[Ó]PEZ, reunió a toda la gente de la aldea Las Cruces y les indicó que ya no preguntaran por ellos porque ya habían sido asesinados por ser guerrilleros.

Que el acusado CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS L[Ó]PEZ, cooperó en la preparación y ejecución de los hechos, mediante los cuales la patrulla kaibil comandada por el Teniente Roberto Aníbal Rivera Martínez, torturó, cometió violaciones sexuales, actos inhumanos y degradantes y les dieron muerte a doscientas una personas que aparecen descritas e individualizadas en la acusación y en el apartado anterior.

Que el acusado CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS L[Ó]PEZ, tenía conocimiento antes, durante y después, de los hechos de la masacre que se cometió; asegurando con ello que la patrulla kaibil comandada por el teniente Roberto Aníbal Rivera Martínez, perpetrara el asesinato, tortura, violación y actos inhumanos y degradantes de doscientas una personas, incluyendo niños, mujeres, hombres y ancianos.

Que el sindicato CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS L[Ó]PEZ, el día nueve de diciembre del año mil novecientos ochenta y dos, ordenó a los soldados y patrulleros de autodefensa civil bajo su mando, que ingresaran al parcelamiento Las Dos Erres, con camiones y carretones jalados por tractores, para apoderarse de los animales, la cosecha y bienes muebles de los parcelarios que fueron asesinados en dicho parcelamiento. Asimismo, ordenó destruir las viviendas de la población masacrada y los vestigios de los hechos perpetrados los días anteriores, para ocultar

⁵³ Nota de edición: sobre el significado de ‘kaibil’, en el contexto de Guatemala, ver *supra*, nota 1.

las graves violaciones a los derechos humanos en contra de la población civil no combatiente del Parcelamiento Las Dos Erres. [...]

La declaración aportada por el perito ROBLES ESPINOZA, permite determinar que en una Zona Militar, el comandante o Jefe tiene la responsabilidad de la decisión, de las acciones que se realizan. Circunstancia que es relevante, puesto que permite establecer que el sindicado CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS L[Ó]PEZ, era la persona que ejercía el cargo de Jefe Militar de las Cruces, Zona Militar a la cual estaba adscrita el Parcelamiento Las Dos Erres, de lo que se deduce que efectivamente, estaba enterado de la incursión al lugar y de todo lo ocurrido. [...]

Es importante indicar que el peritaje militar permite establecer que los kaibiles actuaron y participaron en forma planificada, bajo un mismo patrón de conducta y que ninguno de sus integrantes se opuso. Determinándose que el planeamiento fue eficaz, porque todo estaba previsto, comprobándose que el Jefe del Destacamento Militar de las Cruces, CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS L[Ó]PEZ, tenía conocimiento del plan, el cual cumplió. [...]

En cuanto al sindicado CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS L[Ó]PEZ, con las declaraciones de los testigos RICARDO MART[Í]NEZ GONZ[Á]LEZ, BLANCA DINA ELIZABETH MAYEN RAM[Í]REZ, PEDRO ANTONIO MONTEPEQUE GARC[Í]A, MAR[Í]A ESPERANZA ARREAGA, RAÚL DE JESÚS G[Ó]MEZ HERN[Á]NDEZ, SANDRA ORFILIA G[Ó]MEZ HERN[Á]NDEZ, FRANCISCO ARREAGA ALONZO, PETRONILA L[Ó]PEZ M[É]NDEZ, FELICITA HERENIA ROMERO RAM[Í]REZ, LUIS SAÚL AR[É]VALO VALLE, PETRONILA L[Ó]PEZ M[É]NDEZ Y SALOM[É] ARMANDO G[Ó]MEZ HERN[Á]NDEZ, ha quedado acreditado que el sindicado, en ese tiempo, diciembre de mil novecientos ochenta y dos, era Jefe del destacamento de las Cruces, siendo conocido como el Teniente Car[í]as, habiendo quedado establecido que [é]l tenía conocimiento de lo ocurrido en el parcelamiento de las Dos Erres y que a pesar de las peticiones de los familiares de los fallecidos, quienes se presentaron a pedir auxilio y que investigara lo acontecido, no apoyó a los familiares de las víctimas. Siendo importante indicar, que de acuerdo al peritaje militar rendido por el General Rodolfo Espinoza, la declaración rendida por los testigos y aplicando los Principios de la Sana Crítica Razonada, entre ellos la Lógica y la Experiencia, encontramos que necesariamente el sindicado CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS L[Ó]PEZ, se encontraba enterado de todo lo acontecido en el parcelamiento Las Dos Erres, puesto que era el Jefe del Destacamento de las Cruces, al cual se encontraba asignado el parcelamiento donde fallecieron las víctimas. Por otra parte ha quedado demostrado que existió una preparación previa de la acción criminal, de acuerdo con lo declarado por los testigos IB[Á]ÑEZ y PINZ[Ó]N JEREZ, por lo que el Teniente CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS L[Ó]PEZ, lógicamente estuvo enterado de la planificación y giró las instrucciones necesarias para apoyar a la Patrulla Elite de Kaibiles. [...]

En relación a los DELITOS CONTRA LOS DEBERES DE HUMANIDAD, regulado en el artículo 378 del Código Penal, los Juzgadores consideramos que con los medios de prueba que se han analizado, ha quedado comprobado que los pobladores del parcelamiento de las Dos Erres, eran campesinos dedicados a las actividades agrícolas, una población civil, que fue atacada sin oponer ningún tipo de resistencia. Habiendo quedado ampliamente demostrado a través de los peritajes histórico social y militar, así como con las declaraciones testimoniales de los testigos presenciales IB[Á]ÑEZ, PINZ[Ó]N JEREZ y OSORIO CRISTALES, que los hombres, mujeres y niños del parcelamiento las Dos Erres, fueron objeto de trato inhumano,

siendo sacados de las viviendas en donde se encontraban durmiendo, sometidos a tortura, varias mujeres violadas y finalmente ejecutados, tirándolos al pozo, en donde fueron ocultados. Lo que demuestra el ensañamiento y perversión brutal con la cual fueron tratados. Llegando inclusive a desaparecer la población del mapa geográfico.

Los Juzgadores al efectuar el estudio y encuadramiento de las acciones efectuadas por los sindicados, comprobarlos con la prueba producida en el debate consideramos que efectivamente los sindicados REYES COLLIN GUALIP, MANUEL POP SUN, DANIEL MART[Í]NEZ M[É]NDEZ Y CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS L[Ó]PEZ, al aplicar tratos inhumanos a los pobladores civiles del parcelamiento las Dos Erres, encuadraron su conducta en los DELITOS CONTRA LOS DEBERES DE HUMANIDAD, en calidad de autores de conformidad con los artículos 36 inciso 1) para los sindicados REYES COLLIN GUALIP, MANUEL POP SUN, DANIEL MART[Í]NEZ M[É]NDEZ y para el acusado CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS L[Ó]PEZ, de conformidad con el artículo 36 inciso 3) y 378 del Código Penal [pues cooperó en la realización del delito], por lo que debe imponérseles la pena correspondiente. [...]

En relación al delito de HURTO AGRAVADO, los Juzgadores consideramos que con las declaraciones de los testigos LAURA GARC[Í]A GODOY, CRISTINA ALFARO MEJ[Í]A, FRANCISCO ARREAGA ALONZO, RA[Ú]L DE JES[Ú]S G[Ó]MEZ HERN[Á]NDEZ, PEDRO ANTONIO MONTEPEQUE GARC[Í]A, ha quedado comprobado que el Teniente CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS L[Ó]PEZ, después de la masacre ocurrida en el parcelamiento las Dos Erres, se apropió de los enseres domésticos de las víctimas. Siendo claros los testigos al indicar que vieron como se llevaron en las carretas, los objetos correspondientes a los fallecidos, los cuales nunca fueron recuperados por los familiares. Razón por la cual el sindicado CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS L[Ó]PEZ, encuadró su conducta en el delito de HURTO AGRAVADO contenido en el artículo 247 inciso 2) del Código Penal, puesto que el acusado CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS L[Ó]PEZ, aprovechó el peligro común, la calamidad por la que pasaron los pobladores del parcelamiento las Dos Erres, quienes fueron masacrados. Aprovechándose de las sencillas pertenencias de los ahora fallecidos. Por lo que debe imponerse al acusado CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS L[Ó]PEZ, la pena correspondiente.

El tribunal con fundamento en lo considerado, leyes invocadas y los artículos [respectivos], [...] [a]l resolver, POR UNANIMIDAD, DECLARA: I) Que los sindicados [contra quienes se ha seguido este proceso, incluyendo a] CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS LÓPEZ, son responsables como autores del delito de ASESINATO cometido en contra de la vida e integridad de los pobladores de las DOS ERRES. II) Por tal delito debe imponérseles la pena de TREINTA AÑOS DE PRISI[Ó]N INCONMUTABLES, por el asesinato de cada persona, haciendo un total de SEIS MIL TREINTA AÑOS DE PRISI[Ó]N INCONMUTABLES. [...]. III) Que los sindicados [contra quienes se ha seguido este proceso, incluyendo a] [...] CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS LÓPEZ, son responsables como autores de los DELITOS CONTRA LOS DEBERES DE HUMANIDAD, cometidos en contra de la Seguridad del Estado. IV) Por tal delito debe imponérseles la pena de TREINTA AÑOS DE PRISI[Ó]N INCONMUTABLES. V) Que el acusado CARLOS ANTONIO CAR[Í]AS LÓPEZ, es responsable como autor del delito de HURTO AGRAVADO, cometido en contra del patrimonio de los pobladores del parcelamiento de las DOS ERRES. VI) Por tal delito debe imponerse la pena de SEIS AÑOS DE PRISI[Ó]N INCONMUTABLES.

ARGENTINA, *Recurso de apelación* (Jaime Lamont Smart, et. al., acusados) (*Relación de sentencias 1.c*), *Imputaciones y Descargos / considerandos XII y XIII*. En oportunidad de recibirle declaración indagatoria a [JLS], el señor Juez [de Primera Instancia] le atribuyó el haber participado en calidad de Ministro de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, de la privación ilegal de la libertad y en la aplicación de tormentos que sufrieron (...) todo ello durante el período que los nombrados estuvieron ilegítimamente alojados en el ámbito del local de la Policía de la Provincia de Buenos Aires conocido como “Pozo de Quilmes” [...]. Dicha participación se le endilgó por haber efectuado aportes indispensables de medios materiales como por haber dispuesto de personal de la Policía Bonaerense para que llevaran a cabo aquellas conductas, con conocimiento de la ilicitud del sistema y derivado de su función de orden, prevención y seguridad pública, organización, dirección y régimen policial previsto en el artículo 15, inciso 6, de la Ley 7279 (...).

[En su descargo, el acusado] explicó que su responsabilidad respecto de la Policía de la Provincia de Buenos Aires se limitó al aspecto administrativo y que, en lo atinente a la lucha contra la subversión, dicha fuerza dependía directa y excluyentemente del Primer Cuerpo del Ejército, a través del Jefe de la Policía -primero, el Coronel C. y, luego, el General R[-].

Esa actividad, según indicó el declarante, era ajena a los funcionarios civiles e imperó, de acuerdo a lo que se acreditó en la causa n° 13/84, un secreto absoluto respecto de las acciones llevadas a cabo por las Fuerzas Armadas contra el terrorismo. [...]

Mediante Decreto n° 1 del 8 de abril de 1976 el [acusado] fue designado en el cargo de Ministro de Gobierno de la provincia de Buenos Aires, habiendo cesado en el mismo el 4 de septiembre de 1979 como consecuencia de la aceptación de su renuncia, conforme se desprende del Decreto 1737/79.

Entre las cuestiones que, con motivo de dicho cargo, le competía se encontraban las descriptas en el inciso 6° del artículo 15 de la ley provincial 7279/67, que se referían al “(o)rdén, prevención y seguridad públicos. Organización, dirección y régimen policial”, con los alcances establecidos en el convenio aprobado por la ley provincial 8529/75. Nótese que dicho acuerdo había acotado las atribuciones que les otorgaba aquella ley provincial al poner bajo control operacional del Consejo de Defensa al personal y medios policiales y penitenciarios de la Provincia de Buenos Aires, pero había establecido, a la vez, que dicho control no incluía atribuciones para intervenir en funciones específicas ni en *aspectos administrativos de las fuerzas policiales y penitenciarias provinciales*.

Aquel cargo, y las atribuciones que implicaba, fue[ron] asumidos por el nombrado en calidad de funcionario *de facto*, es decir, *sabiendo o debiendo saber de la ilegitimidad de su nombramiento y de la ilegitimidad de los actos ejecutados en ocasión de sus funciones, puesto que la Constitución histórica del Estado califica de sediciosa la acción de toda fuerza armada que se atribuya los derechos del pueblo*. Por tanto, genera responsabilidad política –y civil, penal y administrativa, si cabe– (a) *aceptar cargos públicos nacionales o provinciales de alta jerarquía en la estructura de poder de gobiernos de facto*, (b) *permanecer en ellos y, como consecuencia*, (c) *participar en la gestión de sus actos ilegítimos en su origen*.

Es obvio inferir que el encartado, al ocupar el cargo de Ministro de Gobierno de la provincia de Buenos Aires durante el gobierno militar de 1976 a 1983, estuvo identificado con el violento e inhumano sistema represivo implantado. Esa integración orgánica e identificación ideológica con el gobierno militar implicó un grado de colaboración –o, mejor aún, según el diccionario

léxico, *participación*– en cuanto fue parte en la estructura funcional y vertical del Estado o bien pasó a integrar la organización de poder, “tocarle algo en ella”. La colaboración o participación en organismos ejecutivos, ministeriales, policiales, y penitenciarios, entre otros, denota que aquel ha tenido una clara representación en el resultado de su conducta coadyuvante a la ejecución de actos derivados de un sistema clandestino de represión con víctimas en escala colectiva. Vale decir, las funciones *voluntariamente* asumidas hacen inferir que dichos funcionarios debieron considerar –con plena conciencia e inexcusablemente– los riesgos de participar en la ejecución del plan sistemático trazado y de lo que implicaba ejecutar dicho plan. La prueba de ello deriva del contexto histórico-político del período de referencia en el cual no puede discutirse que esos hechos existieron y existieron de acuerdo al plan; tampoco cabe poner en tela de juicio la correspondencia de los hechos cometidos con el tiempo de ejercicio de las funciones del mencionado, y, desde luego, la extrema gravedad de las formas en que fueron ejecutados aquellos hechos, conforme al conocimiento general desde que acontecieron y posteriormente esclarecidos en la posibilidad que sólo puede acaecer en gobiernos constitucionales.

Se extrae de las consideraciones anteriores que (...) tenía *pleno conocimiento del plan sistemático y generalizado de represión inhumana e ilegal desatado en la región bonaerense*. A ello se añade, por un lado, que el nombrado ejerció su cargo *de facto* en la gobernación de la Provincia de Buenos Aires –como ministro de ese gobierno– y que resultó ser imprescindibles para lograr el funcionamiento efectivo del plan criminal.

Debe recordarse que, desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos, los actos que se produjeron en el marco de ese plan importaron: (i) un ataque masivo a la población; (ii) que el ataque resultó de una política estructural diseñada por el Estado y destinada a la represión y exterminio colectivo o generalizado; (iii) que los sujetos activos *cíviles y militares* (autores o cómplices) conocieron los lineamientos políticos del plan que conducía al ataque represivo y de exterminio generalizado. Sobre esta base queda configurado un delito universal, denominado delito de *lesa humanidad* [nota omitida]. [...]

En efecto, las privaciones ilegítimas de libertad, el cautiverio en centros clandestinos, las torturas, la desaparición de personas, hubieran sido imposibles sin la complicidad, entre otros, del encartado, sea por ceder funciones propias a objetivos de un plan dirigido por la dictadura militar –como civil–, sea por brindar la estructura administrativa local en beneficio exclusivo de dicho plan con alcance generalizado.

De ello se deriva que la contribución del Ministerio de Gobierno –cuya función y ejercicio detentó el imputado S– fue indispensable para aumentar la plena eficacia de capacidad ofensiva del plan de represión y exterminio, habida cuenta que no fue sino un *sub-sistema* disponible y permanente encaminado a concretar, táctica y estratégicamente, la actividad ilícita y criminal organizada. Las fuerzas policiales de la Provincia de Buenos Aires, a cuyo mando debía estar el ministro responsable, fueron puestas a disposición directa del comando de ejecución contra la denominada “lucha antisubversiva”, de suerte que la operatividad de esas fuerzas en distintos hechos –v. gr., privación ilegítima de la libertad, secuestros, detenciones, desapariciones, torturas, etcétera– contó con la *participación* del Ministro de Gobierno de la provincia de Buenos Aires, al margen de que dicha actuación no reúna las calidades típicas exigidas para el *autor* del hecho.

Ahondando la línea expuesta, resulta diáfano subrayar que la ocupación de ese cargo relevante por parte del imputado, se hizo a sabiendas que se hacía con el objetivo de cumplir con los mandatos de las leyes y decretos previos a la asunción de sus cargos (leyes provinciales

7279 y 8529, y decretos 2770, 2771 y 2772). En dichas normas se disponía, nítidamente, la cesión de funciones de organización y control de las fuerzas de seguridad local (policía y servicio penitenciario), manteniéndose la administración de las mismas para la lucha y las formas de lucha planificada en la región, lo cual constituyó un aporte esencial a la ejecución de las acciones típicas –en el caso, privación ilegítima de la libertad y torturas– sin el cual no hubieran podido llevarse a cabo. Como consecuencia de lo señalado, se le reprocharán (...) las privaciones ilegítimas de la libertad y los tormentos que damnificaron a [las víctimas]. [...]

JLS participó en los hechos delictivos, no sólo por el mero conocimiento del hecho, sino por su contribución a producirlo. Tal es la razón por la cual se expresa, desde tiempo atrás, que “participar es una formar (sic) de actuar” [nota omitida].

Concretamente, ha prestado una cooperación –como cómplice primario– indispensable al autor o autores –coautores–, es decir, a los que tomaron parte en la ejecución del hecho. Del artículo 45 del Código Penal surge la disparidad radical entre prestar auxilio o cooperación indispensable al hecho –propio del o de los que ejecutan el hecho delictivo– y el auxilio o cooperación indispensable al (los) autor (autores) del hecho.

De consuno a estas precisiones, si bien el imputado ha “actuado fuera del ámbito referido a la actividad propiamente ejecutiva del tipo delictivo de que se trata” [nota omitida], no es menos cierto que actuó en calidad de cómplice o partícipe necesario en razón de que excluido dicho auxilio el hecho no habría podido cometerse (supresión mental de la teoría de la *conditio sine qua non*). La participación necesaria, en este caso, deriva de la contribución a la acción típica del autor o autores y de que existió un aporte al hecho de éstos (comunidad de acción) y un querer contribuir a la acción o con las particulares intenciones en el mismo objeto (convergencia intencional).

Vale decir, el concurso de voluntad estuvo unido al concurso de acción, que incluye la complicidad por anuencia o la omisión en tanto y en cuanto existía obligación de actuar o de asumir la posición de garante, propia del gobierno provincial respecto de la población.

GUATEMALA, *Caso Myrna Mack (Edgar Augusto Godoy, Juan Valencia Osorio y Juan Guillermo Oliva, acusados) (Relación de sentencias 3.c), considerandos*. [Ha] quedado plenamente demostrado con los informes rendidos por el Estado Mayor Presidencial que el once de septiembre de mil novecientos noventa, fecha del fallecimiento de forma violenta de Myrna Elizabeth Mack Chang, los procesados Edgar Augusto Godoy Gaitán, Juan Valencia Osorio y Juan Guillermo Oliva Carrera se desempeñaban como Jefe del Estado Mayor Presidencial y Sub Jefe del Departamento de Seguridad del Estado Mayor Presidencial, respectivamente. [...]

Según consta en las sentencias de primero y segundo grado y la de casación traídas por su lectura al debate el especialista del ejército Noel de Jesús Beteta Álvarez fue declarado penalmente responsable del delito de asesinato contra la vida de la Antropóloga Mack Chang. Dicha persona en ese entonces estaba de alta en el Estado Mayor Presidencial, institución que de conformidad con la Ley Constitutiva del Ejército de Guatemala es parte del ejército y por ende su configuración y organización son de orden militar en donde rigen los principios de jerarquía, obediencia y respeto a las leyes militares como lo indicó el perito Quilo Ayuso; dependencia que según lo expresó el perito Rosada Granados tiene una organización totalmente compleja que según la historia fue creada para utilidad de un gobierno de tinte militar, de donde al llegar al poder el Licenciado Marco Vinicio Cerezo Arévalo se le tratara de dar otro carisma,

reestructurándolo a efecto que su única función fuese la de dar seguridad al señor Presidente y su familia ajustándose a los procedimientos legalmente establecidos [...] El presidente Cerezo nombra entonces en los puestos dirigenciales a los procesados, quienes son seleccionados de una lista de personas que le envía el Ministerio de la Defensa nombrando entonces al procesado Godoy Gaitán como Jefe del Estado Mayor Presidencial, a Valencia Osorio como Jefe del Departamento de Seguridad y a Oliva Carrera como Sub-Jefe de ese departamento. El especialista Noel de Jesús Beteta Álvarez funge como especialista en ese departamento.

[C]on fundamento en las declaraciones vertidas por los testigos Clara María Josefina Arenas Bianchi, Monseñor Julio Edgar Cabrera Ovale, Monseñor Gerardo Humberto Flores Reyes, Rubio Amado Caballeros y Justino Rodríguez Santana, se demostró que Myrna Elizabeth Mack Chang desde hacía unos quince días antes de su fallecimiento estaba siendo objeto de seguimiento y persecución, actos éstos que forman parte de elementos propios de un plan de inteligencia de los elaborados y desarrollados por el ejército según nos ilustró el experto Pino Benamu. Todo lo anterior nos conduce a concluir que la muerte violenta de la antropóloga Mack Chang fue producto de un plan previamente elaborado, aspecto que se confirma con la declaración prestada por el testigo Jorge Guillermo Lemus Alvarado quien refirió como el propio autor material de esa muerte, en un acto de confianza le reveló que la ejecución de tal persona fue producto de un plan y una orden dada personal y directamente por el entonces Jefe del Departamento de Seguridad del Estado Mayor Presidencial procesado JUAN VALIENCIA (sic) OSORIO, quien le entregó el expediente respectivo y le dijo vigilancia y ... le hizo la señal de la muerte al estilo romano.

En este punto los que juzgamos llegamos al grado de certeza jurídica que la conducta de este procesado lo hace penalmente responsable como autor del delito de ASESINATO contra la vida de la Antropóloga Myrna Elizabeth Mack Chang, de conformidad con el artículo 36 inciso 3º. Del Código Penal y el artículo 132 del mismo cuerpo legal, ya que en todo momento, aún antes de dar la orden de muerte al señor Beteta tomó participación en la realización de ese delito por cuanto a la vez de entregarle el expediente al ejecutor material del hecho le dio orden de eliminarla, actos que sin su intervención no hubiesen sido posible la obtención de aquél resultado y que en todo caso, dependía totalmente de su voluntad pues con una sola orden la ejecución del acto podía no haberse llevado a cabo.

La sentencia emitida por el tribunal de primera instancia fue objeto de múltiples apelaciones. En su decisión del 7 de mayo de 2003, la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones anuló varios resolutivos de la sentencia de primera instancia y, como consecuencia, absolvió a Juan Valencia Osorio. Ante esta última resolución judicial, tanto el Ministerio Público como la querellante adhesiva, Helen Mack, interpusieron recursos de casación. En su decisión, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia guatemalteca revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones y confirmó la responsabilidad individual de Juan Valencia Orosio, como autor del asesinato de Myrna Mack. Los argumentos centrales de la Corte Suprema de Justicia, en lo que respecta a la responsabilidad individual del señalado, se reproducen a continuación.

GUATEMALA, *Recurso de casación penal (Juan Guillermo Oliva, sentenciado) (Relación de sentencias 3.b), considerandos*. [E]l Tribunal de Casación, al efectuar el análisis comparativ[o] de rigor, determina que efectivamente la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones, al dictar la sentencia

de fecha siete de mayo de dos mil tres, tuvo por acreditado que el Departamento de Seguridad Presidencial *es lo mismo* que el Estado Mayor Presidencial, hecho decisivo que le sirvió para absolver al sindicado Juan Valencia Osorio, pues con ello concluye que no se evidencia la relación de causalidad en el hecho que se le imputa al acusado en mención, y por ende, tampoco la autoría que se le atribuye, sin que ese hecho se haya tenido por probado por el Tribunal Tercero de Sentencia Penal [...].

[Según] se evidencia [en el texto de la sentencia de apelación] [...] el tribunal *ad quem* tiene por acreditado el hecho de que el Departamento de Seguridad del Estado Mayor Presidencial y el Estado Mayor Presidencial son lo mismo, cuando de acuerdo a la realidad reflejada en autos, el tribunal de primera instancia, dejó establecida con absoluta y precisa claridad dentro del contexto del fallo, la distinción del Departamento de Seguridad del Estado Mayor Presidencial y el Estado Mayor Presidencial propiamente dicho. Así, el tribunal *a quo* ha tenido por probado en el [...] apartado denominado: DETERMINACIÓN PRECISA Y CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS QUE EL TRIBUNAL ESTIMA ACREDITADOS, que los procesados Edgar Augusto Godoy Gaitán, Juan Valencia Osorio y Juan Guillermo Oliva Carrera, el once de septiembre de mil novecientos noventa, desempeñaban los cargos de Jefe del *Estado Mayor Presidencial*, Jefe del *Departamento de Seguridad Presidencial* del Estado Mayor Presidencial, respectivamente. De ello se desprende fácilmente que el tribunal sentenciador dio por probad[a] la existencia del Estado Mayor Presidencial propiamente dicha y tuvo por demostrada la existencia del Departamento de Seguridad como parte integrante de aquél, así como los cargos que cada uno de los sindicados desempeñaban en cada uno de ellos. Unido a ello, en el numeral seis del apartado comentado, se tiene por acreditado que para llevar a cabo la ejecución de la muerte de la antropóloga Mack Chang, fueron utilizados recursos propios del Departamento de Seguridad del Estado Mayor Presidencial, de donde devino la orden de su muerte; y en el numeral cuatro da por demostrado que la orden para dar muerte a la Antropóloga Mack Chang, fue transmitida por el Coronel Juan Valencia Osorio. Es decir, con esos hechos y con el razonamiento vertido a lo largo del texto [de la] sentencia, se vuelve a determinar con certeza que el tribunal de primer grado da por probado tanto la existencia del susodicho Departamento de Seguridad del Estado Mayor Presidencial cuya Jefatura corría a cargo del procesado Juan Valencia Osorio, como la del Estado Mayor Presidencial propiamente, cuyo jefe era el imputado Edgar Augusto Godoy Gaitán.

[E]l tribunal de sentencia concretamente deja asentado que el sindicado Juan Valencia Osorio como Jefe del Departamento de Seguridad del Estado Mayor Presidencial, es quien debe responder penalmente como autor del delito de Asesinato cometido contra la vida de Myrna Elizabeth Mack Chang y que, en cuanto a la responsabilidad penal del procesado Edgar Augusto Godoy Gaitán dejó dicho claramente que si bien es cierto en la cadena de mando del Estado Mayor Presidencial, él era el Jefe superior de dicha institución, también lo es que no quedó totalmente evidenciado que el plan de ejecución de que se hablaba hubiese sido concebido a nivel del Estado Mayor Presidencial. [...]

De lo citado, la Cámara Penal determina que efectivamente el tribunal *a quo* ha declarado correctamente que el acusado Juan Valencia Osorio es autor responsable conforme al numeral 3º del artículo 36 del Código Penal, ya que como se ha transcrito en el párrafo que antecede, tuvo por acreditado que cooperó en la ejecución de la muerte de Myrna Elizabeth Mack Chang, al ordenar al señor Beteta su realización. [...]

[Entrando ahora a los submotivos de fondo presentados por la querellante adhesiva, es importante comenzar por precisar que] conforme el numeral 2º del artículo 27 del Código Penal existe alevosía, cuando se comete el delito empleando medios, modos o formas, que tiendan directa o especialmente a asegurar su ejecución, sin riesgo que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido; o cuando la víctima, por sus condiciones personales o por circunstancias en que se encuentre, no pueda prevenir, evitar el hecho o defenderse.

En el caso que ahora juzga la Cámara, se determina que el tribunal de sentencia sí tuvo por demostrados hechos que corroboran que el sindicado Juan Valencia Osorio hizo uso de medios, modos y formas que tendieron a asegurar la ejecución de la muerte de Mack Chang. En primer lugar, porque se acreditó que para llevar a cabo la muerte de la antropóloga fueron utilizados recursos propios del Departamento de Seguridad del Estado Mayor Presidencial, de donde devino la orden de su muerte; en segundo lugar, porque Juan Valencia Osorio siendo Jefe del Departamento de Seguridad, fue quien específicamente utilizó como medio al especialista del Ejército Noel de Jesús Beteta para llevar a cabo la ejecución, al ordenarle que le diera muerte a la antropóloga; y en tercer lugar, porque para llegar a consumar la muerte se utilizó como forma la vigilancia y persecución hasta el día del deceso efectivo, según se puede apreciar especialmente en los hechos relacionados en los numerales dos, tres, cuatro y seis del apartado de la DETERMINACIÓN PRECISA Y CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS QUE EL TRIBUNAL ESTIMA ACREDITADOS. Por consiguiente, hasta la mente menos aguda, puede concluir que el hecho de utilizar los recursos correspondientes a un órgano estatal, a un especialista del Ejército, así como la vigilancia y persecución, todo ello dentro de[1] amplio contexto de la naturaleza y funciones que realmente cumplía el Departamento de Seguridad del Estado mayor Presidencial, fueron los medios, modos y formas más idóneos para asegurar la muerte que se le atribuye al sindicado Juan Valencia Osorio, y por lo tanto, resulta jurídicamente correcto aplicar el numeral 1º del artículo 132 del Código Penal que se refiere a la alevosía como calificante del delito de Asesinato.

Estrechamente vinculada con la anterior calificante, se encuentra que concurre también la prevista en el numeral 4º del artículo 132 del Código Penal. Al respecto, el numeral 3º del artículo 27 del mismo código determina que hay premeditación conocida, cuando se demuestre que los actos externos realizados, revelen que la idea del delito surgió en la mente de su autor, con anterioridad suficiente a su ejecución, para organizarlo, deliberarlo o planearlo y que, en el tiempo que medió entre el propósito y su realización, preparó ésta y la ejecutó fría y reflexivamente.

Como se ha manifestado con antelación, de los hechos acreditados comentados y de los que se encuentran a lo largo del pronunciamiento de primer grado, se establece que el acusado Juan Valencia Osorio obró con premeditación conocida. Así lo demuestra el hecho de haberse llevado a cabo antes de la muerte de Mack Chang, su vigilancia y persecución por orden misma de Valencia Osorio, tal como tuvo por acreditado el tribunal de sentencia en el fallo de primer grado. Todo lo anterior nos conduce a concluir que la muerte violenta de la antropóloga Mack Chang fue producto de un plan previamente elaborado, de donde se infiere que el procesado Juan Valencia Osorio, conociendo de la prohibición de la ley de no matar, consciente y voluntariamente ejecutó el acto a través de otra persona, lo que lo sitúa como culpable y responsable de los hechos que se le atribuyen.

7. OTRAS FORMAS DE INTERVENCIÓN CRIMINAL PUNIBLE

A. Complicidad

ARGENTINA, *Caso Victorio Derganz y Carlos José Fateche (Juan Demetrio Luna, acusado) (Relación de sentencias 1.e)*, considerando III. Las excusas [del indiciado] son sencillamente pueriles. Valga comenzar con la falta de coherencia interna de su propio relato. En efecto, Luna sostiene que el personal policial era completamente ajeno a las acciones del personal militar en relación con lo que denomina detenidos por causas de la subversión. Pero a renglón seguido, agrega que modificó en su comisaría el lugar en que se irían a alojar los detenidos de modo distinto al indicado por el propio personal militar. Lo que demás está decir, no se condice con esa pretendida escisión entre tareas policiales y militares.

El dato no es menos, a poco que se analice que de lo que se trata es de probar justamente su participación en la privación de libertad de las víctimas y en [las] condiciones de tal detención y que dentro de sus propias excusas se encuentra presente, cuanto menos a modo de colaboración, el modo en que acondicionó su comisaría para esos ilegales alojamientos de prisioneros.

A la vez, la inconsistencia de sus dichos se verifica en la abundante prueba colectada en la causa, relativa a la comunión entre el personal militar y policial. Veamos, señala que Luna dijo ser ajeno a todo aquello que fuera atinente a la acción represiva, que era resorte exclusivo del personal militar.

Empero, los propios policías que declararon señalaron, aunque fuera de modo indirecto, otra realidad. [...]

[Por ejemplo,] [e]l Comisario Inspector Norberto Ismael Maiolo, en su declaración refirió tener en su recuerdo una oportunidad en que se llevó a cabo una reunión especial en la que el Teniente Inspector Molinari propició un trato muy duro a los empleados policiales, toda vez que entendía que el nivel de efectividad en los procedimientos llevados a cabo para la represión contra la subversión era muy bajo, debido a que “no se establecían blancos definidos y no se realizaban operaciones concretas”.

Aunque resulte sobreabundante, cabe agregar que el propio caso presenta lo que aparece en numerosos antecedentes, referente a la actuación de fuerzas conjuntas -militares y policiales- en la represión. Obsérvese que en la especie, Fateche y Derganz son detenidos por personal policial, conducidos en un patrullero por personal mixto y alojados en una comisaría donde coexistían militares y policías. Es decir, carece de sustento la invocada separación de funciones. [...]

En otro orden, también resulta fácilmente descartable su pretendido desconocimiento de lo que ocurría en lo que se denominaba área restringida. El propio personal que en ese entonces se encontraba a su cargo se encargó de desmentirlo tanto en la audiencia como cuando prestaron declaración allá por el año ochenta y cinco.

[Santos] Miño [ex policía y testigo en el juicio] [...] dijo que **a estas personas se las alojaba en la oficina de expedientes, en el casino de oficiales y en la sala de radio** [resaltado en el original] (con lo cual resulta obvio que abarcaba casi la totalidad de la dependencia, si además se le agrega la cocina y el bajo escalera relatados por Derganz). [Su desconocimiento de los hechos se desvirtúa también] [...] cuando **aceptó que personal policial tenía acceso a esa área** [resaltado en el original].

También cuando señaló que **el personal militar se manejaba con el personal jerárquico de la comisaría y que el personal jerárquico conocía la existencia de personas detenidas y que estas se encontraban encapuchadas** [resaltado en el original].

De igual modo Peralta, que señaló que **existía un área restringida para todo el personal menos para los militares y para los jefes de la dependencia** [resaltado en el original] y que a los que denominó “presos políticos” los traían en camiones militares y **los alojaban en el calabozo al que sólo tenían acceso los jefes** [resaltado en el original]. [...]

En resumen: 1) Juan Demetrio Luna, a la fecha de los hechos, era el comisario a cargo de la Comisaría 1ra. de Tigre. [...]; 2) Se han mencionado las testimoniales que establecen sin lugar a dudas la permanencia de Fateche y Derganz en la Comisaría de Tigre. [...]; 3) Se encuentra probado que sus detenciones no fueron asentadas en los libros de detenidos de la dependencia [...]; 4) También se probó el conocimiento que tenía de la ilegalidad de tales detenciones [...]; 5) Las condiciones de detención en que fueron mantenidos y los tormentos a los que fueron sometidos tampoco pudieron ser desconocidos por el Comisario. [...]

El conocimiento que Luna tenía de tales condiciones de detención y el sometimiento de las víctimas a tormentos resulta obvio. Suponer lo contrario resultaría inverosímil. Nótese que una vez que los detenidos arribaban a la dependencia se los interrogaba por sus datos personales, se los encapuchaba, se ataban sus manos, se los torturaba de forma salvaje mediante la aplicación de picana eléctrica (cabe recordar cuando Derganz dice que a Fateche se lo llevaría a la “parrilla”) y golpes (alguno de los cuales era con gomas, instrumento comúnmente utilizado por el personal policial).

No podía desconocerlo, no podía evitar verlo ni oírlo. Y era nada menos que el jefe de la dependencia.

Y valga para tal afirmación, además de lo ya dicho, agregar que se trató de hechos ocurridos en diciembre de 1976, cuando la masividad de las detenciones ilegales y desapariciones era evidente, sobre todo para quien se encontraba al frente de esa dependencia policial desde hacía seis meses.

Por el mismo carril puede considerarse que desde su punto de observación, como jefe de la dependencia, pudo percibir alguna de las acciones que sin lugar a dudas constituyeron las condiciones inhumanas de detención y los tormentos que sufrieran las víctimas en distintos ámbitos de la dependencia a su cargo.

Habría pues de responsabilizarse a Luna por las privaciones ilegítimas de la libertad de Carlos José Fateche y Victorio Derganz, por las condiciones inhumanas de detención a las que fueran sometidos y por los tormentos que les fueran aplicados.

No se lo imputará en el carácter de coautor, en tanto no se ha acreditado que contara con el codominio del hecho.

Tampoco se logró acreditar, no obstante que al respecto albergue serias sospechas, la intervención directa de Luna en el cumplimiento de alguno de los verbos típicos.

Empero, los conoció, los toleró y facilitó su realización.

CAPÍTULO III

CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL

1. ÓRDENES DEL SUPERIOR JERÁRQUICO

B. Exclusión de la obediencia debida como eximente de responsabilidad penal

i. Órdenes manifiestamente ilícitas

ARGENTINA, *Recurso de casación penal (Gregorio Rafael Molina, sentenciado) (Voto del juez Mariano Hernán Borinsky) (Relación de sentencias 1.a), considerandos*. Finalmente, [...] corresponde dejar expresamente aclarado que si lo que pretende la defensa es cuestionar el grado de culpabilidad del autor por el cumplimiento de órdenes superiores en razón de la estructura vertical militar de la que formó parte su asistido, tal como parece desprenderse del recurso, corresponde señalar que la innegable y manifiesta naturaleza ilegal de los hechos y, consecuentemente, de las órdenes cumplidas por el inculcado en el marco del sistema represivo ilegal en el que se enmarcan las conductas que se le asignan, impide eximir de responsabilidad al acusado por obediencia debida (art. 33, apartado 2 del Estatuto de Roma aprobado por ley 25.390).

A la par, cabe agregar que la misma naturaleza manifiestamente ilegal de las órdenes cumplidas por el agente impide considerar cualquier hipótesis que contemple el desconocimiento sobre la antijuricidad de las conductas constatadas en la encuesta para encauzar el planteo por error de prohibición.

ARGENTINA, *Caso Victorio Derganz y Carlos José Fateche (Juan Demetrio Luna, acusado) (Relación de sentencias 1.e), considerando III*. Y queda claro que nada podría llevar a pensar que las órdenes eran legítimas, pues no se trataba de órdenes del servicio sino de comisión de graves ilícitos, de modo que nadie puede equivocarse de modo insalvable frente al carácter de las mismas.

ARGENTINA, *Recurso de apelación (Jaime Lamont Smart, et. al., acusados) (Relación de sentencias 1.c), cuestiones previas*. [D]esde 1868 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, remitiéndose a los fundamentos del Procurador General de la Nación, sostuvo que la orden de un superior no es suficiente para cubrir al agente subordinado que ha ejecutado esa orden y ponerlo al abrigo de toda responsabilidad penal, si el acto es contrario a la ley y constituye en sí mismo un crimen.

Y allí mismo receptó que “...si el acto constituye evidentemente un crimen la obediencia no es debida, porque es evidente que esos actos son crímenes que las leyes reprueban y castigan, y el agente que los ejecuta debe sufrir la pena sin que pueda ampararse en la orden que no ha debido obedecer, si no hubiese tenido intención criminal...” [...].

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal también rechazó la excusa de un procesado de haber cumplido órdenes superiores sosteniendo que “...entre la ley que manda en general a obedecer a un superior y una ley prohibitiva que manifiestamente contraría lo

que el superior ordena, la elección no es dudosa. Antes que todo el cumplimiento de la ley, que es superior a todos los mandatos... La autoridad cesa cuando el mandato es evidentemente injusto... la disciplina, indispensable en la unidad de acción de la autoridad, es legítima cuando sirve a lo justo o a lo bueno; puesta al servicio de una orden criminosa, no hace sino organizar el delito...” [...]

Es decir que, aun admitiendo que hayan actuado motivados en órdenes “legales”, no debe admitirse una obediencia absoluta e incondicional sino que debe estar limitada a un control del mandato [nota omitida].

Dicho control no se debe ser sólo formal puesto que si bien el cumplimiento de las órdenes es un presupuesto esencial para la existencia de cualquier organización estatal —dado que resulta impensable el funcionamiento de un sistema de jerarquías administrativas en el que los inferiores controlen permanentemente las órdenes de los superiores— no es menos cierto que, admitir la obediencia de un mandato contrario a los principios básicos del Estado de Derecho, resulta una actuación peligrosa, por su contenido autoritario, que implica directamente al Estado y a su responsabilidad internacional, según los tratados. [...]

Es necesario dejar en claro que no es cierto, en modo alguno, que la ilegalidad del sistema clandestino de represión, instaurado durante el denominado Proceso de Reorganización Nacional, fue conocida sólo a partir de 1983.

La misma naturaleza de estos aberrantes delitos —la práctica sistemática de la tortura, las detenciones ilegales, los centros clandestinos y la desaparición forzada de personas— exige desechar el supuesto en que alguien pudo haber pensado que era legítimo prestar una colaboración en la ejecución de actos que significaban un absoluto menosprecio por la dignidad humana. El cumplimiento de una orden no puede resultar atendible para excluir la conciencia del injusto en hechos que tenían como objeto destruir la integridad moral y física del ser humano y anular su voluntad.

La intención de justificar la realización de hechos —en verdad, crímenes aberrantes— que lesionaron derechos humanos fundamentales en el cumplimiento de una orden, obliga a descartar por completo el argumento intentado. En concreto: dichas órdenes, por su contenido material, debieron ser desobedecidas por los imputados, sin que quepa admitir ninguna forma de actuar erróneo, vencible o invencible.

Con respecto a la relación entre la autoría mediata a través del dominio de aparatos organizados de poder frente a la obediencia debida, como eximente de responsabilidad, véase, ARGENTINA, *Megacausa ESMA (Manuel Jacinto García Tallada, et. al., acusados)* (*Relación de sentencias 1.b*), *considerandos*.

3. ESTADO DE NECESIDAD

ARGENTINA, *Recurso de casación penal (Gregorio Rafael Molina, sentenciado)* (*Voto del juez Mariano Hernán Borinsky*) (*Relación de sentencias 1.a*), *considerandos*. [E]l planteo de la defensa invocando el estado de necesidad exculpante en el que se habría encontrado Gregorio Rafael Molina al llevar a cabo las conductas por las que resultó condenado, debe ser descartado *in limine*, toda vez que el cuestionamiento ensayado por el recurrente ha sido tratado y rechazado por el tribunal *a quo* con concretos y sólidos argumentos que la defensa no logra rebatir en su recurso.

Sobre el particular, no puede soslayarse que la causa de inculpabilidad a la que apela la defensa requiere que el autor lleve a cabo la conducta típica y antijurídica para apartar de sí o de un tercero un peligro actual que amenace la vida, la integridad corporal o la libertad -física y/o sexual- lesionando para ello un bien jurídico de igual o mayor valor, pues, lo relevante en estos casos, es justamente la imposibilidad del agente de valorar bienes jurídicos ante las circunstancias que comportan la amenaza del bien jurídico que se intenta proteger. Una situación de esta naturaleza se extrae del clásico ejemplo académico del salvavidas, balsa o tabla por el que pujan dos personas en el mar para salvar sus vidas tras un naufragio [nota omitida].

En el caso concreto de autos, no surge peligro actual ni la defensa informa que pudiera justificar, por inexigibilidad de otra conducta, los hechos típicos y antijurídicos llevados a cabo por el imputado y que se tienen por acreditados. Tampoco se alega ni se advierte, que las acciones verificadas en el *sub lite* encuentren justificación en el anuncio de un mal grave e inminente de sufrir un daño que pudiera ver condicionada la culpabilidad del agente.

CAPÍTULO IV

LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1. LOS ESTADOS TIENEN LA OBLIGACIÓN DE LEGISLAR EN MATERIA DE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

COLOMBIA, *Recurso de apelación promovido por los representantes de las víctimas* (Gian Carlo Gutiérrez Suárez, *postulado*) (*Relación de sentencias* 2.c), *considerandos*, apartado 4. [E]n cumplimiento de [la obligación de perseguir penalmente los crímenes internacionales], el Código Penal de 2000 introdujo al ordenamiento jurídico un catálogo de conductas punibles, en aproximación, que castigan las infracciones graves contra las personas y los bienes protegidos por el D.I.H., las cuales fueron plasmadas en el Libro 2º, Título II, Capítulo único, de la Ley 599 de 2000 [nota omitida], como respuesta a la necesidad de brindar un nivel especial de protección a la población civil afectada por la magnitud del conflicto armado que desde décadas atrás se vive en Colombia, tal como se lee en la exposición de motivos a esta Ley:

“En la situación de conflicto armado interno que padece Colombia, muchas de las conductas vulneratorias o amenazadoras de Derechos Humanos, constituyen a la vez infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Son ellas acciones u omisiones con las cuales quienes participan directamente en las hostilidades –los combatientes– incumplen los deberes o quebrantan las prohibiciones que les ha impuesto el artículo 3º común a los Cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo II adicional.

El sujeto activo de una infracción al Derecho Internacional Humanitario puede ser cualquiera de las personas que dentro de un conflicto armado combaten a favor de una u otra parte contendiente. Las infracciones graves a la normatividad humanitaria se denominan hoy, en la jurisprudencia y en la doctrina internacionales, crímenes de guerra.

Estos crímenes de guerra presentan una más intensa y múltiple lesividad frente a otras conductas punibles comunes, dado que con ellas se atenta, no solamente contra bienes jurídicos tales como la vida, la integridad corporal de personas protegidas, la dignidad, la libertad individual, el derecho a un debido proceso legal, sino que además ofenden ese interés jurídico autónomo que es el derecho internacional de los conflictos armados.

En la propuesta legislativa se incluye un capítulo especial denominado “Conductas punibles contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, que agrupa una serie de tipos penales que describen y penalizan aquellos comportamientos que representan las más graves infracciones a esa normatividad internacional que Colombia se comprometió a respetar y a aplicar (...).

Las razones de conveniencia y necesidad para la creación de estas conductas punitivas emergen en forma ostensible del agudo conflicto bélico que afronta el país.

Refiriéndose a ello los señores Nigel Rodley y Brace Wally Ndiaye, relatores especiales de Naciones Unidas – encargados respectivamente del tema de la tortura y del tema de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias – en visita realizada al país entre el 17 y el 26 de octubre de 1994, señalaron: “...En las zonas de conflicto armado continúan registrándose violaciones y abusos de los derechos humanos en gran escala por parte de los miembros de las fuerzas de seguridad, de los grupos paramilitares o de “justicia privada” de los que se dice con frecuencia que colaboran con ellas, y de los grupos insurgentes armados” (Naciones Unidas, Informe Conjunto sobre Visita de Relatores Especiales encargados de la cuestión de la tortura y de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, 16 de Enero de 1995, Pag. 9).

Se incluye como conducta violatoria de esta normatividad ese hecho injusto y conmovedor del desplazamiento forzoso de personas, causado por la violación de los derechos humanos y por el conflicto armado. La migración de personas es obra conjunta de las partes en conflicto, y demuestra en los contendientes total olvido y menosprecio de elementales principios de humanidad.

El Estado colombiano debe adoptar todas las medidas, incluidas las legislativas en el ámbito penal, para afrontar este drama humano y social que padecen millares de colombianos a quienes la guerra fratricida despojó de su mínimo vital. Este proyecto aporta la cuota que le corresponde en ese imperativo institucional”.

CAPÍTULO V

JURISDICCIÓN SOBRE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

1. PROCESOS PENALES: OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR, ENJUICIAR Y, EN SU CASO, SANCIONAR CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

COLOMBIA, *Recurso de apelación promovido por los representantes de las víctimas (Gian Carlo Gutiérrez Suárez, postulado) (Relación de sentencias 2.c), considerandos, apartado 4.* [N]o puede obviarse que el artículo 93 de la Carta Política establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Sobre el punto, la doctrina constitucional ha precisado que para que opere la prevalencia de tales tratados en el orden interno “*es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción*” [nota omitida]. En tales circunstancias es claro que los tratados de derecho internacional humanitario, como los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, cumplen tales presupuestos, puesto que ellos reconocen derechos humanos que no pueden ser limitados durante los estados de excepción.

En ese sentido, es obligación del Estado colombiano garantizar que las violaciones graves al derecho internacional humanitario sean castigadas como lo que son, esto es, como atentados que no sólo afectan la vida, la integridad física, la dignidad, la libertad de las personas, entre otros bienes relevantes, sino que atentan contra valores fundamentales reconocidos por la humanidad entera y compilados en el conjunto de normas que conforman el llamado derecho internacional humanitario.

B. Los procesos judiciales deben ser desarrollados de acuerdo con las normas de debido proceso

ARGENTINA, *Megacausa ESMA (Manuel Jacinto García Tallada, et. al., acusados) (Relación de sentencias 1.b), considerandos.* [D]ebe decirse, que, entre otros aspectos que revelan el grado de compromiso de una sociedad con la democracia, se encuentra la intensidad con la que se respeten los derechos y garantías individuales de aquellas personas acusadas de delitos cometidos como parte del poder de una dictadura y que afectan a la humanidad.

El desapego en el cumplimiento de esa tarea, trasmite perniciosas consecuencias que tienden a desnaturalizar el sistema, que, precisamente, se encuentra caracterizado por el respeto de los derechos esenciales del hombre.

En consecuencia, el Estado de [D]erecho se ajustará a las particularidades y delicadas situaciones que viven aquellos que deben soportar un proceso penal en su contra, sin importar la gravedad u odiosidad del delito atribuido, y transformará y aplicará sus medidas de corrección, de acuerdo a lo que imponga y habilite la dignidad de la persona, como nota que distingue y legitima el sistema político establecido en nuestra Carta Magna, por cuanto los derechos

esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana [...].

A modo de colofón, habremos de decir que no existe un derecho penal del enemigo, existe un único derecho penal como respuesta estatal para incluir a los aquí imputados dentro del sistema legal, de forma tal, que gocen de todas las garantías que la Constitución Nacional le otorga a quien, sospechado de haber infringido la norma, tenga que transitar por el debido proceso, necesario para definir su situación ante la ley y la sociedad.

ii. Derecho a la pluralidad de instancias (nuevo)

Como parte del derecho al debido proceso, el derecho a la pluralidad de instancia está reconocido en el artículo 8(2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que a la letra establece: “[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho [...] a las siguientes garantías mínimas: [...] h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. En el mismo sentido, el artículo 14(5) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) reconoce que “[t]oda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

Con fundamento en este marco normativo, la jurisprudencia internacional ha identificado el derecho a recurrir el fallo como una parte integral del derecho a la debida defensa. En este sentido, según ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la posibilidad de una revisión integral de la sentencia, por parte de un cuerpo superior y colegiado, es un medio adecuado para asegurar que el fallo esté correctamente fundamentado. En consecuencia, se minimiza el riesgo de condenas emitidas con base en errores judiciales o en violaciones del debido proceso⁵⁴. Desde estas premisas fundamentales, la sentencia peruana que a continuación se presenta, detalla el contenido y el alcance del derecho reconocido en los artículos 8(2)(h) de la CADH y 14(5) del PIDCP. Sin duda alguna, en este fallo, el Tribunal Constitucional peruano hace un valioso ejercicio de control de constitucionalidad y de convencionalidad de las normas que regulan el derecho a recurrir las decisiones judiciales en el marco de los procesos penales. Este tipo de fallos fortalece la implementación nacional del derecho penal internacional y la lucha contra la impunidad, mediante el respeto del debido proceso.

PERÚ, *Recurso de agravio constitucional (Alberto Fujimori Fujimori, sentenciado) (Relación de sentencias 6.a)*, considerandos 8-10, 16-22 y 36. El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139º, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3, de la Norma Fundamental [nota omitida].

Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de la instancia, este Colegiado tiene establecido que se trata de un derecho fundamental que “tiene por objeto garantizar que las

⁵⁴ Corte IDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C No. 206, párrs. 88 y 89.

personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal” [nota omitida]. En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139º, inciso 14, de la Constitución.

Desde luego, cuál sea la denominación del medio jurídicamente previsto para el acceso al órgano de segunda instancia revisora, es un asunto constitucionalmente irrelevante. Sea que se lo denomine recurso de apelación, recurso de nulidad, recurso de revisión, o llanamente medio impugnatorio, lo importante constitucionalmente es que permita un control eficaz de la resolución judicial primigenia. [...]

Sobre el particular, el artículo 8º, inciso 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), establece que “[d]urante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad”, como garantía mínima, “a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Por su parte, el artículo 14º, inciso 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), [afirma que] “[t]oda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

Los dispositivos reseñados permiten sostener, en primer término, que pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el derecho de toda persona a recurrir las sentencias que le impongan una condena penal. Asimismo, este Tribunal interpreta que, siendo subyacente a dicha previsión fundamental, entre otras cosas, el proteger directa y debidamente el derecho fundamental a la libertad personal, también pertenece al contenido esencial del derecho, el tener oportunidad de recurrir toda resolución judicial que imponga directamente a la persona una medida seria de coerción personal (vg. una medida de detención judicial preventiva).

Aunque éste es un contenido vinculante del derecho que se proyecta desde la propia Constitución, las condiciones para la procedencia del recurso pueden ser objeto de regulación legal, sin perjuicio de lo cual, debe precisarse que tales condiciones no pueden representar obstáculos irrazonables para el acceso al recurso y para su debida eficacia. [...] En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “[s]i bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que ‘no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces’, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos” [nota omitida].

Asimismo, la necesidad de eficacia del recurso exige que el tribunal ante el que se recurra ejerza un control razonablemente amplio de los factores que pudieron determinar la sentencia condenatoria, de forma tal que el derecho a la *valoración plural* alcance real virtualidad tanto en un sentido formal como material. [...] En esta línea, la Comisión Interamericana del (sic) Derechos Humanos, tiene expuesto que “el artículo 8.2.h [de la CADH] se refiere a las características mínimas de un recurso que controle la corrección del fallo tanto material como formal. En este sentido, desde un punto de vista formal, el derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, a que se refiere la Convención Americana, debe en primer lugar proceder

contra toda sentencia de primera instancia, con la finalidad de examinar la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación, de normas de Derecho que determinen la parte resolutive de la sentencia. La Comisión considera, además, que para garantizar el pleno derecho de defensa, dicho recurso debe incluir una revisión material en relación a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de las mismas [nota omitida]”.

De otra parte, si bien una interpretación aislada del artículo 14º, inciso 5, del PIDCP, puede llevar a la conclusión de que el contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia se agota en la posibilidad de recurrir los fallos condenatorios emitidos en los procesos penales, el Tribunal Constitucional aprecia que no es ése un criterio acertado. No solo porque, según se ha sostenido supra, él cobija también el derecho de impugnación de otras resoluciones judiciales, como aquéllas que limitan seriamente la libertad personal, sino también porque, a diferencia del PIDCP, la CADH no es tan exigua al delimitar los alcances del derecho. En efecto, según quedó expuesto, su artículo 8º, inciso 2, literal h), expresa que “[d]urante el proceso” (sin precisar cuál), “toda persona tiene derecho, en plena igualdad”, como garantía mínima, “a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (sin aludir a un fallo condenatorio). Es en dicha línea que la Corte Interamericana, se ha preocupado en precisar “que a pesar de que el [artículo 8º de la CADH] no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal [nota omitida]”.

A la luz de estos criterios, el Tribunal Constitucional considera que el contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia, comprende el derecho a recurrir la sentencia emitida en procesos distintos del penal, entendida como la resolución judicial que, por vía heterocompositiva, resuelve el fondo del litigio planteado, así como toda resolución judicial que, sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto, tiene vocación de poner fin al proceso.

Ahora bien, tanto el artículo 14º, inciso 5, del PIDCP, como el artículo 8º, inciso 2, literal h), de la CADH, señalan que el derecho al recurso debe ejercerse ante un juez o tribunal “superior”. A juicio del Tribunal Constitucional, esta exigencia guarda relación con una característica del *telos* del derecho a la pluralidad de instancia, cual es el acceso, a través del recurso, a una *razón más experimentada* en comparación con aquélla que emitió la primera resolución. Dado que en abstracto no es posible garantizar subjetivamente dicha mayor cualificación, los sistemas jurídicos buscan garantizarla, usualmente, a través de presunciones sustentadas en criterios objetivos tales como la mayor jerarquía, rango o grado del tribunal revisor, y la presencia de exigencias para el nombramiento más rigurosas en función de la jerarquía del cargo judicial en el que se pretende ser nombrado. [...]

A juicio del recurrente, el derecho a impugnar los autos emitidos por la Corte Suprema que resuelven solicitudes de recusación de magistrados, pertenece al contenido del derecho fundamental a recurrir las resoluciones judiciales como manifestación del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia. Desde luego, a la luz de lo expuesto en el F. J. 25 *supra*, tal derecho no pertenece al contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia, pues

con su ejercicio no solo no se pretende cuestionar una sentencia condenatoria, alguna medida que restrinja la libertad personal o alguna resolución que pretenda poner fin a un proceso, sino que, además, las resoluciones que se alegan como recurribles, han sido emitidas por un órgano jurisdiccional colegiado, conformado por magistrados que ostentan la máxima jerarquía en el Poder Judicial.

iii. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable (nuevo)

Al igual que los derechos al juez natural y a recurrir del fallo, el derecho de toda persona a ser juzgada dentro de un plazo razonable ha sido reconocido en los principales tratados internacionales de derechos humanos. Entre ellos, en los artículos 8(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14(3)(c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Desde sus primeras sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con referencia a la jurisprudencia establecida por la Corte Europea de Derechos Humanos, ha sostenido que no existe un período predeterminado en meses o años que pueda o deba ser considerado como un tiempo adecuado, para efectos de determinar la razonabilidad en la duración de un proceso penal. Por el contrario, esta será el resultado de una evaluación que deberá realizarse en cada caso, atendiendo a cuatro elementos básicos: (i) la complejidad del asunto, (ii) la actividad procesal del acusado, (iii) la actividad procesal de las autoridades y (iv) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso⁵⁵. De la misma forma, la Corte Interamericana ha afirmado que, para determinar la duración del proceso, se deben tener en cuenta la “[...] sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción [...] y que, particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse”⁵⁶.

Estos criterios, como se puede observar en la sentencia incluida al final de este comentario, han tenido una importante recepción en el derecho constitucional de los Estados latinoamericanos. Sin minimizar su relevancia, a fin de tener una visión completa de este tema, es pertinente referirnos también a los criterios establecidos por tribunales internacionales especializados en derecho penal internacional.

Tanto los estatutos de los tribunales penales internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, como el de la CPI, reconocen el derecho a ser juzgado sin retrasos indebidos⁵⁷. A este respecto, el TPIR ha afirmado que el derecho en cuestión “[s]olo protege al acusado sin retrasos *indebidos*. La determinación de si un retraso es indebido debe realizarse caso por caso. Los siguientes factores son relevantes [para dicha determinación]: la duración de los procedimientos; la complejidad de los procedimientos (el número de cargos, número

⁵⁵ Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párr. 155; Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209, párr. 244.

⁵⁶ Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Fondo, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párr. 71.

⁵⁷ Véase, artículos 21(4)(c) del Estatuto del TIPY, 20(4)(c) del Estatuto del TPIR y 67(1)(c) del Estatuto de Roma.

de acusados, testigos y cantidad de pruebas [presentadas por las partes], la complejidad de los hechos y del derecho); la conducta de las partes y de las autoridades involucradas y el perjuicio contra el acusado, si es que existió”⁵⁸. En la misma decisión, el TIPR ha afirmado que, dada la complejidad intrínseca de los procedimientos penales por crímenes internacionales, no es de extrañar que los mismos tengan una duración significativamente mayor, en comparación con los procesos nacionales por delitos ordinarios⁵⁹. El tribunal resalta, además, que en ciertos casos, cuando se han presentado varios cargos contra múltiples acusados, la complejidad del proceso es mucho mayor, lo que se verá reflejado en la duración del mismo⁶⁰. Esta afirmación tiene particular relevancia, considerando que, como se destaca en el Capítulo VII de este mismo digesto, una estrategia de litigio particularmente exitosa en los procedimientos penales nacionales por crímenes internacionales ha sido la acumulación de causas o las acusaciones en contra de múltiples acusados. Esto ha permitido presentar casos más coherentes, en los que se destaca la gravedad real de los crímenes, así como el papel de cada uno de los acusados dentro del plan común o dentro del aparato de poder mediante el cual se comete el crimen. De esta forma, será importante que los tribunales nacionales, en caso de tener que evaluar la razonabilidad del plazo de este tipo de procesos, tengan en mente las consideraciones expuestas por tribunales internacionales especializados en la materia. Máxime cuando las afirmaciones de dichos tribunales internacionales coinciden con los criterios establecidos por la propia jurisprudencia regional relativa al derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Sobre la aplicación de los criterios para determinar la razonabilidad del plazo de un proceso penal por crímenes internacionales, véase, PERÚ, *Pedimento de sobreseimiento del proceso penal (Santiago Enrique Martín Rivas, et. al., acusados) (Relación de sentencias 6.b), considerandos primero, quinto, séptimo y décimo a décimo tercero*.

3. EXCLUSIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

A. Los crímenes de derecho internacional quedan excluidos de la jurisdicción militar

COLOMBIA, *Acción de revisión (Gustavo Amaya Ruiz, et. al., acusados) (Relación de sentencias 2.d), considerandos 8, 12, 13*. El Procurador Ciento Cuarenta y Siete Judicial Penal II, por reasignación del caso, señaló que el proceso penal objeto de la acción versó acerca de una infracción grave al Derecho Internacional Humanitario, toda vez que la víctima del homicidio era un educador y activista sindical, quien fue ultimado porque sus victimarios consideraban que pertenecía a un grupo armado irregular.

Dentro de dicha actuación, agrega el agente del Ministerio Público, se profirió cesación del procedimiento en la Justicia Penal Militar, pese a la existencia de una declaración que de

⁵⁸ TPIR, *El Fiscal vs. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza y Hassan Ngeze*, Sentencia de apelación, Caso No. ICTR-99-52-A, Sala de Apelaciones, 28 de noviembre de 2007, párr. 1074.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 1076.

⁶⁰ *Ídem*.

manera directa señala a miembros de la Policía Nacional como autores del crimen, situación que puesta en conocimiento de una instancia internacional de supervisión y control de los derechos humanos, fue calificada por la misma como un “incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar seria e imparcialmente tal violación”, y por lo tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe N° 62/99 del 13 de abril de 1999, entre otras recomendaciones, aconsejó adoptar “... las medidas necesarias para que la justicia ordinaria emprendiera una investigación seria, imparcial y eficaz con el fin de juzgar y sancionar a los responsables...” de los hechos debatidos en el correspondiente proceso. [...]

En efecto, tanto el demandante como la Procuradora Delegada ante esta Sala, coinciden en solicitar la revisión del proceso penal en cuestión, porque la aludida instancia internacional halló que el Estado colombiano en desarrollo de dicha actuación, en relación con las víctimas del suceso delictivo, vulneró el derecho a la protección judicial establecido en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que el trámite fue finiquitado con cesación de procedimiento en la Jurisdicción Penal Militar, no obstante que por la forma en que ocurrieron los hechos y debido a la grave connotación de los mismos, el simple hecho de que las personas señaladas como autoras de la conducta punible fueran miembros activos de la Policía Nacional, no permitía concluir que tal proceder fuese un acto propio del servicio o con ocasión del mismo. [...]

En tratándose de la Justicia Penal Militar, esta Corporación de manera reiterada ha puntualizado los derroteros que permiten fijar con acierto la relación causal indispensable entre el servicio y el delito a fin de legitimar la intervención de la Justicia Castrense como Juez Natural de conductas delictivas cometidas por sus miembros, doctrina [nota omitida] que por permanecer invariable y resultar en todo aplicable al presente asunto, es necesario reiterar en extenso:

“La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con palabras suyas, pero también compartiendo las de la Corte Constitucional, ha explicado de manera pacífica, reiterada y conteste, que para que una conducta sea considerada ‘en relación con el servicio’, no basta que el agente ostente esa condición para la época de comisión de los hechos. Es imprescindible, además, que de manera patente el acto esté vinculado con las funciones asignadas a las fuerzas militares. [...]

‘La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policíva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policíva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial.’ (Sentencia C-358 de 1997 [de la Corte Constitucional Colombiana]).

Como consecuencia del fallo anterior, los términos ‘con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo’ que estaban contenidos en algunos de los preceptos del Código Penal Militar, se excluyeron del ordenamiento jurídico, por cuanto se entendió

que el legislador amplió el ámbito o radio de competencia de la justicia castrense por fuera de los límites establecidos en la Constitución. Por tanto, se dejó en claro que el artículo 221 de la Constitución sólo podía ser aplicable cuando, además de verificarse el elemento personal, es decir, la pertenencia activa a la fuerza pública, se demostrase que el delito tuvo ‘un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.’

‘Así mismo, la Corte precisó dos aspectos de suma importancia que han de tenerse en cuenta a la hora de definir la aplicabilidad o no del fuero militar.’

El primero, hace referencia a que en ningún caso los delitos denominados de lesa humanidad podrán ser de conocimiento de la justicia penal militar, por la evidente contradicción que se presenta entre éstos y las funciones asignadas por la Constitución a la fuerza pública, por cuanto su ocurrencia a más de no guardar ninguna conexidad con éstas, son, en sí mismas, una transgresión a la dignidad de la persona y vulneración evidente de los derechos humanos. Por tanto, se dejó sentado que un delito de esta naturaleza, siempre ha de ser investigado por la justicia ordinaria, so pena de vulnerarse la naturaleza misma del fuero militar y, por ende, el texto constitucional.

El segundo, tiene que ver más con la dinámica del proceso, pues se determinó que en el curso de éste, deben aparecer pruebas claras sobre la relación existente entre la conducta delictiva del agente de la fuerza pública y la conexidad de ésta con el servicio que cumplía. En caso de no existir aquéllas, o duda sobre en qué órgano debe radicarse la competencia, siempre habrá de discernirse ésta en favor de la justicia ordinaria”.

El tema tampoco ha sido ajeno a la intervención de los organismos internacionales de justicia, pues, en similar sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Sentencia del 16 de agosto de 2000 —Caso *Durand y Ugarte, Perú*— señaló, respecto de la jurisdicción penal militar, que ésta “*ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias*”.

Igualmente puntualiza el citado organismo que en un Estado democrático de Derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y encaminarse a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar [nota omitida].

Bajo estos postulados, la Corte Interamericana considera que la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo y por ello, cuando la dicha jurisdicción asume competencia sobre un asunto que ha de conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. Ello por cuanto el juez encargado del conocimiento de una causa, debe ser competente, independiente e imparcial.

En conclusión, teniendo en cuenta que la conducta punible investigada en el proceso penal objeto de revisión está referida a una ejecución extrajudicial que tuvo como móvil la posible relación o nexo de la víctima con un grupo insurgente y que la realización de ese comportamiento se atribuye a personas que para la época de los hechos estaban vinculadas con la Policía Nacional, por los argumentos plasmados en líneas precedentes surge evidente que un tal acaecer no puede quedar amparado por el fuero castrense, pues de ninguna manera ese acto puede estimarse como propio del servicio, o consecuencia del mismo, en lo que corresponde a la Fuerza Pública.

COLOMBIA, *Acción de revisión (Gustavo Amaya Ruiz, et. al., acusados) (Relación de sentencias 2.d), considerandos 12 y 13*. En efecto, tanto el demandante como la Procuradora Delegada ante esta Sala, coinciden en solicitar la revisión del proceso penal en cuestión, porque la aludida instancia internacional halló que el Estado colombiano en desarrollo de dicha actuación, en relación con las víctimas del suceso delictivo, vulneró el derecho a la protección judicial establecido en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que el trámite fue finiquitado con cesación de procedimiento en la Jurisdicción Penal Militar, no obstante que por la forma en que ocurrieron los hechos y debido a la grave connotación de los mismos, el simple hecho de que las personas señaladas como autoras de la conducta punible fueran miembros activos de la Policía Nacional, no permitía concluir que tal proceder fuese un acto propio del servicio o con ocasión del mismo. [...]

[T]eniendo en cuenta que la conducta punible investigada en el proceso penal objeto de revisión está referida a una ejecución extrajudicial que tuvo como móvil la posible relación o nexo de la víctima con un grupo insurgente y que la realización de ese comportamiento se atribuye a personas que para la época de los hechos estaban vinculadas con la Policía Nacional, por los argumentos plasmados en líneas precedentes surge evidente que un tal acaecer no puede quedar amparado por el fuero castrense, pues de ninguna manera ese acto puede estimarse como propio del servicio, o consecuencia del mismo, en lo que corresponde a la Fuerza Pública. [...]

Lo anterior, vale la pena reiterar, no sólo por la conclusión a la que arribó la investigación asumida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que lo ocurrido vulneró normas precisas de la Convención Americana de Derechos Humanos, dentro de las cuales destaca el derecho a la vida, sino porque las circunstancias que rodearon los sucesos evidencian que la probable intervención de los agentes del Estado a quienes se atribuye participación en esos acontecimientos delictivos, fue evidentemente ajena a la tarea que en guarda de las instituciones y del bienestar de los asociados, constitucional, legal y reglamentariamente le ha sido deferida, en particular, a la Policía Nacional. [...]

Ahora bien, de la verificación objetiva del trámite adelantado por la Justicia Penal militar, en aras de definir si el mismo fue serio e imparcial, también advierte la Corte que la actuación en esa jurisdicción resultó lesiva de los intereses de las víctimas (los familiares del fallecido), no sólo porque según las disposiciones del Decreto 2550 de 1988 (Código Penal Militar de entonces), la Parte Civil reconocida con anterioridad por la Fiscalía dejó de tener protagonismo en ese trámite y por lo mismo privada de la posibilidad de ejercer recursos contra las decisiones adversas, sino, fundamentalmente, porque la actividad desplegada en esa sede se ofrece como parcializada, al limitarse, tras la invalidación desde la clausura del ciclo instructivo, a constatar la condición de los procesados como miembros activos de la Fuerza Pública, aspecto que ya se encontraba

acreditado, para luego, un año después, sin la obtención de otros elementos de prueba, cesar todo procedimiento en favor de los implicados.

Se percibe entonces, igual que lo hizo el organismo internacional, que la Justicia Penal Militar no adelantó una investigación en estricto rigor seria e imparcial, y que la tramitación adelantada en esa jurisdicción vulneró el principio de Juez Natural dado que la situación fáctica y los elementos de persuasión allegados enseñaban, sin lugar a dudas, que el comportamiento investigado en manera alguna correspondió a un acto del servicio —y no podía serlo cuando el atentado ostentaba claros ribetes de ser una ejecución extrajudicial materializada en una persona de la que se presumía su militancia en una organización subversiva—, derivando ello en clara violación del Derecho Internacional Humanitario, como lo enunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe 62/99 de 13 de abril de 1999, dentro del caso 11.540, razón por la que era competencia de la Jurisdicción Ordinaria adelantar el conocimiento del asunto, en cabeza de la Fiscalía Seccional, para la fase instructiva, y un Juzgado Penal del Circuito en lo atinente a la etapa del juzgamiento. [...]

Por último, no sobra destacar que además de la ostensible vulneración al debido proceso y al principio del juez natural, también la irregularidad afectó los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, dado que, como lo han expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional, y esta Sala, las garantías judiciales adquieren una connotación bilateral, esto es, se asumen válidas, en el mismo plano de igualdad, para el procesado y las víctimas.

Conclusión: desbordada la jurisdicción y la competencia, a más de verificada la violación evidente de las garantías de seriedad e imparcialidad en la investigación, como se anotó en precedencia, la única solución posible —como quiera que se trata de la violación de una garantía constitucional—, incluso de oficiosa declaración, es la de decretar la nulidad de lo actuado.

B. Los civiles quedan excluidos de la jurisdicción militar

MÉXICO, *Expediente Varios 912/2010 (Cumplimiento de sentencia en el caso Rosendo Radilla vs. México) (Relación de sentencias 5.a), considerando octavo*. En cuanto a las medidas específicas a cargo [del] Estado mexicano contenidas en la sentencia [de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla*] [...], se vincula al Estado Mexicano a realizar diversas reformas legales para restringir el fuero militar para juzgar a elementos de las fuerzas armadas en activo sólo por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. [...]

Aunque [el apartado relevante de la sentencia de la Corte Interamericana] se titula [...] “Reformas a disposiciones legales” “Reformas constitucionales y legislativas en materia de jurisdicción militar”, las cuales pueden ser competencia del poder de reforma constitucional o del poder legislativo del Estado mexicano, lo cierto es que del examen de su contenido se advierte que también le resultan obligaciones al Poder Judicial de la Federación. Particularmente, en el sentido de ejercer un control de constitucionalidad [...] sobre el artículo 57, fracción II, inciso e) del Código de Justicia Militar, de modo tal que se estime incompatible con lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo que a su vez otorga sentido interpretativo al artículo 13 de la Constitución Federal [nota omitida].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no establece la necesidad de modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁶¹, pero en términos prácticos, su interpretación debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en la propia Constitución y el artículo 8.1 de la citada Convención Americana [nota omitida].

La conclusión a la que arribó la sentencia cuyo cumplimiento se examina, fue en el sentido de que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar, porque cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia.

A lo anterior el mismo Tribunal Internacional añadió que las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal civil competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario.

De este modo, en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación la interpretación que corresponde al artículo 13 de la Constitución Federal en concordancia con el artículo 2º de la Convención Americana, deberá ser coherente con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante un juez competente.

Por tanto el artículo 57, fracción II, inciso e) del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el mismo artículo 13 conforme a esta interpretación a la luz de los artículos 2º y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello es así porque al establecer cuáles son los delitos contra la disciplina militar no garantiza a los civiles o sus familiares que sean víctimas de violaciones a los derechos humanos tengan la posibilidad de someterse a la jurisdicción de un juez o tribunal ordinario.

Lo anterior, vale la pena reiterar, no sólo por la conclusión a la que arribó la investigación asumida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que lo ocurrido vulneró normas precisas de la Convención Americana de Derechos Humanos, dentro de las cuales destaca el derecho a la vida, sino porque las circunstancias que rodearon los sucesos evidencian que la probable intervención de los agentes del Estado a quienes se atribuye participación en esos acontecimientos delictivos, fue evidentemente ajena a la tarea que en guarda de las instituciones y del bienestar de los asociados, constitucional, legal y reglamentariamente le ha sido deferida, en particular, a la Policía Nacional.

⁶¹ Nota de edición: El multicitado artículo 13 constitucional, en su parte relevante, establece: “Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda”.

6. JURISDICCIÓN UNIVERSAL

A. Determinación de la competencia del tribunal que ejerce jurisdicción universal

Si bien este digesto tiene como objetivo recopilar, sistematizar y analizar distintas sentencias emitidas por los tribunales latinoamericanos en procesos relacionados con la comisión de crímenes internacionales, es importante reconocer el creciente diálogo jurisprudencial que existe entre nuestros tribunales, las cortes internacionales y, aún, las extranjeras. La sentencia que a continuación se transcribe fue emitida por el Tribunal Constitucional español. Sin embargo, se ha incorporado en este digesto por su vinculación directa con un fallo emitido por la Corte Constitucional guatemalteca, en 2007⁶². En ambas decisiones, relacionadas con la solicitud de extradición a España de un grupo de ex militares guatemaltecos –incluido el exdictador Efraín Ríos Montt– se discute, desde distintas perspectivas, el contenido y alcances del principio de jurisdicción universal. Sin duda, las sentencias producidas por estos tribunales constitucionales crean un diálogo fascinante respecto del ejercicio de este tipo de jurisdicción y su relación con los tribunales nacionales (territoriales) y extranjeros, así como con el concepto de soberanía estatal.

ESPAÑA, *Recurso de amparo promovido por Rigoberta Menchú Tum, et. al. (Denuncia contra funcionarios públicos civiles y militares guatemaltecos) (Relación de sentencias 4.a), fundamentos jurídicos 5-9*. Tal como ha sido expuesto con detalle en los antecedentes, el Tribunal Supremo fundamenta la denegación de la competencia jurisdiccional española en distintos argumentos que los de la Audiencia Nacional, atinentes en particular a los límites de aplicación intrínsecos a la regla de jurisdicción universal plasmada en el art. 23.4 LOPJ. En primer lugar, la Sentencia combatida hace depender la aplicabilidad del citado precepto de que un convenio internacional del que España sea parte avale tal extensión de la competencia jurisdiccional. [...]

De este modo la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo sería que, sólo cuando viniera expresamente autorizado en el Derecho convencional el recurso a la jurisdicción universal unilateral, resultaría ésta legítima y aplicable [...].

Resulta una interpretación en extremo rigorista, así como, además, carente de sostén argumental, concluir que de la mención de sólo algunos de los posibles mecanismos de persecución del genocidio, y del consiguiente silencio del Convenio en relación con la jurisdicción internacional extraterritorial, tenga que inferirse una prohibición dirigida a los Estados parte del Convenio (que, paradójicamente, no alcanzaría a quienes no lo son) de que en sus legislaciones nacionales introduzcan, siguiendo, de hecho, el mandato plasmado en el art. I, otras herramientas de persecución del delito. Desde la óptica unilateral de los Estados, y salvando la mención a los Tribunales internacionales, lo que el art. VI del Convenio determina es una obligación de mínimos que los compromete a perseguir el crimen de Derecho internacional dentro de su territorio. En tales términos, esto es, una vez asumido que el tantas veces citado Convenio

⁶² Véase, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente 3380-2007, Sentencia de 12 de diciembre de 2007. Extractos de dicha sentencia pueden encontrarse en la primera entrega del *Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional*, publicado por la Fundación para el Debido Proceso en 2009.

no incorpora una prohibición, sino que deja abierta a los Estados firmantes la posibilidad de establecer ulteriores mecanismos de persecución del genocidio, ningún obstáculo puede suponer el art. 27 del Convenio sobre el Derecho de los tratados para la asunción por los Tribunales españoles de la jurisdicción sobre los hechos presuntamente cometidos en Guatemala; máxime cuando de la finalidad que inspira el Convenio sobre genocidio se desprendería antes una obligación de intervención que, por el contrario, una prohibición de intervención.

En efecto, dicha falta de autorización que el Tribunal Supremo halla en el Convenio sobre genocidio para la activación de la jurisdicción internacional de modo unilateral por un Estado no se aviene con el principio de persecución universal y de evitación de la impunidad de tal crimen de Derecho internacional, que, como ha sido afirmado, preside el espíritu del Convenio y que forma parte del Derecho consuetudinario internacional (e incluso del *ius cogens*, según ha venido manifestando la mejor doctrina) sino que, antes bien, entra en franca colisión con él. En efecto, resulta contradictorio con la propia existencia del Convenio sobre genocidio, y con el objeto y fin que lo inspiran, que las partes firmantes pacten la renuncia a un mecanismo de persecución del delito, máxime teniendo en cuenta que el criterio prioritario de competencia (el territorial) quedará en multitud de ocasiones mermado en sus posibilidades de ejercicio efectivo por las circunstancias que puedan entrar en juego en los diferentes casos. De igual modo que ha de resultar contradictorio con el espíritu del Convenio que formar parte del mismo conlleve una limitación en las posibilidades de combatir el delito que Estados que no lo hubieran firmado no tendrían, en tanto [y] en cuanto no quedarían constreñidos por esa supuesta y cuestionable prohibición.

No estando, a juicio del Tribunal Supremo, reconocida la jurisdicción universal por el Convenio sobre [G]enocidio, sostiene la Sala Segunda de este Alto Tribunal que su asunción unilateral por el Derecho interno debe, entonces, venir limitada por otros principios, en virtud de lo que viene siendo regla en la costumbre internacional. De ello se derivará una restricción del ámbito de aplicación del art. 23.4 LOPJ, exigiendo para su entrada en juego determinados “vínculos de conexión”, como que el presunto autor del delito se halle en territorio español, que las víctimas sean de nacionalidad española, o bien que exista otro punto de conexión directo con intereses nacionales. El empleo de tales criterios correctores se fundamenta por la Sentencia objeto de análisis en la costumbre internacional, llegando a la conclusión de que, no correspondiéndole a cada Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, el ejercicio de la competencia universal sólo será legítimo cuando exista el citado punto de conexión; el cual, resalta la resolución impugnada, ha de tener una significación equivalente a los criterios que, reconocidos en la Ley nacional o los Tratados, permiten la extensión extraterritorial de la competencia.

La Sentencia del Tribunal Supremo incluye, asimismo, un listado de tratados internacionales relativos a la persecución de delitos relevantes para la comunidad internacional suscritos por España con la finalidad de mostrar que, de una parte, en ninguno de esos tratados se establece de forma expresa la jurisdicción universal, y que, de otra, en ellos se establece como forma de colaboración la clásica fórmula *aut dedere aut iudicare*; es decir, los Estados tendrán la obligación de juzgar a los responsables de delitos comprendidos en los tratados cuando se encuentren en su territorio y no se acceda a la extradición solicitada por algún otro Estado con competencia obligatoria según las disposiciones del respectivo tratado. Del análisis de ese sector del Derecho convencional internacional infiere el Tribunal Supremo la necesidad y la legitimidad de restringir

el ámbito de aplicación del art. 23.4 LOPJ a los casos en que el presunto responsable se halle en territorio español, al amparo del art. 96 CE, del apartado g) del art. 23.4 LOPJ, y del ya citado art. 27 del Convenio sobre el Derecho de los tratados, según el cual las partes de un tratado no podrán invocar su Derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado.

Independientemente de lo que después habremos de afirmar, la interpretación seguida por el Tribunal Supremo para justificar tal criterio de restricción de la Ley debe ser rechazada ya por razones de índole metodológica. Para empezar, la pretendida referencia sistemática al apartado g) del art. 23.4 LOPJ no puede servir para extender las conclusiones a las que el Alto Tribunal llega al resto de los delitos contenidos en los apartados precedentes del citado precepto. Y ello porque la cláusula de cierre introducida en el apartado g) extiende la jurisdicción universal a otros delitos, no incluidos en los apartados anteriores del art. 23.4 LOPJ, que según los tratados o convenios internacionales deban ser perseguidos en España. En otras palabras, mientras los apartados a) a f) del art. 23.4 LOPJ establecen un catálogo de delitos que se declaran perseguibles *ex lege* en España pese a haber sido cometidos en el extranjero y por extranjeros, el apartado g) determina precisamente la posibilidad, si así se pacta en un tratado internacional, de perseguir en España otros delitos distintos a los incluidos expresamente en el precepto. No resulta, en consecuencia, ni mucho menos evidente que las limitaciones o condicionantes que, por vía de la interpretación de los diversos Tratados internacionales que menciona la Sentencia, se prediquen de estos últimos sean de aplicación analógica a los primeros. Procedimiento analógico que, además de ser contrario al principio *pro actione* al reducir de modo ostensible el acceso a la jurisdicción de los demandantes, no se ve amparado por una identidad de razón suficiente, según se acaba de afirmar. [...]

Junto al de la presencia en territorio nacional del presunto autor introduce la Sentencia impugnada otros dos vínculos de conexión: el de personalidad pasiva, haciendo depender la competencia universal de la nacionalidad española de las víctimas, y el de vinculación de los delitos cometidos con otros intereses españoles relevantes, que no viene a ser sino una reformulación genérica del llamado principio real, de protección o de defensa. Tales restricciones parecen ser nuevamente obtenidas de la costumbre internacional, apelando, sin mayor concreción, a que “una parte importante de la doctrina y algunos Tribunales nacionales” se han inclinado por reconocer la relevancia de determinados vínculos de conexión.

Pues bien, al respecto debemos afirmar que tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el art. 23.4 LOPJ, que más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción *contra legem* a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación *de facto* del art. 23.4 LOPJ. [...]

Así la restricción basada en la nacionalidad de las víctimas incorpora un requisito añadido no contemplado en la ley, que además tampoco puede ser teleológicamente fundado por cuanto, en particular con relación al genocidio, contradice la propia naturaleza del delito y la aspiración

compartida de su persecución universal, la cual prácticamente queda cercenada por su base. Según dispone el art. 607 del Código penal (CP) el tipo legal del genocidio se caracteriza por la pertenencia de la víctima o víctimas a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, así como porque los actos realizados tienen la finalidad específica de la destrucción de dicho grupo, precisamente en atención a sus vínculos de pertenencia. La exégesis manejada por la Sentencia del Tribunal Supremo implicaría, en consecuencia, que el delito de genocidio sólo sería relevante para los Tribunales españoles cuando la víctima fuera de nacionalidad española y, además, cuando la conducta viniera motivada por la finalidad de destruir el grupo nacional español. La inverosimilitud de tal posibilidad ha de ser muestra suficiente de que no era esa la finalidad que el Legislador perseguía con la introducción de la jurisdicción universal en el art. 23.4 LOPJ, y de que no puede ser una interpretación acorde con el fundamento objetivo de la institución.

Y lo mismo debe concluirse en relación con el criterio del interés nacional. Obviando el hecho, destacado por el Ministerio público en su informe, de que la referencia al mismo en la resolución impugnada es prácticamente nominal, careciendo de un mínimo desarrollo que permita concretar su contenido, lo cierto es que con su inclusión el núm. 4 del art. 23 LOPJ queda prácticamente huérfano de contenido, al ser reconducido a la regla de competencia jurisdiccional contemplada en el número anterior. Como ya ha sido afirmado, la cuestión determinante es que el sometimiento de la competencia para enjuiciar crímenes internacionales como el genocidio o el terrorismo a la concurrencia de intereses nacionales, en los términos planteados por la Sentencia, no resulta cabalmente conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal. La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 4), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos.

i. Concurrencia de jurisdicciones y principio de complementariedad (nuevo)

ESPAÑA, *Recurso de amparo promovido por Rigoberta Menchú Tum, et. al. (Denuncia contra funcionarios públicos civiles y militares guatemaltecos) (Relación de sentencias 4.a), fundamentos jurídicos 3 y 4*. El 2 de diciembre de 1999 doña Ri[g]o[b]erta Menchú Tum interpuso ante el Juzgado de guardia de la Audiencia Nacional una denuncia en la cual se narraban diversos hechos que la denunciante calificaba como posibles delitos de genocidio, torturas, terrorismo, asesinato y detención ilegal, presuntamente perpetrados en Guatemala entre los años 1978 y 1986 por una diversidad de personas que ejercieron en dicho período funciones públicas de carácter civil y militar. [...]

Mediante Auto del 27 de marzo de 2000 el Juez Central núm. 1 [...] declaró su competencia[,] [admitió las querellas y ordenó se practicarán distintas diligencias], entre otras un requerimiento a las Autoridades de Guatemala para que manifestasen si en la actualidad existe algún proceso penal contra los denunciados por los mismos hechos [...]. [E]l Instructor basaba su decisión en que, presentando los hechos “la luminosa apariencia de genocidas”,

puesto que se trata del exterminio del pueblo maya “en su pretextada calidad de favorecedor o encubridor —y aun originador— de la insurgencia o la revolución”, conforme al apartado 4 a) en relación con el 2 c) del art. 23, y a los arts. 65.1 y 88, todos de la LOPJ, el Juez era competente para conocer de este delito, en el que quedaban integrados los otros que se denunciaban. [...]

[El Juez Instructor sostuvo, además,] que no existe cosa juzgada, al no constar siquiera que se sigan otros procesos en Guatemala por razón de los mismos hechos, además de que los Estados en que se ejecutan este tipo de hechos no pueden aducir injerencias en su soberanía, pues los Magistrados del Estado que asume la competencia represiva hacen valer la propia, en función de la preservación de intereses comunes de la Humanidad civilizada; no tratándose por tanto de eludir la jurisdicción territorial de Guatemala, que “no es excluyente, pues en ausencia de su ejercicio honrado y eficaz debe ser suplida por tribunales que —como los españoles— sustentan la extraterritorialidad de su jurisdicción en el principio legal —interno e internacional— de persecución universal [...] sin olvidar que el art. 6 del Convenio de 1948 impone la subsidiariedad de la jurisdicción española respecto de la del Estado en que ocurrieron los repetidos hechos”. [...]

[Al resolver del recurso de revisión interpuesto por el Ministerio Público en contra del auto del Juez Instructor] [e]l Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional estimó, mediante Auto de 13 de diciembre de 2002, [...] [que no se podía ejercer jurisdicción pues no se había comprobado] “[...] la premisa fáctica de inactividad de la justicia guatemalteca”.

[Esta Sala Segunda del Tribunal Constitucional español afirma que,] [c]omo ha sido puesto de manifiesto en los antecedentes[,] el núcleo de la controversia radica en la interpretación, abiertamente restrictiva, que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo han efectuado de la regla de atribución de competencia incluida en el art. 23.4 LOPJ, con la consecuencia de negar la jurisdicción de los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de hechos presuntamente calificados como genocidio, terrorismo y torturas. [...]

Ahora bien, antes de entrar en el análisis de dichos argumentos es importante recordar que, aun cuando referido a otro de los delitos incluidos en el catálogo del art. 23.4 LOPJ, el precepto legal objeto de la controversia ha sido objeto de pronunciamientos previos por parte de este Tribunal, de los cuales pueden extraerse algunas implicaciones para el enjuiciamiento de las resoluciones impugnadas. Concretamente la STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 3, puso de manifiesto que “al establecer la extensión y límites de la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles, el art. 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atribuye el conocimiento por nuestros órganos judiciales de los hechos cometidos por españoles y extranjeros fuera del territorio nacional cuando los mismos sean susceptibles de tipificación como delitos, según la Ley penal española, en ciertos supuestos [...] Lo que entraña, pues, que el legislador ha atribuido un alcance universal a la jurisdicción española para conocer de estos concretos delitos, en correspondencia tanto con su gravedad como con su proyección internacional”. Asimismo, en la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 4, manifestamos que “el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes”.

Esta consideración relativa al fundamento de la jurisdicción universal permite entrar directamente a ponderar el alcance constitucional, desde el prisma del derecho a la tutela judicial

efectiva, de la resolución del Auto de la Audiencia Nacional, por cuanto el presupuesto teórico de que parte para fundar la ausencia de jurisdicción, el principio de subsidiariedad, parece no ser *prima facie* coincidente con el principio de concurrencia, que este Tribunal ha considerado preferente. [...]

En todo caso, con carácter previo no puede dejar de resaltarse, y ello tanto en relación con la resolución de la Audiencia Nacional como con la del Tribunal Supremo, que el art. 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada; esto es, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. En otras palabras, desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la *voluntas legislatoris*, es obligado concluir que la Ley Orgánica del Poder Judicial instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución. Lo acabado de afirmar no implica, ciertamente, que tal haya de ser el único canon de interpretación del precepto, y que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación. Ahora bien, en dicha labor exegética, máxime cuando esa restricción conlleva asimismo la de los márgenes del acceso a la jurisdicción, deben tenerse muy presentes los límites que delimitan una interpretación estricta o restrictiva de lo que, como figura inversa a la de la analogía, habría de concebirse ya como una reducción teleológica de la ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico. Desde el prisma del derecho de acceso a la jurisdicción tal reducción teleológica se alejaría del principio hermenéutico *pro actione* y conduciría a una aplicación del Derecho rigorista y desproporcionada contraria al principio consagrado en el art. 24.1 CE. Tal es el cauce analítico que debemos seguir.

Salvando el hecho de que en la resolución combatida no se entra a explicitar las razones por las que se llega a dicha conclusión, sino que tal relación de subsidiariedad se infiere de la sola mención del criterio de territorialidad (o del relativo a un tribunal penal internacional), debemos comenzar por afirmar que resulta indudable que existen razones de peso, tanto procesales como político-criminales, que vienen a avalar la prioridad del *locus delicti*, y que ello forma parte del acervo clásico del Derecho internacional penal. Partiendo de este dato, y retomando la cuestión que dejamos pendiente, lo cierto es que, desde el plano de su formulación teórica, el principio de subsidiariedad no habría de entenderse como una regla opuesta o divergente con la que introduce el llamado principio de concurrencia, y ello porque, ante la concurrencia de jurisdicciones, y en aras de evitar una eventual duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio *ne bis in idem*, resulta imprescindible la introducción de alguna regla de prioridad. Siendo compromiso común (al menos en el plano de los principios) de todos los Estados la persecución de tan atroces crímenes por afectar a la comunidad internacional, una elemental razonabilidad procesal y político-criminal ha de otorgar prioridad a la jurisdicción del Estado donde el delito fue cometido.

Esto afirmado, debe seguidamente advertirse que el tema propuesto no deja de tener relevancia constitucional, puesto que lo que en última instancia se discute, tanto por los demandantes de amparo y el Ministerio público, como por la Sentencia del Tribunal Supremo que discrepa del criterio aplicado por la Audiencia Nacional de afirmar la prioridad del principio de subsidiariedad, son los términos en los que tal regla o principio se ha aplicado; más concretamente, el mayor o menor número de requisitos exigidos en relación con la pasividad del Estado donde se produjeron

los hechos. El Auto de la Audiencia Nacional objeto de recurso, reproduciendo la doctrina establecida por los Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998, define los términos de aplicación de la regla de subsidiariedad del siguiente modo: “la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal internacional”. Acogiendo literalmente tal aseveración la abstención de los Tribunales de un tercer Estado sólo habría de darse cuando ya se hubiera iniciado un procedimiento en la jurisdicción territorial o en el Tribunal internacional; o bien, en todo caso, una modulación razonable de la regla de subsidiariedad habría de llevar también a la abstención de la jurisdicción extraterritorial cuando resultara previsible la efectiva persecución de los delitos en un plazo próximo. *A sensu contrario*, para la activación de la jurisdicción universal extraterritorial habría de ser, entonces, suficiente con que se aportaran, de oficio o por la parte actora, indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes. No obstante el Auto de diciembre de 2003, acogiendo una interpretación enormemente restrictiva de la regla de subsidiariedad que la misma Audiencia Nacional había delimitado, va más allá y requiere de los denunciante una acreditación plena de la imposibilidad legal o de la prolongada inactividad judicial, hasta el punto de venir a exigir la prueba del rechazo efectivo de la denuncia por los Tribunales guatemaltecos.

Tan restrictiva asunción de la competencia jurisdiccional internacional de los Tribunales españoles establecida en el art. 23.4 LOPJ conlleva una vulneración del derecho a acceder a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE como expresión primera del derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales. De una parte, y tal como denuncia el Fiscal en su escrito de alegaciones, con la exigencia de prueba de hechos negativos se enfrenta al actor a la necesidad de acometer una tarea de imposible cumplimiento, a efectuar una *probatio diabolica*. De otra parte con ello se frustra la propia finalidad de la jurisdicción universal consagrada en el art. 23.4 LOPJ y en el Convenio sobre genocidio, por cuanto sería precisamente la inactividad judicial del Estado donde tuvieron lugar los hechos, no dando respuesta a la interposición de una denuncia e impidiendo con ello la prueba exigida por la Audiencia Nacional, la que bloquearía la jurisdicción internacional de un tercer Estado y abocaría a la impunidad del genocidio. En suma, tan rigorista restricción de la jurisdicción universal, en franca contradicción con la regla hermenéutica *pro actione*, se hace acreedora de reproche constitucional por vulneración del art. 24.1 CE.

7. JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL

B. Corte Penal Internacional

COLOMBIA, *Recurso de apelación promovido por los representantes de las víctimas* (Gian Carlo Gutiérrez Suárez, *postulado*) (*Relación de sentencias 2.c*), *considerandos, apartado 4*. De otra parte, al lado de la importancia que tiene la adopción en la legislación interna de los tipos penales encaminados a prevenir las violaciones graves al derecho internacional humanitario, debe señalarse que el Estatuto de Roma [nota omitida] entró a reforzar la eficacia de la persecución y sanción de los crímenes de guerra a nivel nacional mediante la creación de un órgano jurisdiccional de carácter permanente que complementa a las jurisdicciones nacionales y las incentiva a ejercer

su jurisdicción sobre los tipos penales recogidos en el artículo 8º del Estatuto en cuestión [nota omitida].

La Corte Penal Internacional constituye una jurisdicción de *ultima ratio* que conocerá de los crímenes de guerra cometidos en un determinado conflicto armado, si conforme al artículo 17 del Estatuto de Roma, las jurisdicciones nacionales afectadas:

“(i) no llevan a cabo investigación o enjuiciamiento alguno (inacción a priori); (ii) inician sus actuaciones pero las suspenden antes de finalizarlas sin razón técnica que lo justifique a la luz de sus respectivas leyes de enjuiciamiento penal (inacción a posteriori); (iii) no tienen la disposición necesaria para llevar realmente a cabo las investigaciones o enjuiciamientos iniciados (falta de disposición); o (iv) no tienen la infraestructura judicial necesaria para llevar a cabo las actuaciones que han iniciado debido al colapso total o parcial de su administración de justicia o al hecho de que carecen de ella (incapacidad) [nota omitida]”.

Por lo tanto, la creación de la Corte Penal Internacional como un órgano que se ocupa de seguir las actuaciones de las jurisdicciones nacionales afectadas, al punto que la inactividad de las últimas provocará la actividad de la primera, demuestra que existe un principio de justicia universal respecto de la investigación y persecución de los crímenes de guerra, que refuerza y legitima las actuaciones nacionales encaminadas a ese propósito.

CAPÍTULO VI

DECISIONES ESTATALES QUE OBSTACULIZAN LA INVESTIGACIÓN, ENJUICIAMIENTO Y, EN SU CASO, SANCIÓN DE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

1. LOS ESTADOS TIENEN LA OBLIGACIÓN DE COMBATIR LA IMPUNIDAD

C. Control judicial sobre decisiones estatales que perpetúan la impunidad

i. El control judicial no violenta el principio de división de poderes

URUGUAY, *Excepción de inconstitucionalidad (artículos 1, 3 y 4 de la Ley No. 15.848. Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado) (Relación de sentencias 7.b), considerandos*. [Según el criterio de esta Suprema Corte de Justicia] [...], si se entiende que la Ley impugnada, en lugar de otorgar una amnistía, declara la caducidad de las acciones penales respectivas, también es inconstitucional. En efecto, declarar la caducidad de las acciones penales, en cualquier supuesto, excede las facultades de los legisladores e invade el ámbito de una función constitucionalmente asignada a los jueces, por lo que, por los motivos que fueren, el legislador no podía atribuirse la facultad de resolver que había operado la caducidad de las acciones penales respecto de ciertos delitos.

Igual crítica merece la idea según la cual la Ley no declaró, sino que dispuso la caducidad aludida. En este sentido, es cierto que el Poder Legislativo podría fijar un término de caducidad para el ejercicio de ciertas acciones penales, pero eso no es lo que hizo. Considerando la naturaleza y el fundamento del instituto, no es racional disponer la caducidad de una acción —que no estaba sujeta a término desde antes— sin fijar un plazo razonable para que el titular la ejercite, bajo apercibimiento de su extinción. Menos aún si no se verifica el supuesto de inactividad, sino que, por el contrario, se quiere clausurar casos cuya investigación está en curso.

2. LEYES DE AMNISTÍA

A. Evolución de la prohibición de ciertas leyes de amnistía

iii. El caso uruguayo (nuevo)

URUGUAY, *Excepción de inconstitucionalidad (artículos 1, 3 y 4 de la Ley No. 15.848. Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado) (Relación de sentencias 7.b), considerandos*. [Con ocasión de la denuncia penal presentada por AA para que se investigaran las circunstancias en que se produjo la muerte de su hermana el 29 de junio de 1974 en una dependencia militar

durante la pasada dictadura y se identificara a los eventuales responsables], la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2o. Turno solicitó, por vía de excepción, la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1o., 3o. y 4o. de la Ley No. 15.848 del 22 de diciembre de 1986, conocida como Ley de [C]aducidad de la [P]retensión [P]unitiva del Estado, por entender que las referidas disposiciones transgreden varios preceptos de la Constitución de la República y de Tratados internacionales.

La representante del Ministerio Público sostuvo, en síntesis, que la inconstitucionalidad de las normas impugnadas radica en: [...]

Las normas impugnadas consagraron una clara violación del principio de igualdad reconocido en el art. 8o. de nuestra Constitución, ya que establecieron un privilegio para militares y policías que no se instituyó para los civiles que colaboraron con aquéllos en la comisión de los delitos investigados. En virtud de dicho privilegio y como consecuencia de que el Estado renunció a ejercer el “ius puniendi”, un determinado grupo de personas quedó exento de la jurisdicción penal.

Asimismo, al sancionar la Ley No. 15.848, no se contemplaron los arts. 1.1, 8.1 y 25.1 y 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En tal sentido, se afectó ilegítimamente la situación de las víctimas y sus familiares, quienes se vieron privados de las garantías judiciales indispensables para que se castigara a los responsables de los delitos cometidos. Es sabido que no se admite invocar el derecho interno para no cumplir los tratados internacionales. [...]

La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos. [...]

[Al respecto,] [...] Risso Ferrand, citando a Nogueira, observa que “en “América Latina hay una poderosa corriente cada vez más “generalizada que reconoce un bloque de derechos “integrado por los derechos asegurados explícitamente en “el texto constitucional, los derechos contenidos en los “instrumentos internacionales de derechos humanos y los “derechos implícitos, donde el operador jurídico debe “interpretar los derechos buscando preferir aquella “fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la “persona humana” [nota omitida]⁶³.

Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

Como señala Nogueira, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y

⁶³ Nota de edición: Las comillas aparecen en el original tal como fueron transcritas en esta sección. En el proceso de edición de esta obra no fue posible tener acceso al material original citado por el fallo, por lo que no se pudo determinar, con exactitud, el inicio y fin de la cita. Por este motivo, se decidió no manipular las comillas e incluir el texto en su integralidad.

las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad [nota omitida].

En este sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados preceptúa que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por estas consideraciones y como certeramente lo señala la Dra. Alicia Castro, “... al momento de dictarse la Ley —y, más tarde, la sentencia— debían tenerse en cuenta los derechos expresamente mencionados por el texto constitucional más los que progresivamente se fueron agregando por la ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16/12/66 y ratificado por Uruguay por Ley No. 13.751 del 11/7/69; la Convención Americana de Derechos Humanos “aprobada en el ámbito americano el 22/11/69, ratificada por Ley No. 15.737 de 8/3/85 y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10/12/84 y ratificada por Ley No. 15.798 del 27/10/85. De ese modo, el ordenamiento jurídico-constitucional uruguayo ha incorporado derechos de las personas que constituyen límites infranqueables para el ejercicio de las competencias asignadas a los poderes instituidos, lo que necesariamente debe controlar el juez constitucional” [nota omitida].

Asimismo, agrega que no se puede dejar de tener en cuenta que el problema trasciende el ámbito interno, puesto que la Ley impugnada ha sido observada reiteradamente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes anuales sobre Uruguay, además de que ha sido cuestionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva solicitada por Uruguay en 1993 [nota omitida].

En particular, la Comisión Interamericana, en su informe No. 29/92 del 2 de octubre de 1992, recordó haber observado al gobierno uruguayo por “violaciones gravísimas” de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, recomendando investigar y procesar a los responsables, y pone de relieve que, en ese contexto, la Ley No. 15.848 tuvo el efecto contrario, esto es, sirvió para clausurar todos los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos, cerrando toda posibilidad jurídica de una investigación judicial destinada a comprobar los delitos denunciados e identificar a sus autores, cómplices o encubridores. En tal marco, como se sostuvo en el Considerando III.6) de este pronunciamiento, la Ley en examen afectó los derechos de numerosas personas (concretamente, las víctimas, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos mencionadas) que han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos, determine sus responsables e imponga las sanciones penales correspondientes; a tal punto que las consecuencias jurídicas de la Ley respecto del derecho a garantías judiciales son incompatibles con la Convención Interamericana de Derechos Humanos [nota omitida].

En el ámbito jurisdiccional, cabe recordar algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaran nulas Leyes de amnistía dictadas para impedir el castigo de los responsables de violaciones graves de derechos humanos y que establecen el deber de los jueces y tribunales nacionales de velar por la aplicación de las normas internacionales frente

a “Leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” [nota omitida].

En Argentina, la Corte Suprema de la Nación ha dictado sentencias relevantes, como la que el 14 de junio de 2005 resolvió el Caso JJ (Caso KK), que constituye un auténtico “leading case”; y, más recientemente, la que el 4 de mayo de 2007 resolvió el Caso LL (Caso MM). Allí, sostuvo que las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida (Leyes Nos. 23.492 y 23.521) son inválidas e inconstitucionales. A su vez, se pronunció sobre la validez de la Ley No. 25.779, aprobada por el Congreso de la Nación en 2003, por la cual se había declarado la nulidad de estas Leyes.

La Corte Suprema expresó que dichas Leyes de amnistía —similares a la nuestra— no tienen en cuenta la jerarquía constitucional de los derechos humanos, conforme al art. 75 nal. 22 de la Constitución argentina a partir de la reforma constitucional de 1994, y el carácter de “jus cogens” que ostentan las normas internacionales, ya sean creadas por pactos o convenciones, ya sean de carácter consuetudinario.

A modo de síntesis, la ilegitimidad de una Ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley No. 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación para dictar el presente fallo.

D. La prohibición de amnistías en el derecho internacional se extiende a aquellas adoptadas por gobiernos anteriores o posteriores y no solo a las autoamnistías

i. La prohibición de amnistías en el derecho internacional no puede subsanarse mediante referéndum popular (nuevo)

A diferencia de otras normas nacionales que habían obstaculizado la persecución penal de aquellos responsables por la perpetración de crímenes cometidos en el marco de las dictaduras o conflictos armados latinoamericanos, la ley uruguaya N° 15.848, Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, no solo fue aprobada por un cuerpo legislativo formalmente constituido, sino que fue ratificada por referéndum popular el 16 de abril de 1989 y, nuevamente en 2009, en razón de la derrota en un plebiscito de una reforma constitucional que pretendía anular los artículos centrales de la Ley de Caducidad. Así, de conformidad con el todavía vigente artículo 1° de esta ley, se reconoce “que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1° de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto”.

No obstante esta característica única de la Ley de Caducidad, los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos se han pronunciado en contra de su validez por considerarla incompatible con las obligaciones internacionales del Estado. En 1994, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas concluyó que el Estado uruguayo tiene la obligación de investigar las violaciones de los derechos humanos, aun cuando hubieran sido cometidas por otro régimen. En este sentido, el mismo Comité afirmó que la Ley de Caducidad era incompatible con las obligaciones estatales y que su adopción generaba un clima de impunidad sumamente preocupante⁶⁴. Sin minimizar la importancia de esta decisión, el Comité no abordó, de manera directa, la ratificación popular de la ley de caducidad y su validez en un Estado Democrático de Derecho.

De hecho, fueron los propios tribunales uruguayos los que, por primera vez, abordaron este debate crucial. La Ley de Caducidad no era un decreto-ley aprobado por un régimen dictatorial o arbitrario o por un régimen de transición con poco apoyo popular. Por el contrario, estuvo avalada por uno de los mecanismos de participación directa más reconocidos por los principios democráticos del Estado. Lo anterior requería, por parte de los órganos judiciales, una reflexión particular, con miras a justificar la inaplicación de la ley, en razón de su incompatibilidad con los parámetros de control constitucional. En este sentido, es de llamar la atención que, tal como se aprecia en los párrafos abajo transcritos, la Suprema Corte de Justicia uruguaya opta por avanzar argumentos de naturaleza más bien constitucional, antes que apoyar este aspecto particular del fallo en el derecho internacional de los derechos humanos.

La decisión de la Suprema Corte de Justicia uruguaya no marcó, sin embargo, el fin del escrutinio internacional de la Ley de Caducidad. En 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo pública su decisión en el caso *Gelman vs. Uruguay*. Con ocasión de esta sentencia, la Corte reafirmó la incompatibilidad de las leyes de amnistía, incluidas aquellas adoptadas por un gobierno de transición, con los estándares interamericanos. En este sentido, la Corte Interamericana sostuvo que “[l]a incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención”⁶⁵. De manera concreta, con respecto a la ratificación popular de la ley, la Corte Interamericana ha afirmado que

[l]a sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana [nota omitida]. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas

⁶⁴ Comité de Derechos Humanos (CDH), *Hugo Rodríguez vs. Uruguay*, Communication No. 322/1988, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/322/1988 (1994), 19 de julio de 1994, párr. 12.1 a 12.4.

⁶⁵ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 229.

del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial⁶⁶.

En este marco de discusión se insertan, como se ha anticipado, decisiones uruguayas que también reconocen en el derecho internacional de los derechos humanos un límite a las decisiones de las mayorías, aun dentro de esquemas democráticos de ejercicio del poder.

URUGUAY, *Excepción de inconstitucionalidad (artículos 1, 3 y 4 de la Ley No. 15.848. Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado) (Relación de sentencias 7.b), considerandos*. [E]l ejercicio directo de la soberanía popular por la vía del referéndum derogatorio de las Leyes sancionadas por el Poder Legislativo sólo tiene el referido alcance eventualmente abrogatorio, pero el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada “ab origine” por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta.

Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la “democracia sustancial”, que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella [nota omitida].

[Según el autor antes citado]

“De forma distinta las cuestiones pertenecientes a la que he llamado ‘esfera de lo decidible’, los derechos fundamentales están sustraídos a la esfera de la decisión política y pertenecen a la que he llamado ‘esfera de lo no ‘decidible’ (qué sí y qué no). Esta es por tanto su característica específica: tales derechos son establecidos en las constituciones como límites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre —de los derechos de libertad a los derechos sociales— contra las contingentes mayorías. Es más: ésta es la forma lógica que asegura su garantía. Siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustrae a la política, es decir, a los poderes de la mayoría,... como derecho inviolable, indisponible, e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción”.

La “esfera de lo no decidible” es una expresión de un contenido significativo similar a la del “coto vedado” de Garzón Valdés, o a la del “territorio inviolable” de Norberto Bobbio.

Superando el rol que le asignaba el viejo paradigma paleoliberal, la jurisdicción se configura como un límite de la democracia política. En la democracia constitucional o sustancial, esa esfera de lo no decidible —que implica determinar qué cosa es lícito decidir o no decidir— no es sino lo que en las Constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la decisión de la mayoría. Y el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la Ley.

De lo antedicho, Ferrajoli deriva dos consecuencias. La primera (ligada al nuevo y doble papel de garantía de los derechos fundamentales de todos y, a la vez, de la legalidad de los

⁶⁶ *Ídem*, párr. 239.

poderes públicos asignado[s] a la jurisdicción), es, con respecto al paradigma paleopositivista y paleoliberal, un reforzamiento del fundamento de la división de Poderes y de la independencia de los magistrados. La segunda consecuencia —ligada al aumento del peso de la jurisdicción en el sistema de los poderes públicos— es un fortalecimiento del garantismo como fuente de legitimación y condición de credibilidad del poder de los jueces [nota omitida].

Entonces, ninguna mayoría alcanzada en el Parlamento o la ratificación por el Cuerpo Electoral —ni aún si lograra la unanimidad— podría impedir que la Suprema Corte de Justicia declarara inconstitucional una Ley que consagre la pena de muerte en nuestro país, la cual está prohibida por disposición del art. 21 de la Carta.

De la misma manera, tampoco la mayoría legislativa ratificada por el Cuerpo Electoral puede desplazar hacia el Poder Ejecutivo el ejercicio de la función jurisdiccional que le compete exclusivamente al Poder Judicial, salvo disposición expresa de la Constitución que le atribuya, excepcionalmente, tal cometido a otro órgano estatal. [...]

En el supuesto sometido a juicio de la Corporación, se le otorgó a otro Poder del Estado una facultad que desplaza la originaria del Poder Judicial, a través de la cual se decide, con carácter vinculante, si el Juez de la causa puede o no continuar con las investigaciones en un expediente donde se ha comprobado la existencia de un hecho con apariencia delictiva. Por más que la opinión del Poder Ejecutivo sea calificada por la Ley como “informe”, resulta claro que tiene naturaleza jurídica de decisión y viene a sustituir la original competencia constitucional del Poder Judicial de confrontar el hecho indagado con su tipificación penal (adecuación típica), de tal suerte que el posterior pronunciamiento judicial de clausura no es sino una mera homologación que se transforma en una pura fórmula de cierre [nota omitida].

4. PRESCRIPCIÓN E IMPRESCRIPTIBILIDAD

D. La imprescriptibilidad como norma de derecho internacional convencional y consuetudinario

i. El caso argentino (nuevo)

ARGENTINA, Recurso de casación penal (Gregorio Rafael Molina, sentenciado) (Voto del juez Mariano Hernán Borinsky) (Relación de sentencias 1.a), considerandos. [Con respecto al tema de la prescripción de los crímenes bajo estudio en la causa] [...] aunque no fue expresamente señalado por el recurrente, no puede soslayarse que las críticas que efectúa sobre la aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa impactan en la ley 26.200 [...] a través de la que se implementaron las disposiciones del Estatuto de Roma en nuestro país. Ello así, por cuanto dicha ley, en su artículo 13 dispone, bajo el título “Principio de Legalidad” que: “[n]inguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma ni en la presente ley puede ser aplicado en violación al principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional. En tal caso, el juzgamiento de esos hechos debe efectuarse de acuerdo con las normas previstas en nuestro derecho vigente”.

En esta última cláusula podría inspirarse la alegada violación al principio de legalidad (art. 18 de la C.N.) que denuncia el recurrente para fundar la excepción de falta de acción por

prescripción. Ello, toda vez que la categorización de crímenes de lesa humanidad de los hechos materia de juzgamiento se realizó observando el art. 7 del Estatuto de Roma [...].

Sin embargo, un análisis adecuado del art. 13 de la ley 26.200 permite advertir que la norma expresamente indica que el juzgamiento de los hechos de la índole de autos “*debe efectuarse de acuerdo con las normas previstas en nuestro derecho vigente*”.

Ello conduce, necesariamente, a establecer cuál era el derecho vigente al tiempo de registrarse los acontecimientos ventilados en la encuesta. La respuesta al interrogante resulta notoria frente al tratamiento que efectuó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Priebke” (Fallos: 318:2148) y “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:3312).

En lo que atañe a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Arancibia Clavel” sostuvo que las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y, contrariamente a cuanto sostiene el recurrente, por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad [...] - y con jerarquía constitucional por ley 25.778 [...]. Para así concluir, en “Arancibia Clavel” nuestro más Alto Tribunal se sostuvo:

“25) Que la doctrina de la Corte señalada en el precedente ‘Mirás’ (Fallos: 287:76) [el instituto de la prescripción de la acción penal, está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no es aplicable una ley ex post facto que altere su operatividad en perjuicio del imputado], se mantuvo inalterada a lo largo del tiempo y continúa vigente para la interpretación del instituto de la prescripción de la acción penal para el derecho interno, pero fue modificada con respecto a la normativa internacional en el precedente ‘Priebke’ (Fallos: 318:2148), en el cual el gobierno italiano requirió la extradición de Erich Priebke para su juzgamiento por hechos calificables por tratados internacionales como ‘genocidio’ y ‘crímenes de guerra’, pero respecto de los cuales, desde la perspectiva del derecho interno, la acción penal se encontraba prescripta. A pesar de ello, esta Corte hizo lugar a la extradición, por entender que, conforme la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, no resultaban aplicables las reglas de la prescripción de la acción penal previstas en el Código Penal. [...]”

27) Que la convención citada, constituye la culminación de un largo proceso que comenzó en los primeros años de la década de 1960 cuando la prescripción amenazaba con convertirse en fuente de impunidad de los crímenes practicados durante la segunda guerra mundial, puesto que se acercaban los veinte años de la comisión de esos crímenes.

28) Que esta convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (ius cogens) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos. [...]”

31) Que al momento de los hechos, el Estado argentino ya había contribuido a la formación de la costumbre internacional a favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad (conf. Fallos: 318:2148, voto del juez Bossert, considerando 88 y siguientes). [...]”

33) Que en consecuencia los hechos por los cuales se condenó a Arancibia Clavel, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, con lo cual no se da una aplicación retroactiva de la convención, sino que ésta ya era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del ‘60, a la cual adhería el Estado argentino”. [...]”

En tales condiciones, a partir la autoridad moral e institucional que revisten los fallos de la Corte que, en la materia que tratamos constituyen doctrina legal, corresponde rechazar el planteo que formula la defensa contra la caracterización de los eventos inspeccionados jurisdiccionalmente en esta causa como crímenes de lesa humanidad y, consecuentemente, el de extinción de la acción penal por prescripción, pues el impugnante no logra rebatir en el *sub iudice* los argumentos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación expuestos en los citados precedentes.

Por ende, cabe concluir que los hechos por los que fue juzgado Gregorio Rafael Molina, resultan violaciones al derecho de gentes receptado por el artículo 118 de la Constitución Nacional (ex art. 102 de la Carta Magna de 1853) y, por tanto, lesionaron el derecho internacional de derechos humanos tanto consuetudinario antes, como convencional ahora, lo que conduce inexorablemente a su imprescriptibilidad.

PERÚ, *Pedimento de sobreseimiento del proceso penal (Santiago Enrique Martín Rivas, et. al., acusados) (Relación de sentencias 6.b), considerando décimo quinto.* [A]sumida la asociación ilícita orientada a la comisión de delitos constitutivos de violaciones de los derechos humanos como un tipo de estos mismos delitos, la causa petendi en los pedidos actuales de declarar prescrita la acción penal se basa en la dación del Decreto en mención, es decir, en la disposición de derecho interno que reafirma la declaración interpretativa contenida en la Resolución Legislativa N° 27998: “1.1 *De conformidad con el Artículo 103° de su Constitución Política, el Estado Peruano se adhiere a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968, para los crímenes que consagra la convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para el Perú*”.

Ahora bien, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad establece en su artículo I: “*Artículo I.- Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: (...)*” [Resaltado en el original].

[A]ún cuando el Estado peruano no había ratificado el instrumento que declara la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, ella constituía norma consuetudinaria del derecho internacional vigente en el momento de los hechos del presente proceso (años 1991 y 1992); de ahí que la declaración de [1] Legislador nacional en el año 2003 no constituya óbice alguno en este aspecto y que, por el contrario, deba ser entendida de conformidad con la regla interpretativa de buena fe (que tiene en cuenta el objeto y fin del instrumento [nota omitida]) como la consagración de la imprescriptibilidad –ya a nivel normativo expreso– para casos que pudiesen ocurrir a partir de aquel año; entender esta declaración y su ratificación en el Decreto Legislativo N° 1097 en el sentido que le da la defensa: prescripción de los delitos constitutivos de violaciones de los derechos humanos ocurridos con anterioridad, generaría nueva responsabilidad internacional del Estado peruano, sobre todo cuando respecto del tema existe el varias veces invocado pronunciamiento claro de la Corte Interamericana en el caso Barrios Altos (fundamento 41 de la sentencia de la Corte: inadmisibilidad de disposiciones de prescripción).

5. PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

D. Hipótesis de no aplicación del principio *ne bis in idem*

COLOMBIA, *Acción de revisión (Gustavo Amaya Ruiz, et. al., acusados) (Relación de sentencias 2.d), considerando 8, 9 y 11*. El apoderado de ALFONSO ENRIQUE VELASCO TORRES (en la actualidad Coronel de la Policía Nacional), sostiene que atendidos los fines y principios que orientan la acción de revisión, en el asunto analizado no se demostró irregularidad alguna capaz de afectar la validez de lo actuado ante la Justicia Penal Militar, conforme lo exige la causal invocada por el demandante.

Sostiene, de una parte, que el fundamento esgrimido por el actor lo constituye un documento informal e incompleto que fue aportado sin los requisitos previstos en el artículo 259 de la Ley 600 de 2000; y de otra que si bien Colombia hace parte de la Organización de Estados Americanos, comprometiéndose con ello a preservar los derechos de la sociedad en general, no es objeto de esa institución supranacional atropellar las garantías fundamentales de quienes habiéndose sometido a la justicia han alcanzado decisiones de fondo que los favorecen. [...]

Refiere que el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 62/99 de 13 de abril de 1999, no es un “*HECHO NUEVO*” que le reste firmeza a las apreciaciones de los funcionarios de la Jurisdicción Penal Militar que en primera y segunda instancia cesaron procedimiento en favor de su representado, toda vez que en ese documento apenas se hace una referencia somera al contenido de la única prueba de cargo, no hay alusión al contenido de los otros elementos de persuasión supuestamente allegados a esa instancia, y tampoco se consignaron los motivos por los que se otorga credibilidad a esos medios de conocimiento. [...]

Alega, desde otra perspectiva, que en relación con el proceso al que fue sometido su prohijado, no puede alegarse la aplicación de la causal de revisión prevista en la Ley 600 de 2000, artículo 220, numeral 3, o la regulada en la Ley 906 de 2004, artículo 192, numeral 4, toda vez que tales legislaciones no se hallaban en vigor al tiempo de los hechos, y aun cuando el Tratado Internacional que se invoca en el Informe N° 62/99 de 13 de abril de 1999 ya existía antes de ocurrir los sucesos, el mismo cuerpo normativo en manera alguna permite o habilita el desconocimiento de la garantía de cosa juzgada.

La Procuradora Tercera Delegada en Casación Penal, luego de hallar satisfecha la legitimidad del demandante para promover la presente acción, comprobada la pertinencia de la causal de revisión invocada, y acreditada la fuerza vinculante de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, todo ello sustentado en jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, frente al caso particular indica que para declarar fundado el motivo que obliga a rescindir la cesación de procedimiento con la que fueron cobijados los procesados, deben estar demostrados dos aspectos: De una parte, que los hechos investigados tengan relación o constituyan violación de derechos humanos o infracción grave al derecho internacional humanitario; y de otra, que una autoridad de supervisión de esas garantías haya constatado un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial dicho tipo de violaciones.

Con base en lo anterior puntualiza la Delegada que los hechos debatidos en el proceso penal cuya revisión se demanda, indican que el homicidio del profesor Santos Mendivelso Coconubo fue consumado por miembros de la Policía Nacional que lo acusaban de pertenecer a una organización subversiva, proceder que en manera alguna puede catalogarse como un acto propio de las funciones desempeñadas por éstos, configurándose así una violación de los derechos humanos.

Agrega que como la actuación penal por esos acontecimientos, fue finiquitada con cesación de procedimiento por la Justicia Penal Militar, la cual no era competente justamente por no ser el suceso un acto que pueda reputarse como propio del ser servicio policial, es por ello por lo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos formuló las debidas recomendaciones, en orden a que la investigación sea adelantada y finalizada por el juez natural, en estricta garantía del debido proceso.

La prohibición de doble juzgamiento o *non bis in idem*, de larga tradición jurídica [nota omitida], con anclaje en Tratados Internacionales [nota omitida] y, por supuesto, en la Constitución Política de Colombia y en las leyes penales sustantivas y adjetivas, significa, ni más ni menos, que la persona a la cual se le ha resuelto su situación frente a una imputación penal mediante sentencia ejecutoriada o providencia con igual fuerza vinculante, no puede someterse a un nuevo juicio por los mismos supuestos fácticos, aun cuando a estos se les dé una denominación jurídica diferente.

No obstante la importancia de esa prerrogativa superior como elemento integrante del debido proceso en sentido amplio, de lo cual además dimana la fuerza vinculante de la *res iudicata*, aquélla no es absoluta y puede ser exceptuada en los casos expresamente previstos por el legislador, como efectivamente ocurre en el ordenamiento interno a través de la acción de revisión, la cual posibilita remover la cosa juzgada para hacer cesar la injusticia material contenida en una decisión, cuya verdad procesal es diametralmente opuesta a la verdad histórica del acontecer objeto de investigación o juzgamiento, siempre y cuando se acredite la configuración de alguna de las causales establecidas de manera específica en la ley y desarrolladas por la jurisprudencia.

Acerca de los requisitos condicionantes del motivo de revisión invocado, esto es, el consagrado en el numeral 3° del artículo 220, de la Ley 600 de 2000, de redacción semejante al previsto en el artículo 231-3° del Decreto 050 de 1987 (vigente para la época de los hechos —5 de abril de 1991—), y al contemplado en el artículo 232-3° del Decreto 2700 de 1991 (el cual entró a regir el 1 de julio de 1992 y gobernó la etapa instructiva de la actuación penal), dicho precepto establece la posibilidad de revisar las decisiones judiciales definitivas, entre otros casos:

“Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad”.

La Corte Constitucional, con ocasión de una acción pública de exequibilidad promovida contra la aludida norma (la establecida en la Ley 600 de 2000), en la sentencia C-004 de 20 de enero de 2003, hizo un análisis de esa causal frente a la Carta Política de 1991 y en relación con los derechos de las víctimas a la verdad y la justicia, con base en el cual condicionó su conformidad con la Carta en el entendido de que la misma se extendía o procedía también, de una parte:

“[E]n los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, siempre y cuando se trate de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, y un pronunciamiento judicial interno, o una decisión

de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates”.

Y de otra, igualmente,

“[C]ontra la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria, en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, siempre y cuando una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones”.

Atendiendo la referida decisión de la Corte Constitucional, el legislador patrio elevó como causal independiente de revisión el condicionamiento efectuado por dicha Corporación, estableciendo en el numeral 4º del artículo 192 de la Ley 906 de 2004 el siguiente motivo:

“Cuando después del fallo (absolutorio) [nota omitida] en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las Obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates”. [...]

Respecto de la aplicación retroactiva de las referidas causales de revisión [...] debe reiterar la Sala lo ya decantado en anteriores pronunciamientos acerca de ese aspecto, en los siguientes términos:

“[E]s oportuno señalar que las mencionadas legislaciones procesales penales son aplicables a este asunto, pese a que los hechos que motivaron el diligenciamiento respecto de cuyos fallos se dirige la acción de revisión ocurrieron en 1990, es decir, antes de la vigencia de la Ley 906 de 2004 e, incluso, antes de proferirse la sentencia C-004 de 2003, en la cual se estableció por primera vez como causal de revisión la hipótesis objeto de análisis en el presente pronunciamiento, pues sobre el particular ya la Sala ha tenido la oportunidad de señalar que lo relevante frente a dicha discusión no es la legislación vigente al momento de los hechos, sino el marco constitucional en el cual ocurrieron los mismos y se impulsó la investigación objeto de la acción de revisión.

En tal sentido, se parte de lo establecido en el inciso 1º del artículo 93 de la Constitución Política de 1991, según el cual, ‘Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno’, norma que materializa el Bloque de Constitucionalidad, referido a los preceptos superiores que no se encuentran directamente contenidos en la Carta, pero que regulan principios y valores a los cuales ésta remite”.

En tal virtud, se impone concluir que la Convención Americana hace parte del Bloque de Constitucionalidad, resultando obligatoria en el orden interno y que sus disposiciones estaban vigentes para el mes de abril de 1991, época para la cual ocurrieron los hechos sintetizados al inicio de esta providencia.

Ahora bien, igualmente es objeto de réplica por parte de algunos de los intervinientes la imposibilidad de hacer ceder la prohibición de non bis in idem y la garantía de cosa juzgada, respecto de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad y la justicia, tensión que

fue objeto de estudio en la referida sentencia de constitucionalidad C-004 de 20 de enero de 2003, merced a lo cual concluyó el máximo juez de esa materia que respecto de delitos en general ciertamente no había lugar al decaimiento de aquellas prerrogativas erigidas en favor de los procesados en un asunto penal, siendo la situación diametralmente opuesta cuando de violación a los derechos humanos o de graves infracciones al derecho internacional humanitario se trataba. [...]

A esta altura de la discusión debe la Corte responder al planteamiento del representante de VELASCO TORRES en el sentido de que las recomendaciones formuladas en el Informe atrás aludido no son obligatorias frente a las autoridades colombianas, afirmación que apuntala en una fragmentaria y sesgada transcripción de las reflexiones plasmadas por la Corte en la sentencia de revisión de 24 de febrero de 2010, dentro del radicado número 31195, olvidando que acerca de ese específico aspecto, en el considerando tercero del citado pronunciamiento, la Corporación concluyó que no obstante el efecto vinculante limitado e insuficiente de las recomendaciones impartidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en casos semejantes al aquí analizado:

“El Informe y la mencionada recomendación que contiene, en tanto, acto jurídico unilateral internacional, tienen como única virtualidad la de propiciar la revisión por parte de la Corte, pero no la de declarar inválida la actuación, sin que previamente la Sala haya verificado si hubo algún tipo de violación en el desarrollo del proceso.

En consecuencia, la definición de si se cumple o no la causal que demanda revisar el proceso, no surge, en estricto sentido, como lo dispone el artículo 192 de la Ley 906 de 2004, en su numeral cuarto, de que esa instancia internacional haya establecido mediante una decisión que, en efecto, se violaron las garantías de seriedad e imparcialidad en la investigación, sino producto de que la Corte Suprema de Justicia, una vez habilitada la posibilidad de examinar el procedimiento, gracias a la recomendación de la Comisión Interamericana, encuentre que en verdad ello ocurrió así, pues, en caso contrario, dada la carencia de efecto vinculante de la dicha recomendación, a la Sala no le corresponde más que avalar el proceso seguido en nuestro país”. [...] [Resaltado en el original].

Quiere lo anterior decir que en el presente asunto, para tener por satisfecho el segundo requisito de la causal invocada, corresponde a la Sala dilucidar si efectivamente por asignarse el conocimiento del proceso penal seguido respecto de la muerte de Santos Mendivelso Coconubo en la Jurisdicción Penal Militar, se vulneró el debido proceso y de contera los derechos de las víctimas (los familiares del ultimado) de acceder a un recurso judicial efectivo que les asegure la verdad, la justicia y la reparación, de manera seria, imparcial y eficaz.

7. SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO DE CAUSAS PENALES

PERÚ, *Pedimento de sobreseimiento del proceso penal (Santiago Enrique Martín Rivas, et. al., acusados) (Relación de sentencias 6.b), considerando primero, quinto, séptimo y décimo a décimo tercero.* Mediante Decreto Legislativo N° 1097 – *Decreto Legislativo que regula la aplicación de normas procesales por delitos que implican violación de derechos humanos*, [...] se adelantó la vigencia de diversos artículos del nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957) referidos a las medidas coercitivas y limitativas de derechos. En lo que se refiere a lo que es materia de la

presente resolución, en el artículo 6° se adelantó la vigencia de los artículos 344° al 348° y del inciso 4 del artículo 352° del Código, introduciendo el “*sobreseimiento por exceso de plazo de la Instrucción o de la Investigación preparatoria*” para los procesos indicados en el artículo 2°: “*delitos contra la vida, el cuerpo y la salud previstos en el Código Penal de 1924 y el Código Penal de 1991, considerados como violaciones a los derechos humanos, así como por los delitos contra la humanidad previstos en el Código Penal de 1991*”.

El proceso [bajo conocimiento de esta Corte] (constituido por los acumulados por los casos “Barrios Altos”, “El Santa” y “Yauri”) se inició por auto apertorio de instrucción de 18 de abril de 1995. [Posteriormente], [m]ediante Leyes números 26479 y 26492, el Congreso Constituyente Democrático concedió amnistía en los términos siguientes:

“Artículo 1.- Concédase amnistía general al personal Militar, Policial o Civil, cualquiera que fuere su situación Militar o Policial o Funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los Fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente Ley”.

Mediante sentencia de 14 de marzo de 2001 en el caso Barrios Altos vs. Perú (fondo), la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró [la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana sobre Derechos Humanos].

En cumplimiento de la sentencia internacional, mediante auto superior de fojas 1735 se ordenó reponer el proceso al estado correspondiente y remitirlo al Décimo Sexto Juzgado Penal de Lima para la continuación del trámite, el que, en juicio oral, se encuentra en el estado de oírse la autodefensa o última palabra de los procesados.

[En ese momento del proceso se levanta el pedido de sobreseimiento, con base en el Decreto-Ley mencionado, el cual, de conformidad con su artículo 1° “[...] *tiene por objeto adelantar la vigencia de algunos artículos del Nuevo Código Procesal Penal [...] a todos los Distritos Judiciales del país, con la finalidad de establecer un marco regulatorio uniforme respecto de los delitos que implican violación de derechos humanos*”]⁶⁷.

[Ante este pedimento, esta Corte hace cuatro consideraciones específicas]. En relación al primero de los puntos [a] esboza[r] –es decir, la cuestión de la aplicabilidad de la norma sobre la base de su contraste con la vigencia y eficacia de la Constitución Política del Estado, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, así como de las sentencias del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en especial la emitida por la Corte en el caso Barrios Altos Vs. Perú)– ya en los antecedentes se han citado los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los cuales se ha declarado que no pueden oponerse obstáculos procesales de derecho interno al cumplimiento de la obligación internacional de los Estados de investigar y sancionar hechos constitutivos de violaciones de los derechos humanos y que no cabe asumir una “dualidad” entre

⁶⁷ Nota de edición: El texto que aparece entre corchetes fue extraído de otra sección de la misma sentencia que aquí se transcribe. Se incorporó de esta forma, a fin de facilitar la lectura del texto del fallo y reducir la extensión de los párrafos transcritos.

la Constitución Política del Estado y los instrumentos internacionales de protección de esos derechos, sino entenderlos como un todo integral con fuerza normativa directa.

La Sala asume esos pronunciamientos como fundamentos propios y premisas básicas de la presente resolución y considera necesario resaltar que con independencia del derecho de las víctimas al debido proceso, a la reparación y a la verdad –declaradas concretamente para este proceso por la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos” y, en general, también en el caso “Cantuta”–, la naturaleza de los hechos trasciende las normas y principios que informan al derecho penal interno previsto para delitos comunes, y que su investigación y sanción se funda en definitiva en la dignidad del ser humano, en la humanidad en sí y su sentido ético más allá de las limitaciones normativas internas de los Estados. La Corte Interamericana y el Tribunal Constitucional, con los pronunciamientos glosados, han venido a consolidar o esclarecer esa normativa a partir de los instrumentos internacionales, especialmente, la Convención Americana de Derechos Humanos en unidad interpretativa con la Constitución puesto que aquellos, de conformidad con el artículo 55° de ésta: “(...) forman parte del derecho nacional”; asimismo, esta unidad en la interpretación se funda claramente en la Cuarta Disposición Final y Transitoria: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Aplicar la norma en lo que al sobreseimiento se refiere –es decir, archivar el proceso sobre la base de la verificación del vencimiento del plazo de instrucción–, significa la negación de la Constitución, los instrumentos internacionales y en concreto, para la parte civil, los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes, la negación del derecho a la verdad y el derecho a la obtención de la debidas reparaciones, en suma, la impunidad, impunidad que trasciende a ellas mismas al afectar a la humanidad.

El legislador ha fundado el sobreseimiento en el “exceso de plazo de la instrucción o de la investigación preparatoria” y esta Sala no puede menos que recordar que el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable ha sido reconocido tanto por el Tribunal Constitucional como por la Corte Interamericana. Así en la sentencia recaída en el expediente 549-2004-HC/TC el Tribunal dijo: [...]

“Es necesario precisar que el derecho a la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva es distinto –tanto en su contenido como en sus presupuestos– del derecho a la razonabilidad del plazo del proceso en su totalidad, al que hace alusión el artículo 8°1 de la Convención Americana. (...)”

§. Razonabilidad de la duración de un proceso penal

7. Es evidente la imposibilidad de que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la tramitación de un proceso pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva merituar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito. [...]

En tal sentido, para determinar si dicha razonabilidad ha sido rebasada, es preciso atenerse a las específicas circunstancias de cada caso concreto. [...]

9. Sin embargo, la imposibilidad de establecer un plazo único e inequívoco para evaluar la razonabilidad o irrazonabilidad del tiempo de duración de un proceso, no impide el

establecimiento de criterios o pautas que, aplicadas a cada situación específica, permitan al juez constitucional determinar la afectación del derecho constitucional a ser juzgado más allá del tiempo razonablemente necesario. A continuación, el Tribunal procede a desarrollar los referidos criterios.

§. Criterios de evaluación para determinar la razonabilidad

10. Sobre este tema, la Corte Interamericana, siguiendo el criterio expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado que “se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales” [nota omitida] [resaltados en el original].

Glosado lo anterior, es de resaltar que el legislador del Decreto Legislativo N° 1097 ha identificado el derecho con la duración de la instrucción, lo que, conforme a lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la sentencia citada, no resulta acorde con la noción de razonabilidad a establecer en cada caso concreto a partir de aquellos tres criterios: *la complejidad del asunto, actividad procesal del interesado y actuación de los órganos judiciales* [Resaltado en el original].

En vista de la manifiesta incompatibilidad con las mencionadas normas constitucionales, la norma no puede ser aplicada, pero ello en ningún modo significa desconocer el reconocimiento y rango constitucional del derecho al plazo razonable, susceptible de garantía y protección a través de mecanismos normativos acordes con las normas constitucionales que en el caso actual se han afectado negativamente.

[Además de los argumentos ya presentados] [c]omo se había adelantado, [de conformidad con el Decreto Legislativo N° 1097], el sobreseimiento por causa de exceso en el plazo de la instrucción o de la investigación preparatoria es un tipo de sobreseimiento “especial”, de aplicación sólo a aquellos casos de violaciones de los derechos humanos o delitos contra la humanidad cometidos por agentes militares o policiales, no a casos de delitos comunes.

Ya en el entendido que las normas de sobreseimiento cuya aplicación ha sido solicitada colisionan con normas constitucionales interpretadas conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se revela también una clara contravención con lo establecido en el artículo 103° de la Constitución (modificado por Ley N° 28389), que establece:

“Artículo 103°. Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. (...)” [Resaltado en el original].

La cuestión de constitucionalidad tratada en el considerando anterior guarda estrecha vinculación, [evidentemente], con el principio de igualdad [...]. [...]

Desde la consideración del principio de igualdad (ante la ley) la norma colisiona con la Constitución, puesto que introduce un supuesto de sobreseimiento sólo para determinados grupos de personas (personal militar y policial) involucrado en determinados delitos (“...los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud previstos en el Código Penal de 1924 y el Código Penal de 1991, considerados como violaciones a los derechos humanos, así como por los delitos contra la humanidad previstos en el Código Penal de 1991”); supuesto fundado sólo en la verificación de la duración de la fase de instrucción. No se expresa en la norma las causas objetivas y razonables para ese trato distinto.

Atendiendo a la clara inadmisibilidad de obstáculos procesales en la investigación, juzgamiento y sanción de las violaciones de los derechos humanos, este tipo especial de sobreseimiento carece de un fin legítimo conforme al cual poder examinar la idoneidad,

necesidad y proporcionalidad de la diferenciación, es decir, se trata de un caso de discriminación sobre la base de la condición de militar y policial de un grupo de personas.

Cabe agregar que es manifiesto que se trata no sólo de un claro caso de legislación discriminatoria a favor de los agentes militares y policiales del Estado con respecto del resto de los ciudadanos comprometidos en procesos judiciales, sino de una grave contradicción con los instrumentos internacionales de derechos humanos de los que el Estado peruano es suscriptor, puesto que si a las causas por delitos comunes les es aplicable las normas penales del fuero nacional, los casos que revisten la naturaleza de violaciones de los derechos humanos no agotan su normativa en el derecho penal interno, sino que esta comprende toda aquella que conforma el Derecho Internacional de los Derechos Humanos dado que no sólo se hallan comprometidos los intereses y derechos de las víctimas y sus familiares, sino la dignidad del ser humano y los valores universales comunes a la humanidad toda; de ahí lo paradójico de una normativa favorable para casos de violaciones de los derechos humanos sobre la base del derecho interno, pero que no se extiende a casos de delitos comunes que no revisten aquella grave naturaleza.

Como se puede apreciar de la lectura de esta sentencia, un elemento importante de discusión también fue el tema de la razonabilidad de la duración de un procedimiento penal. Para una reflexión más completa, desde una perspectiva internacional comparada, véase, en este mismo digesto, *El derecho a ser juzgado en un plazo razonable*, en la sección V(1)(b)(iii).

CAPÍTULO VII

LA DIMENSIÓN PROCESAL DE LA INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO POR CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL (NUEVO CAPÍTULO)

La realidad de los procesos penales que actualmente se llevan a cabo en distintos países latinoamericanos, con respecto a conductas que han sido calificadas como crímenes internacionales, ha puesto de relieve los retos que dichos procedimientos implican para los operadores de los sistemas de justicia, particularmente en lo que se refiere a sus dimensiones procesales.

Mucho se ha podido discutir sobre la naturaleza y los elementos que caracterizan los crímenes internacionales, las teorías de imputación o los argumentos que determinan la (in)validez jurídica de ciertas disposiciones que pueden constituir obstáculos jurídicos para la persecución de graves crímenes internacionales. Sin embargo, los aspectos procesales, de los que depende, en gran medida, el éxito o fracaso de las investigaciones y juicios, han recibido poca o nula atención.

Esto puede ser, en parte, por la diversidad que existe en cuanto a las normas adjetivas que regulan los procedimientos, tanto en las distintas cortes o tribunales internacionales, como en los distintos países de la región. No obstante lo anterior, es importante poder identificar algunas bases comunes que puedan, desde la experiencia comparada, facilitar la operatividad de estos procedimientos, teniendo en mente que los debates en torno a ellos son tan complejos como los que rodean las normas sustantivas relacionadas con los crímenes internacionales. Esto es, sin duda, una demanda válida de los operadores del sistema de justicia, quienes se enfrentan, con pocas herramientas disponibles, a procedimientos que se diferencian sustantivamente de aquellos diseñados para la persecución de delitos ordinarios. Con esto en mente, este capítulo tiene como objetivo presentar un primer acercamiento a los temas de corte procesal que más se destacan en las sentencias latinoamericanas analizadas.

1. ACUMULACIÓN DE CAUSAS O PROCESOS (NUEVO)

Tal como ha afirmado Claus Roxin, “[e]s absolutamente posible que en un mismo procedimiento –esto es, en el mismo marco externo– sean tratados *una pluralidad de objetos procesales*, p. ej. en caso de pluralidad de hechos o de participación [de distintos individuos en el mismo delito] [...]. [Asimismo], [un] tribunal [...] puede tratar conjuntamente varias causas penales en casos similares, [aunque no idénticos] [...]”⁶⁸. En todo caso, como afirma este autor, detrás de la acumulación de procesos, casos o causas existe siempre la

⁶⁸ Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 164.

idea de una unión o conexión entre distintos hechos o acusados⁶⁹, lo cual puede derivar en la necesidad de adoptar medidas procesales concretas para evitar los costos relacionados con múltiples procesos, el desgaste de las personas involucradas en los mismos o, en última instancia, sentencias o fallos contradictorios. Es decir, cuando existe algún elemento que una o conecte distintos casos o causas, la acumulación puede ser una medida que contribuya positivamente al funcionamiento del aparato de justicia.

Bajo consideraciones de este tipo, la acumulación de casos o causas ha sido, al igual que en los sistemas nacionales, una práctica recurrente en algunos tribunales penales internacionales, incluido el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia o la Corte Especial para Sierra Leona. En el marco de los procedimientos ante estos organismos, es común encontrar causas que engloban a dos o más acusados por los mismos hechos⁷⁰.

La acumulación de causas o casos es, asimismo, un mecanismo jurídico contemplado en los instrumentos internacionales que regulan los procedimientos ante la CPI, cuando se trata de personas que han sido acusadas, conjuntamente, como como copertpetradores o coautores de los mismos hechos. En este sentido, resaltan, por ejemplo, el artículo 64(5) del Estatuto de Roma⁷¹ y la regla 136 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (como el instrumento internacional que orienta el comportamiento procesal de las partes y jueces, en el marco de los procedimientos ante la misma CPI). En una interpretación sobre estas normas, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI ha afirmado que, en el marco del trabajo de esta corte,

- i. La acumulación resalta la equidad, así como el principio de economía procesal de las actuaciones porque, además de que reconoce a los detenidos los mismos derechos como si estuvieran siendo procesado[s] por separado, la acumulación: a. evita que testigos tenga[n] que comparecer más de una vez y reduce los gastos relacionados con esos testimonios; b. evita la duplicación de las pruebas, y c. evita las incoherencias en la presentación de las pruebas y, por tanto, garantiza un trato igual a las personas detenidas;
- ii. La acumulación minimiza el impacto potencial sobre los testigos, y facilita aún más la protección del bienestar físico y mental de los testigos, y
- iii. La presentación simultánea de pruebas, relacionadas con los distintos acusados, no constituyen de por sí un conflicto de intereses⁷².

⁶⁹ *Ídem*, pág. 164-165.

⁷⁰ Así, por ejemplo, en la Corte Especial de Sierra Leona la mayoría de los acusados han sido procesados en el marco de lo que podríamos denominar “mega-causas”, las cuales se organizaron teniendo en cuenta la afiliación de los acusados a las distintas fracciones combatientes durante el conflicto de Sierra Leona. Destacan, entonces: (i) el caso contra tres líderes de las Fuerzas de Defensa Civil (*CDF Case*); (ii) el caso contra cinco líderes del Frente Unido Revolucionario (*RUF Case*); (iii) el caso contra tres líderes de las Fuerzas Armadas del Consejo Revolucionario (*AFRC Case*). La excepción a esta estrategia, basada en la acumulación de las causas, es el juicio contra el ex presidente de Liberia, Charles Taylor. La acumulación en el TPIY, aunque recurrente, parece ser una estrategia que se desarrolló en la práctica del tribunal, más que una aproximación preconcebida para abarcar, de forma equitativa, a distintos grupos partícipes en el conflicto.

⁷¹ De conformidad con el artículo 64(5) del ER, “Al notificar a las partes, la Sala de Primera Instancia podrá, según proceda, indicar que se deberán acumular o separar los cargos cuando haya más de un acusado”.

⁷² *Decisión sobre la acumulación de casos contra Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-01/04-01/07-307, 10 de marzo de 2008, pág. 8.

En este mismo fallo, la Sala de Cuestiones Preliminares parece dar a entender que la acumulación de procedimientos o casusas está condicionada por la tutela efectiva de los derechos del acusado. En este sentido, solo se podrá optar por la acumulación cuando la misma no resulte en un serio perjuicio en contra de algunos o de todos los acusados. Como ejemplo de lo anterior, no se podría acumular a otros procedimientos una causa en la que el acusado haya ya declarado su culpabilidad⁷³.

En este marco, el fallo colombiano que a continuación se presenta parece destacar una dimensión adicional de la importancia de acumular, cuando sea posible, los casos o procesos que se refieran a crímenes internacionales. Además de resaltar las ventajas procesales en un sentido muy similar al de la Sala de la CPI, la corte colombiana apunala su argumento desde los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas y sus familiares. El trasfondo del razonamiento del tribunal nacional parece estar en la importancia de integrar, procesalmente, hechos y responsables que, al ser procesados de forma conjunta, presentan una versión más completa y acabada de las violaciones y/o los crímenes.

COLOMBIA, *Recurso de apelación promovido por los representantes de las víctimas (Gian Carlo Gutiérrez Suárez, postulado) (Relación de sentencias 2.c), considerandos, apartado 2*. Por lo demás, si se conoce que los comandantes responden de todos los hechos en razón de la estructura piramidal del grupo⁷⁴, pero también la ejecución material puede atribuirse a muchas personas, claro se advierte que la atomización de investigaciones y la dispersión de esfuerzos atenta contra los principios basilares de la Ley 975 de 2005 en punto de verdad, justicia y reparación. Junto con ello, se multiplican las audiencias relativas a un mismo hecho con la consecuente ineficiencia en la utilización de los limitados recursos disponibles y el riesgo de que el contenido de las sentencias varíe respecto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, atentando contra principios de seguridad jurídica e igualdad. Ello para no mencionar los inconvenientes generados a las víctimas, como consecuencia de que se les convoque a múltiples audiencias donde se ventilan los mismos hechos.

Mírese, igualmente, que si lo pretendido, además de la reparación individual, es propiciar la satisfacción del colectivo, el hecho de que se fragmente en varias audiencias de reparación de perjuicios, las discusiones atinentes al mismo tema, no sólo incrementa enormemente la dispersión de recursos arriba mencionada, sino que limita esa posibilidad de que se reparen integralmente los perjuicios.

Así, bajo el reconocimiento de estas realidades, puede pensarse que las acusaciones futuras en el trámite de justicia y paz se hicieran, en la medida de lo posible, bajo el contexto de un destinatario colectivo de la acción penal, por ejemplo, a nivel de frente o de bloque, siempre, claro está, que previamente se hayan individualizado, a través de su desmovilización y respectiva confesión, los miembros de esa agrupación y se contextualizaren los hechos como consecuencia

⁷³ *Ídem*, págs. 9-10.

⁷⁴ Nota en el original: “*Ver al respecto el análisis abordado por la Sala en el reciente fallo de casación del 2 de septiembre de 2009, dentro del radicado No. 29.221, en el que se concluyó que en materia de justicia transicional, para el caso colombiano, es viable la aplicación de la teoría de ‘la concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder’, ‘autoría mediata en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable’ o ‘autor tras el autor’.* [...]”.

del ideario del bloque, permitiendo así la vinculación de los comandantes y mandos medios del mismo.

Entonces, para que no sea apenas ilusoria la pretensión de verdad, justicia y reparación, esa tramitación conjunta demandaría de la Fiscalía contar con un banco de datos e información actualizada acerca de cada bloque paramilitar y quiénes se han desmovilizado del mismo, para efectos de que luego de recabar su versión libre y adelantar la correspondiente investigación que ella amerita, presente una sola imputación y a renglón seguido adelante la justicia un solo proceso respecto de ese bloque y personas.

2. IMPORTANCIA DE INCLUIR EL CONTEXTO EN QUE FUERON COMETIDOS LOS CRÍMENES INTERNACIONALES EN LOS PROCESOS PENALES (NUEVO)

En el marco del debate sobre el alcance de las obligaciones estatales de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de violaciones graves de los derechos humanos y/o crímenes internacionales, la Corte Interamericana ha desarrollado un concepto de particular relevancia para evaluar la conducta de las autoridades estatales que operan los sistemas de administración de justicia: la debida diligencia. Este concepto implica una reforzamiento de las obligaciones estatales frente a la comisión de ciertos actos delictivos que, por sus características o naturaleza, demandan acciones que van más allá de los requerimientos normales de una investigación o procesamiento penal. Tal como se ha señalado, con base en un análisis de los precedentes de la Corte Interamericana, la debida diligencia denota la convicción de que “[...] el esclarecimiento de la verdad, para garantizar una voz a las víctimas en el proceso o para determinar algunas de las omisiones u acciones que generaron responsabilidad, van más allá de lo que resulta necesario para garantizar un juicio justo para el acusado en el marco del proceso penal”⁷⁵.

Como parte de la debida diligencia, la Corte Interamericana ha enfatizado que las investigaciones penales y procesos correspondientes deben tener en cuenta el contexto en el cual se cometieron las violaciones y/o crímenes. De forma precisa, la Corte Interamericana ha sostenido que

[e]n casos complejos, la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para *desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no sólo descubrir, enjuiciar y en su caso sancionar a los perpetradores inmediatos*. [...] De tal forma, la determinación sobre los perpetradores de [las violaciones sistemáticas a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho humanitario] sólo puede resultar efectiva si se realiza a

⁷⁵ Entre los principios que conforman la debida diligencia, según una lectura sistemática de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, destacan la oficiosidad, oportunidad, competencia de las instituciones y de los funcionarios, independencia e imparcialidad, participación de las víctimas y exhaustividad. Para mayores detalles sobre los criterios establecidos por la Corte con respecto a todos los principios y elementos de la debida diligencia, véase, por ejemplo, *Debida diligencia en la investigación de graves violaciones a derechos humanos*, CEJIL, Costa Rica, 2010, y María Clara Galvis, “La debida diligencia judicial en la investigación de la violencia basada en género” en *Visibilizar la violencia de género*, GIZ/Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá, noviembre de 2011, págs. 53 a 80.

partir de una *visión comprehensiva de los hechos, que tenga en cuenta los antecedentes y el contexto en que ocurrieron y que busque develar las estructuras de participación*.

Como parte de la obligación de investigar ejecuciones extrajudiciales como la del presente caso, *las autoridades estatales deben determinar procesalmente los patrones de actuación conjunta y todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades* [nota omitida]. No basta el conocimiento de la escena y circunstancias materiales del crimen, sino que resulta imprescindible analizar el conocimiento de las estructuras de poder que lo permitieron, diseñaron y ejecutaron intelectualmente y materialmente, así como de las personas o grupos que estaban interesados o se beneficiarían del crimen (beneficiarios). Esto puede permitir, a su vez, la generación de hipótesis y líneas de investigación; el análisis de documentos clasificados o reservados, y un análisis de la escena del crimen, testigos, y demás elementos probatorios, pero sin confiar totalmente en la eficacia de mecanismos técnicos como éstos para desarticular la complejidad del crimen, en tanto los mismos pueden resultar insuficientes. En consecuencia, *no se trata sólo del análisis de un crimen de manera aislada, sino inserto en un contexto que proporcione los elementos necesarios para comprender su estructura de operación*⁷⁶.

De los párrafos transcritos se concluye que la investigación diligente de los hechos que pudieran constituir crímenes internacionales requiere: (i) incorporar todos los hechos presuntamente delictivos que se hayan perpetrado en una determinada situación o contra una determinada víctima o grupo de víctimas; (ii) considerar el contexto en el que se comete un delito, lo cual puede (o debe) resultar en la obtención de importantes elementos para realzar una calificación adecuada de los hechos (sea como delitos aislados o insertos en un patrón sistemático o generalizado de ilícitos); (iii) investigar las estructuras de poder que hayan estado involucradas en la perpetración de los crímenes, a fin de dilucidar quiénes son las personas que tienen la mayor responsabilidad; (iv) utilizar todos los recursos procesales adecuados para revelar los patrones de conducta que caractericen los hechos⁷⁷, así como la verdadera dimensión de las estructuras de poder a través de las cuales se hayan perpetrado los crímenes.

Todos estos criterios internacionales han comenzado a ser operados a nivel nacional, tanto por las autoridades encargadas de las investigaciones y acusaciones, así como por los órganos de decisión (jueces, tribunales y cortes). Los fallos que a continuación se presentan destacan esta dinámica, propia de los procedimientos judiciales nacionales en contra de las personas presuntamente responsables por la comisión de graves crímenes internacionales.

ARGENTINA, *Recurso de casación penal (Gregorio Rafael Molina, sentenciado) (Voto del juez Mariano Hernán Borinsky) (Relación de sentencias 1.a), considerandos*. [Para poder determinar si los delitos materia de esta causa pueden ser subsumidos en la categoría de crímenes de lesa humanidad, en tanto parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil,] [...] resulta

⁷⁶ Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C No. 213, párrs. 118 y 119 [Énfasis añadido].

⁷⁷ A este respecto, la propia Corte Interamericana resaltó la importancia de “atender a la comunidad de la prueba de otros procesos que permitan revelar patrones, por lo que esa ejecución debe vincularse con otros casos en situación similar, como los asesinatos, hostigamientos y amenazas de otr[a]s [víctimas]”. Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, cit., párr. 120.

pertinente y útil recordar que los hechos que se ventilan en el *sub examine*, constituyen una pequeña porción del universo de criminalidad estatal verificado durante la última dictadura militar a partir del 24 de marzo de 1976. Esta situación, a esta altura de la historia de nuestro país, se ha tornado un hecho notorio, pues a partir del relevamiento, descripción y prueba legal de la causa 13/84 de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, donde fueron juzgados y condenados los Comandantes en Jefes de las Fuerzas Armadas que ejercieron la suma del poder público durante la última dictadura militar, se tuvo por comprobado la existencia y organización del aparato de poder estatal que, a partir de un plan criminal fundado en una doctrina de actuación, utilizó la fuerza pública del Estado en su conjunto para el logro de los propósitos ideológicos y políticos que la inspiraban.

[E]n aquél juicio histórico se analizó y acreditó el aumento significativo de desapariciones de personas a partir del golpe militar del 24 de marzo de 1976, [y] la práctica sistemática de secuestro de personas con características comunes: 1) llevados a cabo por fuerzas de seguridad que adoptaban precauciones para no ser identificados, 2) intervención de un número considerable de personas fuertemente armadas, 3) los operativos contaban con aviso a la autoridad de la zona “Área Libre”, 4) los secuestros ocurrían durante la noche en los domicilios de las víctimas siendo acompañados del saqueo de los bienes de la vivienda, 5) se introducía a las víctimas en vehículos impidiendo[les] ver o comunicarse y adoptándose medidas para ocultarlas de la vista del público- (capítulo XI), siendo llevados de inmediato a centros clandestinos de detención -entre el que se destaca el “Radar de la Base Aérea Mar del Plata” también conocido como “La Cueva”- (capítulo XII, p. 173), donde eran interrogados a través de distintos métodos de tortura y hasta víctimas de violación (capítulo XIII, p. 208) y custodiados por personas distintas a los torturadores o integrantes de las “patotas” que, por lo general, eran quienes llevaban adelante los secuestros (capítulo XIV), donde las víctimas corrían distinta suerte: algunos fueron puestos en libertad adoptándose medidas para que no revelen lo que les había pasado; otros, después de cierto tiempo, fueron sometidos a proceso o puestos a disposición del Poder Ejecutivo Nacional ocultando el período de cautiverio, mientras que en su mayoría, las personas privadas ilegalmente de su libertad permanecen sin que se conozca su actual paradero o destino (capítulo XV), registrándose casos donde fueron eliminados físicamente simulando, por ejemplo, enfrentamientos armados (XVI).

COLOMBIA, *Sentencia parcial e incidente de reparación integral (Orlando Villa Zapata, postulado) (Relación de sentencias 2.a), consideraciones*. La Sala considera pertinente hacer una [...] precisión frente a la legislación aplicable a cada uno de los hechos legalizados y que son objeto de estudio dentro de la presente sentencia; [...] [es fundamental] aclarar que la contextualización nacional u regional del conflicto armado, así como la descripción de la estructura del Bloque Vencedores de Arauca, permite a la sala abordar los elementos estructurales del conflicto para aplicar el Derecho Internacional Humanitario al caso Colombiano [...].

Comprender el fenómeno de la violencia paramilitar dentro de un contexto de guerra o de violencia generalizada como ha sido el pasado reciente colombiano, exige que se realice una *morada de la[r]go plazo [nota omitida]*, como lo afirma el historiador y experto en conflicto armado Fernán Gonzáles S.J., lo que permite entender las dinámicas ma[cr]o (de orden nacional), meso (de orden regional) y algunas micro (de orden local) del proceso de gestación y desarrollo de la

violencia que no ha sido espontáneo ni aislado, sino que tienen raíces complejas en la historia del país.

Ahora bien, la Sala es consciente de que no existen causas directas o simples del fenómeno de violencia en Colombia, por ello, analizar las condiciones previas de un[os] hechos sociales no es suficiente para explicar el surgimiento de otro suceso. Por lo anterior, es necesario recurrir a visiones que acepten esta complejidad y que analicen la interacción de los contextos, la interdependencia de los fenómenos sociales y la capacidad de decisión racional de los entes en contienda.

Es por esta razón que la Sala realizará una revisión de la problemática nacional, para comprender el marco desde el cual surgió el paramilitarismo, y posteriormente se adentrará en la dinámica regional, con el propósito de comprender, articular los desarrollos y coincidencias de éstas.

ARGENTINA, *Caso Victorio Derganz y Carlos José Fateche (Juan Demetrio Luna, acusado) (Relación de sentencias 1.e), alegatos*. Concluida la etapa de producción de prueba, el Fiscal General alegó en primer término [formuló] una aclaración relativa a varias remisiones que haría a las pruebas de los debates anteriores ante este Tribunal y ante los de otras jurisdicciones. Seguidamente expuso con relación al contexto histórico juzgando imprescindible su comprensión para el análisis de los hechos de esta causa y se refirió a la existencia de un plan sistemático instaurado por el último gobierno de facto cuyo nivel de violencia social y unas características –que describió– justificaron su calificación de “terrorismo de estado”.

Más adelante explicó detenidamente la metodología empleada; se refirió al surgimiento y extensión del concepto de “desaparecido” y a la coexistencia de dos sistemas jurídicos, uno formal y visible, y otro, clandestino, subterráneo y paralelo de represión en el que se destacó el secreto Plan del Ejército Contribuyente al Plan de Seguridad Nacional al que aludió destacando del mismo el método de lucha empleado, la técnica de la división del territorio en zonas y áreas y los alcances y modalidades con que se utilizó la tortura, el asesinato clandestino y la re-educación de algunos prisioneros.

Describió el Señor Fiscal General cómo en ese contexto surgieron los conceptos de “enemigo” y “subversivo” y las consecuencias que supuso la aplicación de los mismos y contin[uó] alegando con relación a la forma en que se fue gestando a partir del conocimiento de los hechos históricos la idea de que se trató de “crímenes de lesa humanidad” cuya evolución, características y alcances mencionó. [...]

Con relación a los hechos de esta causa el doctor García Berro destacó que no pueden ser vistos y comprendidos como acontecimientos aislados, sino que son parte de toda la historia que sintetiz[ó]. [...]

Fundó su afirmación mediante una sesuda valoración de los elementos de prueba. Apreció las sentencias recaídas en las causas 2005, 2031, 2034, 2043 y 2046 de este mismo Tribunal en lo relativo a la prueba general respecto a la existencia de una zona con funciones asignadas dentro del plan comandada por Institutos Militares de Campo de Mayo, con su área geográfica delimitada, a la abundante documentación que permitió tener por acreditada que las Comisaría de la Policía de la Provincia de Buenos Aires fueron acondicionadas para tener sectores restringidos como “zona militar” y que en cada una de ellas fue asignado personal militar dependiente de alguna de las Escuelas del Comando de Institutos Militares y aclaró que

acortaba su exposición al remitirse a aspectos ya probados en juicios celebrados por este mismo Tribunal, a partir de la valoración de la Directiva del Comandante General del Ejército nro. 404/75 [...], el Plan del Ejército Contribuyente al Plan de Seguridad Nacional de febrero de 1976, especialmente el punto sobre “Instrucciones de Coordinación” y, finalmente, a hechos que se han tenido por probados al fallarse en la causa 13 citados en las sentencias mencionadas.

Las doctoras Rosario Álvarez Garriga y Mariana Maurer alegaron en representación de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y expresaron que lo harían en su representación, y también en nombre de los treinta mil detenidos desaparecidos y de todas las víctimas del terrorismo de Estado que sufrió nuestro país, conforme a un mandato expreso en pos del respeto de los derechos humanos, en estricto cumplimiento de sus obligaciones legales y constitucionales.

Fijaron su posición con relación al contexto histórico en el que consideraron se produjeron los hechos de esta causa y en términos similares a como lo hizo la Fiscalía describieron y explicaron detalladamente las características del Estado terrorista, de su plan sistemático de exterminio y del aparato organizado de poder que lo implementó, lo que consideraron probado y pasado en autoridad de cosa juzgada en la Causa 13 de 1984. [...]

Explic[aron] más adelante consideraciones sobre las fuerzas policiales bajo control operacional del Ejército durante la última dictadura cívico-militar manifestando que las imputaciones contra el ex comisario Juan Demetrio Luna, no fueron aisladas, sino que su conducta formó parte del plan sistemático de terrorismo de Estado, con responsabilidad en delitos de lesa humanidad, en el marco del genocidio que sufrieron los argentinos.

GUATEMALA, Caso Myrna Mack (Edgar Augusto Godoy, Juan Valencia Osorio y Juan Guillermo Oliva, acusados) (Relación de sentencias 3.c) considerandos. Con las declaraciones de los testigos Clara María Josefina Arenas Bianchi, Julio Edgar Cabrera Ovalle y Gerardo Humberto Flores Reyes se establece que en la fecha de los sucesos, el país aún sufría un enfrentamiento armado entre el ejército y la insurgencia, consecuencia del cual derivan las figuras de los desplazados y refugiados, siendo acá donde surge la presencia de la antropóloga Myrna Elizabeth Mack Chang quien en un afán de investigación social y específicamente como parte de la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala, AVANCSO realiza un estudio de campo sobre este grupo de personas, y estando en ello, es que es apuñalada causándole la muerte.

Acá es menester preguntarnos ¿Cuál era el móvil para idear, planificar y ordenar la ejecución de dicha persona? Como lo demuestran los documentos históricos que leyeron en el debate, como son: El Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, Guatemala, Memorias del Silencio; El Informe del Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica, Guatemala, Nunca Más y el Libro de la Guerra a la Guerra, Guatemala en esa época aún se encontraba sufriendo un enfrentamiento armado entre la insurgencia y el [E]jército. Conforme lo declaró el perito Cléber Alberto Pino Benamu, los ejércitos de América Latina entre ellos el de Guatemala estaban bajo la doctrina de Seguridad Nacional y según el General Héctor Alejandro Gramajo Morales, el ejército Guatemalteco estando bajo esa doctrina constitucional se reconocía a un enemigo interno y en ese ámbito de ideas se desenvolvía el ejército de Guatemala por medio de [una] serie de planes de campaña que daban a sus integrantes los lineamientos de cómo actuar hecho que es confirmado con el análisis que hace el doctor Héctor Roberto Rosada Granados. En el marco de ese conflicto armado está presente el tema de los desplazados y refugiados considerado como “un tema sensible” por el concepto que el ejército

tiene sobre los (sic) mismo, considerándolos como insurgentes o simpatizantes de la insurgencia y aquí aparece Myrna Elizabeth Mack Chang haciendo un trabajo de campo en Quiché y Cobán zonas de mayor conflicto. Aún no terminaba este trabajo cuando se le dio muerte lo que para la testigo era una consecuencia fatal del trabajo que ella realizaba teoría que es confirmada por los obispos Julio Edgar Cabrera Ovalle y Gerardo Humberto Flores Reyes al indicar que la Antropóloga Mack Chang le había referido al primero de los mencionados que estaba siendo vigilada y perseguida según su criterio por tocar un tema que al ejército no le interesaba dar a conocer públicamente.

3. MATERIAL PROBATORIO EN LA INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO DE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL (NUEVO)

Un elemento característico de los procedimientos que se siguen por la comisión de crímenes internacionales es la necesidad de recurrir a medios de prueba que, posiblemente, no serían considerados como los más idóneos en los procesos por delitos ordinarios. Nos referimos, por ejemplo, a la introducción de prueba indiciaria, la aplicación o la construcción de presunciones, la valoración de las pruebas en su conjunto, la valoración particular de los testimonios de las personas directamente afectadas por el crimen –incluso cuando los mismos presenten cierto grado de discrepancias– o la admisión de estudios de peritos o testigos expertos, en áreas que no necesariamente se refieren a ciencias técnicas, como la medicina forense.

La importancia de integrar estos medios al expediente del caso o la causa, así como de otorgarles el valor probatorio que, por sus méritos y en concurrencia con otras pruebas, resulte razonable, es no solo algo deseable sino un imperativo que deviene de las características mismas de los hechos que se investigan y juzgan. Tal como se destaca en algunas de las sentencias que se transcriben en las siguientes secciones, parte de la lógica que explica la comisión de este tipo de crímenes es la actuación ilegal de las estructuras que los cometen o promueven, así como la intención de adoptar medidas que conduzcan a la impunidad de los mismos. En este sentido, sería imposible solicitar, por ejemplo, documentos oficiales que hagan explícita una orden de ejecución extrajudicial en contra de una persona o un grupo de personas determinadas. También sería irrisorio requerir la corroboración por otro testigo directo, por ejemplo, de un crimen sexual o una tortura, cuando la lógica misma del aparato de represión implicaba el aislamiento casi absoluto de las víctimas.

En todo caso, los tribunales y cortes latinoamericanos han identificado claramente la naturaleza y características que distinguen este tipo de crímenes y han podido, en consecuencia, ir determinando pautas correspondientes de valoración de los medios probatorios presentados en juicio. Lo anterior no significa, sin embargo, que un tribunal pueda condenar a una persona, si los hechos o su responsabilidad no han sido plenamente probados según el estándar requerido por las normas de procedimiento aplicables. Por el contrario, implica la necesidad de replantear la forma de valorar los medios de prueba que resultan realmente idóneos, teniendo en cuenta las características del ilícito o del tipo de responsabilidad que se trata de establecer.

A. Prueba indiciaria (nuevo)

ARGENTINA, *Recurso de casación penal (Diego Manuel Ulibarrie, sentenciado) (Relación de sentencias 1.d)*, *Voto del juez W. Gustavo Mitchell, apartado VII*. Relativo a su eficacia probatoria, cabe resaltar “reside en el grado de necesidad de la relación que revela entre un hecho conocido (el indiciario) psíquico o físico, debidamente acreditado, y otro desconocido (el indicado) cuya existencia se pretende demostrar. Para que la relación entre ambos sea necesaria será preciso que el hecho ‘indiciario’ no pueda ser relacionado con otro hecho que no sea el indicado, es lo que se llama ‘univocidad’ del indicio. Si el hecho indiciario admite una explicación compatible con otro hecho distinto del indicado, o al menos no es óbice para ella, la relación entre ambos será contingente: es lo que se llama ‘indicio anfibológico’ [nota omitida].

En consecuencia, contrariamente a lo alegado por la defensa, considero que la conjugación de estas declaraciones permite sostener con grado de certeza – por ser indicios unívocos – la cantidad de personas detenidas, la identidad de uno de los sujetos, que fue un procedimiento policial y la fuerza de seguridad actuante, en otras palabras, que los detenidos fueron cuatro, uno de ellos identificado como V[[i]ctor Vicente Ayala y que se trató de un procedimiento llevado a cabo por funcionarios de la Policía de la provincia de Corrientes. [...]

[L]os fundamentos dados por el a quo en la decisión recurrida, lejos de ser una apreciación parcial del plexo cargoso, constituyen un razonamiento lógico-deductivo con arreglo a la sana crítica, puesto que no ha considerado los indicios en forma fragmentaria ni aislada. Tampoco ha incurrido en omisiones ni falencias respecto de la verificación de los sucesos conducentes para la decisión de litigio, haciendo clara por el contrario, su visión de conjunto y correlacionando todos los elementos probatorios entre sí. La pretensión del recurrente parte de la fragmentación de esos aspectos que no pueden tener cabida en el análisis de la situación probatoria y es contraria a la metodología de ponderación que ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 308:640, entre otros).

ARGENTINA, *Caso Victorio Derganz y Carlos José Fateche (Juan Demetrio Luna, acusado) (Relación de sentencias 1.e)*, *considerando II*. Trataré en este punto algunos lineamientos generales que fueron tenidos en cuenta para la correcta valoración de la prueba, dado que estamos juzgando hechos ocurridos hace más de treinta años y que fueron concebidos y ejecutados en el marco de un aparato organizado de poder, de manera secreta y clandestina, lo cual conduce a establecer un estándar en la apreciación probatoria. [...]

[E]l sistema de la libre convicción precisa que quien valora no está supeditado a estándares legales, sino que implica una explicación racional de los motivos por los cuales se arribó a tal solución.

Por ello, nada impide que con base en la prueba de testimonios, se llegue a un juicio de valor, siempre que al ser examinados se lo haga a la luz de las reglas de la sana crítica [...].

Corresponde precisar, dado entonces las especiales características de los casos traídos a estudio, cuál es el valor que cabe asignarse a las declaraciones testimoniales en general y a la de la víctima en particular. A la vez nos referiremos a la valoración realizada sobre la prueba de indicios.

Vale aclarar, sin embargo, que más allá del valor que vaya a acordarse a los testimonios, en la especie no sólo se cuenta con los dichos de la víctima. Existe sobrada prueba documental e indiciaria que sustenta la imputación y que irá describiéndose a lo largo del fallo.

También habrá de apreciarse la coincidencia entre distintas declaraciones testimoniales, de tal suerte que unas robustecen las otras. [...]

Difícilmente puedan encontrarse antecedentes por hechos de la naturaleza y envergadura que los aquí analizados.

Porque difícilmente puedan repetirse tragedias de una dimensión como la que ha sufrido la Nación durante la dictadura militar que usurpó el poder entre los años 1976 y 1983. [...]

En efecto, lo que caracteriza a esta clase de sucesos es, primeramente, la clandestinidad y privacidad en que se produjeron. También, la imposibilidad de recoger prueba directa de su consumación.

Cabe citar por ejemplo, lo resuelto por la Cámara Criminal y Correccional de la Capital, que señala que “la circunstancia que sólo se cuente con los dichos de la menor y su madre, no puede ser motivo exclusivo y determinante para concluir sin más que no es posible acreditarse la materialidad de los ilícitos investigados. Toda vez que, no resulta frecuente que este tipo de conductas se lleven a cabo en público, sino que por el contrario, tienden a ocurrir en ámbitos privados de modo tal que, de aplicar sistemáticamente aquella línea de razonamiento, la mayoría de los casos quedarían impunes. La prueba de (estos) delitos resulta de difícil recolección, por lo que habrá[n] de valorarse las pruebas teniendo en cuenta cada uno de los aspectos relevantes de la instrucción para arribar a un fallo definitivo que sea comprensivo y abarcador de los elementos de juicio recolectados”.

También se expresó en el mismo pronunciamiento que “[s]in que pueda soslayarse que en la investigación de actos abusivos, por las circunstancias en que los mismos tienen lugar y su índole privada, no se cuenta habitualmente con prueba incriminatoria directa, corresponde analizar tan solo indicios e intentar en base a éstos, reconstruir lo acaecido y en su caso efectuar la atribución de responsabilidad penal que corresponda”. [...]

Es que claramente, en acciones de la privacidad que supone el secuestro, vejaciones y ulterior desaparición de una de las víctimas y ejecutado en el marco del terrorismo de Estado y cuando justamente los sediciosos se apropiaron de todo el poder del Estado para su ejecución, no podrá reclamarse la presencia de dos testigos hábiles que den plena fe de cada uno de los hechos que cayeran bajo su órbita.

A la vez, debe apreciarse que los que conforman el objeto procesal de este debate no constituyen casos aislados, sino que respondieron al mismo cuño que los miles de casos ocurridos a lo largo y ancho de todo el país, lo cual a la vez que resulta de público y notorio, también fue acreditado en la causa 13/84, de la Cámara Federal porteña. [...]

La Cámara Federal de San Martín ha sostenido al resolver en la causa 2005 -registro de este Tribunal- que “la metodología empleada en este tipo de sucesos se vio signada por un contexto fáctico demostrativo de los modos y procedimientos para reprimir la subversión. En este sentido, cabe tener presente la conducta particular que tuvieron los órganos de poder que a través de sus ejecutores actuaron en la clandestinidad, ocultando rastros y evitando además el acceso a las fuentes de información normativa idóneas y necesarias para recrear los hechos delictivos acaecidos”.

ARGENTINA, *Caso Victorio Derganz y Carlos José Fateche (Juan Demetrio Luna, acusado) (Relación de sentencias 1.e)*, considerando II. A lo expuesto cabe sumar el tiempo que transcurrió desde su comisión; circunstancias todas que atentan contra la prueba de los sucesos y sólo permiten acreditar su ocurrencia a partir de las constancias testimoniales y documentales que obran en el expediente.

En razón de ello cobra mayor relevancia la valoración conjunta que se haga de las presunciones y de la prueba de indicios del caso y no de su tratamiento particular pues, por su misma naturaleza, cada una de ellas no permite fundar aisladamente ningún juicio convictivo (*sic*), que se deriva, precisamente, de la pluralidad de aquellas presunciones e indicios. [...]

Se sostenía al inicio de este punto, que para hallar antecedentes de naturaleza coincidente, debía acudir a aquellas sentencias que hubiesen juzgado sucesos del período en que el propio Estado monopolizó la violencia organizada.

Uno de ellos, de indudable solidez, es el que pronunciara el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, en la causa 40/M/2008.

Se sostuvo en el precedente, en relación a la prueba de indicios, que [...] “[...] *tratándose de hechos delictivos cometidos desde el aparato del Estado con previsión de impunidad, la fuerza probatoria de los elementos de juicio expuestos, reside en la directa relación que existe entre el hecho conocido (indiciario) con el que se pretende demostrar (indicado)*”.

[Nuevamente, en palabras del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba] “[e]n el caso, la relación entre el indiciario-indicado no presenta fisuras a la luz del principio lógico de razón suficiente. Aquí la relación y la solución en orden a la comprobación y reconstrucción de los hechos como objeto del proceso aparece como unívoca, desde que no admite una explicación racional compatible que permita visualizar una solución distinta, sobre todo si se tiene en cuenta la situación de poder y control que tenían los miembros de las Fuerzas Armadas al tiempo de los hechos. Así, no se advierte la posibilidad de pensar –no existe prueba en contrario– que los hechos hayan podido transcurrir de una manera diferente a la aquí indicada; ello atento a la abundante prueba antes desarrollada”.

i. Prueba indiciaria en la determinación de una desaparición seguida de ejecución extrajudicial (nuevo)

URUGUAY, *Recurso de apelación (Juan Carlos Blanco Estradé, sentenciado) (Relación de sentencias 7.a)*, considerando IV. [En su recurso] se agravia el Señor Defensor por el criterio que han seguido los Magistrados de primera instancia en cuanto a la “flexibilización” del concepto de prueba indiciaria lo que ha provocado darle a la misma un sentido extensivo e ilegal.

[En respuesta a los agravios alegados por la Defensa], respecto a la cuestionada prueba [indiciaria] de la muerte de [Elena] BB, caben hacerse varios enfoques del tema porque el mismo presenta diferentes aristas y cuestiones que lo tornan muy interesante.

En primer término aparece muy acertado traer a colación nociones referidas al “cuerpo del delito” con la finalidad de intentar echar luz sobre ésta debatida cuestión, tal como se expondrá más adelante.

Ya la Sala Penal de Primer Turno en Sentencia de 29 de Julio de 1950, publicada en La Justicia Uruguaya como el caso No. 3248, señalaba que en la búsqueda de la auténtica noción del cuerpo del delito las opiniones emitidas al respecto “pueden clasificarse en dos grupos: los que siguen un criterio objetivo, material o realista y entienden por cuerpo del delito la cosa en

que o con que se ha cometido o realizado el delito, o en el cual existen las señales de él, como el cadáver, el arma con que se hirió, la llave falsa, etc., y quienes postulan un criterio ideológico y racionalista concibiéndole como aspecto abstracto del delito ya que no significa otra cosa que su ejecución, su existencia, la realidad del delito mismo por lo que en puridad no es más que el hecho punible. Los primeros incurrir en el error señalado de confundir el cuerpo del delito con su prueba pues para tener por cierta la existencia de un hecho punible no es imprescindible la presencia del objeto en que recayó la acción, así como la del objeto con que pudo haberse ejecutado”.

Y allí se concluía que “el cuerpo del delito no es otra cosa que el delito mismo y constatar el cuerpo del delito no significa más que verificar, en el proceso, su existencia o sea que efectivamente ha sucedido, que se ha dado en la realidad de la vida, la hipótesis típicamente prevista en la Ley penal”.

Así pues, éste Tribunal considera que – más allá de la no aparición hasta el presente del cadáver de la víctima – está plenamente probado que a BB se le dio muerte los primeros días del mes de Noviembre de 1976 en dependencias del Servicio de Material y Armamento por parte de personal militar.

Tal conclusión deriva del análisis del abundante material probatorio a la luz de las “reglas de la sana crítica” tal como lo preceptúa el artículo 174 CPP. [...]

[Desde esta perspectiva, en el] análisis valorativo de la prueba no puede perder de vista el contexto histórico en que se producen los hechos porque éste va a permitir entender muchas peculiaridades de los medios recabados y ponderarlos en su justa y legal medida sin caer en ninguna indebida “flexibilización”. [...]

No es posible ignorar pues la realidad de que aquellos hechos se dieron en un contexto muy especial de un gobierno de facto donde ciertamente las garantías personales se encontraban gravemente conculcadas y donde las fuerzas de seguridad oficiales se manejaban con total impunidad en el tipo de situaciones como la de autos, dado que únicamente la Justicia Militar era la competente para conocer eventualmente en ellas. [...]

[La convicción sobre la detención, tortura y muerte de BB surge del estudio integral de las pruebas que obran en el expediente. Entre ellas destacan (i) las investigaciones iniciadas con respecto a la detención ilegal de BB, mismas que fueron truncadas por la Ley de Caducidad, (ii) las conclusiones a las que arribó la Comisión Investigadora creada en la Cámara de Senadores, (iii) el informe final de la Comisión para la Paz; (iv) testimonios de personas que estuvieron detenidas con BB, así como de (v) antiguos policías militares]. [En particular, según el testimonio rendido por DD], quien fuera policía militar por aquella época, relata con referencia al “seguimiento de BB (...) que iba a hacer un contacto” del cual aquella no participó, que al regresar del mismo otr[o] soldado “haciendo gestos nerviosos decía que la detenida había corrido hacia la Embajada y que ella la había agarrado y en eso llegó un Oficial de los que iban y entre los dos la sacaron para afuera a la mujer. La subieron en un auto, pienso por lo oído que pudiera ser un Volkswagen, donde la sacan de allí, la trasladan y a la altura de 8 de Octubre la trasladan a una camioneta militar. Ella seguía resistiéndose y uno de los Oficiales le pegó una trompada. Tiempo después, no puedo precisar cu[á]ntos días, los soldados que habían estado de noche de guardia en el Batallón 13, llegaron asombrados y nos dijeron que a la detenida de la Embajada como le decíamos, unos soldados la habían sacado de arrastro junto con unas palas

para afuera del Cuartel y un tiempo después que no saben precisar, vuelven sin la detenida, tiran las palas y ella no apareció más”.

Otro fundamento más que avala lo afirmado al inicio del presente Considerando es una realidad que se impone al Juez a través de un razonamiento lógico y de experiencia.

En tal sentido es totalmente compartible lo fallado por el Homólogo de 2º Turno en reiteradas oportunidades en cuanto a que “(...) todos los desaparecidos han fallecido puesto que así lo demuestran los datos de la realidad, como verbigracia el informe de la Comisión para la Paz, pero fundamentalmente la circunstancia inconstatable de que se los está tratando de localizar en ENTERRAMIENTOS CLANDESTINOS lo cual, luego de transcurridos tantos años no puede obedecer a ninguna otra solución que no sea sus decesos”. [...]

Entonces, todos esos elementos considerados globalmente que vienen de exponerse *ut supra* son los que conducen a ésta Sala a concluir, tal como se adelantó, que está plenamente probado que a BB se le dio muerte los primeros días del mes de Noviembre de 1976 en dependencias del Servicio de Material y Armamento por parte de personal militar.

ii. Prueba indiciaria en la determinación de una desaparición forzada (nuevo)

ARGENTINA, *Recurso de casación penal (Diego Manuel Ulibarrie, sentenciado) (Relación de sentencias 1.d), Voto del juez W. Gustavo Mitchell, apartado VII*. De suma importancia probatoria fueron los prontuarios de: Vicente V[i]ctor Ayala, Orlando Diego Romero y Julio César Barozzi hallados en la Policía de Corrientes. El Tribunal de juicio consignó en la sentencia que en el caso de Ayala se registraron distintos pedidos (14/3/75), circunstancia por la que se ratificó que respecto a este sujeto existió un seguimiento policial. Además, obra una identificación con huellas dactilares del nombrado en la Delegación de la Policía Federal de la provincia de Corrientes, motivo que dio fuerza a lo dicho por el testigo Camino, en cuanto a que la identificación de los detenidos se realizaba ante la Policía Federal.

Las anotaciones efectuadas en el prontuario de Orlando Diego Romero dieron cuenta de que era objeto de una persecución política. Fue relevante, ante todo, encontrar su legajo en la Policía de Corrientes, pues con ello se probó que su detención la realizó esa fuerza de seguridad, dado que no era oriundo de ese lugar y tampoco hubo un trámite de solicitud de cédula de esa provincia para el nombrado que justificase que el legajo estuviese en ese lugar.

B. Prueba testimonial (nuevo)

ARGENTINA, *Megacausa ESMA (Manuel Jacinto García Tallada, et. al., acusados) (Relación de sentencias 1.b), considerandos*. En reiteradas ocasiones, los imputados han severamente cuestionado a quienes denominaron testigos necesarios, diciendo que muchos de ellos actuaron como agentes de inteligencia de la Unidad de Tareas, y que ahora sus declaraciones estaban motivadas por la venganza. [...]

Evidentemente, la desautorización que los encausados formulan a las víctimas-testigos, viene dada, en este caso, por su condición de tales.

Frente a ellos, debe recordarse lo dicho [...] acerca de las crueles condiciones de cautiverio, como del denominado “proceso de recuperación”, que no siempre permitía la libertad, sino que, en ocasiones, termina con el “traslado” de los secuestrados [...].

La creencia de los imputados que las actividades que les imponían a los cautivos, bajo amenazas de muerte, constituían decisiones libres, encierra un grave error conceptual, que aquí es preciso definir.

Los miembros de este Tribunal, desconocemos cuál hubiese sido nuestro comportamiento, ante una experiencia personal similar de crueles sufrimientos e inmediata cercanía a la muerte, como la que padecieron las víctimas del centro clandestino de detención. Quizás hubiésemos “colaborado” en los “lancheos”, frente a la real posibilidad de perder la vida o la de nuestra familia; quizás hubiésemos simulado colaborar, con tal de sobrevivir; o quizás hubiésemos entonado una canción, mientras nos torturaban. Quizás hubiésemos reído, mientras cenábamos con los oficiales en el restaurante “El Globo” y luego escrito en la pared del baño una frase que represente nuestra libertad.

Resulta inesperado el comportamiento humano, frente a situaciones límite, es variado. Y en todos los casos debe respetarse. Más aún, cuando esa supervivencia es la que permite construir el relato de lo que sucedió y, a su vez, permite el debido juzgamiento de aquellas personas que cometieron esos graves delitos.

Ser sobreviviente de un centro de detención y exterminio, no implica mentir, como sostienen los imputados. Como tampoco tiene que serlo para quien resulta víctima de un asalto, estafa, lesiones o violación. [...]

[Como se dijo antes], [e]n atención a que las defensas han [además de cuestionado su credibilidad], controvertido muchas de las versiones dadas por los testigos, este Tribunal considera necesario hacer algunas aclaraciones generales sobre los parámetros que se tuvieron en cuenta al momento de evaluar los diferentes elementos probatorios.

Esta necesidad surge de las muy particulares circunstancias que rodearon este juicio en general y la prueba del debate en particular.

Así, en el contexto en el cual se desarrollaron los hechos, es decir, en la absoluta clandestinidad y con especial cuidado de pretender la impunidad a través de las prácticas de tabicamiento y, en la mayoría de los casos, el estricto aislamiento de los detenidos, acarrea de por sí, un obstáculo para los testigos víctimas de dar precisiones respecto de lo vivenciado.

Por lo expuesto y en atención a ello, no puede dejar de valorarse todo lo que conlleva esa situación de ser víctimas y testigos, como ser, el padecimiento que les genera el tener que declarar muchas veces frente a quienes fueron los responsables de sus mayores padecimientos, la angustia que les produce volver a recordar y revivir es[o]s hechos y asimismo, las consecuencias que generó el transcurso de tanto tiempo, más de treinta años, lo que provocó en alguno de ellos, el olvido de detalles, nombres, apodos, lugares, circunstancias y demás o, muchas veces al contrario, el recordar más claramente, ello muchas veces por la distancia con el hecho que produjo tanto dolor y/o por el hecho de sentirse protegidos, sin miedo a represalias, debiendo tenerse en cuenta que el miedo, consecuencia de lo que vivieron no desapareció de un día para el otro, sino que, como muchos de ellos relataron oportunamente, convivieron con ello por años, hasta mucho tiempo después de los hechos de los que fueron víctimas, años durante los cuales continuaron siendo vigilados y controlados, en algunos casos debiendo reportarse diariamente a sus victimarios. [...]

Entendemos así, que el testigo llamado a declarar mucho tiempo después del suceso, pueda cambiar la observación real con las reacciones de la imaginación, extremo éste que se deberá sortear echando mano de todos los medios que nos permitan lograr una reconstrucción

conceptual de los hechos investigados. Es decir, contrastar los dichos vertidos por el deponente con el resto del plexo probatorio, testimonial o documental, con el objetivo de llegar a la verdad y encontrar el estado de certeza que debe existir en el ánimo del juzgador al momento de dictar sentencia [nota omitida].

Así también, coincidimos con lo expuesto por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 2 de esta ciudad, en relación a la observancia real de los hechos: *“Otra materia importante con capacidad de dificultar el conocimiento de los hechos y que tuvimos especialmente en cuenta al momento de evaluar los testimonios, es que los damnificados, al vivir los sucesos que relataron, estaban en situación que pudo haber afectado su percepción. En principio, casi todos dijeron que les colocaron un “tabique” sobre los ojos para evitar que pudieran ver. También contaron que pese a eso, lograban ver por debajo de la venda aunque con dificultad. Esta limitación de la vista, no sólo tuvo la consecuencia obvia de que no pudieron ver todo lo que les estaba ocurriendo, sino que además los afectó en otros aspectos. Así, muchos de los testigos expresaron que no guardaban noción correcta del tiempo transcurrido. Esta circunstancia se vio agravada por dos causas. Una de ellas se vincula con la intensidad de lo que les estaba sucediendo, y la otra guarda relación con la imposibilidad de distinguir la noche del día —por tener los ojos tapados— sin acceso a aberturas que permitieran percibir la luz natural. Tanto es esto así que, quienes permanecieron en cautiverio bastante tiempo como para poder aprender a distinguir rutinas y, consecuentemente diferenciar diversos momentos del día, mostraron mejor apreciación del tiempo transcurrido, que aquellos que estuvieron poco tiempo presos. De este modo, tuvimos en cuenta que, dadas las particulares circunstancias de los hechos en juzgamiento que se desarrollaron en secreto, los testigos también son damnificados de accesiones que, por la intensidad inusitada de lo vivido y gravedad del daño que provocaron, tienen que haber generado huellas imborrables en la memoria. Esto no significa que no hubiera diferencias en los relatos de testigos que refieren haber sufrido los mismos padecimientos, o presenciado un determinado episodio. Se debe aclarar que estas diferencias no son sustanciales y que generalmente se corresponden a diferentes capacidades de apreciación, como por ejemplo, el despliegue corporal de testigos, sus conocimientos, su edad, el tiempo que llevaban en cautiverio, etc.”.*

Siguiendo la línea de lo argumentado, también hay que admitir que la percepción de la realidad por parte de varios sujetos no siempre es homogénea, sin que esto sirva para descalificar al testimonio como medio de prueba, ya que en efecto resulta normal que varios testigos no vean desarrollarse exactamente de igual manera el mismo acontecimiento, por poco complejo que sea: cada cual lo observa y retiene una circunstancia y las diferencias de detalles, no impiden admitir los testimonios sobre lo esencial en que concuerdan.

Resulta también oportuno, referirnos a un tema puesto de relieve por todas las defensas, esto es, la supuesta “contaminación” de los testimonios presentados por las víctimas o sus familiares directos, ya fuera por el paso del tiempo, por la lectura de libros sobre el tema o por el contacto con otras víctimas. [...]

[Al respecto] [d]os cuestiones deben destacarse. La primera, es que en el debate oral, por aplicación del principio de inmediación se logra precisamente “descontaminar” las percepciones de los testigos a través de la producción de los distintos medios de prueba: inspecciones judiciales, confrontación con otros testimonios, recolección u obtención de pruebas documentales, periciales e informativas, entre otros.

La segunda cuestión a resaltar, es que es indudable lo que el testigo “oyó”, “vio” y “sintió” en esas circunstancias. Nada puede borrar lo que ha sido grabado bajo el fuego de la propia

experiencia. Ello no significa que aún en este supuesto, puedan encontrarse diferencias que, como se ha dicho antes, responden a la unicidad de cada ser humano y, a cómo ha podido sobrevivir cada uno experiencias tan traumáticas como las que han tenido que enfrentar, conforme surge de los hechos que han sido analizados.

Es por ello que tenemos la convicción que, el paso del tiempo, puede haber borrado algunas huellas pero no las más importantes, las más significativas, las que realmente interesan en este tipo de procesos, donde se han vulnerado derechos esenciales del ser humano.

ARGENTINA, *Recurso de apelación (Jaime Lamont Smart, et. al., acusados) (Relación de sentencias 1.c), considerandos*. Tanto la naturaleza del plan sistemático de exterminio implementado en el período 1976/1983, cuanto la estrategia de impunidad seguida luego por sus responsables para impedir la investigación de estos aberrantes crímenes, tan sólo han tenido la pretensión de escapar del poder punitivo.

Estos hechos fueron ejecutados al margen de la ley, en la clandestinidad, ocultando cualquier rastro y previendo su impunidad. Frente a este panorama, no extraña que los testimonios de las víctimas y de sus familiares sean uno de los elementos más importantes del plexo probatorio colectado durante la investigación, no sólo atento las particulares características de los delitos que aquí se investigan, sino fundamentalmente, por la propia coherencia, concordancia y verosimilitud que existe entre ellos.

Esta misma cuestión fue examinada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal al dictar sentencia en la causa 13/84, oportunidad en la que señaló que “...la prueba testimonial adquiere un valor singular; la naturaleza de los hechos investigados así lo determina... 1°) La declaración testimonial es un medio de prueba que se privilegia frente a modos particulares de ejecución en los que deliberadamente se borran las huellas del delito, o se trata de delitos que no dejan rastros de su perpetración, o se cometen al amparo de la privacidad. En tales supuestos los testigos se llaman necesarios... En la especie la manera clandestina en que se encaró la represión, la deliberada destrucción de documentos y huellas, el anonimato en el cual pretendieron escudarse sus autores, avala el aserto. No debe extrañar entonces que la mayoría de quienes actuaron como órgano de prueba revistan la calidad de parientes o víctimas. Son testigos necesarios... 2°) El valor suasorio de esos relatos estiva en el juicio de probabilidad acerca de la efectiva ocurrencia de los hechos que narran... Es un hecho notorio –tanto como la existencia del terrorismo que en el período que comprenden los hechos imputados desaparecían personas, existían lugares clandestinos de detención dependientes de las Fuerzas Armadas, personal uniformado efectuaba permanentes procedimientos de detención, allanamientos y requisas, sin que luego se tuvieran noticias acerca de la suerte corrida por los afectados”.

ARGENTINA, *Recurso de casación penal (Diego Manuel Ulibarrie, sentenciado) (Relación de sentencias 1.d), Voto del juez W. Gustavo Mitchell, apartados VII y VIII*. Observo que la decisión del *a quo* ha sido sustentada sobre la base de distintos elementos probatorios de carácter indiciario. Todos ellos, al igual que las conclusiones, enunciados en la fundamentación de la sentencia. Ataño, entonces, examinar si este material probatorio ha sido evaluado por los jueces del debate con arreglo a las leyes de la sana crítica. [...]

[A continuación se analiza] [1]a impugnación propuesta por la defensa respecto de las [presuntas inconsistencias en las] declaraciones testimoniales.

Empero, no puede desconocerse, ni desatenderse dentro de este análisis que este tipo de prueba está compuesto por: “[...] elementos psicológicos [...]: a) la percepción; b) la memoria; c) la deposición. La percepción del hecho u objeto se efectúa por medio de cualquiera de los sentidos. Por lo tanto habrá de diferir de conformidad con las cualidades y aptitudes de cada individuo, y además con las condiciones de lugar, modo y tiempo en que se encuentre al momento de la percepción... La capacidad individual de percepción y de evocación mnemónica siempre importará necesariamente un recuerdo incompleto del hecho; de ahí que nunca puede pretenderse del testigo aún del más confiable, una descripción íntegra del hecho, y menos deducir de ello una ineficacia o reticencia del mismo..., se añade el proceso de evocación que como puente debe ejercitar entre lo percibido y la declaración que haga. La curiosidad, sensibilidad o impresionabilidad diferente en las personas llevan al individuo, ante lo sorpresivo y rápido de los sucesos, a prestar atención sobre distintos fragmentos del hecho que despiertan su interés, con lo cual obviamente conservarán un recuerdo distorsionado, confuso y en ocasiones hasta inexistente sobre el resto del suceso. Tanto es así que si bien por lo general lo que mayor atención despertará serán los aspectos centrales del hecho, sucede a menudo que ciertas personas, en virtud de su sensibilidad, en la rapidez de la producción del hecho han enfocado su interés y por lo tanto su observación en una circunstancia meramente accesoria[...] Con respecto a la memoria, esta importa un proceso mental complejo que requiere necesariamente la conservación de lo percibido [...]; sin embargo la psicología y la experiencia enseñan que en este punto incide preponderantemente el interés, el placer o la curiosidad que el suceso haya despertado en el individuo; esto es tres aspectos son por los que por sus características propias de la persona mantendrá en sus recuerdos algunas circunstancias quizás a lo largo de toda su vida, porque operan a favor del aparato anímico. Por el contrario, los hechos desagradables, infortunados o traumáticos serán inmediatamente reprimidos por la conciencia, quedando sólo escondidos en el estrato psíquico del subcon[s]ciente, imposibilitando aquella represión el recuerdo de los mismos [...] la deposición o declaración del testigo constituye sin duda el momento más importante, en el cual se desarrollan las dos etapas psíquicas anteriores transmitiendo al juez el conocimiento que se tiene de los hechos. Es fundamental extraer del testigo mediante el interrogatorio la mayor cantidad de conocimiento que posea sobre el hecho, procurando determinar la exactitud de cada aserción [...] Estos aspectos individuales han de complementarse a su vez con la naturaleza objetiva del hecho, como por ejemplo, la facilidad o dificultad de su percepción, el tiempo, modo, lugar, rapidez de su producción, verosimilitud del mismo, etcétera” (Eduardo M. Jauchen “Tratado de la prueba en materia penal”, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, ciudad de Santa Fe, 2002, págs. 359/369).

Así, la presencia de discordancias en el relato en circunstancias del hecho accesorias y carentes de relevancia es factible, caso en el cual “[deberán] desechar[se] sólo los fragmentos del relato viciado o irrelevantes [...] y conservar el remanente como válido, si a su vez del juicio crítico se comprueba su veracidad[...]” (ob. cit.).

Por ende, a mi criterio, las diferencias existentes entre los testigos del hecho: Esteban Fabián Cele, Angélica Nieve de Gauna, Miguel Ángel Tannuri y Héctor Ceccotto, son insustanciales, en tanto la cuestión central, esto es la existencia del procedimiento se mantuvo incólumne (sic) en todas aquellas. A más de que los testigos coincidieron en la descripción de la fecha, horario y lugar en que ocurrió el suceso objeto de juicio.

De manera que, no advierto fisuras ni incoherencia, sólo cierta matización, plausible, que lejos de denotar mendacidad releva la espontaneidad con la que se manifestaron los deponentes en su evocación de la dinámica del suceso, diferencias que a mi modo de ver resultan menores,

sólo atribuibles al transcurso del tiempo. Al respecto, nótese que en el presente caso hubo un lapso de 30 años entre el suceso investigado y la celebración del juicio [...] [nota omitida].

C. Prueba pericial (nuevo)

i. Peritaje militar (nuevo)

GUATEMALA, *Caso Masacre de Las Dos Erres (Roberto Aníbal Rivera Martínez, et. al., acusados) (Relación de sentencias 3.a), considerando IV*. Los Juzgadores luego de deliberar realizamos el siguiente análisis de la prueba producida en el debate, conforme a las reglas de la sana crítica razonada [...]. El perito RODOLFO ROBLES ESPINOZA ratificó el PERITAJE MILITAR, en el cual se define la cadena de mando y la forma de planificación del operativo contra el parcelamiento de DOS ERRES por parte del Ejército de Guatemala. [...]

[Sobre su experiencia y conocimientos técnicos, se ha establecido que el perito] [h]a realizado otros peritajes militares, ha realizado y participado como asesor del Ministerio Público en el caso Mirna Mack, internacionalmente en el caso de FUJIMORI, el cual ha sido condenado, el caso de [V]ladimiro Monte[s]inos, en el caso de la masacre de la CANTUTA, en el caso de la masacre de Barrios Altos, en el Perú [h]a participado en varios peritajes. Le discernieron el cargo para que realizara dicho peritaje. Su cargo es general de División del Ejército Peruano el cual es la máxima escala jerárquica en el ejército peruano. [...]. Tiene conocimiento de cómo funcionan los ejércitos a nivel de Latinoamérica es porque ha hecho cursos y [los] ha hecho en países como Colombia, Argentina, Panamá, Guatemala y está desde el año dos mil como consultor [en el] área de reconversión militar de la Fundación Mirna Mack[.] [Desde hace] once años [...] participa [...] en algunos trabajos de propuestas de lineamiento[s] democráticos para la reconversión militar del ejército de Guatemala. [...]

A su declaración y Peritaje Militar se les otorga valor probatorio por las razones siguientes:

a) Se establece que [en] el parcelamiento Las Dos Erres y sus proximidades hubo una masacre con resultados de doscientas una víctimas entre los días siete, ocho y nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, quienes eran pobladores civiles, no combatientes que no ofrecieron resistencia ni enfrentamiento alguno, absolutamente desarmados e indefensos. b) Que la patrulla Especial Kaibil se constituy[ó] en una patrulla de combate directo contra los grupos insurgentes, eminentemente operativa y con capacidad de operar en diferentes escenarios. En el presente caso conformó un pelotón de militares entre oficiales, especialistas y soldados, todos con entrenamiento kaibil. c) Por las fuentes consultadas y el desarrollo del peritaje se deduce que la Patrulla Especial Kaibil actuó en las Dos Erres en forma planificada y aplicando procedimiento operativo normal propio de las Fuerzas Especiales militares del continente americano en general y del Ej[é]rcito de Guatemala en particular. d) Por las fuentes consultadas la relacionada patrulla se organiz[ó] en cuatro grupos: el de mando, de asalto, de apoyo y de seguridad y por la organización jerárquica del Ejército y cadena de mando, estos grupos son comandados por los oficiales que ostentan [el] grado más alto dentro de la patrulla. e) Se pudo determinar que se designaron a los oficiales de rango Teniente e Instructores Kaibiles como jefes de grupo. Estos se integraron por los especialistas Subinstructores Kaibiles, completándose cada uno de ellos con el contingente de cuarenta efectivos de la tropa con instrucción Kaibil. En el presente caso uno de los especialistas de rango cabo estaría como jefe del Grupo de Seguridad, pero dentro de

la cadena de mando probablemente no ten[í]a nivel de decisión, por el rango menor que ostentaba dentro del contexto operativo militar, confirmando lo dicho por los testigos Franco Ibáñez y Pinzón Jerez. f) Según las fuentes consultadas la cadena de mando o jerarquía existente dentro de la Patrulla Especial Kaibil partía del Teniente Jefe de Patrulla, quien de acuerdo con la doctrina y normas militares asume la responsabilidad total del cumplimiento de la misión, toma de decisiones, conducción del operativo y disciplina de cada uno de los elementos que integra la patrulla. El resto de oficiales asume responsabilidad de las recomendaciones requeridas para la toma de decisiones del Jefe de la Patrulla, así como del acatamiento de todas las órdenes que implicaba crímenes dentro del operativo. En tanto que los especialistas y soldados asumen la responsabilidad de la ejecución de órdenes manifiestamente ilegales, las cuales obedecieron sin oponer resistencia. g) Cada grupo cumplió funciones preestablecidas de rutina en su procedimiento Operativo normal y seguramente, aplicadas con anterioridad en acciones operativas en otros escenarios. Son procedimientos de combate ordinarios contra el adversario (un ej[é]rcito enemigo o un grupo insurgente o terrorista) pero que en el caso particular de Guatemala fueron aplicados a población civil no combatiente. h) Con base a las fuentes consultadas, doctrina y a la experiencia del perito se han identificados (sic) las misiones que cada uno de los grupos desarroll[ó] dentro de la organización adoptada por la Patrulla Especial Kaibil: EL GRUPO DE ASALTO allan[ó] las moradas de los pobladores y los condujo a puntos de reunión ya preestablecidos, EL GRUPO DE MANDO ocup[ó] una posición central, cerca de los puntos de reunión, desde donde realiz[ó] la conducción del operativo y comunicación con la unidad militar bajo cuya dirección estaba actuando, EL GRUPO DE APOYO en condiciones de acudir en ayuda o incremento de la potencia de fuegos del grupo de asalto, manteniéndose en contacto permanente con el Jefe de la Patrulla Especial Kaibil, para su empleo como reserva en caso necesario y EL GRUPO DE SEGURIDAD encargado de cercar el área de acción, impidiendo el ingreso o salida de los pobladores, debiendo dar cuenta permanentemente al Jefe de la Patrulla en mención y recabar autorización de este para resolver incidentes o imprevistos que se presentaran o que afectaran sus [ó]rdenes de rutina. i) No existe referencia alguna de que los que comandaban y conducían a la Patrulla Especial Kaibil hayan ejercido control y disciplina para evitar o castigar dicho[s] actos, al contrario todo indica que todos participaron en los mismos. j) Con base a las fuentes consultadas, el Jefe del Destacamento Militar de las Cruces realiz[ó] acciones de consolidación de la intervención de la patrulla Especial Kaibil en el parcelamiento Las Dos Erres, cometiendo saqueo llevándose los bienes de las víctimas e incendiando sus casas. K) Sirve para determinar la participación del sindicado Carlos Antonio Car[í]as López en el delito de Hurto Agravado. L) El perito es una persona con amplia experiencia en la materia. m) El perito explic[ó] ampliamente en qu[é] consiste el planeamiento de política militar y el Plan Victoria Ochenta y Dos. n) También su declaración y peritaje es útil para determinar que efectivamente se perdieron los veintiún fusiles en la emboscada San Diego. Ñ) Explica en forma clara la forma en que se produjo la incursión al Parcelamiento de las Dos Erres. o) Su declaración y expertaje (sic) se basa en el análisis de documentos, sobre los cuales efectuó la pericia. p) También permite conocer la estructura funcional del Ejército de Guatemala. q) Se evidencia que la Patrulla Elite de Kaibiles recibió órdenes para actuar, lo cual coincide con los lineamientos descritos en el Plan Victoria Ochenta y Dos. r) Haciendo uso de los principios de la Sana Crítica Razonada, los juzgadores hemos podido establecer con el peritaje militar, que el operativo efectuado en diciembre de mil

novecientos ochenta y dos en al Parcelamiento las Dos Erres, fue una actividad militar debidamente planificada, lo que se confirma con las declaraciones de los testigos Franco Ibáñez y Pinzón Jerez. S) también este peritaje sirve para determinar que el Teniente Carías López como jefe del Desta[ca]mento Militar de Las Cruces, tenía conocimiento de lo que estaba ocurriendo en el Parcelamiento de las Dos Erres, puesto que existía de acuerdo al Plan Victoria Ochenta y Dos, existía la obligación de comunicarse e intercambiar información. t) Este peritaje es útil para determinar que los Kaibiles actuaron y participaron en forma planificada, bajo un patrón de conducta, determinándose que ninguno opuso resistencia a las órdenes e instrucciones emanadas, lo cual se corrobora con la declaración de los testigos César Franco Ibáñez y Favio Pinzón Jerez. U) La exposición efectuada por el perito permite establecer el perfil y entrenamiento recibido por los Kaibiles, quienes reciben preparación para realizar la misión. V) También sirve para determinar que de acuerdo con los manuales de instrucción, no se indica que la violencia sexual sea un método para obtener información, de lo que se deduce que los kaibiles se extralimitaron en su actuación, habiendo violado niñas y mujeres de la población del Parcelamiento las Dos Erres. w) Se determina también que el saqueo no es parte de las actividades de consolidación, circunstancia que tomamos en cuenta para determinar la participación del sindicado Carlos Antonio Carías López en el delito de Hurto Agravado. X) También sirve para establecer que para diciembre de mil novecientos ochenta y dos se manejaba dentro del sistema militar la Doctrina de Seguridad en la [que] debía de destruirse al enemigo interno, entendiéndose que se refiere a los grupos opositores. Y) Es de utilidad para determinar que en su momento se considero equivocadamente que el Parcelamiento de las Dos Erres, era una zona roja y se le relacionó con la emboscada sufrida por el ejército en octubre del mismo año en San Diego, en donde se perdieron los veintiún fusiles; circunstancia que hizo que se planificara la incursión en el Parcelamiento referido. Z) Confirma que la población de las Dos Erres, no tenía el perfil de enemigos internos, puesto que a través de este peritaje y declaraciones testimoniales se comprobó que se trataba de población civil no beligerante, dedicada exclusivamente a la siembra de cultivos básicos.

ii. Peritaje histórico (nuevo)

GUATEMALA, *Caso Masacre de Las Dos Erres* (Roberto Aníbal Rivera Martínez, et. al., acusados) (Relación de sentencias 3.a), considerando IV. El perito MANOLO ESTUARDO VELA CASTAÑEDA ratificó el peritaje histórico social de fecha seis de mayo del año dos mil diez. [...] El perito declaró que: El contexto histórico está marcado por el evento que se desarrolló en el contexto de la guerra en Guatemala[.] [S]e entiende que [el conflicto se] desarrolló en tres fases[.] [L]a primera del año sesenta al año sesenta y siete, la segunda del año sesenta y siete al año ochenta y dos y la tercera del año ochenta y tres hasta los [A]cuerdos de [P]az[.] [D]entro de ese contexto de la guerra, el evento [en cuestión] tuvo lugar en el segundo ciclo de la guerra, que va del año sesenta y siete hasta el año ochenta y dos. Como parte de [1] [conflicto,] se desarrolló en la sociedad Guatemalteca un proceso de movilización popular a gran escala, en donde diversos sectores sociales presentaron sus demandas al Estado y la respuesta del Estado se concretó en los ámbitos rurales, pero también urbanos[.] [D]entro de los ámbitos rurales que corresponden a los hechos, el Ejército de Guatemala cometió una serie de masacres[.] [Algunas] de ellas se observan en un mapa que supo (*sic*) a la vista de la Comisión de Esclarecimiento

Histórico, en donde se detallan los departamentos en los cuales se cometieron determinado número de masacres. El mayor número de masacres tuvieron lugar en el Altiplano en Petén [...]. En términos de tiempo, en los años ochenta y uno al ochenta y dos son los años en que más masacres se cometieron, en cinco departamentos Alta Verapáz, Baja Verapáz, Quiché, Chimaltenango y Huehuetenango. En la columna en gris se aprecia el número de masacre[s] totales y en la columna azul se aprecian los casos ocurridos entre el año ochenta y uno y ochenta y dos que coincide con [...] la masacre de las Dos Erres. En la otra gráfica se observa el porcentaje de masacres ejecutadas por fuerzas de seguridad del Estado, casos ocurridos en mil novecientos ochenta y uno y ochenta y dos en relación al total de casos ocurridos en esos cinco departamentos, que concentran la mayoría de masacres. *Lo que demuestra es que en el corazón del genocidio guatemalteco lo que hubo fue una breve pero intensa ola de masacres cometidas en el área rural[.] [Q]ue no se trató de un largo período de tiempo en el cual ocurrieran de forma gradual sino que se trató de una ofensiva militar a gran escala ejecutada de manera relámpago, encuadrada en el esquema operacional propio de todo ejército. [Según los datos presentados] en tres de diez casos las fuerzas del ejército se hicieron acompañar por comisionados y patrulleros civiles [resaltado añadido].* [L]as patrullas de autodefensa civil también ejecutaron masacres sin presencia de militares en un tres por ciento del total del caso. La Comisión de Esclarecimiento Histórico concluye con los lugares específicos en los cuales se cometieron actos de genocidio, destacando [...] la región Maya Canjobal y Maya Chub, en los municipios de Barillas, Nenton y San Mateo Ispac[á]n del Departamento de Huehuetenango, en donde el tres punto seis por ciento de la población fue aniquilada. Maya Ixchil en los municipios de Santa María Nebaj, San Juan Cotzal y San Gaspar Xajul en donde alrededor del quince por ciento total de habitantes sufrió la guerra, arrasando el sesenta por ciento de las aldeas. Maya Quiché, del municipio de Sacualpa del departamento de Quiché, en donde la población fue asesinada en un once por ciento, y Maya Achi, en el municipio de Rabinal, en donde el quince [por ciento de la población] fue asesinada. A la luz de esos datos se puede preguntar qué fue lo que sucedió en las Dos Erres y cuál es la relación entre la masacre y el genocidio. [...]

Durante muchos años Petén fue la frontera lejana de Guatemala, una tierra virgen, inhóspita y selvática[.] [H]asta antes de mil novecientos sesenta, todo el transporte debía hacerse por vía aérea[.] [E]n el territorio del Petén se mezclan la chicler[í]a, la producción de la recina -base de la goma de mascar-, la explotación maderera y especialmente de caoba, la industria petrolera, la extracción de palma shate y de pimienta, pero también un proceso de colonización agraria. [...] [E]n mil novecientos cincuenta y nueve se crea, por decreto, la empresa de Fomento y Desarrollo del Petén con el propósito de integrar al departamento al Desarrollo Nacional[.] [E]n el año sesenta y cuatro se creó el departamento Colonización del FYDEP y en el año sesenta y seis [fue cuando] se tom[ó] la decisión de colonizar. La colonización implicó una gran colonización, una gran transformación en términos de población[;] de casi [16.000] habitantes en mil novecientos cincuenta, en el año ochenta y uno se pasó a tener [132.000] habitantes. [...] [H]acia mil novecientos ochenta, Petén se convirtió en el departamento número uno [...] en la producción de maíz y el número dos en la producción de frijol, hizo su aparición en el petróleo[;] también ocupó el lugar número uno en ganado vacuno [...]. [E]l parcelamiento [de Las Dos Erres] se inscribe dentro de esas dinámicas[.] [E]l parcelamiento es parte del proceso de colonización del Petén que se trat[ó], en su mayoría, de campesino[s] migrantes. [...]

[El peritaje también señaló, con respecto a la presencia de guerrilleros en la zona, que después de un intento fallido de infiltrarse hacia la zona norte del departamento de Alta Verapáz y Quiché, las FAR se asentaron en la región de Petén. Durante años, su actividad militar se fue transformando en activismo político hasta que, con el triunfo del movimiento sandinista en Nicaragua, reorientan su actuación hacia lo militar]. Entre el año setenta y nueve y el año ochenta y dos se desarrolla lo que se podría llamar un proceso de preparación, entrenamiento, logística y propaga[n]da[.] [L]a emboscada [en contra del Ejército de Guatemala] que tuvo lugar el veintidós de octubre de mil novecientos ochenta y dos, fue la primera operación militar en la región que tuvo un carácter masivo por el número de tropas guerrilleras involucradas y los resultados, en términos de el número de bajas ocasionadas al adversario. [...]

El tema del parcelamiento es mil novecientos setenta y uno don Federico Aquino Ruano y don Marco Reyes prestaron las iniciales (sic) de sus apellidos para nombrar un nuevo parcelam[ie]nto, Las Dos Erres, ubicado en el municipio de La Libertad, del departamento de Petén[.] [H]acia mil novecientos ochenta y uno, la población registrada era de catorce mil novecientos diecinueve habitantes[.] [L]a aldea más cercana, [que estaba] a seis kilómetros, era Las Cruces [...]. Muchos vecinos de las Cruces, al enterarse de las facilidades de conseguir tierra para trabajar, tomaron la decisión de emigrar hacia Las Dos Erres pero aquella migración generalmente se hacía de forma parcial. [...] La fundación del parcelamiento implicó un gran esfuerzo para las familias [que tuvieron que] enfrentarse a la selva, sin más instrumentos que las manos, las botas de hule, el machete y la esperanza de tener un lugar para trabajar [...]. En el año ochenta y uno el área se fue militarizando, el despliegue de la fuerza armada en el Petén incluyó, en mil novecientos ochenta y dos, la delegación de un destacamento que le llamaban el Miralvalle, una péquela (*sic*) faceta en las afueras de las Cruces[.] [E]l jefe del destacamento en ese momento inició, a mediados de mil novecientos ochenta y dos, la conformación de las patrullas de autodefensa civil. El destacamento militarizó la vida de la aldea, todo el que entraba y salía de la aldea hacia la cabecera departamental tenían que pasar por ahí[.] [L]a maestra [encargada de la escuela rural de Las Dos Erres] recuerda: “Bajaban a la gente con cédula en mano, cuando salía a trabajar varias veces me preguntaban de donde venía y que si conocía a la guerrilla”[.] [E]l miedo fue cambiando los tiempos y las formas de vivir. Hacia mil novecientos ochenta y uno el gobierno institucionalizó las patrullas de autodefensa civil[.] [S]e trataba de vecinos organizados por el Ejército e integrados por comisionados militares quienes realizaban patrullajes[.] [E]l patrullaje era permanente, los vecinos realizaban turnos de doce horas de día de seis de la mañana a seis de la noche y de noche de seis de la noche a seis de la mañana [...]. A mediados de mil novecientos ochenta y uno, los vecinos [de Las Dos Erres] recibieron la noticia que debían presentarse al campo de fútbol de las Cruces, con el propósito de formar parte de la patrulla civil[.] [L]os estaban obligando no a patrullar en su aldea sino en la aldea vecina. El vecino Orlando Aguilar contó: “Una noche vinieron a hacer patrulla, ahí estuvieron con nosotros lamentando de que como iban a dejar a sus familias abandonadas por venir a cuidar aquí, va a llegar la guerrilla allá van a violar a las hijas y a las mujeres y nosotros aquí, que estamos cuidando. Posteriormente, en el mes de septiembre en una sesión en donde se reunieron los hombres del parce[la]miento Las Dos Erres que como iban a estar cuidando a éstos si los que tenían buenas tiendas no hacían turnos, saber a quién les pagaban dinero.” El campesino Aguilar afirm[ó] que algunos vecinos de la[s] Cruces no hacían turno y concluye que los de las Dos Erres estaban de acuerdo en hacer todo lo que el [E]jército pidiera, pero no en las Cruces y que iban a dejar

abandonada su aldea [...]. [Después de la decisión de no patrullar Las Cruces], el Ejército tomó [nota y] comenzó a enviar soldados disfrazados de guerrilleros, con el propósito de coleccionar la información y comprobar la lealtad de campesinos. [...] Finalmente un accidente termin[ó] de confirmar al Ejército los supuestos de inteligencia que ya estaban recolectados [...]. [Según los testimonios incorporados en el peritaje, los parceleros utilizaban costales para llevar su maíz a vender. Con el fin de identificar sus costales nuevos y no extraviarlos, los marcaron con las siglas de Federico Aquino Ruano “FAR”. Esto fue entendido por el Ejército como la participación de los habitantes de las Dos Erres en la guerrilla].

iii. Peritaje antropológico forense (nuevo)

GUATEMALA, *Caso Masacre de Las Dos Erres* (Roberto Aníbal Rivera Martínez, et. al., acusados) (Relación de sentencias 3.a), considerando IV. [Respecto de los peritajes antropológicos forenses, es de resaltar que], [e]n general, las etapas de trabajo para cualquier [peritaje de este tipo] [...] trata[n], en primer lugar, de documentar la etapa preliminar o investigación histórica, [a fin de] reunir la suficiente documentación o testimonios sobre los hechos para poder ubicar los posible sitios de entierro y también la vinculación de los sitios con víctimas particulares[:]; es decir dónde se encuentran los cuerpos y quiénes podían ser las personas[.] [P]orque el objetivo del trabajo es recuperar obviamente el material óseo (*sic*) y también intentar aporta[r] pruebas o evidencia a la investigación, ya sea a través de la identificación de los re[s]tos o aportando sobre la posible causa de muerte de las víctimas; luego el trabajo concretamente arqueológico se realiza a partir del emp[le]o de las técnicas de la arqueología tradicional, aplicadas a contextos forenses. Esas técnicas plantean la posibilidad de recuperar de manera idónea, es decir de manera más completa y mejores condiciones posibles, todos los hallazgos y no solamente hallazgos en material de restos óseos sino también de cualquier otra evidencia asociada a la casa o restos [de las víctimas]. [...]

A las declaraciones de las peritos PATRICIA BERNARDI Y SILVANA TURNER, así como a los peritajes que ellas elaboraron se les otorga valor probatorio por las razones siguientes: a) Porque describen los resultados obtenidos de la excavación arqueológica efectuada en el parcelamiento las Dos Erres en julio de mil novecientos noventa y cuatro. b) Se describe el “Sitio Uno” como el pozo de agua no concluido, conocido como Pozo Ar[é]valo [...], encontrándose a siete kilómetros al noreste de la localidad Las Cruces. c) Según los informantes fue llenado de cadáveres durante los sucesos de diciembre de mil novecientos ochenta y dos. d) El “Sitio Dos” se trata de La Aguada, a unos treinta minutos de marcha hacia el noreste del sitio Uno, es una área de aproximadamente un mil cuatrocientos metros cuadrados cubiertos de zacate y frondosa arboleda y que junto con las autoridades judiciales observaron osamentas humanas dispersas a lo largo de la superficie, así como restos de ropa. e) El “Sitio Tres”, denominado Los Salazares, ubicado a una hora y media de marcha hacia el sur del Sitio Uno, con una superficie de cuatrocientos metros cuadrados aproximados, igual que en el Sitio Dos se encuentran restos humanos en superficie, que presentan signos inequívocos de quemazón intencional reciente, circunscripta a la superficie en la que se hallan restos de ropa y osamentas. [...] j) Cada uno de los esqueletos levantados presentaba algún tipo de vestimenta, la cual se describe en cada uno, así como las evidencias encontradas especialmente lo referente a proyectiles y fragmentos de proyectiles de arma de fuego, [...]. k) El peritaje de fecha ve[i]nticinco de julio de mil novecientos

noventa y cinco describe los resultados obtenidos de la tarea [de] excavación arqueológica efectuada en lo que fuera el parcelamiento las Dos Erres entre los días ocho de mayo al catorce de julio de mil novecientos noventa y cinco. l) Que el objetivo inicial es la exhumación de los restos humanos y evidencias asociadas que se encuentran en los tres sitios [...]. m) Los sitios dos y tres presentan la particularidad [de] ser lugares donde los restos aparecen dispersos en la superficie en una amplia área cubierta de vegetación, por lo que el trabajo consistió en una recolección sistemática de todos los restos observados, mientras que el trabajo en El Pozo fue una excavación. n) El Sitio Uno o Pozo Arévalo durante los trabajos de mil novecientos noventa y cuatro se pudo establecer la veracidad de los testimonios que afirmaban que en su interior se encontraban cadáveres de personas muertas durante los sucesos de diciembre de mil novecientos ochenta y dos. ñ) Se lleg[ó] a la profundidad máxima del pozo que alcanz[ó] los doce metros con veinte centímetros, con resultado provisional de la exhumación a no menos de ciento sesenta y dos individuos de ambos sexos, recuperando restos de vestimenta y efectos personales asociados al material óseo y fragmentos de proyectiles de arma de fuego, lo que constituye una clara evidencia sobre la causa de la muerte. [...] q) Al analizar sus declaraciones permite establecer el orden en que cayeron las personas al ser golpeadas y lanzadas al pozo, siendo claras las peritos en indicar que encontraron en el fondo los restos humanos de los niños, en la parte media los restos [ó]seos de mujeres y en la parte superior hombres, lo que confirma lo indicado por los testigos Franco Ibáñez y Pinz[ó]n Jerez en relación a la forma de ejecución de las víctimas. r) La declaración vertida por la perita Patricia Bernardi sirve para establecer que los cráneos presentaban múltiples fracturas, lo que concuerda con lo manifestado por los testigos Franco Ibáñez y Pinz[ó]n Jerez, quienes expresaron que se les pegaba con una almagana⁷⁸ o mazo en la cabeza, previo a lanzarlos al pozo. s) También sus declaraciones se confirman con el álbum fotográfico en donde aparece[n] las excavaciones y exhumaciones realizadas en el Parcelamiento las Dos Erres. t) Sus declaraciones también son útiles para determinar el diámetro, longitud y profundidad del pozo en donde fueron encontrados los restos humanos de las víctimas. u) Los peritajes efectuados establecen también las vestimentas y objetos que portaban las víctimas, los cuales sirvieron en algunos casos para su identificación. V) Con los hallazgos encontrados en los restos [ó]seos, se pudo establecer que presentaban señales de tortura, porque se encontraron restos de lazo colocados en los huesos, cuello y extremidades superiores e inferiores.

D. Prueba derivada de informes de comisiones de investigación o comisiones de la verdad (nuevo)

ARGENTINA, *Caso Victorio Derganz y Carlos José Fateche (Juan Demetrio Luna, acusado) (Relación de sentencias 1.e), considerando II*. También corresponde destacar, frente a la concreta objeción que realizara la Defensa de Luna, que tal como se sostuviera en la causa 13/84, la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas “constituyó un ente de carácter público y que sus miembros revistieron la calidad de funcionarios públicos, con lo cual las actuaciones labradas por ellos constituyen instrumentos de igual carácter”. Agregó luego el tribunal que “...las pruebas recogidas por la CONADEP introducidas a través de un medio apto, son de utilidad para crear un estado de certeza en

⁷⁸ Nota de edición: Este término, utilizado en el texto original de la sentencia, no existe en el Diccionario de la Real Academia Española. Por el contexto, se puede inferir que el término correcto es “almádena” que según el diccionario referido quiere decir: “Mazo de hierro con mango largo, para romper piedras”.

el juzgador, cuando se encuentran acompañadas de un marco probatorio que las refuerce, sin tener como base exclusiva la prueba proveniente de dicho organismo”.

GUATEMALA, Caso Masacre de Las Dos Erres (Roberto Antibal Rivera Martínez, et. al., acusados) (Relación de sentencias 3.a), considerando IV. [Entre la prueba documental se encuentra el] **[t]omo de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, Guatemala:** [M]emorial (sic) del [S]ilencio, titulado *Las violaciones de los derechos humanos y los hechos de violencia. Se le otorga valor probatorio por lo siguiente:* a) Se establece que la estrategia aplicada por el Ej[é]rcito durante el enfrentamiento a partir de la década de los ochenta se sintetiza en la misión del plan de campaña *Victoria 82* que establece: “*Los comandos involucrados conducirán operaciones de seguridad, desarrollo, contrasubversivos y de guerra ideológica en sus respectivas áreas de responsabilidad a partir del día ‘D’ hora ‘H’ hasta nueva orden, con el objeto de localizar, capturar o destruir grupos o elementos subversivos, para garantizar la paz y seguridad de la Nación...*” b) La descripción de estas operaciones militares realizadas por el Ejército no es exhaustiva, simplemente se mencionan las que por su aplicación produjeron violaciones de los derechos humanos y que fueron conocidas. Del análisis de los planes de campaña facilitados por el Ejército y de los testimonios recibidos por la CEH, se colige que las principales operaciones contrainsurgentes que generaron terror fueron entre otras las de control y castigo a la población civil, como la del Parcelamiento Las Dos Erres. c) Las *Operaciones de castigo* militares perseguían, mediante el uso de la violencia y la propagación del terror, infligir un castigo a las comunidades para inhibir cualquier intento de apoyo a la insurgencia. Cuando era detectada la presencia de la guerrilla en un área o se tenía conocimiento de la realización de una acción guerrillera, el Ejército se hacía presente en el lugar o en alguna población cercana y efectuaba una acción violenta contra la población civil. Estas acciones en el área rural llegaron a ser muy frecuentes, principalmente en las áreas donde el Ejército rastreaba a los guerrilleros. D) Es un documento histórico que permite conocer la guerra ideológica existente durante el conflicto armado, siendo el marco de referencia en donde se produjo el hecho que se juzga. [...]

[Se incorpora al expediente, además, el] **[t]omo y copia del Informe de la Comisión del Esclarecimiento Histórico, “Guatemala: Memoria del Silencio” caso ilustrativo Masacre de las Dos Erres. Se le da valor probatorio por las razones siguientes:** a) Porque como caso ilustrativo del informe Memoria del Silencio de la Comisión de Esclarecimiento Histórico [...] es concordante con los aspectos desarrollados en el Peritaje Histórico Social rendido por Manolo Estuardo Vela Castañeda especialmente por lo siguiente: 1) La relación entre los habitantes del parcelamiento y el jefe del destacamento militar de la Aldea Las Cruces se fue haciendo cada vez mas tensa, [d]ebido a que los parcelarios se negaron a que la patrulla civil de Las Dos Erres realizara ronda en la aldea Las Cruces. 2) El Ejército creyó que existía vínculo entre las unidades insurgentes de las [Fuerzas Armadas Revolucionarias (FAR)] y los pobladores de las Dos Erres. Aunado a la confusión provocada por la forma en que don Federico Aquino Ruano, líder de la comunidad, marca sus sacos de maíz. 3) La operación militar de las FAR, con fecha once de octubre de mil novecientos ochenta y dos, en la que el Ejército tuvo p[é]rdidas humanas y equipo de armas, no estim[ó] la posibilidad que el Ejército pudiera rastrear su posición y analizara cuáles eran las poblaciones mas próximas a la supuesta posición de los guerrilleros. 4) La masacre de las Dos Erres fue una operación militar de castigo a la emboscada de los veintinueve fusiles que las FAR ejecut[ó] en la fecha referida. 5) Para la realización de la masacre

el Estado Mayor de la Defensa Nacional envió a la Patrulla Kaibil, unidad que se especializ[ó] en conducir este tipo de operaciones. 6) En el mes de noviembre la emboscada de los veintitún fusiles se transform[ó] en la masacre de Las Dos Erres, como una opción militar en la mesa de los planificadores y estrategias del alto mando castrense. 7) Que el Ejército dedicó durante todo el mes de diciembre a su mejor unidad de combate para que buscara a las FAR, siendo esta unidad la más despiadada con las poblaciones civiles. 8) La masacre fue producto de un error en la inteligencia recabada por el Ejército en aquella zona, simplemente la información recopilada se utilizó para planificar una operación de castigo contra la población que se fue haciendo cada vez más vulnerable. 9) La masacre de las Dos Erres fue la única en la historia de Petén donde la comunidad desapareció por completo de la cartografía nacional.

URUGUAY, *Recurso de apelación (Juan Carlos Blanco Estradé, sentenciado) (Relación de sentencias 7.a), considerando IV*. En el mismo sentido que viene de exponerse [las pruebas testimoniales y documentales oficiales] se inserta el [I]nforme final de la Comisión para la Paz que, en lo que respecta a la situación de BB confirmó la detención ilegal de la misma, el episodio de la Embajada de Venezuela, su reintegro a la sede de la OCOA ubicado en el Servicio de Material y Armamentos a los fondos del predio del Batallón No. 13 de Infantería. [De conformidad con dicho informe] “[BB] fue intensamente torturada por espacio de varios meses y fue ejecutada, finalmente, en los primeros días del mes de Noviembre de 1976” [...].

[La] [f]orma de actuación de la Comisión [...] fue explicitada ampliamente por uno de sus connotados integrantes como lo es el Dr. RAMELA en sede judicial, en presencia de la Fiscalía y la Defensa [...], lo que llevara incluso al anterior Señor Defensor de particular confianza a calificar tales declaraciones de “minuciosas y claras y resultan inequívocamente categóricas en la afirmación ahora indubitable del fallecimiento de la Sra. BB”.

Como ya dijo esta Sala, éstas últimas declaraciones no resultan ser las de un testigo “de oídas” ordinario, sino las de quien recolectó, sistematizó y confrontó información sobre el extremo que nos ocupa y, que si bien no puede revelar las “fuentes” de su información no por ello carecen de particular eficacia convictiva en el particular casus objeto de examen. No existiendo ninguna regla que prohíba por principio estos testimonios –al igual que lo fueron en definitiva todos aquellos, con el deponente integraron la Comisión para la Paz–, de lo que se trata es de analizar detenidamente qué valor probatorio cabe atribuirle en el caso concreto.

Cabe reconocer que el Dr. Carlos RAMELA y sus colegas de la Comisión, estuvieron especialmente convocados y dedicados a la averiguación, entre otras, de la suerte de la desaparecida Sra. BB y, en tal empeño recibieron declaraciones de personas que habían estado con ella detenidas en el mismo lugar, y de funcionarios militares y policiales que participaron en los hechos objeto de la específica averiguación, pudiéndose entonces formarse en el cotejo y / o cruzamiento de la información recibida, una ponderada idea acerca sobre cuál pudo ser el grado de voluntad general de decir la verdad de esas personas y en qu[é] medida pudo esa voluntad haberse plasmado dadas las circunstancias especiales del caso, todo lo cual finalmente lo habilitó a expresar las conclusiones ya señaladas. Si ello todavía se potenció, en la medida que se sabe que fueron seis las personalidades que integraron la citada Comisión sin otro interés que el de cumplir leal, honesta e imparcialmente con el cometido asignado y, sus conclusiones fueron adoptadas por unanimidad bajo un sistema de libre convicción o convicción moral, es evidente que la credibilidad de su versión de los hechos se acrecienta notablemente [...].

Conclusiones de dicha Comisión, a su vez, que el Poder Ejecutivo aprobó en todos sus términos adoptando las mismas como la versión oficial sobre la situación de los desaparecidos durante el régimen de facto [...].

Ahora bien, éste informe final como uno más de los elementos probatorios del “cuerpo del delito”, mantiene su plena validez a pesar de los hechos de pública notoriedad de que cuerpos de personas “des[a]parecidas”, respecto de los cuales se sostenía que habían sido cremados y arrojados al mar, aparecieron enterrados. Y persiste su valor en el conjunto del análisis probatorio llevado a cabo porque, más allá de esas situaciones específicas referidas a otros casos, dichas conclusiones permiten afirmar la existencia misma del reato que tuviera como víctima a BB.

Desde su aparición este informe final de la Comisión fue un insumo más que debía tomarse en consideración en el análisis global de la cuestión: antes per se no podía considerarse judicialmente la “verdad revelada” ni hoy puede denostársele transformándolo en un esfuerzo intelectual inservible.

Como se dijo, las resultancias del informe analizadas en el conjunto de las pruebas, acreditan plenamente la ocurrencia del delito de autos.

GUATEMALA, *Caso Myrna Mack (Edgar Augusto Godoy, Juan Valencia Osorio y Juan Guillermo Oliva, acusados) (Relación de sentencias 3.c) considerandos*. [Sobre el] Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH) Guatemala, Memoria del Silencio, Tomo II: Las Violaciones de los Derechos Humanos y Hechos de Violencia, Primera Edición, en las páginas y números de textos asentadas en el acta correspondiente, nos sirven para conocer la historia contemporánea y su contenido nos permite conocer que fue lo que ocurrió durante el conflicto armado, al leer el contenido de la doctrina de la Seguridad Nacional concluimos que la Antropóloga Myrna Mack se le consider[ó] erróneamente enemigo interno, al vincular su trabajo científico con la situación que vivían los desplazados en el interior del país, así mismo confirma el móvil político de su asesinato.

La incorporación, dentro del material probatorio, de informes públicos de comisiones de investigación por parte de tribunales regionales no se ha limitado únicamente a aquéllos producidos por órganos o comisiones oficiales. En el caso *Myrna Mack*, el Tribunal Tercero de Sentencia Penal tuvo por admitido y otorgó valor probatorio al informe generado desde la sociedad civil. Dicho informe, tal como refiere el tribunal, sirvió para corroborar los datos contenidos en el documento final producido por la Comisión de Esclarecimiento Histórico.

GUATEMALA, *Caso Myrna Mack (Edgar Augusto Godoy, Juan Valencia Osorio y Juan Guillermo Oliva, acusados) (Relación de sentencias 3.c) considerandos*. [Dentro de las pruebas documentales aportadas al expediente se encuentra] [e]l Informe Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica “Guatemala, Nunca Más”, Tomo III: “El Entorno Histórico” [...]. [Este informe] nos sirve para establecer los siguientes aspectos: A) Este informe corrobora en aspectos esenciales, el contenido del Informe formulado por la comisión de Esclarecimiento Histórico, al hacer referencia a las violaciones de Derechos Humanos registrad[a]s durante el conflicto armado. B) Los párrafos citados narran el desenvolvimiento social, político y económico de Guatemala de mil novecientos ochenta y seis a mil novecientos noventa, describiendo el actuar

del ejército en relación a la sociedad. C) Se hace referencia al gobierno del Presidente Cerezo y a la existencia de una democracia vigilada, lo que concuerda con la declaración aportada por el exmandatario, al indicar que no tuvo el control absoluto del Estado. D) Al igual que en el informe rendido por la Comisión de Esclarecimiento Histórico, se da a conocer la difícil situación que vivían los desplazados y la denuncia efectuada por las Comunidades de Población en Resistencia, el siete de septiembre de mil novecientos noventa, días antes del asesinato de Myrna Mack, E) en el informe se cita a la antropóloga como la única experta independiente en el tema de los desplazados y c[ó]mo su muerte constituyó un mensaje a la población civil, calificando su asesinato de orden político.

EPÍLOGO

El primer volumen del *Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional* cubrió el lapso comprendido entre 1993 y 2009. En este periodo, las cortes de América Latina comenzaron a dejar de ser garantes de la impunidad para transformarse en actores de gran relevancia en la lucha para desafiarla y derrotarla. Los problemas que enfrentaron estaban, en gran medida, vinculados con la necesidad de llevar ante las cortes nacionales los casos relacionados con crímenes masivos y con los legados de las dictaduras y los conflictos armados. Las dificultades incluyeron el reto de enfrentar una serie de obstáculos jurídicos. Las amnistías se habían implementado en la mayoría de los países de América Latina, y debían, por tanto, ser derogadas o interpretadas de una manera que permitiera el avance de los procesos judiciales. Los plazos de prescripción de los delitos se convirtieron en otra dificultad que impedía siquiera iniciar la investigación de determinados casos. En muchos países de la región, los delitos no se encontraban tipificados en los códigos penales; en los casos en que sí lo estaban, su incorporación en dichos códigos había sido posterior a los hechos. De manera similar a lo que ocurría con la tipificación de las conductas, muchos Estados habían ratificado los tratados de derechos humanos, pero con posterioridad a los hechos, lo que implicaba tensiones con la retroactividad de la ley y el respeto del principio de legalidad.

En el momento en que se publica este segundo volumen del Digesto, las dudas respecto de la capacidad de las cortes de la región para conocer y juzgar los casos han disminuido, pero han sido reemplazadas por las dificultades prácticas para tramitar los procesos y para hacerlo de conformidad con el debido proceso. Los tribunales han lidiado con diferentes formas de organizar los juicios, con la pretensión de balancear el derecho al debido proceso de los acusados, los derechos de las víctimas a ser escuchadas y la capacidad de las cortes para organizar y conducir juicios con los recursos disponibles y dentro de un tiempo determinado. En Argentina, por ejemplo, las cortes y los legisladores han tenido que lidiar con la necesidad de enjuiciar a múltiples actores en un mismo proceso –los llamados “megajuicios”– a la vez que salvaguardar los derechos individuales de los acusados y proteger a las víctimas.

Las cortes de la región han continuado desarrollando jurisprudencia innovadora respecto de las teorías de responsabilidad penal individual, especialmente respecto de la coautoría y de la delgada línea entre los autores principales y los coadyuvantes. Y continúan expandiendo, desde la esfera nacional, la jurisprudencia internacional sobre las definiciones de los crímenes y contribuyendo a ampliar el conocimiento sobre la misma.

Las cuestiones probatorias pasan a primer plano acá: los tribunales latinoamericanos han tratado los temas del rol de los peritos militares y forenses como testigos en los juicios, y el valor probatorio de la prueba presentada por las víctimas que permanecieron con vida porque colaboraron en su momento con los militares.

También hay una serie de elementos nuevos, en particular, un reciente enfoque sobre la violación y otros delitos de violencia sexual, y los impactos diferenciados de estos crímenes en las

mujeres, las niñas y los niños. En este tema, las cortes de América Latina han sido en gran medida seguidoras de la jurisprudencia internacional: los juicios iniciales se enfocaban en su mayoría en desapariciones forzadas y muertes, y se centraban menos en la tortura y aun mucho menos en la violencia sexual. En parte, esto se debió a las pocas víctimas que estaban dispuestas a denunciar públicamente los hechos, como consecuencia del estigma social que normalmente acompaña a la violación, pero adicionalmente se debió a una falta de atención por parte de los investigadores y de los jueces. Esto ha comenzado a cambiar en la medida en que las cortes internacionales han desarrollado extensa jurisprudencia respecto de los crímenes de violencia sexual y las defensoras de los derechos de las mujeres a lo largo de la región han insistido en la importancia de que estos delitos se reconozcan públicamente como tales y en centrar la atención en las violaciones específicas en contra de las mujeres. En parte, esta insistencia deriva del reconocimiento de que la violencia contra las mujeres continúa ocurriendo bajo regímenes civiles y democráticos, y que aquí, como en muchas otras esferas, los crímenes del pasado influyen en las actitudes de la sociedad en el presente. Un patrón similar es evidente respecto de los crímenes en contra de los niños y las niñas, especialmente el reclutamiento forzado. La jurisprudencia emergente sobre desplazamiento forzado, especialmente en Colombia, es otra innovación que será útil teniendo en cuenta que los casos de desplazamiento forzado se están extendiendo por todo el mundo, con independencia de si ocurren o no en un conflicto armado.

El continuo desarrollo de los juicios, especialmente los nuevos espacios abiertos en Uruguay y Guatemala, muestra la permanente vitalidad de las normas anti-impunidad. En Uruguay, el inicio de los juicios tuvo lugar luego de la anulación de la Ley de Caducidad. En Guatemala, la ley no ha cambiado, pero una enérgica y comprometida Fiscal General y un nuevo grupo de jueces han permitido que las acusaciones y los juicios puedan seguir adelante. El número de acusaciones y juicios que se están tramitando en la región es impresionante: conforme a las estadísticas de 2012, 1.926 personas han sido o están siendo acusadas en Argentina por los crímenes a los que se refiere el Digesto; 262 han sido declaradas culpables, aunque solo un pequeño número de estas condenas se encuentra en firme⁷⁹. En Chile, 1.342 personas han sido o están siendo juzgadas por estos crímenes, lo cual representa un 75% de las víctimas de ejecución extrajudicial o desaparición forzada, pero tan solo un pequeño número de casos de tortura o detención arbitraria están siendo tramitados; 250 personas han sido condenadas, de las cuales 62 se encuentran cumpliendo sus condenas en la cárcel⁸⁰. En Perú, al 2012, 66 personas habían sido condenadas en juicios relacionados con derechos humanos, mientras que 113 habían sido absueltas⁸¹.

La expansión de los juicios y la paulatina pérdida de efectos de las leyes de amnistía y de prescripción han generado avances y retrocesos. En Perú, las cortes han absuelto más personas de las que han condenado, en parte, debido a que, a pesar de que la jurisprudencia de

⁷⁹ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), “Estadísticas de los juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina”, agosto de 2012, disponible en: <http://www.cels.org.ar/wpblogs/estadisticas/>

⁸⁰ Universidad Diego Portales, Observatorio de Derechos Humanos, “Estadísticas juicios ddhh Chile”, febrero 2012, disponible en: http://www.icsol.cl/wp-content/uploads/2012/11/Cifras_septiembre_2012_ESP.pdf

⁸¹ Joe-Marie Burt, *Estadísticas y gráficos sobre las Sentencias en casos de Graves Violaciones de Derechos Humanos*, en el portal electrónico “Juicios por violaciones a los Derechos Humanos en el Perú”, 9 de septiembre de 2012, disponible en: http://www.rightsperu.net/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=40&Itemid=58

la Corte Suprema acoge la teoría de la responsabilidad mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados –la cual permite enjuiciar a los altos oficiales por los actos de sus subordinados–, las cortes inferiores se rehúsan a seguir esta jurisprudencia y han insistido en solicitar pruebas de la participación directa de los comandantes. En Guatemala, la Ley de Reconciliación Nacional excluye los delitos de genocidio, desaparición y otros crímenes internacionales de las amnistías aprobadas como parte del proceso de paz. Desde hace varios años, las cortes han interpretado la ley a la luz del espíritu que motivó a sus redactores, pero en la medida en que se han presentado nuevas investigaciones y acusaciones contra militares de alto rango que continúan ejerciendo una gran influencia, se han incrementado fuertemente las presiones, tanto para las cortes como para la legislatura, para que “reinterpreten” o modifiquen la ley.

Un tema particularmente espinoso se presenta respecto de los criterios para imponer condenas y para otorgar indultos posteriores a la sentencia condenatoria. Los esfuerzos nacionales e internacionales se han enfocado en su mayoría en la investigación, juicio y condena, en parte, debido a que se ha considerado importante establecer normas claras de repudio y sanción de las conductas investigadas. Sin embargo, un buen número de Estados de la región, a la vez que avanzan en la investigación y el enjuiciamiento, han desarrollado una variedad de mecanismos destinados a mejorar las condiciones de prisión o a reducir los plazos de reclusión de los condenados. Los prisioneros sancionados por crímenes de derecho internacional se encuentran detenidos en prisiones diseñadas especialmente para ellos, con instalaciones cómodas, e incluso a algunos detenidos se les permite, debido a su edad, permanecer en casa a la espera del juicio. Aun más preocupante, en algunos países a los condenados se les han reducido las penas debido a la cantidad de tiempo transcurrido entre el hecho y el juicio. Durante los últimos años, por ejemplo, las cortes chilenas han aplicado la “media prescripción”, para reducir la pena, en muchos casos a menos de 5 años, lo que hace que los condenados puedan acogerse a la libertad vigilada, sin pasar ni un día en la cárcel. Aun cuando dicha práctica últimamente se ha reducido, plantea preguntas importantes en cuanto a los límites de las opciones de los Estados al sancionar los crímenes internacionales. Similares cuestionamientos han surgido a partir de la persistente solicitud de indultar al ex presidente peruano Alberto Fujimori, ostensiblemente por motivos de salud.

Los tratados internacionales tienen poco que decir al respecto. La Convención contra la tortura exige a los Estados que los actos de tortura sean castigados “con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad”⁸². La Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio exige “sanciones penales eficaces”⁸³, sin embargo, no las especifica. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional exige que esta corte tome en cuenta, al imponer una pena, “factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”⁸⁴. La Corte Interamericana requiere proporcionalidad en la pena impuesta, y al respecto ha establecido que “la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor”⁸⁵.

⁸² Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 4(2) .

⁸³ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, artículo V.

⁸⁴ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 78(1).

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 163, párr. 196.

Del mismo modo, respecto de los indultos posteriores a la condena, el derecho internacional permite a las cortes tener en cuenta la edad y la salud del condenado al momento de tomar la decisión (ver, por ejemplo, los artículo 53(2)(c) y 78 del Estatuto de Roma). En el Sistema Interamericano, el énfasis se hace en la posibilidad de las víctimas de ser escuchadas y de acceder a protección judicial bajo los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, de tal manera que el indulto, otorgado con posterioridad a un juicio completo y justo, no necesariamente viole dichas disposiciones. Sin embargo, un indulto, como cualquier otra medida, no puede ser utilizado como una “exclusión de responsabilidad” similar a una amnistía o a la prescripción de la acción penal, encaminada a prevenir la sanción de aquellos responsables de graves violaciones de los derechos humanos. Por consiguiente, en la medida en que el indulto sea otorgado en circunstancias en las cuales no sería otorgado por un delito común, o sea otorgado con la intención de proteger a los indultados de toda sanción, se estaría violando la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Un último cambio ocurrido entre el 2009 y el 2012 hace que los dos volúmenes del Digesto sean cada vez más valiosos. En estos tres años ha habido un mayor énfasis en el rol de la “complementariedad positiva” en el ámbito del derecho penal internacional. En la medida en que se ha hecho evidente que en la Corte Penal Internacional las investigaciones y los juicios van a ser, en el futuro próximo, lentos y con muchas dificultades, gobiernos y agencias de cooperación internacional han hecho énfasis en la importancia del papel clave que juegan las cortes y las investigaciones nacionales. En la medida en que los fiscales y los jueces en África, Asia y el resto del mundo se embarcan en investigaciones serias, y la sociedad civil trata de promover el respeto de los derechos por parte de los fiscales, éstos se van a encontrar con muchos de los obstáculos jurídicos que ya han enfrentado sus homólogos latinoamericanos. En África, al igual que en América Latina, las provisiones respecto de crímenes internacionales en los códigos penales son, en gran parte, mucho más recientes que los crímenes a los que se deben aplicar, y algunas (aunque no todas) las preocupaciones en torno al enjuiciamiento de actores indirectos son compartidas. Particularmente en África, la necesidad de las víctimas y de la sociedad civil de empoderarse para impulsar juicios nacionales efectivos ha convertido en una prioridad urgente el establecimiento de intercambios sur-sur con activistas, jueces y fiscales de América Latina. El Digesto puede ser una herramienta invaluable para convertir las difíciles lecciones aprendidas y las victorias obtenidas contra la impunidad en América Latina en un paso hacia una cruzada mundial contra este flagelo.

Enero de 2013

Naomi Roht-Arriaza
University of California
Hastings College of the Law

La **Fundación para el Debido Proceso** (DPLF, por sus siglas en inglés) es una organización de derechos humanos, sin fines de lucro, con sede en Washington D.C., fundada en 1996 por Thomas Buerghenthal, ex juez de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y los restantes miembros de la Comisión de la Verdad de Naciones Unidas para El Salvador, con el mandato de promover mejoras en los sistemas nacionales de justicia y así fortalecer el Estado de Derecho en América Latina.

DPLF trabaja con organizaciones locales, brinda asistencia técnica jurídica, propicia el diálogo con representantes gubernamentales y crea espacios de intercambio de información y de experiencias. Realiza investigaciones y publicaciones para contribuir a la difusión y al debate sobre algunos de los principales retos para los derechos humanos en la región, dentro de cuatro áreas programáticas: a) independencia judicial, b) industrias extractivas y derechos humanos, c) Sistema Interamericano y d) justicia transicional.

El Programa de Justicia Transicional promueve el **uso del derecho internacional e interamericano** para la determinación de la responsabilidad de los Estados y los individuos por la comisión de crímenes internacionales y graves violaciones de derechos humanos en América Latina, y ha tenido bajo su responsabilidad la producción del volumen I y II del *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*.



1779 Massachusetts Ave.
NW, Suite 710
Washington, D.C. 20036
T: 202-462-7701 | F: 202-462-7703
info@dplf.org | www.dplf.org

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo financiero de la Fundación OAK

