

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL



TESIS DOCTORAL
**LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO DE PERSEGUIR
PENALMENTE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES COMETIDOS EN
SU TERRITORIO**
FUNDAMENTOS Y OBSTÁCULOS

Autora: ANA MESSUTI
DIRECTORA: PROFESORA LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ

SALAMANCA, 2011

ÍNDICE

HISTORIA DE ESTA TESIS	xiii
AGRADECIMIENTOS	xvii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	11
CONCEPTOS ÉTICO-JURÍDICOS Y MEMORIA HISTÓRICA.....	11
1. Conceptos débiles, consecuencias fuertes.....	11
<i>1.1. La comunidad internacional</i>	14
1.1.1. La comunidad internacional en Vitoria.....	18
1.1.2. La comunidad internacional en Suárez	21
1.1.3. Aspectos comunes.....	23
1.1.4. Los individuos como sujetos del derecho de gentes	24
<i>1.2. La “humanidad”</i>	26
1.2.1. Los derechos humanos.....	34
1.2.2. La Declaración de Derechos Humanos	44
1.2.3. En busca de una legitimación.....	48
<i>1.3. Soberanía del derecho frente a soberanía del Estado</i>	57
<i>1.4. La conciencia jurídica universal</i>	59
<i>1.5. Otra toma de conciencia</i>	68
2. Derecho y memoria histórica.	71
<i>2.1. Memoria social, memoria colectiva y “memoria histórica”</i>	71
<i>2.2. Memoria, vivencia y temporalidad</i>	76
<i>2.3. El acontecimiento límite, el trauma</i>	79
2.3.1. La experiencia del trauma	80
2.3.2. Distinción entre ausencia y pérdida	83
2.3.3. Unicidad.....	84
2.3.4. La excepcionalidad de un acontecimiento en la historia frente a su utilización como precedente en la justicia	88
3. La temporalización del tiempo del derecho	92
<i>3.1. La relación entre memoria y derecho</i>	97
<i>3.2. Lo irreversible, lo irrevocable</i>	99
4. El juez y el historiador	100
<i>4.1. Diferencia en cuanto a la verdad</i>	101
<i>4.2. Diferencia en cuanto a las controversias</i>	103

4.3. <i>Los juicios de los crímenes internacionales y la memoria</i>	106
4.3.1. “tu quoque”	112
4.3.2. La no memoria colectiva.....	113
4.3.3. La memoria histórica como memoria activa.....	115
5. Una redefinición de la memoria histórica desde la hermenéutica.....	117
5.1. <i>Ética de la procedencia, ética reconstructiva</i>	119
6. Recapitulación.....	121
CAPÍTULO II	125
LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO DE PERSEGUIR PENALMENTE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES COMETIDOS EN SU TERRITORIO.....	125
1. La obligación.....	125
1.1. <i>Existencia de la obligación</i>	125
1.2. <i>Contenido de la obligación</i>	128
1.3. <i>Características diferenciadoras de otras obligaciones</i>	128
1.3.1. El “deber de garantía”	130
1.3.2. Distinción entre el derecho de la víctima a que se investigue y la obligación del Estado de investigar	134
1.4. <i>El sujeto de la obligación considerada</i>	139
1.5. <i>Fuentes internacionales de la obligación internacional del Estado de perseguir penalmente los crímenes internacionales cometidos en su territorio</i>	143
1.5.1. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.....	144
1.5.2. Convenios de Ginebra.....	144
1.5.3. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes.....	145
1.5.4. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.....	145
1.5.5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	146
1.5.6. Otros instrumentos de las Naciones Unidas.....	148
1.6. <i>Fuentes regionales</i>	150
1.6.1. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.....	150
1.6.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	151
1.6.3. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.....	151
1.7. <i>Otras fuentes</i>	152
1.7.1. Derecho consuetudinario.....	152
1.7.2. Los principios generales del derecho.....	155
1.8. <i>La obligación en la jurisprudencia</i>	156

1.8.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	156
1.8.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	157
2. ¿Cuáles son los crímenes que generan esta obligación?	160
2.1. <i>Crímenes internacionales</i>	160
2.2. <i>Crímenes contra la humanidad</i>	168
2.2.1. Breve reseña histórica	168
a) El <i>Estatuto</i> del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg	174
2.2.2. Elemento internacional	176
a) Nexo de guerra: su gradual abandono	176
b) El elemento “de contexto” como elemento internacional	183
c) El elemento “político”	186
i) Crimen de Estado.....	189
ii) “Humanicidio”	190
d) Otros elementos.....	193
2.2.3. Instrumentos internacionales que prevén los crímenes contra la humanidad ..	195
a) Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad	195
b) Estatuto de la Corte Penal Internacional	200
2.2.4. Las conductas que constituyen el crimen.....	202
a) Ataque	202
b) Generalizado o sistemático.....	204
i) Generalizado	205
ii) Sistemático.....	205
iii) Cualquier.....	206
iv) Población.....	206
2.2.5. Bien jurídico.....	219
2.3. <i>Genocidio</i>	221
2.3.1. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.....	221
a) Antecedentes.....	223
b) Concepto	225
c) La definición del “grupo” víctima en general.....	227
d) Diferencia entre crímenes contra la humanidad y genocidio	229
e) Bien jurídico	232
f) Distinción entre móvil y elemento subjetivo del genocidio.....	234
2.3.2. La cuestión de los grupos políticos	236
2.3.3. Informe Whitaker.....	238

2.3.4. La doctrina	241
2.3.5. La jurisprudencia de los Tribunales Internacionales Ad Hoc	246
2.3.6. Jurisprudencia argentina	249
2.3.7. Jurisprudencia española	255
2.3.8. Definición de los crímenes internacionales.....	259
3. Recapitulación.....	259
CAPÍTULO III.....	263
CARÁCTER <i>IUS COGENS</i> DE LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO DE PERSEGUIR PENALMENTE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES COMETIDOS EN SU TERRITORIO	263
1. Reseña histórica	263
1.1. <i>La Escuela española</i>	266
1.2. <i>Evolución posterior</i>	277
2. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.....	281
2.1. <i>Antecedentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados</i>	281
2.2. <i>Análisis de los términos del artículo 53</i>	288
2.2.1. “Norma imperativa del derecho internacional general”	288
2.2.2. “[N]orma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto”	292
2.2.3. “[N]orma que no admite acuerdo en contrario”	296
2.2.4. “[Q]ue sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter”	299
3. Fuentes posibles del <i>ius cogens</i>	301
4. Naturaleza del <i>ius cogens</i>	307
4.1. <i>El concepto de ius cogens como técnica jurídica</i>	307
4.2. <i>Dimensión axiológica del ius cogens</i>	311
4.2.1. Las teorías de la constitución internacional o de los principios constitucionales internacionales	312
4.2.2. Las teorías de los principios fundamentales y las teorías del <i>ius cogens</i> sustantivo	314
4.2.3. El <i>ius cogens</i> como un “mínimo”	321
4.2.4. El <i>ius cogens</i> y el derecho natural.....	324
4.3. <i>Otras dimensiones</i>	327
4.3.1. Dimensión sistémica	328
4.3.2. Dimensión contextual	330
4.4. <i>Normas de ius cogens y orden público</i>	331
5. <i>Ius cogens</i> y derecho interno.....	335

5.1. <i>Aplicabilidad a los actos unilaterales de los Estados</i>	338
5.1.1. El <i>ius cogens</i> y los derechos humanos	352
5.1.2. El <i>ius cogens</i> y los instrumentos internacionales	355
6. El <i>ius cogens</i> en la jurisprudencia	358
6.1. <i>En la Corte Internacional de Justicia</i>	358
6.2. <i>En el Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	363
6.3. <i>En los Tribunales para Ruanda y la ex Yugoslavia</i>	364
6.4. <i>En el ámbito interamericano</i>	365
6.5. <i>En el ámbito nacional</i>	369
a) Jurisprudencia argentina	369
b) Jurisprudencia española	371
7. Balance crítico	372
8. Obligaciones erga omnes	373
8.1. <i>Relación entre normas de ius cogens y obligaciones erga omnes</i>	379
8.2. <i>Obligaciones erga omnes y derechos humanos</i>	386
8.3. <i>Ius cogens, erga omnes y crímenes internacionales</i>	388
9. Recapitulación	396
CAPÍTULO IV	399
LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE PERSEGUIR PENALMENTE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES COMETIDOS EN SU TERRITORIO	399
1. La responsabilidad internacional del Estado	399
2. Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos	405
2.1. <i>Diferencia entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del individuo</i>	409
2.2. <i>El hecho generador de la responsabilidad internacional del Estado</i>	415
2.3. <i>“Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado”</i>	417
2.3.1. <i>Acción u omisión</i>	417
2.3.2. <i>Hecho atribuible al Estado según el derecho internacional</i>	419
2.3.3 <i>Exclusión de la culpa</i>	423
3. Separación entre el derecho internacional y el derecho interno	424
4. Diferentes grados de responsabilidad	426
4.1. <i>Crímenes y delitos</i>	426
4.2. <i>Ni crímenes ni delitos</i>	436
4.3. <i>Violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa de derecho internacional general</i>	438

4.3.1. Violación grave.....	438
4.3.2. “Norma imperativa de derecho internacional general”	440
4.3.3. Diferencia entre los conceptos	442
5. Consecuencias del hecho internacionalmente ilícito para los demás Estados.....	443
5.1. “Invocación”	449
5.2. <i>Contramedidas y otras medidas</i>	449
5.2.1. Ejemplos	451
5.2.2. Extensión en el tiempo	453
6. Consecuencias del hecho internacionalmente ilícito para el Estado responsable.	454
6.1. <i>Alcance de las obligaciones internacionales del Estado responsable</i>	457
7. El <i>ius cogens</i> y la responsabilidad de los Estados.....	459
8. Responsabilidad del Estado en relación con el ejercicio de la jurisdicción	462
8.1. <i>Responsabilidad por denegación de justicia</i>	464
8.2. <i>El derecho a la jurisdicción o a la tutela judicial efectiva</i>	474
8.2.1. Ámbito internacional.....	474
8.2.2. Ámbito nacional.....	478
8.3. <i>El derecho a saber o el derecho a la verdad</i>	480
8.3.1. Juicios por la verdad	491
8.4. <i>Requisitos que debe cumplir la investigación</i>	494
9. Problemas que se plantean a los gobiernos a la hora de cumplir sus obligaciones internacionales respecto de los crímenes internacionales	500
9.1. <i>Estado de necesidad y otras causas de exención de la responsabilidad</i>	504
10. Recapitulación.....	510
CAPÍTULO V.....	517
OBSTÁCULOS EN EL ÁMBITO NACIONAL AL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO DE PERSEGUIR PENALMENTE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES COMETIDOS EN SU TERRITORIO.....	517
1. La prescripción.....	517
1.1. <i>Marco conceptual</i>	517
1.1.1. El tiempo cuantificado: el plazo.....	517
1.1.2. La prescripción penal	519
1.1.3. Crítica y defensa de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales....	528
1.2. <i>Los instrumentos internacionales</i>	535
1.2.1. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad	535
a) Antecedentes.....	535

b) El texto de la Convención	540
1.2.2. Convención Europea sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra	543
1.2.3. Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas	544
1.2.4. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	545
1.2.5. La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas	546
1.3. <i>Prescripción e irretroactividad</i>	547
1.3.1. La cuestión de la retroactividad de las normas sobre imprescriptibilidad	549
1.3.2. El problema de la prescripción en Alemania después de Nuremberg	552
1.3.3. Jurisprudencia	555
a) Tribunal Europeo de Derechos Humanos	555
b) Corte Interamericana de Derechos Humanos	556
c) Jurisprudencia argentina	559
1.4. <i>El tiempo de la interpretación y el derecho intertemporal</i>	564
1.4.1. Casos paradigmáticos	566
2. Amnistía	577
2.1. <i>El concepto y sus orígenes</i>	577
2.1.1. Antigua Grecia	577
2.1.2. Kratos y politeia	580
2.1.3. El proceso como lucha	581
2.1.4. Otros antecedentes	582
2.1.5. La amnistía como medida política	585
2.1.6. Diferencia de otras figuras similares	587
2.1.7. Posibles fundamentos de la amnistía	589
2.2. <i>Los instrumentos internacionales y la amnistía</i>	596
2.2.1. Los Convenios de Ginebra	596
2.2.2. Pacto de Derechos Civiles y Políticos	598
2.2.3. Convención contra el Genocidio	599
2.2.4. Convención contra la Tortura	600
2.2.5. Posibilidad de fundamentación de la prohibición de conceder amnistías en el derecho consuetudinario	601
2.2.6. ¿Qué cabe deducir?	602
2.3. <i>Impunidad como posible consecuencia de las amnistías</i>	606
2.3.1. Impunidad	606
2.3.2. Naciones Unidas	608

2.3.3. Ámbito interamericano	616
a) Corte Interamericana de Derechos Humanos	617
i) Barrios Altos	617
ii) Otro caso	624
2.3.4. El caso argentino	625
a) Preparación de la impunidad: medidas de autoamnistía	626
b) Preparación no judicial para la justicia: la CONADEP	627
c) Las leyes de impunidad	629
i) Ley de Punto Final (Ley 23. 492)	629
ii) Ley de Obediencia Debida (Ley 23. 521)	630
d) Influencia del exterior	634
i) Un Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (28/92)	634
ii) Perseverancia en el interior y en el exterior	636
e) La jurisprudencia cambia: un fallo ejemplar. Caso <i>Simón o Poblete</i>	637
i) Los hechos	637
ii) Examen de las leyes	638
2.3.5. El caso español	647
2.3.6. El aporte no gubernamental	657
a) Directrices sobre la amnistía	657
b) Los principios de Chicago	661
c) Los Principios de Princeton	662
3. Recapitulación	663
CAPÍTULO VI	667
LEGALIDAD NACIONAL Y LEGALIDAD INTERNACIONAL	667
1. Los conceptos	667
1.1. <i>Legalidad nacional</i>	667
1.2. <i>La “legalidad” internacional</i>	672
1.2.1. La Cláusula Martens	673
1.3. <i>La costumbre</i>	678
1.3.1. Los dos elementos de la costumbre	683
a) La práctica	683
b) La <i>opinio juris</i>	686
1.3.2. La costumbre y las convenciones internacionales	688
1.3.3. La constante presencia de la costumbre	693
1.4. <i>Los principios generales del derecho</i>	694

1.4.1. Los principios generales y la costumbre	698
1.4.2. Valor como fuente del derecho internacional de las resoluciones de las Naciones Unidas	700
1.4.3. Papel de las ONG.....	701
1.5. <i>La jurisprudencia y la doctrina</i>	701
1.6. <i>Autonomía del derecho internacional</i>	703
2. Aplicabilidad de las normas internacionales en el derecho interno	706
2.1. <i>Formas de trasposición o implementación del derecho internacional en el derecho interno</i>	710
2.1.1. Modificación de leyes existentes	712
2.1.2. Codificación independiente.....	713
2.2. <i>El Estatuto de la Corte Penal Internacional: proceso de adaptación</i>	714
2.2.1. La adaptación en España.....	717
2.2.2. La adaptación en América Latina	718
3. La tipificación en los instrumentos internacionales	719
3.1. <i>La legalidad de las penas</i>	721
3.1.1. Las penas no previstas y las previstas	722
3.1.2. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional aplicables ...	725
3.1.3. La previsibilidad como criterio	728
3.1.4. La accesibilidad como criterio	735
3.2. <i>La solución dada en la jurisprudencia</i>	736
3.2.1. Una sentencia innovadora	736
3.2.2. Algunos comentarios.....	738
3.2.3. Jurisprudencia argentina	746
3.2.4. Una sentencia paradigmática: el caso Fujimori	752
3.3. <i>¿Por qué olvidamos el principio de proporcionalidad?</i>	758
4. Un solo derecho, varios ordenamientos	763
4.1. <i>Introducción</i>	763
4.2. <i>La posición de Kelsen</i>	765
4.3. <i>Las normas constitucionales como puente entre el derecho internacional y el nacional</i>	771
4.4. <i>Acerca de la “ley”</i>	778
5. Otro tipo de legalidad: una legalidad combinada.....	781
5.1. <i>El principio de legalidad desde la filosofía hermenéutica del derecho</i>	784
6. Recapitulación.....	789
CONCLUSIONES FINALES	795

BIBLIOGRAFÍA.....	805
ANEXOS	
I. JURISPRUDENCIA.....	851
II. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.....	861
III. INFORMES Y OTROS DOCUMENTOS DEL SISTEMA DE LAS NACIONES UNIDAS Y DE OTRAS FUENTES INTERNACIONALES Y REGIONALES.....	865

ABREVIATURAS

<i>CDH</i>	Comité de Derechos Humanos (Naciones Unidas)
<i>CE</i>	Constitución Española
<i>CEDH</i>	Comisión Europea de Derecho Humanos
<i>CICR</i>	Comité Internacional de la Cruz Roja
<i>CIDH</i>	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
<i>CIJ</i>	Corte Internacional de Justicia
<i>Corte IDH</i>	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<i>CJEU</i>	Court of Justice of the European Union
<i>CPI</i>	Corte Penal Internacional
<i>CPJI</i>	Cour permanente de Justice internationale
<i>CSJN</i>	Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)
<i>IAHCR</i>	Inter-American Commission on Human Rights
<i>ICTR</i>	International Criminal Tribunal for Ruanda
<i>ICTY</i>	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
<i>ECOSOC</i>	Consejo Económico y Social (Naciones Unidas)
<i>LOPJ</i>	Ley Orgánica del Poder Judicial (España)
<i>OEA</i>	Organización de los Estados Americanos
<i>PCIJ</i>	Permanent Court of International Justice
<i>STS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo (España)
<i>TCE</i>	Tribunal Constitucional Español
<i>TEDH</i>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<i>TPIR</i>	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
<i>TPIY</i>	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

Aclaración sobre normas ortográficas

En el presente trabajo se tienen en cuenta las nuevas normas ortográficas aprobadas por el pleno de todas las Academias de la Lengua Española en Guadalajara (México) el 28 de noviembre de 2010 (Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, *Ortografía de la lengua española*, Madrid, Espasa Calpe, 2011), en particular la relativa a la eliminación de la tilde diacrítica en el adverbio solo y en los pronombres demostrativos, incluso en casos de posible ambigüedad. No obstante, en las citas de textos publicados en español con anterioridad a la aprobación de dichas normas se ha respetado el criterio ortográfico seguido por los autores o traductores de esos textos.

HISTORIA DE ESTA TESIS

“¿Debería hablarse de una época de la tesis? ¿De una tesis que requeriría tiempo, mucho tiempo, o de una tesis a la que le habría pasado su tiempo...? En una palabra, ¿hay un tiempo de la tesis? E incluso, ¿debería hablarse de una edad de la tesis, o de una edad para la tesis?”.*

No he podido resistir a la tentación de citar estas palabras de Derrida, sin pretender por supuesto comparación alguna, pero compartiendo esas sensaciones que describe tan claramente en el texto citado, por ejemplo cuando dice: “jamás me he sentido tan joven y, a la vez, tan viejo. A la vez, en el mismo instante, y se trata del mismo sentimiento, como si dos historias y dos tiempos, dos ritmos, se entregasen a una especie de altercado dentro del mismo sentimiento de sí...”.

Sí, son dos historias, dos tiempos, dos ritmos, también para mí. La historia de la carrera docente, iniciada, disfrutada intensamente e interrumpida violentamente en mi país, historia de un tiempo que no quise abandonar nunca, a pesar de que otro tiempo con sus ritmos me sumergía en otra historia que amenazaba cada día con desplazar totalmente a la otra. Y a partir de allí, acometí la lucha para que ambas historias pudieran convivir en un único tiempo, mi tiempo.

El tiempo se convirtió entonces en el tema de estudio. Y como reflejo de la situación sin salida en que me encontraba, se unió a otro tema, la pena. Fue así como terminé mi primer trabajo académico en Europa, con la tesis “El tiempo como pena”, en el departamento de filosofía del derecho de la Universidad de Roma.

En los momentos que me dejaba libre mi trabajo de traductora en las Naciones Unidas continuaba investigando y exponiendo los frutos de mis investigaciones en los espacios que me ofrecían en distintas Universidades, en general los penalistas, que valoraban esa perspectiva filosófica con la que abordaba el problema de la pena cuando se la situaba en el tiempo. Fue esa

* DERRIDA, J., *El tiempo de una tesis. Deconstrucción e implicaciones conceptuales*, Barcelona: Proyecto A Ediciones, 1997, p. 11.

apertura que demostraban los penalistas lo que me hizo pensar en la necesidad de realizar un trabajo académico en derecho penal. Era un proyecto siempre postergado por las exigencias laborales, los viajes constantes que debíamos hacer los traductores para servir las conferencias internacionales, las exigencias familiares... la vida, en pocas palabras.

Finalmente pude comenzar a realizar mi proyecto en esta Universidad. El tema de la tesina fue "El tiempo y la pena privativa de libertad". Y pensaba continuarlo en la tesis doctoral. Sin embargo, mi tutora, la profesora Laura Zúñiga Rodríguez, muy discretamente me dijo que había pensado en mí para abordar un tema muy candente en ese momento: la memoria histórica. Los sentimientos que me provocó esa sugerencia fueron muy contradictorios: por un lado, sentí que sería imposible para mí abandonar el tema en el que llevaba trabajando tantos años; por otro, sentí una emoción profunda, como si hubiesen tocado sentimientos que tenía sofocados desde hace tiempo. Era un tema tan vasto, de tal magnitud, que lo tomé como un desafío.

Ante todo, me di cuenta de que no abandonaría el tema del tiempo. La memoria histórica está estrechamente vinculada al tiempo y su transcurso, al tiempo y a su influencia en el derecho penal. No obstante, el tema seguía infundiéndome temor. Por la cantidad de temas conexos que se podían desarrollar, pero también por las emociones que traía consigo.

Comencé así un largo peregrinar por los distintos proyectos de programa, que consideramos, con mi tutora, parte misma de la elaboración de la tesis. Formaron esos proyectos el camino que me condujo al texto que he presentado. Sería muy tedioso describir cada uno de ellos, pero intentaré indicar los puntos principales.

El primer título que habíamos escogido fue: "La pena y la memoria histórica". Mi investigación comenzó en el Archivo de la Guerra Civil, con la lectura de las sentencias del Tribunal para la Represión de la Masonería y el Comunismo. Fue sumamente interesante leer esas sentencias, muchas de ellas retroactivas, con condenas a un tiempo de prisión casi uniforme. No obstante, constaté que no era

historiadora ni tenía vocación de serlo, como para reinventarme a esta altura de mi vida. Pero también me di cuenta de que no eran las penas “recordadas” las que motivaban mi trabajo, sino más bien la justicia demandada por aquellos que recordaban, y que en esa demanda de justicia la pena para los verdugos ocupaba un lugar secundario. No por ser inaplicable la pena la demanda de justicia se retiraba. La cuestión era más compleja. Descarté entonces la pena, y titulé el proyecto “Memoria histórica y justicia penal”.

Me fui dando cuenta de que el problema no lo planteaba tanto el pasado cuanto el presente, las demandas que en la actualidad las víctimas o sus familiares plantean a la justicia, y enmarqué el proyecto en otro título: “Problemas que plantean al sistema de justicia penal las demandas de la memoria histórica”. Sin embargo, eran tantos esos problemas que no hubiera bastado una tesis para tratarlos. Cada uno podía ser tema de una tesis: el papel de las víctimas en la justicia, la justicia de transición, las funciones del derecho penal, la búsqueda de la verdad, la jurisdicción universal, etc.

En realidad, al releer los distintos proyectos de programa veo que hay una continuidad en la presencia de ciertos temas, que revelan la perspectiva temporal que siempre me acompañó. En todos los proyectos estaban incluidos, con mayor o menor detalle, la memoria histórica y los conceptos a ella afines, como memoria social, memoria colectiva, memoria y trauma, el tiempo y la justicia. Pero también temas que, si bien tenían una fuerte connotación temporal, como la amnistía y la prescripción, representaban los obstáculos con que tropezaba la memoria ante la justicia nacional. Comprobé entonces que el derecho nacional, tal como está en vigor en algunos países, no puede dar una respuesta a lo que la memoria le pide.

Ha sido así como he buscado la dimensión normativa en el derecho internacional.

La memoria histórica del aquí y el ahora me conducía a las normas de todo el mundo y todos los tiempos. Era necesario salir del contexto nacional para volver a él con la visión renovada de las normas internacionales, sin que ello supusiese desconocer las garantías que el derecho penal nacional ofrecía.

La exploración de las normas internacionales no me resultaba extraña. Había trabajado 25 años como traductora en el sistema de las Naciones Unidas. Demasiado tiempo como para que los documentos internacionales no constituyeran una parte importante de mi formación.

Así fueron confluyendo en esta tesis distintas vertientes de mi vida: la filosofía del derecho, mi propia memoria histórica, la experiencia internacional, mi vocación por estudiar los temas del derecho penal. Es mucho lo que hubiera debido decir y por distintos motivos no lo he dicho, pero hay mucho que he querido decir y con esta tesis he tenido la oportunidad de decir.

Me conformaría con que este trabajo pueda ser de alguna utilidad a los que procuran que la justicia penal dé a la memoria lo que la memoria le pide.

AGRADECIMIENTOS

Por las enriquecedoras conversaciones sobre el tema, mi agradecimiento a los jueces Ramón Sáez Valcárcel y Eugenio Raúl Zaffaroni.

A los abogados en causas de crímenes internacionales, Joan Garcés, Carlos Slepoy Prada, Carlos Zamorano.

A Daniela Asinari, abogada de los juicios de lesa humanidad en Argentina, por su constante ayuda.

Al profesor Marcelo Kohen, del Instituto de Altos Estudios Internacionales de la Universidad de Ginebra, por su valiosa orientación.

A los bibliotecarios del Instituto de Altos Estudios Internacionales de la Universidad de Ginebra, por su paciencia, profesionalidad y buena disposición.

A Cristina Giordano, jefa de la Biblioteca de Naciones Unidas en Ginebra, por todo el tiempo que me ha dedicado, en Ginebra y desde Ginebra.

A Rafaela Teresa Quintero, que me ha prestado toda esa ayuda que no podemos valorar porque tanto vale.

Y finalmente a la institución que me ha abierto sus puertas haciendo posible la realización de esta tesis, la Universidad de Salamanca. A los profesores del Área de Derecho Penal, que nunca han dejado de alentarme y animarme a continuarla.

Todo lo que diga será insuficiente para agradecer a mi directora de tesis, la profesora Laura Zúñiga Rodríguez, que al sugerirme el tema me ha demostrado la confianza que depositaba en mí y que, en los momentos más difíciles, cuando el terreno se movía y costaba mucho seguir adelante, me ha dado la fuerza para hacerlo, guiándome, pero al mismo tiempo dejándome la libertad que todo trabajo como este necesita. He podido comprobar así cuánto puede transmitir y enriquecer la vida de un discípulo un buen profesor.

*“Porque vosotros dejasteis
una luz ferviente y ancha,
vosotros, los nobles muertos
sin cruces y sin campanas,
sin flores, himnos o versos,
ni memoria por las plazas.
Nos dejasteis vuestro sueño,
vuestra fe rota y amarga,
y el silencio como un río
que oscuramente clamara...”*

Fernando González Gamonal

INTRODUCCIÓN

En el marco del derecho penal internacional, se perfilan dos tipos de obligaciones con respecto a los crímenes más graves: la obligación de no cometerlos y, si se han cometido, la obligación de investigarlos y enjuiciar a sus posibles autores. Uno de los objetivos del presente trabajo de tesis es demostrar la existencia de esta segunda obligación, particularmente para el Estado en cuyo territorio se han cometido crímenes internacionales.

Ante la importancia que se está asignando actualmente, y con toda razón, a la jurisdicción universal y la concurrencia de jurisdicciones, puede parecer un retroceso insistir en la obligación estatal mencionada.

Sin embargo, considero que esa insistencia no va en desmedro de la jurisdicción universal, sino que resalta la importancia que sigue teniendo para hacer frente a los crímenes internacionales la jurisdicción del Estado donde esos crímenes se cometieron.

Hay tres tipos de razones para sustentar esto último. Unas son de orden jurídico; otras, de orden social y unas terceras, de orden práctico.

En primer lugar, las de orden jurídico, guardan relación con el hecho de que el equilibrio de todo el ordenamiento jurídico nacional se vería alterado si no se persiguieran los ilícitos más graves cometidos en su territorio, como los crímenes internacionales que se definen en el capítulo II. Si bien para los intereses de la justicia penal internacional el objetivo es impedir la impunidad de los crímenes internacionales, el Estado que no ha querido o podido ocuparse adecuadamente de los crímenes cometidos en su territorio siempre encontrará su posición frente a la comunidad internacional gravemente afectada.

En segundo lugar, las de orden social. Las víctimas que han sobrevivido, o sus familiares, que también son víctimas, han de convivir con el recuerdo del

crimen que no ha sido nunca declarado crimen, con el recuerdo del muerto, que no ha sido nunca dignamente sepultado, y con una justicia que castiga delitos mucho menos graves que aquellos de los que han sido víctimas. Esa convivencia forzada es lo que lleva a que se recurra a la justicia penal, porque no han sido víctimas de un terremoto, ni de la administración pública por una infracción administrativa, ni de un delito civil. Han sido víctimas de asesinatos, torturas, supresiones de identidad, desapariciones forzadas, todos hechos comprendidos en la definición que daré de crímenes internacionales.

Ahora bien, esa convivencia forzada que he mencionado no termina si se ven obligadas a presentar la demanda ante el tribunal de otro Estado o ante un tribunal internacional. La demanda de justicia no es una demanda abstracta de una justicia universal, es una demanda concreta, ante los tribunales del Estado que ha amparado en otro momento la comisión de los crímenes, en el territorio donde estos se han cometido y donde los muertos están enterrados. Las víctimas no recurren fácilmente a la jurisdicción universal, las víctimas recuerdan y piden justicia en el mismo lugar en el que se han convertido en víctimas. Por ello era importante estudiar la posibilidad de conciliar memoria y justicia en los tribunales del Estado donde se habían cometido los crímenes. Ese fue el camino que me condujo al tema escogido. La memoria histórica nacional me condujo a las normas internacionales. Pero para satisfacer las demandas de esa memoria histórica era necesario considerar la posibilidad de aplicar esas normas internacionales en el ámbito nacional. Las normas que podían atender a las demandas de la memoria histórica no eran las normas de los ordenamientos nacionales, eran las normas del derecho penal internacional, las normas de los tratados sobre derechos humanos.

En tercer lugar, las razones de orden práctico son también de carácter procesal: será mucho más fácil obtener las pruebas, incluso tomar declaraciones a eventuales testigos, etc., si se realizan las actuaciones en los tribunales del territorio.

Las situaciones que han despertado mi interés y que examinaré en el presente trabajo son situaciones en las que, o bien los crímenes internacionales han sido tipificados recientemente en los Códigos Penales nacionales de países en

cuyo territorio se han perpetrado, mucho antes, ese tipo de crímenes (por ejemplo, el caso de España), o bien esos crímenes no han sido tipificados aún en los Códigos Penales, pero se ha iniciado su persecución penal (por ejemplo, el caso de Argentina). (Los ejemplos que he dado a lo largo del texto se refieren en general a los dos países mencionados).

La “inexistencia jurídica” de los crímenes en el Estado donde se cometieron, en el momento de su comisión, no equivale a su inexistencia en otra realidad jurídica más amplia, el derecho internacional.

En el primer capítulo examino algunos conceptos no estrictamente jurídicos que se emplean con mucha frecuencia en los instrumentos internacionales, pero sobre todo en la jurisprudencia, en relación con los crímenes internacionales y que, por lo tanto, integran el marco conceptual de los temas que desarrollo en la presente tesis. De los conceptos jurídicos propiamente dichos, como obligación internacional, crímenes internacionales, *ius cogens*, responsabilidad, prescripción, amnistía, principio de legalidad, me voy ocupando en los capítulos a ellos dedicados.

La particularidad que tienen los conceptos examinados en este primer capítulo es su debilidad, en el sentido de que son conceptos que se prestan fácilmente a las críticas que exigen del lenguaje jurídico toda la precisión y el rigor posibles. Se trata de conceptos como “comunidad internacional”, “conciencia jurídica universal”, “derechos humanos”, que despiertan la crítica de los juristas con una orientación analítica, y debilitan en cierto modo el discurso de protección contra los crímenes internacionales. Sin embargo, la aparente imprecisión de los conceptos se ve compensada por la larga tradición que los respalda. No podemos borrar de un plumazo conceptos arraigados en el discurso jurídico internacional desde el inicio mismo de este discurso. Por ello les he dedicado una atención más detenida. Entre esos conceptos se encuentra también el de “memoria histórica”. Es tanta la literatura a la que ha dado lugar que, así como el concepto de derechos humanos, parece un concepto vacío de contenidos específicos. Sin embargo, desde la perspectiva con que la enfoco, la memoria histórica denota esa “lucha por el derecho”, recordando a Ihering, que traduce un sentimiento de justicia y expresa la

demanda de los otros destinatarios del cumplimiento de la obligación del Estado, los ciudadanos.

En el segundo capítulo me he ocupado de encontrar fundamentos normativos en el ámbito internacional para sostener la existencia de esa obligación. Dado que la forma en que está configurada en los distintos instrumentos internacionales consultados no siempre es clara, he procurado deslindarla de los derechos de las víctimas y de otras obligaciones que puede tener el Estado en relación con los crímenes internacionales. En el caso de las víctimas, esa desvinculación reviste importancia porque la mayor parte de las normas internacionales que se ocupan del tema se refieren a ambas cuestiones, obligación del Estado y derechos de las víctimas, en forma conjunta. Esa forma de tratarlas obedece, a mi juicio, a que se considera que la obligación es bifronte: por una parte frente a los demás Estados, la comunidad internacional; por otra, frente a las víctimas. Sin embargo, el hecho de que se presente esa obligación de esa manera no significa que dependa o sea correlativa del derecho de las víctimas. El Estado debe perseguir los crímenes internacionales con independencia de que también tenga una obligación de responder a las demandas de las víctimas que interpongan un recurso ante la justicia.

En la segunda parte del capítulo II me he ocupado de definir lo que entendería en el curso del trabajo y en función de la obligación analizada por crímenes internacionales, centrándome en los crímenes contra la humanidad, en sentido amplio y en sentido estricto, y el genocidio. De este último he analizado la posible inclusión entre los grupos protegidos de los grupos políticos.

Una vez demostrada la existencia de la obligación internacional y establecido el tipo de crímenes que la generan, debía analizar la fuerza vinculante de esa obligación. Por ello en el capítulo III me he adentrado en el vasto tema del *ius cogens*: es decir, analizo la definición de norma imperativa del derecho internacional general (*ius cogens*), que figura en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y los problemas que plantea su interpretación. El análisis de esta expresión responde también al objetivo perseguido en el capítulo I, que es, como vimos, la aclaración de ciertos conceptos

empleados con mucha frecuencia en los instrumentos internacionales, pero sobre todo en la jurisprudencia, en relación con los crímenes internacionales. El concepto de *ius cogens* merecía un capítulo separado porque cumple una función determinante en materia de obligaciones internacionales, y sobre su significado hay graves discrepancias en la doctrina, que luego se reflejan en la jurisprudencia, y que muchas veces se originan en la falta de claridad de los instrumentos y sus traducciones.

En el capítulo IV me ocupé de la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de la obligación examinada. La base de mi análisis es el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. Si bien se trata de un proyecto y no de un documento acordado y ratificado, ha sido aprobado por la Comisión de Derecho Internacional y constituye el fruto de largos años de trabajo de esta Comisión, en la que están representados todos los Estados de las Naciones Unidas. Los artículos contienen disposiciones que reflejan un consenso entre los Estados y que podemos considerar como una cierta forma de derecho consuetudinario, conforme al análisis que hago de este derecho al tratar las fuentes del derecho internacional, en el capítulo VI. En el marco de las disposiciones del Proyecto de artículos llegué a la conclusión de que el incumplimiento de la obligación de perseguir penalmente los crímenes internacionales cometidos en su territorio es un hecho ilícito internacional del Estado e indicé las consecuencias previstas en ese instrumento, tanto para el Estado en cuestión como para los demás Estados.

En la segunda parte de ese capítulo examino, si bien someramente, el derecho de acceso a la justicia, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva, para ofrecer la otra perspectiva, la interna, desde la que se puede considerar la obligación que examinamos, y me refiero también, no con toda la extensión que merece el tema pero a efectos del desarrollo de mi propio tema, al derecho a la verdad.

Hasta aquí me he ocupado de los aspectos positivos de la obligación: su existencia, su fuerza obligatoria y su efectividad, o sea, las consecuencias de su incumplimiento. Estos aspectos positivos se asocian con los fundamentos de la

obligación. En los dos capítulos siguientes, el V y el VI, me ocupo de los obstáculos del derecho interno que se oponen al cumplimiento de la obligación.

El capítulo V trata de dos obstáculos que se pueden encontrar en el derecho interno para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación estudiada: la prescripción y la amnistía. La primera, también vinculada al principio de irretroactividad y al de legalidad, es determinante para impedir el cumplimiento de la obligación de perseguir penalmente los crímenes cometidos en el territorio. Normalmente se trata de crímenes cometidos hace tiempo que, una vez transcurridos los períodos de transición, el Estado tiene la obligación de investigar y juzgar. Sin embargo, cuando ha transcurrido mucho tiempo sin que nada se haya movido en la justicia penal, la prescripción se esgrime como un derecho que tiene el autor del crimen. Por ello es importante analizar la prescripción desde el punto de vista de la teoría general para determinar si efectivamente es un derecho del autor, o si es una facultad del Estado de renunciar a la persecución de determinados ilícitos en determinadas circunstancias. Vinculado con la prescripción se encuentran el tema de la retroactividad y, en relación con este tema, el del efecto declaratorio de normas ya existentes en el derecho consuetudinario que se atribuye a algunos instrumentos, como la Convención contra el Genocidio. La jurisprudencia que se examina es muy esclarecedora al respecto.

El segundo obstáculo tiene un carácter más político que jurídico, pero sus efectos en este terreno son muy graves. Todo el sistema de justicia se cierra, porque el Estado ordena el olvido. En el contexto de la amnistía se hace muy visible la oposición entre el derecho internacional y el nacional. Intento establecer una distinción entre amnistía e impunidad, tan frecuentemente identificadas. Allí una parte muy interesante del recorrido ha sido remontarme, aunque brevemente, a las primeras amnistías atenienses.

Una vez superados ambos obstáculos, nos encontramos ante los tribunales, pero allí nos espera el obstáculo más difícil de superar: el principio de legalidad, que será examinado, junto a sus posibles formulaciones, en el capítulo VI. Todos los intentos por superarlo son acusados de retrocesos en los avances y conquistas

tan duramente logrados en el sistema penal: las garantías. Y las garantías que ofrece el principio de legalidad parecen inamovibles so pena de hacer venir abajo toda la estantería del orden jurídico nacional. En realidad la defensa del principio de legalidad es un intento de inmunización, las normas internas no quieren contaminarse de los males de que adolecen las normas internacionales, como la imprecisión. Pero si con ello se impide muy eficazmente la contaminación, también se impide con la misma eficacia el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, que, como vimos, también son obligaciones frente a su propia población.

En muchos países los crímenes internacionales han sido tipificados en los respectivos Códigos penales solo recientemente. En virtud del principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal no es posible invocar las disposiciones pertinentes para los crímenes cometidos antes de su tipificación. Nos encontramos entonces ante la disyuntiva de limitarnos al derecho penal nacional o dejar entrar el derecho penal internacional. Ello se traduce en la opción de cumplir o incumplir la obligación internacional de persecución. La solución no es tan fácil, no basta con permitir la aplicación directa de las normas internacionales, porque estas no están formuladas con suficiente precisión como para resultar aplicables a los casos concretos, normalmente no han previsto siquiera las penas correspondientes a los crímenes. Sería entonces necesario plantearse la posibilidad de combinar las normas nacionales con las internacionales, como lo ha hecho muchas veces la jurisprudencia, en un esfuerzo por evitar el incumplimiento de la obligación del Estado y al mismo tiempo respetar el principio de legalidad. Por supuesto, no se trataría de una legalidad estricta, pero sí de una legalidad combinada, que resultaría más idónea para que fuesen respetados también otros principios no menos importantes del derecho, como el principio de proporcionalidad.

En este punto, se plantea la cuestión de la relación entre el derecho penal internacional y el derecho penal interno, enmarcada en la relación más general entre derecho internacional y derecho interno. Analizo en este contexto las

perspectivas monista y dualista, así como las formas de incorporación o trasposición de las normas internacionales en el ámbito interno.

Tal vez la clave de todo el recorrido se encuentre en este punto: la relación entre derecho internacional y derecho nacional. Todos los problemas se plantean en torno a esta relación.

Una de las mayores preocupaciones que acompañaron mi trabajo ha sido seguir una ruta en la que la posibilidad de extravío se debía más que a la ausencia de señalizaciones al excesivo número de las mismas. En cada tramo de la ruta se abría un camino, cuyo recorrido sería sin duda interesante y necesario, pero que me apartaría de los objetivos perseguidos.

El primer camino que me invitaba a desviarme de mi recorrido era la justicia universal. Siempre estaban los argumentos a su favor, la necesidad de su reconocimiento, todas las ventajas que ofrecía para evitar la impunidad. Sin embargo, me parecía importante resaltar la obligación del Estado, no solo por las razones que he mencionado sino precisamente por esa importancia que se le está asignando a la justicia universal y que desdibuja la obligación del Estado que intento poner de relieve.

Otro camino que se abría en mi ruta era el de la justicia de transición, un tema muy cercano a mi propio tema. Sin embargo, me parecía importante resaltar la necesidad de investigar una vez superada la etapa de transición, porque después de esa etapa se plantean los problemas temporales de prescripción, e intertemporales de interpretación, que me interesaba abordar. Son otros los problemas que se plantean durante la transición, más de equilibrio entre derecho y política que de derecho exclusivamente.

Y un desvío que resultaba tan atractivo como peligroso, dado que podía llevarme por otros senderos, ha sido el de las víctimas y sus derechos de actuar como querellantes y de recibir una justa reparación. Precisamente ese tema no lo he tratado para demostrar que es posible hablar de la obligación del Estado frente a los crímenes sin tocar el problema de las víctimas. Son dos cuestiones distintas. La vinculación que se ha dado en los instrumentos internacionales y en muchas

sentencias de tribunales internacionales no ha favorecido la claridad con la que es necesario visualizar la obligación estatal, sobre todo cuando se trata de una obligación internacional.

En todo el recorrido me ha acompañado también una insatisfacción constante ante la imposibilidad de atender a la enorme cantidad de fuentes de información que había sobre cada uno de los temas tratados en función del tema central. En un momento en que parecería que tuviéramos en nuestras manos toda la información del mundo, muchos, en lugar de sentir un poder enorme, sentimos la conciencia de nuestras limitaciones: la información infinita para seres finitos. A ese respecto, me ha parecido también interesante referirme a instrumentos internacionales no acordados como convenciones o tratados pero que reflejan el consenso de la comunidad internacional. Respecto de las fuentes consultadas, además de los instrumentos internacionales más pertinentes, los casos de jurisprudencia los he escogido en función del desarrollo de mi argumentación, y en cuanto a la doctrina, me ha parecido interesante referirme a autores un tanto olvidados, pero cuyas reflexiones siguen aportando una valiosa contribución.

No era mi intención, es cierto, reunir toda la información disponible, sino desarrollar un concepto, la obligación internacional del Estado como consecuencia de la comisión de crímenes internacionales en su territorio, y señalar los fundamentos y las consecuencias de esa obligación, así como los obstáculos con los que tropieza su cumplimiento. Mi objetivo no ha sido proponer una solución a la gran dificultad que plantea el tema: el cumplimiento por el Estado de la obligación internacional que le corresponde respetando al mismo tiempo las garantías que siempre se han considerado un avance irrenunciable. Más bien ha sido poner de manifiesto esa dificultad, afirmar la necesidad de no eludirla, renunciando simplemente a la jurisdicción nacional, y describir las soluciones que se le han dado puntualmente en determinados casos. Pero también señalar las consecuencias que esa dificultad puede tener para la relación entre derecho nacional y derecho internacional, y, por consiguiente, en la visión general del ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO I

CONCEPTOS ÉTICO-JURÍDICOS Y MEMORIA HISTÓRICA

1. Conceptos débiles, consecuencias fuertes

Los primeros capítulos cumplen una doble función: la de exponer el marco conceptual en el que se desarrollará todo el trabajo, y la de cualquier otro capítulo, que es el desarrollo coherente de su propio tema. El presente capítulo combina ambas funciones, porque al exponer el marco conceptual de todo el trabajo, así como lo referente a la memoria histórica, está desarrollando su propio tema, a saber, el examen de determinados conceptos no jurídicos empleados con frecuencia en la formulación de las normas internacionales. Por supuesto, el marco conceptual del tema principal, la obligación internacional del Estado, está constituido también por conceptos estrictamente jurídicos, pero estos son analizados en sus correspondientes capítulos. Los conceptos que examino aquí se caracterizan, no obstante su “debilidad”, por su importancia en la definición de los otros conceptos, los estrictamente jurídicos. Por “debilidad” de los conceptos entiendo la vulnerabilidad de los mismos a las críticas positivistas (desde la perspectiva de la filosofía del derecho) o analíticas (desde la perspectiva filosófica).

Al leer los instrumentos internacionales en general, así como los referidos concretamente al derecho penal internacional, y la jurisprudencia sobre esta última materia, tropezamos en reiteradas ocasiones con una serie de conceptos que en esos instrumentos, normas o sentencias juegan un papel decisivo,

determinante. Expresiones tales como comunidad internacional, conciencia jurídica internacional, derechos humanos y otros conceptos de amplio alcance.

Se trata de conceptos que están muy vinculados entre sí, hasta el punto de que unos dependen de otros. Por ejemplo, el concepto de “norma imperativa del derecho internacional general (*ius cogens*)”, que analizaré en el capítulo III, desempeña un papel clave con respecto a las obligaciones y la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, a pesar de la fuerza que se le atribuye, depende del concepto de “comunidad internacional en su conjunto”, cuyos contornos no son muy nítidos ni precisos.¹ Con toda razón, algunos autores se preguntan, por ejemplo, ¿qué se entiende por comunidad internacional?, ¿quién determina el contenido de la conciencia jurídica de la humanidad?²

Frente a esta situación, tener que abordar un tema tal como los crímenes internacionales y la obligación internacional del Estado derivada de esos crímenes con unos conceptos susceptibles de diversas críticas, basadas principalmente en la falta de precisión de los mismos, he optado por contrarrestar la aparente debilidad de esos conceptos, demostrando que han persistido a través de la historia, y por desvelar la influencia que puede tener en el significado que le atribuyamos la actitud del intérprete del derecho. La debilidad de esos conceptos puede verse como flexibilidad, y su imprecisión, como reflejo de una concepción distinta del derecho, que se va abriendo camino en esta época de transición, de formación del

¹ Es suficiente recordar el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “**Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“ius cogens”).** Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional”. UN Treaty Series, vol. 1155, p. 331, Viena, 23 de mayo de 1969 (Documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/27 (1969)).

² PASTOR, D., *El poder penal internacional. Una aproximación jurídico crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: Atelier, 2006, pp. 70-72, dice Pastor: “[...] pareciera que ante crímenes atroces ya no hay más orden jurídico de ciudadanos [...] Se habla contra la impunidad en nombre de la ‘comunidad internacional’ o de la ‘conciencia jurídica de la humanidad’ [...]”. Acota: “En esto es perceptible cierta soberbia ética, una suerte de razón de Estado internacional que parece justificarlo todo”.

derecho penal internacional. Si pretendiéramos avanzar sin la conciencia de que lo hacemos en una época de transición, sería como pretender avanzar por una autopista cuando lo estamos haciendo por un camino de montaña.

Es evidente que el derecho no puede prescindir de conceptos claros y precisos, de las definiciones y distinciones, pero todo ello se conviene, se acuerda, según un *modus vivendi* en que el diálogo va generando el lenguaje del que se sirve y en que nada adquiere carácter absoluto y permanente, sino en la medida necesaria para que el diálogo pueda continuar. ¿Hasta qué punto el afán de precisión en los términos jurídicos no esconde pretensiones de exactitud científica, que pueden ser mucho más peligrosas que el uso de los términos que se critican por su falta de precisión? Si se han acordado, tras extensos debates y largos años de elaboración, instrumentos internacionales que emplean esas expresiones, es porque entre los participantes en los debates y en la elaboración había un acuerdo expreso o tácito sobre su significado. Muchas veces no ha sido necesario siquiera ponerse de acuerdo sobre el significado de determinadas expresiones porque se emplean desde hace siglos y tienen una carga histórica que las dota de un sentido inequívoco, al menos a ciertos efectos, como sucede con muchos vocablos de uso corriente que, al mencionarlos, sabemos bien de qué estamos hablando.

Pero todo depende de la actitud que adoptemos: si deseamos que el diálogo continúe, estaremos dispuestos a encontrar un sentido a las expresiones empleadas, apoyándonos en la tradición de su uso, en las finalidades que queremos asignar a la norma que las contiene, o bien intentando no privar a esa norma de todo "efecto útil". Si queremos, en cambio, interrumpirlo, nada más eficaz que comenzar a cuestionarlo en su herramienta esencial, el lenguaje.

Como el diálogo que se ha entablado en el marco del derecho penal internacional es, a juicio de muchos, imprescindible, en lugar de cuestionarlo, atacando las expresiones de las que se vale, intentaré analizar la historia y el significado de algunas de las expresiones criticadas. A la expresión *ius cogens*, en cambio, dado el papel esencial que cumple en el tema que trato en este trabajo, así como la frecuencia con que se la emplea en la jurisprudencia, le dedico un capítulo entero.

1.1. La comunidad internacional

Decía Saldaña en 1923: “Ahora, si donde hay sociedad allí se da el Derecho (*ubi societas ibi jus*), donde aquella no existe jurídicamente organizada en vano se buscará este Derecho *en eficacia*; por donde el Derecho penal internacional sustantivo está condicionado eficazmente, esto es, pragmáticamente, por la figura Comunidad internacional, de la que esta Sociedad de las Naciones es su actual conato histórico”.³

El concepto de comunidad es uno de los conceptos “más cargados de implicaciones metafísicas”⁴ y, por consiguiente, más reñido con una teoría positivista del derecho. A pesar de ello, se trata de un concepto al que se ha dado una importancia tan grande en el derecho internacional, al menos por lo que revela la cantidad de textos que lo emplean y argumentos que se sustentan en él, que no podemos simplemente descartarlo por imprecisión.⁵

La cuestión no reside -aclara Dupuy- en saber si la expresión corresponde o no a una realidad social, porque la verdadera naturaleza de esta institución es la de una ficción jurídica, lo que no significa necesariamente que no tenga existencia real, que sea ficticia. La función de la ficción en el derecho es evitar la prueba de la existencia efectiva de la cosa a la que se aplica. Con este argumento Dupuy refuta

³ SALDAÑA, Q., *La justicia penal internacional*, Madrid: Imprenta Alrededor del Mundo, 1923, p. 9.

⁴ ESPOSITO, R., *Comunidad, inmunidad y biopolítica*, traducido por A. García Ruíz, Barcelona: Herder, 2009, p. 16.

⁵ MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., *Los paradigmas del derecho internacional*, Granada: Universidad de Granada, 2008, p. 47. Este autor se refiere a la existencia y características de la comunidad internacional como una cuestión “extremadamente delicada”. Estudia este tema en el contexto de las teorías constitucionalistas del derecho internacional, que tienen como fundamento la existencia de dicha comunidad. Estas teorías, conforme a este autor, atribuyen a la comunidad actores, valores o intereses y competencias, tanto normativas como ejecutivas, por encima de las de cada uno de los Estados. Consideran que el concepto de comunidad internacional “implicaría un estadio superior al mero concepto de sociedad internacional”. Véase también TRUYOL Y SERRA, A., *La sociedad internacional*, Madrid: Alianza, 1977, p. 18

las críticas de los positivistas respecto a la existencia efectiva de una comunidad internacional.⁶

Carrillo Salcedo insiste en la importancia del concepto de comunidad internacional, no solo por las consecuencias que tiene para la responsabilidad internacional de los Estados, sino porque “es el cimiento donde se apoyan las normas imperativas que corrigen los rasgos de voluntarismo y relativismo que habían venido caracterizando al Derecho internacional”.⁷

Esposito recuerda que “*communitas*” procede de la asociación de *cum* con *munus (munia)*, con un significado convergente de ley y de don: la ley del don.⁸ Explica que no se trata de una relación cualquiera entre los miembros de una comunidad, sino entre los de un *munus*, es decir, una “tarea”, un “deber”, una ley.

También Benveniste señala que en *munus* se encuentra el concepto de deber, función, pero también favor, y *com-munis* significa literalmente que participa en los *munia o munera*. Es decir que hay una obligación de dar en la medida en que se recibe, y los que participan en este dar y recibir forman parte de la comunidad.⁹ Este sentido coincide con lo que dice al respecto Esposito: “Si nos atenemos a su significado originario, la comunidad no es aquello que protege al sujeto clausurándolo en los confines de una pertenencia colectiva, sino más bien

⁶ DUPUY, P. M., *Droit International Public*, 9ª ed., París: Dalloz, 2008, pp. 416-417. Como ha señalado Martín Rodríguez: “Incluso si se tratase de una ficción jurídica, este concepto de comunidad internacional, respaldado por numerosos instrumentos de *soft law*, se encontraría en la base de los grandes avances contemporáneos del sistema jurídico internacional”. MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., *op. cit.*, p. 47.

⁷ CARRILLO SALCEDO, J. A., «La comunidad internacional entre la ilusión y la historia», en R. Casado Raigón e I. Gallego Domínguez (coords.), *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, vol. I, Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, p. 295.

⁸ ESPOSITO, R., *op. cit.*, p. 25.

⁹ BENVENISTE, E., «Don et échange dans le vocabulaire indoeuropéen», en *L'Année Sociologique*, III série, París 1948-1949, p. 8.

aquello que lo proyecta hacia fuera de sí mismo, de modo que lo expone al contacto, e incluso al contagio con el otro”.¹⁰

Como vemos, este sentido originario, más que el que se le ha venido atribuyendo como pertenencia a un interior, nos acerca más al derecho internacional, o al concepto de comunidad internacional. Como señala Esposito, mientras “la *communitas* es aquello que liga a sus miembros en una voluntad de donación hacia el otro”, “la *immunitas* reconduce a la particularidad de una situación definida precisamente como algo que se sustrae a la condición común”.¹¹ En nuestro contexto, mientras que el primer término nos lleva a la dimensión internacional, universal, el segundo nos encierra en la dimensión territorial, estatal.

Esposito se pregunta cuál es esta ley que une a los miembros de la comunidad y responde que no es nada externo a la comunidad misma, la comunidad no precede a la ley ni esta precede a la comunidad: la comunidad es una con la ley, en el sentido de que la ley prescribe únicamente la exigencia de la comunidad misma.¹² Y esta exigencia obedece a que la comunidad es el lugar mismo de nuestra existencia, dado que siempre existimos en común.¹³ Esta simultaneidad entre comunidad y ley, que para Esposito es una identificación, solo es posible si se parte de un entendimiento común. Y en esto hay cierta coincidencia con Bauman cuando este dice: “El tipo de entendimiento sobre el que se basa la

¹⁰ ESPOSITO, R., *op. cit.*, p. 16. Dice: “si la *communitas* determina la ruptura de las barreras protectoras de la identidad individual, la *immunitas* es el intento de reconstruirla en una forma defensiva y ofensiva contra todo elemento externo que venga a amenazarla”. *Ibíd.*, p. 17.

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*, p. 25.

¹³ *Ibíd.*, pp. 32-35. Véase el interesante análisis que hace este autor de las ideas de Rousseau y de Kant respecto a la sociabilidad y la filosofía de la comunidad. “Es por ello por lo que la comunidad no sólo no puede *devenir* realidad, sino que no puede tampoco hacerse siquiera concepto: debe -he aquí lo que dicta la ley misma que la reclama-permanecer como una simple idea de la razón: una meta inalcanzable, un puro propósito”. *Ibíd.*

comunidad *precede* a todos los acuerdos y desacuerdos. Semejante entendimiento no es una línea de meta, sino el *punto de partida* de toda convivencia”.¹⁴

La referencia que hace Esposito a que la comunidad es el lugar mismo de nuestra existencia coincide con lo que dice Dupuy cuando se refiere a la función de la ficción que la comunidad representa: se recurre a esta ficción para reflejar la interdependencia de los Estados. En efecto, afirma Dupuy: “Finalmente se puede pensar que la referencia ya casi ritual a la comunidad internacional en los textos de vocación general es una suerte de compensación simbólica en el orden del discurso a la muy persistente heterogeneidad de la sociedad internacional en el orden de los hechos”.¹⁵

Si nos atenemos a la etimología mencionada, la función normativa de la comunidad es inherente a la comunidad misma. Dupuy señala las incidencias normativas que tiene la proclamación de la comunidad. Una primera incidencia es la asimilación de la sociedad internacional (que es una sociedad interestatal) a una comunidad que trasciende en parte la estructura del Estado soberano, para llegar a los pueblos y luego a los individuos.

Otra incidencia consiste en designar como imperativas ciertas normas porque revisten un interés común superior y su respeto es indispensable para la cohesión de dicha comunidad. Esto significa la existencia de un derecho propio de esa comunidad, no ya un *ius gentium* sino un *ius cogens*, dando lugar así a la idea de un orden público internacional.¹⁶

Considero muy importante su advertencia de no idealizar la referencia a la comunidad internacional y vigilar activamente las tentativas de capturar el concepto para un uso unilateral. “Es necesario examinar rigurosamente la

¹⁴ BAUMAN, Z., *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, traducido por J. Alborés, Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2003. Y aclara: “El entendimiento de corte comunitario, que se da por descontado [...] no precisa ser buscado, y no digamos laboriosamente *construido*, o ganado en una *lucha*: ese entendimiento ‘está ahí’, ya hecho y listo para usar [...]”. p. 16.

¹⁵ DUPUY, P. M., *Droit International Public*, *op. cit.*, p. 417.

¹⁶ *Ibidem*, p. 418.

naturaleza jurídica, las condiciones técnicas de adopción y el contenido exacto de los instrumentos que incorporan el concepto de ‘comunidad internacional’ a fin de calcular lo más exactamente posible su significado y alcance jurídicos”.¹⁷

1.1.1. La comunidad internacional en Vitoria

Toda la Escuela española del derecho natural y de gentes de los siglos XVI y XVII desarrolla una “nueva visión de la realidad internacional basada en la afirmación de la existencia de una comunidad internacional universal, en el sentido sociológico más preciso del término comunidad como diferente al de sociedad, y de un derecho internacional también universal, común, en principio, a todos los hombres, pueblos y Estados”.¹⁸

Para Vitoria, que en ello sigue a Aristóteles, la comunidad internacional es fruto de la sociabilidad natural del hombre. Su innovación respecto a su época reside en que niega la jurisdicción universal tanto del Emperador como del Papa.¹⁹

Vitoria y, más tarde, Suárez consideran que el mundo está dividido en comunidades políticas perfectas, los Estados, por encima de los cuales existe la comunidad internacional que las engloba a todas.²⁰ Si bien es el hombre el sujeto

¹⁷ *Ibidem*, p. 419. “El grito de alarma lanzado por la mejor doctrina positivista es saludable, porque invita a analizar más profundamente las condiciones de esta evolución y las deformaciones voluntarias que determinadas políticas jurídicas quisieran hacerle sufrir”. Pero considera inapropiado mantener esta actitud negativa. La doctrina debe saber evolucionar, como lo hace el derecho que ella estudia. *Ibidem*, p. 421.

¹⁸ DEL ARENAL MOYÚA, C., «La visión de la sociedad mundial en la Escuela de Salamanca», en A. Mangas Martín (coord.), *La escuela de Salamanca y el derecho internacional en América*, Salamanca: Universidad de Salamanca y Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1993, p. 31.

¹⁹ Esta negación afectaba a los títulos que hacía valer España para justificar su dominio sobre las Indias, dado que suponía rechazar el título de la donación pontificia contenida en las Bulas alejandrinas.

²⁰ Con respecto al calificativo “perfecta”, Suárez explica: “Los filósofos de la moral y del derecho suelen dividir esta comunidad en perfecta e imperfecta. Se llama perfecta, en general, a la que es capaz de gobernarse políticamente, y como tal es autosuficiente en esta esfera. Tanto Aristóteles como Santo Tomás han afirmado que la ciudad-estado constituye una comunidad perfecta, y con mayor razón lo será un reino o cualquier otra forma de comunidad de rango superior de la que la ciudad forma parte”. SUÁREZ, F. *De legibus*, Corpus Hispanorum de Pace, L. Pereña (ed.), Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1971, I, vi 19, p. 121.

de derechos y deberes, el Estado constituye un pilar clave de la comunidad internacional, cuya perfección se debe a su soberanía, y que es clave porque actúa como órgano de la comunidad. Ahora bien, esos Estados son iguales y libres, y no pueden intervenir en los asuntos internos de los demás.²¹

Además, la comunidad concebida por Vitoria tiene su propio bien común, que está por encima de los bienes particulares de los Estados. Esto lo afirma claramente Vitoria cuando se refiere a la guerra justa o injusta, al decir que “siendo una república parte de todo el orbe, y sobre todo una provincia cristiana parte de toda la república, aunque la guerra fuese útil para una provincia o república pero nociva para el orbe o para la cristiandad, pienso que por esto mismo la guerra es injusta”.²²

No solo la comunidad tiene su propio bien común sino que tiene fuerza normativa. Lo establece Vitoria en el siguiente Corolario: “Que el derecho de gentes tiene fuerza no sólo por el pacto y el consenso entre los hombres, sino también tiene fuerza de ley”. Y agrega: “En efecto, el orbe entero, que en cierto modo es una república, tiene potestad de dar leyes justas y convenientes para todos, como son las del derecho de gentes [...] tampoco es lícito a un reino no atenerse al derecho de gentes, puesto que ha sido dado con la autoridad de todo el orbe”.²³

Es decir, más allá del derecho convencional de los tratados, hay un derecho que se atribuye a toda la comunidad internacional, y es un derecho que obliga a todos los Estados (lo llama “derecho de gentes”).

²¹ DEL ARENAL MOYÚA, C., «La visión de la sociedad mundial en la Escuela de Salamanca», *op. cit.*, p. 36.

²² VITORIA, F. de, *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*, traducido por L. Frayle Delgado, Madrid: Tecnos, 2007, p. 24. Y en el mismo Corolario da el ejemplo siguiente: “si la guerra fuese de los españoles contra los franceses, aunque motivada por causas justas, y por lo demás ventajosa para el reino de las Españas, sin embargo, si se hace con mayor ruina y perjuicios para la cristiandad, por ejemplo, porque a la vez las huestes turcas ocupan territorio de los cristianos, debiera desistirse de esa guerra”.

²³ *Ibidem*, p. 51. Veremos esto detalladamente en el capítulo dedicado al *Ius Cogens*.

Uno de los méritos que se reconocen a Vitoria es haber anticipado una concepción de la sociedad internacional de Estados nacionales jurídicamente independientes pero subordinados a un único derecho de gentes. Este se concibe como un derecho único, propio de una comunidad constituida por todos los pueblos, que regula las relaciones entre los mismos.²⁴ Los conceptos comunidad internacional y derecho de gentes están íntimamente vinculados, así como lo están, en el derecho penal internacional actual, el concepto de *ius cogens*, o normas imperativas, y el concepto de comunidad internacional.

Es interesante observar que la soberanía de los Estados no es incompatible con la existencia de un derecho internacional, porque la independencia del Estado no se configura como independencia de cualquier orden normativo, sino de otra sociedad. Ahora bien, la soberanía es un poder de gobernar a la sociedad, pero no es un poder absoluto: es un poder supremo en su propia esfera, sujeto a las condiciones de legitimidad del poder político y a la existencia de un orden normativo, el *ius gentium*, que vincula a todos los pueblos de la tierra.²⁵

Vitoria había comprendido que la paz en el mundo no sería más que una palabra vana si subsistiera el dogma de la soberanía absoluta de los Estados, aunque templado por el paliativo insuficiente de la cortesía internacional.²⁶

El principio fundamental de la doctrina vitoriana: “la supremacía del bien del orbe sobre el bien particular de un Estado. El ‘*bonum orbis*’ como utilidad de la mayoría no puede quedar postergado por intereses egoístas de un Estado”. Pereña Vicente se pregunta: “¿cómo es posible conciliar soberanía y derecho internacional

²⁴ TRUJILLO PÉREZ, I., *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i conflitti della socialità umana*, Turín: Giapicchelli Editore, 1997, p. 87. Brown Scott, Tuyol y Serra y la mayoría de los estudiosos de Vitoria coinciden en que la comunidad de la que habla abarca todas las sociedades organizadas del mundo, por lo que incluiría también las comunidades americanas; en cambio, otros autores sostienen que la *communitas orbis* no es universal y excluye por lo menos a los indios y los enemigos de la religión cristiana.

²⁵ *Ibidem*, p. 89. Véase también FERNÁNDEZ Y MEDINA, B. «La sociedad universal de naciones en Francisco de Vitoria», en *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria* 2, 1929-1930, p. 235.

²⁶ *Ibidem*, p. 236.

en la tesis de Francisco de Vitoria? El problema nos lleva a formular postulados de nuevos principios: la tesis de la Comunidad internacional".²⁷

Como recuerda Arenal Moyúa, a medida que nos alejamos de Vitoria, los Estados se van afirmando como órganos de la comunidad internacional, lo que influye en la concepción de la comunidad misma.²⁸

Señala que en Suárez el problema de la autoridad no tiene el mismo planteamiento que en Vitoria, porque a nivel político y práctico los únicos detentadores de la autoridad de la comunidad internacional son los Estados. "Si en Vitoria la idea del *totus orbis* domina a la idea de Estado, en Suárez es la idea de Estado con su voluntarismo la que domina a la idea de todo el orbe, aunque ésta no está en ningún caso ausente de su concepción".²⁹

1.1.2. La comunidad internacional en Suárez

La continuación de las ideas de Vitoria en Suárez supone no solo una reafirmación sino una formulación más exacta.³⁰

Encontramos en Suárez lo siguiente: "9. La razón de ser de este derecho [inter-nacional] consiste en que el género humano, aunque de hecho está dividido en pueblos y reinos, mantiene, sin embargo, en todo momento una cierta unidad, no ya sólo la específica [de la raza humana], sino cuasi política y moral como lo indica el precepto natural de la solidaridad y ayuda que se extiende a todos, incluso extranjeros y de cualquier nación".³¹

²⁷ PEREÑA VICENTE, L., «El concepto del derecho de gentes en Francisco de Vitoria», en *Revista Española de Derecho Internacional* 5, n.º 2, 1952, p. 628.

²⁸ DEL ARENAL MOYÚA, C., «La visión de la sociedad mundial en la Escuela de Salamanca», *op. cit.*, p. 40. Cita como ejemplo de esta evolución a L. Molina, *Los seis libros de la justicia y el derecho*. Se remite a F. Suárez, *De Bello*, 4, 5.

²⁹ *Ibidem*, p. 40.

³⁰ *Ibidem*, p. 38.

³¹ SUÁREZ, F., *De legibus-IV, De iure gentium*. Colección Corpus Hispanorum de Pace, V. Abril; P. Suñer y L. Pereña (eds.), Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1973, vol. XIV, libro II, capítulo XIX, § 9, p. 135.

Como vemos, la unidad que postula aquí no es la de los pueblos o reinos sino la de los individuos, la de la “raza humana”. Y aunque en la frase siguiente se refiere concretamente a los Estados como miembros de esa comunidad internacional, lo hace vinculándolos con el género humano. Dice: “Por lo cual, aunque un Estado -monarquía o república- sea naturalmente comunidad autárquica y esté dotada de sus propios elementos constitutivos, sin embargo, cualquiera de los Estados es también, en algún sentido y **en relación con el género humano**, un miembro de esta comunidad universal”.³² (El resalte es mío).

Ahora bien, para Suárez el ser miembro de la comunidad internacional responde a una necesidad: “Porque estos estados, aisladamente considerados, nunca gozan de autonomía tan absoluta que no precisen de alguna ayuda, asociación y común intercambio, unas veces para su mayor bienestar, progreso y desarrollo, y otras incluso por verdadera necesidad moral y falta de medios, como demuestra la experiencia misma”.³³

En este párrafo Suárez está anticipando la diferencia, ya existente por supuesto en la época, entre los países según el grado de desarrollo, y se puede intuir cierta referencia más extensa que la mera necesidad de intercambio económico cuando dice “incluso por verdadera necesidad moral” (aunque es posible que se refiera a la experiencia religiosa).

Es interesante destacar aquí el verdadero origen del derecho de gentes positivo, es decir, del derecho internacional: la necesidad de regular esas relaciones en el marco más amplio de la comunidad internacional. “Y este es el motivo por el que las naciones tienen necesidad de un sistema de leyes por el que se dirijan y organicen debidamente en esta clase de intercambios y mutua asociación. Y si bien en gran parte está previsto por la razón natural, no lo está, sin embargo, directa y plenamente con relación a todas las materias y circunstancias.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

De ahí que pudieron establecerse algunas leyes especiales a través de las costumbres de esas mismas naciones”.³⁴

Cabe observar también la clara referencia al derecho consuetudinario como fuente del derecho.

1.1.3. Aspectos comunes

Arenal Moyúa se detiene en el problema de la autoridad en la comunidad internacional. En un plano abstracto, así como el poder del Estado reside en el pueblo, conforme a la concepción democrática que siguen Vitoria y Suárez, lo mismo sucede en la comunidad internacional: es toda la comunidad la que detenta el poder. Sin embargo, cuando la comunidad se presenta bajo una forma histórica determinada, cuando se concreta su existencia, ha de concretarse su poder. La comunidad internacional, mediante acuerdo expreso o tácito de sus miembros, delega el ejercicio de su poder en los Estados, que son considerados órganos de esa comunidad.³⁵ En Vitoria resulta esto muy claro cuando dice: “Ahora bien, todo lo que es necesario para el gobierno y la conservación del mundo es de derecho natural; y no puede darse otra razón para probar que la república tiene autoridad por derecho natural para mandar al suplicio e imponer penas a los propios ciudadanos que le sean perniciosos. Y, si la república puede hacer esto con sus propios súbditos, no hay duda de que el orbe puede hacerlo también con cualquier hombre pernicioso y malvado, y esto no puede hacerlo si no es por medio de los príncipes”.³⁶

Encontramos aquí un fundamento para el ejercicio de la jurisdicción universal por cualquier Estado.

Es importante recordar la distinción entre sociedad humana y comunidad internacional. Esta última constituía un fenómeno histórico. La sociedad humana se regía por el derecho natural y también por el derecho de gentes pero en el

³⁴ *Ibídem.*

³⁵ VITORIA, F. de, *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*, op. cit., pp. 180-181.

³⁶ *Ibídem*, p. 179.

sentido del derecho establecido por la razón natural para todas las gentes. En ese derecho no intervenía la voluntad humana.³⁷ En cambio, la comunidad internacional se regía, no solo por el derecho de gentes natural, sino por su propio derecho, que completaba y concretaba el primero. El derecho de gentes de la comunidad internacional, a diferencia del otro, dependía de la voluntad humana, es decir, era humano y positivo.

El aspecto revolucionario e innovador de estos autores reside en la universalidad de la comunidad internacional y de su derecho. No hay ninguna característica particular, de raza, religión, nivel de desarrollo, etc., que afecte a la igualdad de todos los hombres y pueblos en cuanto miembros de la comunidad internacional, que de esa forma abarcaba todo el orbe. Como dice Arenal Moyúa, “La igualdad de derecho en la pertenencia a la comunidad internacional suponía el reconocimiento de la soberanía de los pueblos infieles y de sus derechos públicos y privados, en pie de igualdad con los Estados cristianos”.³⁸

1.1.4. Los individuos como sujetos del derecho de gentes

Sin embargo: “Es sobre el concepto de hombre, de persona humana, con todas las notas características que se le atribuyen y con sus derechos y deberes, y en función de él, que se levanta el edificio doctrinal de los autores españoles”.³⁹ La persona humana constituye el elemento fundamental de la comunidad internacional.

Para Vitoria los individuos entran directamente en el campo internacional. Las personas individuales son los sujetos últimos de la comunidad y del derecho internacional. A los Estados corresponde la tutela de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad humana, y de esa tutela nacen relaciones

³⁷ DEL ARENAL MOYÚA, C., «La visión de la sociedad mundial en la Escuela de Salamanca», *op. cit.*, p. 40.

³⁸ *Ibíd.*, p. 41. Este autor aclara que el problema se plantea cuando se desciende del campo de los principios al de los derechos concretos, en particular, en las relaciones entre cristianos e infieles, dado que se reconoce a los primeros “el derecho de misión”.

³⁹ *Ibíd.*, p. 32. “Esta comunidad internacional, caracterizada principalmente por los Estados, no tiene, sin embargo, como únicos sujetos a éstos, sino que también forman parte de ella, en cuanto sujetos [...] las personas humanas”. *Ibíd.*, p. 36.

jurídicas entre los Estados, así como conflictos y problemas que se han de resolver.⁴⁰

Carrillo Salcedo señala que la contribución de la escuela española, al poner el acento en la persona, en el hombre, alcanza su plenitud al afirmar la existencia de una comunidad humana que va más allá de las fronteras de los distintos poderes políticos y de las distintas concepciones religiosas.⁴¹

Perdura esta idea en algunos autores de mediados del siglo pasado, como Drost, que habla de la sociedad de Estados como “sociedad de hombres”. Sostiene que el ordenamiento jurídico, el Estado (clara concepción kelseniana), es un “orden interindividual”.⁴²

Mosler considera que uno de los aspectos más importantes en que se diferencia la sociedad internacional actual de la pasada (situando aproximadamente el comienzo de la primera en el fin de la Segunda Guerra) es la reaparición del individuo y de los valores humanos en el derecho internacional.⁴³ Pienso que habla de “reaparición” porque tanto el individuo como los valores humanos habían sido reconocidos en el derecho internacional configurado por las reflexiones de la escuela española, con Francisco de Vitoria a la cabeza.

Y en ese sentido es muy pertinente el comentario que hace Trujillo: “Los fundamentos de la cultura política moderna desde la perspectiva de la interdependencia mundial se encuentran precisamente en el hecho de compartir algunos principios, por ejemplo, el reconocimiento público del *ethos*

⁴⁰ Ibídem, p. 82. Se remite a URDÁNOZ, «Introducción a la Relectio de Indis», en *Obras completas de Francisco de Vitoria, Relecciones teológicas*. Edición crítica del texto latino, versión española, introducción general e introducciones con el estudio de su doctrina teológico-jurídica por Teófilo Urdánoz. O.P., B.A.C., Madrid, 1960, p. 114.

⁴¹ CARRILLO SALCEDO, J. A., «Sul contributo della Scuola Spagnola di diritto delle genti ai fondamenti filosofici dei diritti dell'uomo», en *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, n.º 2, 1988, p. 5.

⁴² DROST, P. N., *The Crime of State, Penal Protection for Fundamental Freedoms of Persons and Peoples. Book I, Humanicide*, Leiden: Sijthoff, 1959, p. 58.

⁴³ MOSLER, H., *The International Society as a Legal Community*, Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1980, p. 11.

correspondiente a las nuevas instituciones, así como en los derechos humanos, percibidos por todos como inviolables”.⁴⁴

1.2. La “humanidad”

La admisión del individuo como sujeto de derecho internacional, a través del concepto de ser humano, puede llevarnos a otra abstracción vulnerable a la crítica, el concepto de humanidad. Este es el trayecto que ha recorrido Vitoria, como recuerda R.J. Dupuy. Es muy ilustrativo lo que afirma este autor: “Aquel que se considera como uno de los fundadores del derecho de gentes, es fundamentalmente consciente de la existencia de los otros, como todo internacionalista. Pero no se conforma con verlos aislados en su alteridad. A sus ojos, su propia comunidad, española y cristiana, es puesta en tela de juicio por la aparición de dos sociedades más allá del océano, pues para Vitoria, se trata de pensar el mundo, el *orbis*, de pensarse “nosotros con todos los demás”. Así se explica esta evolución: la búsqueda del hombre lo lleva al descubrimiento de la humanidad”.⁴⁵

Quintano Ripollés señala que la expresión misma “crimen contra la Humanidad” parece inspirada en una visión iusnaturalista del Derecho, dado que alude a “presupuestos extra-positivos o supranacionales, como los de una Humanidad unitaria y portadora de inviolables derechos más allá de los atribuidos a la ciudadanía en un Estado determinado”.⁴⁶

“La acepción de ‘Humanidad’, en sí misma, es propicia a ambigüedades y no bien determinada en lo jurídico-penal. Hasta en su sentido gramatical y ortográfico, según se escriba con mayúscula o con minúscula en las lenguas latinas (*Humanitas*), ofrece una semántica diversa, pareciendo indicar, en el primer

⁴⁴ TRUJILLO PÉREZ, I., *op. cit.*, p. 129.

⁴⁵ DUPUY, R. J., «La vision de l’humanité dans l’école de Salamanca du XVIe siècle», en A. Mangas Martín (coord.), *La escuela de Salamanca y el derecho internacional en América*, 62-65, Salamanca: Universidad de Salamanca y Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1993.

⁴⁶ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, Tomo I, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, 1955, p. 645.

supuesto, un ataque a la Humanidad como conjunto de seres humanos, y en el segundo a la humanidad en cuanto sentimiento, lo que evidentemente no es lo mismo”.⁴⁷

Señala que el “crimen contra la Humanidad integral y, por decirlo así, perfecto, precisaría como objetivo la destrucción del género humano [...]. Queda pues reducido en realidad dicho crimen a un atentado contra una determinada y forzosamente reducida fracción de la Humanidad, perpetrado bajo el imperio de específicos móviles”.⁴⁸

Aroneanu decía que el carácter impersonal de la víctima, esto es, el puramente objetivo, en cuanto perteneciente a una colectividad, es el primer elemento que se ha de considerar como bien jurídico protegido. Por ello, Aroneanu propuso la denominación “crimen contra la persona humana”.⁴⁹

Entre los autores contemporáneos, Falk considera que el concepto de humanidad es un importante concepto que permite organizar el discurso político y ético, que se utiliza como un instrumento polémico, como una categoría descriptiva y como la inserción en la realidad social de ideales fundamentales éticos y espirituales. Pero es un concepto acompañado de ambigüedad y confusión debido a los múltiples usos que se le dan, y ello limita la contribución que puede aportar a lo que este autor ha denominado “*moral globalization*”.⁵⁰

La globalización moral es un elemento vital para responder a la crisis cada vez más profunda de la gobernanza mundial, y ha de contar con un marco biológico y normativo que haga referencia a la humanidad a fin de poder dar una respuesta coherente y ampliamente aceptable.⁵¹

⁴⁷ *Humanitas* sería sinónimo de piedad. *Ibidem*, pp. 645 y 646.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ ARONEANU, E., *Le crime contre l'humanité*, París: Dalloz, 1961, p. 35. Quintano Ripollés considera que esa expresión no evita en nada la ambigüedad. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *op. cit.*, p. 647.

⁵⁰ FALK, R., *Achieving Human Rights*, Nueva York-Londres: Routledge, 2009, p. 192.

⁵¹ *Ibidem*.

Las pretensiones del derecho internacional de constituir un orden normativo vinculante para los Estados dentro de determinados límites abarcaban también la posibilidad de sentar las bases de un auténtico “derecho global” que reflejara las esperanzas de dignidad de todos los pueblos. Estas esperanzas se fueron articulando paulatinamente en un discurso de “humanidad”. Falk señala que, a medida que el derecho internacional trasciende la mera función de servir a los Estados, comienzan a utilizarse la palabra humanidad y todas las derivadas. Por ejemplo, en Nuremberg se habla de “crímenes contra la humanidad”, haciendo referencia a los crímenes de los gobiernos contra sus ciudadanos.⁵²

Sin embargo, como observa Delmas-Marty, “la humanidad tiene mala reputación” porque se percibe como un universalismo totalitario, que amenaza a los hombres respecto a su singularidad e inquieta a los Estados respecto a su soberanía.⁵³

Esta autora distingue el concepto de humanidad del concepto de “derechos humanos”. Mientras que estos últimos se inscriben en un primer momento -hasta la Declaración Universal de 1948- en un contexto político y jurídico nacional, la humanidad ha aparecido directamente en el derecho internacional, en particular en el contexto de los crímenes contra la humanidad. Es decir, la humanidad nace como “víctima” de crímenes de guerra primero, y luego de crímenes contra ella misma. Pero ¿cómo puede la humanidad ser ella misma? ¿De qué estamos hablando cuando perseguimos los “crímenes contra la humanidad”?⁵⁴

Como dice Delmas-Marty, la humanidad, en cuanto víctima, no se distingue jurídicamente de los hombres que la integran. Sin embargo, en la evolución del derecho internacional destinado a su protección se ha asistido a una ampliación de los destinatarios de esa protección, como veremos en el capítulo siguiente, de las

⁵² Esta es una verdadera innovación: los Estados comienzan a responder en el exterior, ante instancias ajenas a ellos mismos, por actos realizados dentro de su territorio. Y no solo responde el Estado sino que también lo hacen sus funcionarios.

⁵³ DELMAS-MARTY, M., *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit*, París: Éditions du Seuil, 2004, p. 74.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 75.

víctimas de las guerras a las víctimas de los conflictos armados, y luego a las víctimas civiles de ambas situaciones, hasta llegar a las víctimas de los abusos de sus propios Estados. Se configura entonces el derecho penal internacional, en el que los crímenes contra la humanidad se diferencian de los delitos ordinarios, por más atroces que estos sean, pero para ello la humanidad ha debido adquirir una categoría jurídica específica.⁵⁵

Para precisar el significado de esta categoría, Delmas-Marty se remite a una sentencia del Tribunal Superior Federal Alemán que expone su concepción respecto del genocidio: “[...] el valor protegido por el crimen de genocidio no se identifica a los bienes jurídicos individuales de las personas víctimas de los actos perpetrados, sino que consiste en la existencia del grupo en cuanto tal, y el aspecto inhumano, criterio particular de antijuridicidad en relación con el asesinato, reside en el hecho de que los autores no ven a su víctima como un ser humano sino como miembro del grupo perseguido”.⁵⁶

Como observa la autora citada, lo que significa la tipificación del crimen contra la humanidad, incluido el genocidio, es la inscripción profunda del ser humano en un grupo, es decir, su conversión en un elemento intercambiable, sin individualidad, encadenado a su origen.⁵⁷

En un primer examen del tema, parecería que el bien jurídico protegido en los crímenes contra la humanidad es la singularidad del ser humano, no la humanidad, en cuanto concepto colectivo.

A este respecto es interesante recordar un breve texto de Lévinas sobre la filosofía del hitlerismo. Lévinas dice que, tanto para el cristianismo como para el liberalismo moderno, el cuerpo es el "eterno extranjero". El cuerpo es un obstáculo, algo que, por vincularnos a las condiciones terrestres, debe ser

⁵⁵ La gravedad del crimen, según cómo la definamos, puede ser la diferencia entre los crímenes internacionales y los delitos ordinarios, o nacionales.

⁵⁶ DELMAS-MARTY, M., *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit*, op. cit. p. 84. La sentencia a la que se refiere es *Jorgic*, n.º 6.3.1, del Tribunal Superior Federal Alemán (Bundesgerichtshof), de 30 de abril de 1999.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 85.

superado. La filosofía hitleriana, en cambio, sostiene otra concepción del hombre. Al contrario del pensamiento judeocristiano, encuentra la esencia del espíritu en el encadenamiento al cuerpo. Lo biológico, las misteriosas voces de la sangre, los llamados de la herencia y del pasado a los cuales el cuerpo servirá de vehículo, pierden el carácter de problemas sometidos a un yo soberanamente libre. La esencia del hombre no reside ya más en la libertad, sino en una especie de encadenamiento. El hombre debe tomar conciencia de este encadenamiento y aceptarlo.⁵⁸

Agamben en su libro *Homo Sacer* se refiere a una publicación de 1920 titulada "La autorización de la aniquilación de la vida indigna de ser vivida".⁵⁹ Este opúsculo estaba concebido para justificar la no punibilidad del suicidio alegando la necesidad de que el derecho reconociera al hombre como soberano de su propia existencia.⁶⁰

Sin embargo, de esta soberanía del hombre sobre sí mismo los autores del opúsculo derivan la necesidad de autorizar el aniquilamiento de la vida indigna de ser vivida. Con esta expresión se refieren solamente a la licitud de la eutanasia; sin embargo, Agamben hace notar la importancia decisiva que tiene la aparición en la escena jurídica europea del concepto de vida que no merece ser vivida. (Y, por consiguiente, del concepto correspondiente de vida que merece ser vivida).⁶¹

Esta posibilidad de atribuir o negar valor a la vida de los seres humanos entraña la admisión de la existencia de vidas humanas que han perdido hasta tal punto la calidad de bien jurídico que su continuación, tanto para el que lleva esa vida como para la sociedad, ha perdido todo valor. Binding aplica el concepto de

⁵⁸ LÉVINAS, E., «Quelques réflexions sur la philosophie de l'hitlérisme», en C. Chalier y M. Abensour (dirs.), *Cahier de l'Herne: Emmanuel Lévinas*, París, Éditions de l'Herne, 1991, pp. 155-159.

⁵⁹ BINDING, K.; HOCHÉ, A., *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*, Buenos Aires: Ediar, 2009. (*Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*).

⁶⁰ AGAMBEN, G., *Homo sacer*, Turín: Einaudi, 1995, p. 150.

⁶¹ Agamben recuerda que Schmitt cita este opúsculo en su obra *Theorie des Partisanen*, en el contexto de una crítica a la introducción del concepto de valor en el derecho, donde afirma: "Quien determina un valor fija *eo ipso* siempre un no-valor. El sentido de esta determinación de un no-valor es la aniquilación del no-valor". *Ibidem*, p. 151.

vida sin valor a los individuos "incurablemente perdidos", que por enfermedad o heridas desean absolutamente la "liberación"; a los idiotas incurables, aunque en estos no exista la voluntad de morir. Es importante observar que en este último caso no encuentra ninguna justificación, ni moral ni jurídica ni religiosa, para que no se les dé muerte, desde el momento en que estos seres son "la imagen invertida de la humanidad auténtica".⁶²

Esta nueva categoría jurídica de vida sin valor corresponde puntualmente, señala Agamben, a la "vida desnuda" del *homo sacer*. Este era aquel que, en el derecho romano arcaico, por haber cometido delito, o por otras causas, podía ser matado pero no inmolado en sacrificio. El *homo sacer* se encontraba en realidad tanto al margen del derecho divino como del derecho humano. Agamben recuerda que varios autores se han referido a la ambigüedad de las cosas sagradas, que inspiraban tanto veneración como horror. A diferencia de las cosas que eran objeto de una *consacratio*, ceremonia que las hacía pasar del *ius humanum* al *ius divinum*, el *homo sacer* era un ser humano puesto fuera de la jurisdicción humana sin traspasar a la jurisdicción divina. Por lo tanto tenía lugar una doble exclusión, y era esta exclusión doble la que lo exponía a la violencia insancionable.⁶³

Agamben traza un paralelo entre la *nuda vita* del *homo sacer* y la vida de los detenidos en los campos de concentración. El ingreso en ellos significaba la definitiva exclusión de la comunidad política. La privación de todos los derechos y expectativas que suelen atribuirse a la existencia humana. Pero los excluidos, los despojados de derechos y privados de expectativas estaban aún biológicamente vivos. Por ello se situaban en una zona límite, como el *homo sacer*, entre la vida y la muerte, entre el interior y el exterior. No eran nada más que vida desnuda. El recinto del *lager* delimitaba una frontera extratemporal y extraterritorial, en la que el cuerpo humano perdía su estatuto político y jurídico normal y, en un estado de excepción, quedaba abandonado a las situaciones más extremas.⁶⁴

⁶² BINDING, K.; HOCHE, A., *op. cit.*

⁶³ Sobre este tema, GIRARD, R., *La violence et le sacré*, París: B. Grasset, Coll. Pluriel, 1972, y del mismo autor, *Le bouc émissaire*, París: B. Grasset, 1982.

⁶⁴ AGAMBEN, G., *Homo sacer, op. cit.*, p. 190.

Para justificar la eliminación de la vida humana había que despojarla de todo valor. Ese despojo era consecuencia de una decisión política, expresión, como hemos visto, de una filosofía que establecía la distinción entre vida con valor y vida sin valor, entre la vida que merece ser vivida y la que no lo merece, con el fin de poder configurar determinada imagen del hombre: del hombre que se deseaba crear y del hombre que se deseaba destruir.

Pero la política de exclusión, que en el nazismo llegó a los extremos más terribles, no ha terminado. Muchos vemos aún la continuación de esa política en las medidas represivas frente al terrorismo y en la construcción de muros infranqueables para los inmigrantes no deseados. Y en ambas cosas se vislumbra la misma soberanía estatal que se erige frente al derecho internacional.

Portilla Contreras recurre a la figura del *homo sacer* para ilustrar la política de exclusión que caracteriza al neoliberalismo, principalmente después del 11 de septiembre de 2001. Señala: “[...] el ‘Homo sacer’ aparece ya claramente dibujado por la situación de los “presos” talibanes en Guantánamo, un ejemplo que manifiesta la traslación a la realidad de la ficción jurídica de las no-personas, es decir, de los enemigos sin derechos”.⁶⁵ Este autor extiende la analogía a otros grupos excluidos como los inmigrantes, cuando, remitiéndose a Arendt, dice: “Si el referente de la soberanía política hasta ahora ha sido el judío en el campo de concentración, en estos momentos es el inmigrante ilegal el que ocupa su lugar”.⁶⁶

Zúñiga Rodríguez, en el contexto de la victimización del inmigrante, hace referencia a este “excluir-incluir” por parte del derecho. Recuerda el trato dado al extraño, al diferente, desde el bárbaro, pasando por el extranjero, el apátrida, hasta los inmigrantes ilegales de hoy. “En todos estos casos, se produce la misma

⁶⁵ PORTILLA CONTRERAS, G., «La configuración del ‘Homo sacer’ como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial», en F. Pérez Álvarez (ed.), *Serta: In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca: CISE, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, p. 1403.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 1402. Sin embargo, aclara que en realidad esta política de exclusión actualmente no constituye una excepción, como podría deducirse de los ejemplos que hemos dado, sino “la forma habitual de establecer las relaciones jurídicas”; la figura del *Homo sacer* -agrega Portilla- recae “en todos los que se subordinan al poder soberano”. *Ibidem*, p. 1401.

dinámica: la construcción de un estatus jurídico excluyente para un grupo de personas, que son privadas de toda protección por la sociedad y se quedan en el limbo prácticamente de la inexistencia”.⁶⁷ Señala también la creación del estatus jurídico del sujeto de derechos, que, “si bien constituyó una liberación para un grupo de personas que podían acceder a ese estatus, en la práctica constituyó para otras una situación de exclusión, de no-derechos. El derecho siempre libera y excluye”.⁶⁸

Berdugo Gómez de la Torre y Pérez Cepeda hablan de la “normativización del concepto de persona” que reemplazaría al sujeto universal de derechos, lo que “ha permitido la separación del Derecho penal en función de la valoración entre las acciones de las personas y de las no personas (enemigos)”.⁶⁹

Vale la pena recordar aquí las reflexiones del jurista francés Carbonnier a propósito del “no sujeto de derecho”. Incluso se podría trazar un paralelo entre el *homo sacer*, recordado por Agamben, y el “no sujeto de derecho” del que nos habla Carbonnier.⁷⁰ Este autor dice que el no sujeto de derecho se encontraría al mismo tiempo fuera del derecho y dentro del derecho. Aunque señala que esta circunstancia es producto de la ambigüedad inherente a la misma palabra “derecho”. No sujeto, porque está privado de derechos subjetivos, pero no obstante sujeto porque está sujeto al derecho objetivo.

El “no sujeto de derecho” no denota una negatividad sin límites. No todo aquello que no es sujeto de derecho es “no sujeto de derecho”. Si no se estableciera una limitación racional de la negatividad, todo sería no sujeto de derecho, hasta las estrellas. Solo son no sujetos de derechos aquellos que, teniendo vocación teórica

⁶⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «El inmigrante como víctima. Contradicciones del tratamiento penal», en M. R. Diego Díaz-Santos; E. A. Fabián Caparrós; C. Rodríguez Gómez (coords.), *La reforma penal a debate, XVI Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004, p. 106.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 107.

⁶⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I; PÉREZ CEPEDA, A., «Derechos Humanos y Derecho Penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones», en *Revista penal*, n.º 26, 2010, p. 99.

⁷⁰ CARBONNIER, J., *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, pp. 177 y ss.

para ser sujetos de derecho, no lo son, bien porque se les ha impedido serlo desde un principio, bien porque lo han sido en determinado momento y se les ha obligado a dejar de serlo. Dice Carbonnier que se puede llegar a deducir, en general, que el no sujeto toma conciencia de su condición bajo el aguijón del dolor, cuando un estado anterior le había permitido conocer la condición de sujeto de derecho.⁷¹ En todo caso, el derecho puede crear sus propios sujetos o despojarlos de esta condición. Una condición jurídica, aclara, es una etiqueta colocada desde fuera del sujeto al que se le atribuye. Entre los ejemplos menciona a los incapaces, que serían no sujetos en cuanto sujetos de derecho imperfectos. (Cabe recordar que el plan de eutanasia nazi comenzó con la eliminación de los incapaces). Y se refiere también a los *Untermensch* del régimen nazi. Los hebreos eran desnacionalizados antes de ser enviados a los campos de concentración, porque era necesario despojarlos de sus atributos de sujetos de derecho para que se abriera la posibilidad de su aniquilación. Solo despojándolos de su condición de sujetos de derecho, convirtiéndolos en "vidas desnudas", desnuda vida biológica sin ningún otro valor, era posible excluirlos del derecho y simultáneamente incluirlos, pero como meros objetos utilizables y eliminables.

La filosofía de los derechos humanos nace como reacción a esta posibilidad de despojar, incluso legalmente, de todo valor a la vida humana, aunque haya sido despojada de todos sus derechos, aunque no le quede a quien vive esa vida despojada otra cosa que el cuerpo. Por eso esta filosofía tiene esas connotaciones "sacras", que son tan criticadas. La sacralidad que se le atribuye es la perentoriedad de un discurso que necesita ser lo suficientemente categórico como para rechazar en forma absoluta el discurso contrario.

1.2.1. Los derechos humanos

Carrillo Salcedo se pregunta: "Si los derechos humanos son una de las dimensiones constitucionales del Derecho internacional contemporáneo [...] ¿qué

⁷¹ *Ibidem*, p. 185.

cambios ha introducido este nuevo principio en la posición de los Estados ante el derecho internacional?"⁷²

Responde diciendo que la soberanía estatal sigue siendo un principio constitucional del derecho internacional, y que no ha sido desplazada por el reconocimiento de la dignidad de la persona, pero "ha quedado erosionada y relativizada por el desarrollo normativo que ha seguido a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, ya que en el derecho internacional general contemporáneo (y, por tanto, no solo en el marco convencional) todos los Estados tienen la obligación jurídica, *omnium y erga omnes*, de respetar los derechos fundamentales de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción".⁷³

Si en el derecho internacional tradicional el trato que un Estado daba a sus nacionales era una cuestión de su propia jurisdicción interna, en el derecho internacional contemporáneo el Estado debe responder de ese trato frente a la comunidad internacional. Ahora bien, no debe responder de cualquier trato, sino del trato que afecte a lo que en el ámbito internacional se va considerando como los derechos humanos más esenciales. Es decir que, al menos en esta materia, restringida, aunque no con total precisión, la soberanía estatal encuentra sus límites.

El reconocimiento de los derechos humanos tiene repercusiones que afectan a otras esferas de las relaciones entre los Estados, incluso aquellas que se consideran un progreso como la tolerancia a la diversidad, el multiculturalismo. Son elocuentes en ese sentido las palabras de Berdugo Gómez de la Torre y Pérez Cepeda: "Los derechos humanos deben ser la base común a todo el planeta, siendo inaceptable que el respeto a la diferencia cultural pueda alcanzar a las culturas que no respetan los derechos humanos".⁷⁴

⁷² CARRILLO SALCEDO, J. A., «Sul contributo della Scuola Spagnola di diritto delle genti ai fondamenti filosofici dei diritti dell'uomo», *op. cit.*, p. 19.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I; PÉREZ CEPEDA, A., «Derechos Humanos y Derecho Penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones», *op. cit.*, p. 87.

Otra consecuencia en las relaciones entre los Estados resultante de esta nueva función de protección de los derechos humanos que cumplen el derecho y la comunidad internacionales es el deber de solidaridad en los esfuerzos por garantizar la protección universal y efectiva de los derechos humanos. Este deber está consagrado en el artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas, que se remite al artículo 55, cuyo párrafo 3 se refiere concretamente a los derechos humanos.⁷⁵

El enfoque con el que aquí abordo el tema de los derechos humanos es sumamente restringido. En primer lugar, porque me interesa en función de la relación del derecho internacional con el individuo, considerado hasta hace muy poco únicamente como sujeto de derecho nacional. Normalmente, cuando se habla del individuo como nuevo sujeto de derecho internacional se habla de su responsabilidad por crímenes internacionales. En este contexto, en cambio, me interesa destacar al individuo sujeto de derecho internacional como destinatario de la protección de ese derecho y no como sujeto responsable de crímenes internacionales.

En segundo lugar, mi enfoque es restringido porque se limita a los derechos humanos más esenciales, es decir, los que resultan afectados por los crímenes internacionales: la vida, la integridad física, la libertad (en el sentido de la libertad de movimiento más elemental). No porque considere que los otros derechos no tienen importancia, sino porque el tema central gira en torno de los conceptos jurídicos asociados con los crímenes internacionales, y estos afectan a los derechos humanos mencionados.

Nuestra conciencia de la posibilidad de los crímenes internacionales nació de la experiencia, de lo transmitido por la historia. Y, si reflexionamos, todo el discurso sobre los derechos humanos ha cobrado impulso, dado que no se puede

⁷⁵ “**Artículo 55.** Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: [...] el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”. “**Artículo 56.** Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55”.

decir que no existía antes, como hemos visto, a raíz de los horrores de la Segunda Guerra, del Holocausto.⁷⁶ Esto significa que primero vinieron los crímenes y luego las normas que los prohibían. Los derechos humanos nacieron ante la posibilidad, que hemos visto en el epígrafe anterior, de que hubiera humanos sin derechos.

Los juicios de Nuremberg, así como los Principios de ellos derivados, representaron un desafío fundamental a la ideología de Westfalia de una soberanía estatal incondicional, sin obligación alguna de responder ante instancias externas, y también un desafío a la idea de inmunidad de los líderes fuera de su territorio por actos cometidos dentro de las fronteras del Estado.

Las descripciones de los horrores que se dieron a conocer en Nuremberg sirvieron para mitigar las objeciones a estos desafíos, expresadas tanto en acusaciones de que se trataba de la justicia de los vencedores como en argumentos legalistas, como la no retroactividad. La necesidad de responder a los crímenes internacionales no solo ha puesto en tela de juicio la soberanía incondicional del Estado, sino también las concepciones iusfilosóficas, que conciben al ordenamiento jurídico como un todo cerrado, impermeable a las consideraciones valorativas.⁷⁷ Lo señala muy claramente Zúñiga Rodríguez: “[...] hace ya tiempo que se ha firmado el certificado de defunción del orden dogmático como dominio cerrado en sí mismo. Sus aporías, sus mitos, sus dogmas han sido desvelados especialmente

⁷⁶ A propósito del Holocausto, Falk señala que los orígenes y la evolución del desarrollo de los derechos humanos poco tienen que ver con el Holocausto hasta que en el decenio de 1990 tiene lugar el cambio de la política mundial y del clima moral. La resistencia de los gobiernos a establecer un régimen internacional de los derechos humanos que fuera algo más que puramente teórico fue contrarrestada también en esa época por las presiones de la sociedad civil. También señala que tanto Nuremberg como la Convención contra el Genocidio, respuestas ambas al Holocausto, tenían más que ver con “agresión” o “crímenes contra la paz” que con los derechos humanos. FALK, R., *Achieving Human Rights*, *op. cit.*, p. 91.

⁷⁷ Es este un tema, el de la influencia del derecho internacional en las concepciones iusfilosóficas del ordenamiento jurídico, que invita a más profundos desarrollos, si bien está presente a lo largo de todo este trabajo.

después de la barbarie de la segunda guerra mundial en que se puso en evidencia la necesidad de un sistema penal que esté atento a la realidad social”.⁷⁸

El fiscal estadounidense Robert Jackson, en su célebre “promesa”, dijo que los principios que se aplicaban para juzgar a los acusados alemanes servirían en el futuro para juzgar las acciones de todos los gobiernos, incluso aquellos que se sentaban ahora en el lugar de los jueces.⁷⁹

No obstante, durante mucho tiempo prevalecieron las consideraciones de orden geopolítico frente a la voluntad de defender los derechos humanos. Ha sido la sociedad civil, tanto los individuos como los grupos, la que mantuvo vivos el espíritu de Nuremberg y la memoria del Holocausto.

Falk se pregunta con curiosidad por qué no se ha vinculado más directamente el Holocausto con los primeros pasos en materia de derechos humanos. Una posible respuesta sería que precisamente la magnitud de las violaciones que tuvieron lugar no se correspondía con la debilidad de las propuestas formuladas.⁸⁰

En efecto, las débiles declaraciones no daban ninguna indicación de que los gobiernos estuviesen preparados para actuar contra futuros holocaustos. Pero tampoco ninguna indicación de que estuviesen dispuestos a aceptar ninguna responsabilidad internacional ellos mismos.

Esta debilidad de propósitos en materia de derechos humanos se explica porque en la etapa inmediatamente posterior a la Guerra se consideraba conveniente no perturbar a los gobiernos que habían tenido una actitud oportunista frente al nazismo. (Basta recordar la actitud generalizada de no intervención ante el Holocausto nazi, la participación en las Olimpiadas de Berlín

⁷⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada: Editorial Comares, 2009, p. 9.

⁷⁹ *The Trial of German Major War Criminals*, His Majesty's Stationery Office, Londres, 1946, disponible en Equipo Nizkor, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/>.

⁸⁰ FALK, R., *Achieving Human Rights*, *op. cit.*, p. 84.

de 1936, el rechazo de refugiados y el no haber bombardeado las vías de ferrocarril que conducían a Auschwitz).

El Holocausto ejerció una influencia menor de la que cabía esperar, y según nuestro autor ello obedeció a la enormidad e inmediatez del fenómeno, pero también a la configuración política después de Nuremberg, cuando había pocos gobiernos que defendieran dentro de sus territorios los derechos y libertades individuales.

La tendencia en la política exterior posterior a la guerra era considerar el Holocausto como algo irrelevante para el futuro, como “una anomalía de política patológica” (lo que es interesante respecto al debate sobre la “unicidad” del Holocausto, que veremos más adelante en este mismo capítulo). Pero también se consideraba inconveniente insistir en él en relación con “*the new thinking*” respecto a Alemania, es decir, el criterio que la consideraba no como un enemigo vencido sino como un país dividido, que representaba el mayor peligro de una tercera guerra mundial.⁸¹

Varios años después, una vez terminada la “guerra fría”, es asombrosa la cantidad de demandas presentadas invocando la memoria del Holocausto. Pero también lo es la respuesta a esas demandas de los gobiernos y otras instituciones -como bancos y sociedades- lo que revela también su disposición a aceptar una serie de obligaciones morales y jurídicas de adoptar las medidas necesarias para mitigar las injusticias pasadas. Esto pone de manifiesto que contrariamente a lo previsible -es decir, que con el paso del tiempo la importancia del Holocausto se fuese desvaneciendo- esa importancia fue aumentando. Falk responde que ello puede explicarse por el desplazamiento que tuvo lugar después de terminada la guerra fría en el foco geopolítico, como lo demuestra el papel preponderante de los Estados Unidos en los asuntos mundiales durante el decenio de 1990, y la forma en que atendió a las demandas de los reclamantes por el Holocausto.

⁸¹ Para Washington, Alemania debía ser rehabilitada lo antes posible y no se debía recordarle constantemente su pasado criminal.

Viola afirma que en el panorama mundial hay tres entidades simbólicas: los derechos humanos (que conciernen al individuo o la persona), las comunidades nacionales (las autoridades políticas en la forma tradicional de Estados) y la comunidad internacional (representada por un organismo internacional como las Naciones Unidas o las asociaciones regionales).⁸² Por supuesto, se da una interacción entre esas tres entidades: la expansión internacional de los derechos humanos se considera una de las causas que han puesto en crisis el concepto de soberanía del Estado moderno y, en consecuencia, el concepto de ciudadanía nacional.

No obstante haber señalado esta interacción en el sentido que acabamos de indicar, Viola reconoce que la política ha tenido históricamente un papel importante y decisivo en la afirmación de los derechos humanos, porque -dice- si los derechos humanos no hubieran sido incorporados en las constituciones como derechos fundamentales no habrían penetrado tan profundamente en la conciencia de la humanidad.⁸³

Sin embargo, cabe hacer dos objeciones. Por una parte, muchos autores consideran necesario mantener la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales. Pérez Luño toma como criterio distintivo “el diferente grado de concreción positiva de estas dos categorías”.⁸⁴ En efecto, define los derechos fundamentales en los términos siguientes: “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”.⁸⁵ Es decir, su diferencia de los derechos humanos estriba en que están “jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo”.⁸⁶

⁸² VIOLA, F., *Etica e metaetica dei diritti umani*, Turín: Giappichelli Editore, 2000, p. 55.

⁸³ *Ibidem*, p. 68.

⁸⁴ PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, 9ª ed., Madrid: Tecnos, 2007, p. 46.

⁸⁵ *Ibidem*. En un sentido similar, Viola, que considera que los derechos fundamentales son los derechos consagrados en las constituciones estatales. VIOLA, F., *op. cit.*, p. 39.

⁸⁶ Es interesante la interpretación que hace Pérez Luño del término “fundamentales”. Dice que responde a su “carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del

Nino observa que algo que suele generar confusiones es la “especie” de derechos a la que se alude cuando se habla de derechos humanos. Dice que, aunque parece un pleonasma hablar de “derechos jurídicos” y “huele a inconsistencia referirse a ‘derechos morales’, tiene pleno sentido preguntarse si los derechos humanos son de índole jurídica o moral o si corresponden a esa categoría mestiza constituida por el *derecho natural* (o si pueden ser a la vez morales, jurídicos y ‘jurídico naturales’).⁸⁷

Se plantea esta confusión, explica Nino, porque, si bien parece obvio que cuando hablamos de derechos humanos aludimos a situaciones normativas de derecho nacional o internacional, también hay casos en los que se entiende que los derechos positivos constituyen solo una consagración de derechos independientes de todo reconocimiento jurídico: se reclama el respeto de los derechos humanos precisamente porque no se los respeta. Este autor dedica toda la obra citada (o su mayor parte) a la consideración de esta cuestión, es decir, al carácter de los derechos humanos. En el presente trabajo me interesa poner de relieve que el tema de los derechos humanos es otro de los temas fundamentales para el derecho penal internacional, pero que se encuentra en las arenas movedizas del debate entre los iuspositivistas y los iusnaturalistas.

Intentaré referirme brevemente a la solución que ofrece Nino en tanto nos sea útil para el tema de la universalidad de los derechos humanos como punto de conexión entre derecho nacional y derecho internacional, y su relación con el concepto amplio de comunidad internacional. Uno de los rasgos que caracterizan a estos derechos es que versan sobre bienes de particular importancia para sus titulares. Se plantea entonces quiénes son esos titulares. ¿Basta decir que sea un ser perteneciente a la especie humana? Nino descarta esta generalización dando una serie de ejemplos en que no existe una correspondencia entre ambas cosas: ser humano y ser titular de derechos. (Considero que, además, sería infringir la ley

Estado de derecho”. PÉREZ LUÑO, A., *op. cit.*, p. 47. En un sentido similar, Viola considera que los derechos fundamentales son los derechos consagrados en las constituciones estatales, VIOLA, F., *op. cit.*, p. 39.

⁸⁷ NINO, C. S., *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires: Paidós, 1984, p. 23.

de Hume, de que no se puede derivar un deber ser del ser, aunque no sé hasta qué punto eso sería determinante).

Parte de la aceptación de una normatividad moral a efectos de una conceptualización básica de esos derechos: reconoce la necesidad de postular ciertos principios morales de los que derivarían los derechos que calificamos de humanos. Esos principios morales se caracterizan por los rasgos siguientes: a) no son principios de una moral positiva sino de una moral crítica o ideal, que puede o no tener vigencia, b) si fueran aceptados para justificar ciertas conductas, lo serían como justificación final, es decir, no habría principios de otro tipo que prevalecieran sobre ellos, c) pueden valorar cualquier conducta.

De su razonamiento se deduce que los derechos humanos son derechos de índole moral y no jurídica. Pero esa deducción, explica Nino, no debe llevarnos a la conclusión de que dichos derechos son irrelevantes para el derecho. Incluso cuando aceptemos solo un concepto positivista, puramente descriptivo y no valorativo del derecho. Es posible adoptar ambos criterios, dado que la identificación del sistema jurídico “es una cuestión teórica que puede resolverse en forma valorativamente neutra”; en cambio, “la decisión acerca de qué actitudes y qué curso de acción debe adoptarse frente a un cierto orden jurídico o ante una determinada norma jurídica, es una cuestión práctica que [...] no puede resolverse sin comprometerse, explícita o implícitamente, con ciertos principios de justicia y moralidad social, como los que establecen derechos individuales básicos”.⁸⁸ Sostiene, además, que todo orden jurídico tiene lagunas, o ambigüedades, o imprecisiones, que no pueden resolverse sin recurrir a consideraciones valorativas (esto lo acerca a la filosofía hermenéutica, por el papel que reserva a la interpretación integradora).

Nino señala que para la teoría y la práctica jurídicas reviste primordial importancia “la cuestión ética normativa o sustantiva acerca de cuáles son los principios válidos de justicia y moralidad social y cuáles sus implicaciones para diversas áreas jurídicas”. Y agrega que esta importancia es más decisiva aún en el

⁸⁸ *Ibidem*, p. 27.

caso de “principios morales que generan derechos humanos”. Dice que los jueces deben determinar cuáles son los derechos humanos que derivan de principios morales válidos, aunque estos principios no estén consagrados en normas positivas, y si los derechos que derivan de las normas positivas no coinciden con los que derivan de esos principios, en ese caso “se los deberá hacer coincidir por vía interpretativa o se deberá ir más allá de tales normas positivas”.⁸⁹

Y da a continuación un ejemplo que permite constatar que su postura es la de la llamada “fórmula Radbruch”, y que coincide con la postulada en el derecho penal internacional: dice que si hay un derecho moral básico a no ser torturado, “la posición moral del juez no se altera por el hecho de que aquel derecho no esté consagrado en el sistema jurídico”, a diferencia de otros casos en que las normas sean “moderadamente injustas”.⁹⁰

Afirma que este razonamiento no implica que sea superflua la consagración jurídica de los derechos humanos, sino que esta consagración no es necesaria ni suficiente para lograr el respeto de los derechos humanos, porque su ausencia no hace legítimas las normas que no los respeten, y su presencia no exime de recurrir a consideraciones morales para establecer el alcance de esos derechos.

Esa dimensión moral, que podríamos denominar también axiológica, no solo acompaña a la normativa internacional de los derechos humanos sino también a la nacional, a través de las Constituciones. Estas funcionan como un control de legitimidad de la actividad legislativa del poder político no solo formal sino principalmente sustancial o material. El Estado de Derecho es un Estado Constitucional de Derecho. Pero además, al existir “instancias supranacionales de control jurisdiccional”, como dice Jacobucci, se produce “una apertura aún más intensa, ya que al bloque axiológico constitucional se suma la instancia valorativa internacional o global”.⁹¹ Este autor dice que se trata de un nuevo derecho natural,

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 30.

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ JACOBUCCI, G. J., «El dilema de la legalidad en el derecho penal de los derechos humanos», en M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *El derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, Madrid: Edisofer, 2006, p. 1088.

un derecho de gentes. “El conflicto se hace entonces especialmente intenso, ya que la reafirmación de los derechos humanos en el orden universal parece exigir la flexibilización de la legalidad formal [...]”, lo que conduciría a “un derecho penal de los derechos humanos, con una legalidad particular o diferenciada del resto del orden jurídico”.⁹²

No pretendo ni deseo entrar en las diversas fundamentaciones filosóficas de las normas morales, sino solo partir de la admisión de que esas normas no están totalmente desvinculadas del sistema jurídico. Creo que esa visión más amplia del sistema jurídico, al menos de su insuficiencia y de la necesidad de su integración con otras normas positivas internacionales, o morales no positivas, dado que una vez que son positivas dejan de ser morales, se puede explicar a efectos conceptuales en el contexto de un abandono de las pretensiones científicas del positivismo jurídico y de una visión más flexible del derecho, como la que propone, por ejemplo, Zagrebelsky.⁹³

1.2.2. La Declaración de Derechos Humanos

En el período comprendido entre las dos guerras mundiales, el de la Sociedad de las Naciones, los derechos humanos fueron protegidos en forma sectorial, en función de los derechos de los seres humanos situados en determinadas categorías específicas. La Sociedad de las Naciones conservó la estructural interestatal del orden internacional, y la soberanía como principio constitucional del Derecho internacional.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, marcó un cambio en la historia: desde ese momento en adelante el hombre -dice Arendt- y no el precepto divino ni los usos consagrados de la tradición sería la fuente del derecho; esa Declaración era la carta de emancipación del género

⁹² *Ibidem*, pp. 1089-1090.

⁹³ De este autor, ver *Il diritto mite: legge diritti giustizia*, Turín: Einaudi, 1992; *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bolonia: Il Mulino, 2008; *La virtù del dubbio, Intervista su etica e diritto*, G. Preterossi (ed.), Roma: Editori Laterza, 2007.

humano de toda tutela, era el reconocimiento de su mayoría de edad.⁹⁴ Esos derechos se consideraron inalienables, no derivados de ninguna autoridad ni ley, y esta última no se veía como necesaria para protegerlos dado que, al contrario, todas las leyes se basaban en los derechos. “El hombre se presentaba como el único soberano en materia de derechos, así como el Estado en materia de gobierno”.⁹⁵ La paradoja que ve Arendt en las declaraciones de derechos humanos es que se refieren a un hombre abstracto, que no existía en ningún lugar. Sin embargo, poco se tardó en descubrir que, tan pronto como los individuos perdían la protección de su gobierno y se amparaban en los derechos que les correspondían solo por haber nacido, se encontraban en el más absoluto desamparo. (Aun cuando hubiese organismos internacionales que intentasen protegerlos, dado que bastaba la oposición del gobierno para que sus intentos fueran inútiles). Por lo tanto -afirma Arendt- aun perdiendo todos los derechos humanos el hombre no pierde su dignidad, solo la pérdida de una comunidad política lo excluye de la comunidad en general.⁹⁶

El primer paso del derecho internacional hacia los sujetos individuales, sin la intermediación estatal, fue dado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), porque los mecanismos de control podían ser puestos en marcha directamente por los sindicatos, o asociaciones de trabajadores análogas. Actualmente las organizaciones no gubernamentales, comprendiendo en esta expresión a todas las asociaciones, instituciones y entidades diversas que se ocupan de los derechos humanos, en sus distintos aspectos, constituyen un eslabón indispensable para la defensa y vigencia de estos derechos.⁹⁷

⁹⁴ ARENDT, H., *Le origini del totalitarismo*, A. Martinelli y S. Forte (eds.), Turín: Einaudi, 2009, p. 403.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 412. “Los individuos que se ven obligados a vivir fuera de toda comunidad quedan confinados a su condición natural, a su mera diversidad, aun encontrándose en el mundo civil. Están sustraídos a esa tremenda niveladora de todas las diferencias que es la ciudadanía [...] y pertenecen a la raza humana de la misma manera que los animales a una determinada especie animal”. *Ibidem*, p. 418.

⁹⁷ Viola sostiene que “la presencia de este asociacionismo internacional rompe la dicotomía tradicional ‘Estado-individuo’ y es la señal del nacimiento y la constitución de la

Cassese y Gaeta, a propósito de la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, hacen notar la necesidad que hubo en ese momento de encontrar “un mínimo común denominador, tanto en el plano de la concepción de las relaciones entre Estado e individuo, como respecto de la individualización de los derechos humanos fundamentales”.⁹⁸

No obstante la debilidad de la Declaración, señalada por muchos, Falk considera que el mero reconocimiento de derechos humanos internacionales tenía implicaciones “revolucionarias” porque desde un punto de vista teórico ponía en cuestión las ideas de soberanía incondicional del Estado dentro de los límites de su territorio. Las obligaciones relacionadas con los derechos humanos consagradas tanto en la Revolución de los Estados Unidos como en la francesa partían de una concepción centrada en el Estado. Antes de la Segunda Guerra, la mayoría de los Estados tenían gobiernos autoritarios o totalitarios, que abusaban de los derechos fundamentales. La innovación después de dicha guerra consistió en extender la idea de los derechos hacia el exterior y en el plano universal. Esta extensión les confería una aplicabilidad independiente de la consideración que se les diera dentro del Estado.

Viola, a propósito de la Declaración, se detiene en examinar el estatus jurídico de la misma. Recordando la doctrina predominante, observa que la Declaración no tiene una eficacia normativa directa, no establece normas en sí mismas obligatorias. Su función normativa es indirecta, en el sentido de que es la primera expresión, el principio fundador de los derechos humanos.⁹⁹ Su estatus es el de una Declaración (así la han aceptado los Estados que la suscribieron), y como tal es más “fuerte”, compromete más, que una recomendación, si bien no tiene la fuerza obligatoria de un tratado, Pacto o Protocolo. Sin embargo, nadie niega su carácter universal. Viola considera que la universalidad reside tanto en el

que podríamos llamar una ‘sociedad civil internacional’ ”. VIOLA, F., *op. cit.*, p. 53. Es en este sentido que no podemos desvincular el tema de los derechos humanos del tema de la comunidad internacional.

⁹⁸ CASSESE, A.; GAETA, P., *Le sfide attuali del diritto internazionale*, Bolonia: Il Mulino, 2008, p. 145.

⁹⁹ VIOLA, F., *op. cit.*, p. 36.

contenido de los principios que afirma como en el alcance de su aceptación por parte de los Estados miembros de las Naciones Unidas. Y sostiene que estos dos elementos configuran su obligatoriedad universal.¹⁰⁰

Considera que la teoría jurídica debe reflexionar mucho sobre la naturaleza jurídica de las Declaraciones y documentos similares, que no son contratos, leyes ni costumbres, y piensa que se las podría considerar como normas de autorregulación del comportamiento (sin que ello signifique autonomía moral o política).¹⁰¹

Sin duda no es fácil asociar una Declaración que es más bien una expresión de deseos, de aspiraciones y objetivos, digamos de buenos propósitos, con la fuerza obligatoria que se le atribuye en casi todos los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia. Nadie consideraría que la Declaración no ha tenido carácter vinculante desde su misma formulación. Prueba de ello es precisamente que es una Declaración y no una Convención, en la que los Estados se comprometen en forma no recíproca (*inadimplenti non est adimplendum*). Ningún Estado puede ampararse en la violación por otro de las disposiciones de la Declaración para a su vez violarlas. Es una situación que se ha puesto claramente por escrito en el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, cuyo texto en el párrafo 1 dice: “Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente [...]”, pero en el párrafo 5 dispone: “Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados”.¹⁰²

¹⁰⁰ Analiza también la posibilidad de encontrar un fundamento consuetudinario para la obligatoriedad de la Declaración, pero no lo considera satisfactorio. Un antecedente normativo directo es el artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas. *Ibídem*, p. 38.

¹⁰¹ *Ibídem*, p. 39.

¹⁰² *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, aprobada el 23 de mayo de 1969 (UN Treaty Series, vol. 1155, p. 331, Documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/27 (1969)).

En realidad la obligatoriedad de la Declaración apunta a la implementación por parte de los Estados en sus respectivos ordenamientos de las normas que ella enuncia.

La Corte Internacional de Justicia se refirió por primera vez a la Declaración Universal en su sentencia de 24 de mayo de 1980 relativa al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, en la que dijo: “El hecho de privar abusivamente de la libertad a seres humanos y someterlos en condiciones penosas a coacción física es manifiestamente incompatible con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y con los derechos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”.¹⁰³

1.2.3. En busca de una legitimación

En el contexto en el que estamos examinando el concepto de derechos humanos -los crímenes internacionales y su juzgamiento- se puede partir de la premisa, que algunos autores califican de liberal, de que todos tenemos derechos en virtud de nuestra humanidad común. Si bien los individuos tienen determinados derechos porque son miembros de determinada comunidad, los derechos humanos “pertenecen a la humanidad y su existencia no depende de las prácticas jurídicas y morales de las distintas comunidades. Por lo tanto, si las leyes de determinado Estado les niegan derechos a los individuos, estos pueden hacerlos valer en virtud de su carácter de miembros de la humanidad común”.¹⁰⁴

Si bien esta premisa nos resulta sumamente útil como punto de partida para la argumentación, como los autores citados señalan, es necesario encontrar su fundamentación filosófica.

¹⁰³ ICJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States of America vs. Iran), Judgment of 24 May 1980, ICJ, Reports, 1980, parágrafo 91. Cabe destacar que esta sentencia tiene una importancia jurídica excepcional dado que permite confirmar la evolución del derecho internacional de los derechos humanos y concluir que si en 1948 la Declaración Universal fue proclamada como un ideal común de los pueblos, con el exclusivo valor jurídico de una Resolución de la Asamblea General que los Estados debían tomar en consideración, se ha ido convirtiendo en una interpretación auténtica de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos.

¹⁰⁴ DUNNE, T.; WHEELER, N., «Introduction», en T. Dunne y Y. Wheeler (eds.), *Human Rights in Global Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 4.

Uno de los aspectos más problemáticos de esta visión de los derechos humanos es que se apoya en una idea tan abstracta como la de “humanidad” (y a la vez tan concreta, diría yo) y principalmente en el carácter universal que va unido a esa idea. Esa abstracción y esa universalidad alejan el concepto de la positivización y lo acercan al derecho natural. Brown considera que la asociación de los derechos humanos con el derecho positivo o su asociación con el derecho natural, tanto una como otra, implican tanto ventajas como desventajas. Innecesario es nombrar las ventajas de la primera, pero sus desventajas revelan las ventajas de la segunda: en caso de que el Estado tenga un gobierno tiránico que no respete para nada a sus ciudadanos, si nuestros derechos se fundamentan en nuestra pertenencia a la humanidad tendremos posibilidades al menos de hacer frente a las violaciones de nuestros derechos, dado que estarían reconocidos en otros ámbitos. Sin embargo, Brown rechaza tal fundamentación porque atribuye a los derechos humanos un estatus ontológico separado, independiente de las circunstancias concretas e históricas. Afirma que esos derechos constituyen subproductos de un tipo de sociedad determinado, en el que el “Estado” actúa sujeto a la Constitución y a la ley. “Las sociedades en las que se respetan los derechos humanos son más civilizadas y seguras que aquellas en las que no se respetan, pero esos derechos son un síntoma de esa civilización y seguridad, no una causa”. Por ello considera que la falta de eficacia del régimen internacional de los derechos humanos se debe en parte a que los activistas se niegan a reconocer que la posición que sostienen plantea problemas filosóficos y culturales.¹⁰⁵

Uno de los problemas que se plantean con mayor frecuencia es la acusación de iusnaturalismo contra los que sostienen la universalidad y existencia previa a cualquier norma de los derechos humanos. Sin embargo hay distintos iusnaturalismos. En un pensamiento jurídico secularizado -es decir basado en la razón práctica- como el que sostiene Finnis, los valores fundamentales (que podríamos asimilar a los derechos fundamentales o humanos) “no son meras

¹⁰⁵ BROWN, C., «Universal Human Rights: A critique», en T. Dunne y N. J. Wheeler (eds.), *Human Rights in Global Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, pp. 120-121.

abstracciones, sino aspectos del bienestar real de individuos de carne y hueso”.¹⁰⁶ Esta concreción de los valores, es decir, su aproximación al ser humano, lo lleva a afirmar la existencia de derechos humanos absolutos, que no admiten ninguna excepción en las obligaciones correlativas de respetarlos.¹⁰⁷

También acepta la existencia de derechos humanos absolutos Bobbio, si bien reconoce que la gran mayoría no lo es. Se trata de derechos válidos en todas las situaciones y para todos los hombres sin distinción alguna. Son derechos que gozan de un estatus privilegiado que depende de una situación que se verifica muy raramente: “aquella en que hay derechos fundamentales que no rivalizan con otros derechos también fundamentales”.¹⁰⁸ Lo explica partiendo de la premisa de que no es posible establecer derechos para una categoría de personas sin suprimir derechos para otra categoría de personas. Por ejemplo, el derecho a no ser sometido a esclavitud implica la eliminación del derecho a poseer esclavos, así como el derecho a no ser torturado implica la supresión del derecho a torturar. De ello deduce que “estos dos derechos pueden ser considerados absolutos porque la acción que es considerada ilícita como consecuencia del establecimiento y protección de los mismos es condenada universalmente”.¹⁰⁹

Encontramos así la vinculación más directa entre los que considero en este trabajo crímenes internacionales y los derechos humanos: los primeros son los que violan los derechos humanos absolutos. Y viceversa, son absolutos aquellos derechos cuya violación constituye un crimen internacional. Vale decir que, cuando se trata de derechos humanos absolutos, no solo no se reconoce un derecho que pueda rivalizar con el protegido sino que la no observancia de la obligación de respetar el derecho protegido se considera un crimen internacional. Y si

¹⁰⁶ FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Nueva York: Oxford University Press, 1980, p. 225.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Turín: Einaudi, 1997, p. 39.

¹⁰⁹ *Ibidem*. Cita como prueba de esa incondicionalidad de los derechos el artículo 15, párrafo 2, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que excluye de la suspensión en caso de guerra o de otra situación de peligro público precisamente las disposiciones que protegen la vida, así como aquellas contra la tortura y contra la esclavitud.

atribuimos, dada la gravedad, un carácter internacional al crimen, o sea, a la violación del derecho humano, también le podemos atribuir tal carácter al derecho objeto de protección.

Ahora bien, este razonamiento puede parecer arriesgado en dos sentidos al menos: porque cabe preguntarse si puede haber derechos absolutos cuya violación no suponga crímenes internacionales, y porque habría que decidir cuál es el factor determinante: la gravedad del crimen o el carácter absoluto del derecho.

¿El crimen es grave porque viola un derecho absoluto o el derecho es absoluto porque su violación implica un grave crimen internacional?

Bobbio recuerda que la doctrina filosófica que ha convertido al individuo, en lugar de la sociedad, en el punto de partida para la construcción de una doctrina de la moral y del derecho es el iusnaturalismo. Locke fue el principal inspirador de la positivización de los derechos humanos, y su doctrina partía de una concepción individualista de la sociedad. Una concepción de esa índole significa anteponer el individuo, el individuo solo -insiste Bobbio- al Estado. Ello supone atribuir al individuo un valor intrínseco, un valor en sí mismo. En consecuencia, también se invierte la relación tradicional entre deberes y derechos: en lo que respecta al individuo, se lo considera primero titular de derechos y luego sujeto de deberes, y lo contrario en lo que respecta al Estado.

Esta primacía, en cierto modo, del individuo frente al Estado puede ser tanto causa como consecuencia de su participación en una comunidad más amplia que el Estado, como la comunidad internacional. Bobbio hace un análisis interesante de esa participación partiendo de Kant.

Junto al derecho público interno y al derecho externo, Kant habla de un tercer derecho, que llama "derecho cosmopolita". Se refiere a él en el tercer artículo definitivo para la paz perpetua: "El *derecho cosmopolita* debe limitarse a las condiciones de la *hospitalidad universal*". Explica Kant que se trata de derecho y no de filantropía y que el término hospitalidad significa el derecho de un extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado al territorio

de otro Estado.¹¹⁰ Aclara que no hay ningún derecho de huésped en el que puede basarse la exigencia de hospitalidad, sino un *derecho de visita*. Y define este en los términos siguientes: “derecho a presentarse a la sociedad que tienen todos los hombres en virtud del derecho de propiedad en común de la superficie de la tierra, sobre la que los hombres no pueden extenderse al infinito, por ser una superficie esférica, teniendo que soportarse unos junto a otros [...]”.¹¹¹

Bobbio se pregunta: ¿por qué Kant considera que debe añadir este tercer derecho, por qué además de las relaciones entre el Estado y sus súbditos considera que se deban tomar en cuenta las relaciones entre cada Estado y los ciudadanos de los demás Estados, y viceversa? Bobbio responde que en esta relación de reciprocidad entre el derecho de visita del ciudadano extranjero y el deber de hospitalidad del Estado visitado, Kant había preconcebido el derecho de cada hombre a ser ciudadano no solo del propio Estado sino del mundo entero, y se había representado la tierra como una posible ciudad del mundo, como una cosmópolis.¹¹² Se encuentra entonces en ese tipo de relación entre el Estado y el ciudadano de otro Estado la base para el orden jurídico universal, en el que “la violación del derecho en un punto de la tierra repercute en todos los demás”.¹¹³

La vinculación de este punto, el derecho cosmopolita de Kant, con los derechos humanos es clara si lo asociamos con lo que Bobbio dice respecto de la Declaración de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, en el sentido de que sentó las premisas para que los individuos, y no solo los Estados, fueran sujetos del derecho internacional, abriendo así el camino para que el derecho internacional sea el derecho de todos los individuos.¹¹⁴

Al ser el individuo sujeto del derecho internacional, el reconocimiento de sus derechos no depende de su estatus de ciudadano o súbdito de determinado

¹¹⁰ KANT, I., *Sobre la paz perpetua*, Madrid: Alianza, 2009, p. 63.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 64.

¹¹² BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, *op. cit.*, pp. 152-153.

¹¹³ KANT, I., *Sobre la paz perpetua*, *op. cit.*, p. 66.

¹¹⁴ BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 152-153.

Estado, ni tiene tampoco que depender de concepciones metajurídicas. Aunque la teoría monista del derecho hace innecesario insistir sobre esto, dado que, habiendo un solo derecho, todos los seres humanos están bajo la protección del derecho internacional.¹¹⁵

Berlin -recuerda Ignatieff- afirmó en 1959 que la conciencia sobre la necesidad de la moral ya no se apoyaba en la fe en la razón, sino en el recuerdo del horror. Y la frase de Berlin que cita Ignatieff es la frase que demuestra más intensamente la universalidad de los derechos humanos: “No sabemos de ningún tribunal, ninguna autoridad que pudiera, mediante algún proceso conocido, permitir a los hombres levantar falso testimonio, torturar libremente o asesinar a sus semejantes por placer; no podemos concebir la posibilidad de que estas reglas o principios universales fueran derogados o alterados”.¹¹⁶

No debe sorprendernos esta presencia de la moral cuando se trata de las cuestiones que tratamos, sobre todo cuando el derecho ha fallado o incluso ha respaldado los crímenes. Además, como dice Arendt: “Las cuestiones legales y las morales no son en absoluto las mismas, pero guardan cierta afinidad entre sí porque unas y otras presuponen la capacidad de juzgar”.¹¹⁷

Ignatieff señala la necesidad de una legitimación que no sea la razón, dado que esta ideó el Holocausto, ni una idolatría del ser humano, que lo sacralice. La legitimación provendría, al contrario, de la “prudencia” necesaria para vivir entre seres que han demostrado que “la humanidad es una bestia que necesita sujeción”.¹¹⁸

¹¹⁵ Zaffaroni dice que existe “una incipiente *ciudadanía del mundo*, y que todos nosotros, en cuanto *ciudadanos del mundo*, estamos vinculados jurídicamente a una legislación positiva internacional, también ley interna en nuestros Estados”. ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el derecho penal*, Bogotá: Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez, 2006, p. 241.

¹¹⁶ IGNATIEFF, M., *Los derechos humanos como idolatría*, Barcelona: Paidós, 2003, p. 100. La cita de Berlin es de *El fuste torcido de la humanidad*, traducido por J. M. Álvarez Flórez, Barcelona: Península, 2002.

¹¹⁷ ARENDT, H., *Responsabilidad y juicio*, traducido por M. Candel y F. Birules, Barcelona: Paidós, 1995, p. 53.

¹¹⁸ IGNATIEFF, M., *op. cit.*, p. 104.

Este enfoque me parece muy excepcional porque parte de la consideración del mal como potencialidad humana. El mal no ha sido tema frecuente de la filosofía. Arendt señala que “tanto el pensamiento filosófico como el religioso eluden en cierto modo el problema del mal. De conformidad con nuestra tradición, toda forma de maldad humana se explica como ceguera o ignorancia humana o como flaqueza humana, inclinación a ceder a la tentación [...]”.¹¹⁹

Respecto a esta renuencia de la filosofía frente al problema del mal, siempre tengo presente la frase de Pareyson que dice que cuando la humanidad estaba saliendo del abismo del mal y del sufrimiento en que se había precipitado durante la Segunda Guerra Mundial, en la que se había tocado lo que califica de punto culminante de la maldad, con formas absolutamente diabólicas de perversión, con masacres y espantosos genocidios, con inauditos y horribles padecimientos infligidos por el hombre al hombre, precisamente en ese momento tuvieron gran éxito y amplia difusión filosofías empeñadas en problemas técnicos de extrema abstracción y sutileza, como el positivismo lógico y la filosofía analítica, formas de pensamiento insensibles a la problemática del mal y del sufrimiento, y en general poco interesadas en los problemas del hombre y de su destino.¹²⁰

Lo mismo puede aplicarse al positivismo jurídico. Y en particular al derecho penal. Zaffaroni denuncia el silencio de los científicos: “El número de muertos en las masacres cometidas por acción u omisión complaciente del poder punitivo en el siglo XX supera el de las guerras, pese a lo cual semejante *volumen criminal* pasó junto a la criminología (y al derecho penal) casi sin rozarlos. Los internacionalistas se ocupan del genocidio desde el final de la última Guerra Mundial, pero con gran desconfianza y rezago -y hasta abierto rechazo- de los penalistas, incluyendo algunas regresiones jurídicas. Se trata de una verdadera *ceguera criminológica y jurídico-penal* [...] En segundo lugar, la declamada neutralidad ideológica de las ciencias sociales -aunque desde hace tiempo maltrecha- se derrumba cuando el

¹¹⁹ ARENDT, H., *Responsabilidad y juicio*, op. cit., p. 99. Se describe al hombre como un ser que no actúa deliberadamente mal, sino que es tentado al mal, así como un ser que para hacer el bien debe esforzarse.

¹²⁰ PAREYSON, L., *Ontologia della libertà*, Turín: Einaudi, 1995, p. 156.

análisis ideológico de los discursos pasa a ser vital para desentrañar su potencial de instigación de masacres”.¹²¹

En esto reside la vinculación del tema de los derechos humanos, su universalidad y los crímenes internacionales. Dado que la historia nos ha demostrado hasta qué punto se pueden cometer graves crímenes contra la población, y sobre todo que es el Estado el que está en mejores condiciones de cometer dichos crímenes, los derechos humanos expresan la necesidad de una protección que trascienda el poder de los Estados, y por consiguiente las relaciones entre los Estados y sus ciudadanos, para proteger a los individuos que hayan quedado sin más atributos que su ser como seres finitos y vulnerables, es decir, humanos.

En ese sentido, Falk indica que lo esencial en los movimientos pro derechos humanos es que sus reclamaciones se basan en la identidad de “humano” y no en alguna otra identidad asociada con la religión, la raza o la nación.¹²²

La idea rectora es la siguiente: los incumplimientos en cuanto a la protección de los seres humanos revisten interés extraterritorial, y las obligaciones de ellos derivadas prevalecen sobre la soberanía. Es decir, no es admisible ampararse en la soberanía territorial por incumplimientos relativos a los derechos humanos (no solo violaciones directas), concretamente su falta de protección.¹²³

Tal vez la fundamentación que buscamos para los derechos humanos pueda ser de índole jurídica. Para ello deberíamos invertir el razonamiento: no intentar una fundamentación para el respeto sino una fundamentación para la violación. Si

¹²¹ ZAFFARONI, E. R., «Masacres: larvas y semillas. Lineamientos para un replanteo criminológico», en *Impasses da política criminal Latinoamericana*, Rio de Janeiro: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Instituto Carioca de Criminologia, 2009, pp. 5-6.

¹²² FALK, R., *Achieving Human Rights*, *op. cit.*, p. 199.

¹²³ Falk considera que no es suficiente una aceptación mínima de una dimensión estrictamente humana (sin tener en cuenta otras identidades). La gobernanza mundial requiere un fundamento más sólido de solidaridad y reconocimiento de todo lo que los seres humanos tenemos en común. Postula este autor la necesidad de que los sentimientos de solidaridad creen una “identidad humana vibrante”. *Ibíd.*, p. 200.

no la encontráramos, la violación estaría prohibida. Este argumento parte de la premisa que considera los derechos humanos como una limitación a la soberanía estatal. El criterio es jurídico porque el Estado ya no puede invocar meramente su soberanía para justificar su actuación sino que debe encontrar una norma jurídica que le confiera el derecho, la libertad o la competencia para actuar de esa manera. Es decir, es necesario presuponer un código de normas más elevado.¹²⁴

Krabbe, considerado en ciertos aspectos precursor de la teoría pura del derecho, me ha interesado, a través de las reflexiones sobre su obra que hace Stella, porque ha puesto en relación los conceptos de comunidad jurídica internacional, conciencia jurídica y Estado de derecho. Define el derecho internacional como un conjunto de normas “que garantizan el ejercicio razonable de los derechos de la soberanía”.¹²⁵ O sea, que establecen ciertas limitaciones al ejercicio de la soberanía. Por ello este autor asigna gran valor a la doctrina del abuso de derecho. Considera que el derecho internacional pierde su carácter obligatorio si las restricciones que impone a los Estados dependen de la voluntad de estos. Dice: “El mantenimiento simultáneo de la soberanía del Estado y del carácter obligatorio del derecho internacional es, en el sentido absoluto del término, una contradicción”.¹²⁶

En cierto modo es lo que dice Dupuy: “Los derechos humanos hacen nacer en lo que concierne al Estado obligaciones internacionales que condicionan no solamente el ejercicio, sin embargo exclusivo, de su competencia territorial, sino

¹²⁴ KOSKENNIEMI, M., *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 231. Este autor recuerda el *Proyecto de Declaración sobre Derechos y Deberes de los Estados*, Resolución 375 (IV) de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 1949. Recuerda también otra Resolución más reciente, la 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970.

¹²⁵ KRABBE, H., *L'idea moderna dello Stato*, Stella (ed.), Roma: Aracne, 2000, p. 95. Las obras principales de Krabbe, traducidas del neerlandés al alemán, son: *Die Lehre der Rechtssouveränität. Beitrag zur Staatslehre*, 1906, *Die moderne Staatsidee*, 1919, *Kritische Darstellung der Staatslehre*, 1930.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 94.

incluso, lo que es aún más notable, la organización de las relaciones entre el poder público y los particulares que dependen de su autoridad”.¹²⁷

1.3. Soberanía del derecho frente a soberanía del Estado

Otra contribución de la escuela española, y concretamente de la concepción del derecho natural, es, como señala Krabbe, “el reconocimiento tácito de la supremacía del derecho sobre el poder del Estado”.¹²⁸ La aparición de la persona individual en el escenario internacional solo es posible si hay normas que la protejan con independencia de la voluntad estatal. En caso contrario, si el derecho no puede imponerse al Estado, el individuo quedará únicamente sujeto al derecho del Estado, cualquiera sea este derecho, cualquiera sea este Estado.

Al hablar de los derechos y deberes de los Estados no hay que olvidar que esencialmente estos son derechos y deberes de los gobernantes, funcionarios o ciudadanos. Merece la pena en este contexto recordar a Drost, que dice: “En resumidas cuentas, desde cualquier punto de vista que uno mire al Estado, sea estratégico, político, sociológico o psicológico, y cualquiera sea el tipo de panorama que uno obtenga, económico, cultural, militar, religioso, jurídico, siempre dominará la escena una misma figura. Esa figura es el hombre mismo”.¹²⁹

Sostiene que decir que los Estados son sujetos del derecho de gentes, aunque se diga por motivos prácticos, es sociológicamente erróneo y psicológicamente equívoco. “Además, y eso es más grave aún, desde el punto de vista político es la forma más peligrosa de expresar el papel del derecho en el derecho de gentes”.¹³⁰

Afirma que la entidad ficticia del Estado debe desaparecer ante la entidad real del ser humano; la persona jurídica debe retirarse ante la persona física. “Las ficciones del derecho deben evaporarse frente a los hechos de la vida. La persona

¹²⁷ DUPUY, P. M., *Droit International Public*, *op cit.*, pp. 224-225.

¹²⁸ KRABBE, H., *op. cit.*, p. 78.

¹²⁹ DROST, P. N., *The Crime of State*, *op. cit.*, p. 58.

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 59.

humana es el sujeto del *ius naturale et gentium* que impregna las leyes humanas. Es hora de que la *lex humanis* inspire el derecho de los Estados”.¹³¹

Habla en una sección titulada “Derechos humanos del hombre y derechos inhumanos del Estado” de que, en el futuro, una ley imperativa de los derechos humanos debería reconocer al ser humano plena personalidad jurídica en el derecho internacional y darle oportunidades adecuadas “para su *positio standis in iudicio*, como parte individual en procedimientos ante organismos internacionales para que pueda hacer valer sus derechos y libertades personales conforme al derecho de gentes”.¹³²

Me interesa su postura porque deja bien clara la función del Estado y el orden jurídico interno en relación con los propios nacionales: “El derecho de gentes fracasa necesariamente en asegurar un nivel decente de justicia internacional que exige del Estado respecto de los extranjeros en su territorio, en la medida en que no salvaguarda al ser humano contra los actos inhumanos del Estado”. Pero a la vez destaca el papel que cumple el derecho internacional como garante de los derechos del individuo frente al Estado: “Las salvaguardias contra la injusticia nacional pueden lograrse solamente en el marco de un sistema de justicia internacional. La norma nacional de justicia depende en última instancia de la norma de derecho internacional”.¹³³

En ese mismo sentido, Krabbe dice que nunca se ha perdido de vista la idea de la soberanía del derecho frente a la doctrina de la soberanía del Estado. Recuerda la teoría de Montesquieu, de la separación de poderes, cuya finalidad es prevenir “una concentración demasiado grande de la potencia”, de modo que la función política deba ser cumplida por órganos distintos: ejecutivo, legislativo y judicial. “Es, en consecuencia, por el hecho de que el Estado constituye intrínsecamente una manifestación de potencia por lo que conviene fragmentar

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² *Ibidem*, p. 64.

¹³³ *Ibidem*, p. 65.

esa potencia”.¹³⁴ Sin embargo, si la potencia se encuentra únicamente en el derecho, esta división de poderes cumple solo una función práctica, de buena administración. Las garantías deben buscarse entonces en las mejores condiciones posibles de formación del derecho. Ahora bien, para este autor, el fundamento del poder del derecho, de su valor, se encuentra en su carácter ético.

Postula Krabbe la doctrina del “Estado de derecho”: no se trata de que la finalidad del Estado sea asegurar el respeto del derecho, sino de que la forma en que cumpla el Estado su finalidad sea mediante el derecho. El punto fundamental de la doctrina es el siguiente: ningún interés, ni siquiera el del Estado, se puede invocar contra otros intereses sin haberlo valorado jurídicamente.¹³⁵

Esta relevancia puesta en el Estado de derecho, además de partir de la premisa de la limitación de la soberanía estatal y del predominio del derecho, nos permite aclarar la difícil relación entre las normas nacionales y las internacionales. Por supuesto, esto solo es posible desde una perspectiva monista, es decir, basada en la idea de un derecho único.

Krabbe se pregunta cómo se ha producido el cambio de la autoridad que dicta el derecho a un derecho que gobierna a la autoridad. Y responde que ha sido la introducción de las constituciones lo que ha permitido que las comunidades hayan logrado su representación en un órgano que determina el derecho. Ahora bien, para llegar a esto ha sido necesario, según este autor, que el pueblo haya alcanzado un tal grado de cultura en virtud del cual “un sentimiento del derecho vivo y potente actuase ininterrumpidamente [...]”.¹³⁶

1.4. La conciencia jurídica universal

Esta idea de “sentimiento del derecho”, está relacionada con la dimensión espiritual del hombre. Krabbe lo explica de este modo: “el sentimiento del derecho, [...] bajo una forma inferior, como *instinto* del derecho, y bajo una forma superior,

¹³⁴ KRABBE, H., *op. cit.* p. 79.

¹³⁵ *Ibídem*, p. 83.

¹³⁶ *Ibídem*, p. 84.

como *conciencia* del derecho, actúa en el hombre de la misma manera que el sentimiento moral, el sentimiento estético, el sentimiento religioso, para no hablar de otros sentimientos como el amor y la amistad”.¹³⁷ Y es a través de esta idea del sentimiento que llega al derecho internacional, porque sostiene que fuera de los límites de la comunidad territorial, un sentimiento jurídico común se desarrolla y empuja hacia la formación del derecho internacional.¹³⁸

Vale decir que, en definitiva, la idea moderna del Estado culmina en la esfera espiritual del hombre, en su conciencia individual. Es tanta la importancia que le asigna que afirma: “No existen, según cuanto enseñan los manuales, fuentes del derecho; no hay más que *una* única fuente del derecho, y esta es el sentimiento o la conciencia jurídica, innata en el hombre, que, al igual que todos los sentimientos, induciendo a hacer valoraciones, ocupa un lugar en la vida consciente del hombre”.¹³⁹

Es evidente la subordinación de la autoridad, legítima u obtenida mediante la fuerza, al elemento ético que atribuye a la norma jurídica. Pero este elemento ético no deriva de algo externo al hombre, algo colectivo o común, sino de su propio yo, de su propia conciencia del bien y el mal. No obstante, sería imposible una concepción única del derecho si no se diera una convergencia de las valoraciones que cada uno realiza en su interior. Cuando habla del “nuevo príncipe, el derecho”, está dando cierta objetividad a su idea.¹⁴⁰ En realidad responde a esta

¹³⁷ *Ibídem*, p. 86.

¹³⁸ *Ibídem*, p. 85.

¹³⁹ *Ibídem*, p. 88. “He aquí el fundamento de todo el derecho, el derecho legal, el derecho consuetudinario, incluso el derecho no escrito en general. Una ley que no se apoya en este fundamento no es una norma jurídica, no es válida, incluso si es respetada, libre o coactivamente”. Esto es una verdadera revolución frente a las teorías tradicionales, revolución en el sentido más tradicional del término, dado que ni siquiera el órgano legislativo, dice, está exento del peligro de dictar normas que no tengan carácter jurídico porque no respondan a las exigencias de la conciencia jurídica.

¹⁴⁰ Stella, G., en el Postfacio a la obra de Krabbe, que ha traducido y presentado, dice: “El ‘nuevo príncipe’ -por cierto, enfatizado por Krabbe sin que haya podido tener la experiencia de los trágicos acontecimientos políticos y humanos que en poco tiempo habrían sacudido el mundo- es un postulado, más que una verdadera y auténtica construcción teórica” (no olvidemos que la obra es publicada por primera vez en 1926). *Ibídem*, p. 122.

dificultad cuando habla del “órgano encargado de formar el derecho”, y menciona directamente (es decir, sin mencionar al órgano constituyente) a la constitución. No prescinde del Estado, sino que lo subordina a su función creadora de derecho.

La vinculación con el derecho internacional, ya esbozada en cierto modo a través del sentimiento jurídico, la establece mediante la doctrina del *abuso de derecho*. Asigna a esta doctrina el más alto valor por lo que respecta al carácter obligatorio del derecho internacional, dado que frenaría el ejercicio abusivo de la soberanía que mantienen, a efectos prácticos, los Estados.¹⁴¹

Las conclusiones que nos interesan de esta argumentación son las siguientes: por una parte, el carácter obligatorio del derecho nacional como del derecho internacional deriva de “la conciencia jurídica del hombre”; por otra parte, lo que se deduce de la primera conclusión, el derecho internacional no encuentra su fuente de validez en la voluntad de los Estados. Como vemos, la fuerza que atribuye al individuo es máxima. No solo como fuente de derecho, sino como agente de valoración de la juridicidad de las normas.

En definitiva, acompaña siempre al derecho penal internacional una dimensión ética, psicológica. Esta dimensión nos ha remitido a otra de las expresiones, como la que sirve de epígrafe a estos párrafos, que es también una de las más utilizadas en la terminología del derecho penal internacional, tanto convencional como jurisprudencial.

Por ejemplo, Mosler señala que la existencia de varios Estados soberanos, unos junto a otros, proporcionó una base fáctica, es decir, concreta, al derecho internacional. Sin embargo, ello hubiese sido insuficiente para el desarrollo de dicho derecho sin el elemento psicológico, a saber, una conciencia común del valor de las normas derivadas de un cristianismo secularizado y de una interpretación racional de la naturaleza humana. De ello deduce Mosler los dos elementos necesarios para la existencia de una comunidad jurídica internacional: “el hecho de

¹⁴¹ “Cae, de esa manera, la contradicción entre soberanía estatal y derecho internacional, solución que, para la práctica de la vida jurídica internacional, reviste gran importancia dado que el pensamiento de la soberanía del Estado juega todavía un papel importante en las relaciones entre los pueblos”. *Ibíd.*, p. 95.

que existan paralelamente determinado número de sociedades independientes organizadas sobre una base territorial, y el elemento psicológico en forma de un convencimiento general de que todas estas unidades están asociadas, vinculadas mutuamente por normas de aplicación general y recíproca, que confieren derechos, imponen obligaciones y distribuyen competencias".¹⁴²

El factor decisivo que ve Mosler en la nueva sociedad internacional es la sustitución de una obediencia a un poder superior, el Emperador o el Papa, por la observancia de normas por parte de entidades iguales ante esas normas. La relación jurídica vertical entre un poder superior con jurisdicción sobre entidades y personas solo subsiste a nivel estatal. Entre los Estados, en cambio, las relaciones son horizontales. La necesidad de coexistencia entre los Estados soberanos suponía que estos, en sus relaciones recíprocas, tenían que respetar las mismas reglas que esperaban que se les aplicaran a ellos mismos.¹⁴³

Mosler hace dos observaciones muy importantes desde el punto de vista de la teoría general del derecho. Por una parte, indica que el hecho de que una comunidad jurídica, por todos reconocida, exista sin una constitución que prevea la exigencia del cumplimiento de sus normas por un órgano competente demuestra que la coacción no es un elemento inherente al derecho. Si bien admite que tal orden jurídico corre siempre el peligro de ser derogado por el miembro más fuerte. Por otra parte, recuerda la observación de Fitzmaurice en el sentido de que no será intentando la desaparición o transformación del Estado Nación que se harán progresos, sino aceptándolo como el medio en el que el derecho internacional y el sistema jurídico internacional deben procurar alcanzar la madurez.¹⁴⁴ Esto último reviste suma importancia para el presente trabajo, dado que en él ponemos de relieve la importancia de que se respeten las normas internacionales en el ámbito nacional.

¹⁴² MOSLER, H., *The International Society as Legal Community*, *op. cit.*, p. 1. Se remite a Eméric de Vattel, *Law of Nations or Principles of the Law of Nature applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and Sovereigns*, p. 1758.

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 15.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 15.

También resalta esa dimensión ética, “espiritual”, Quintano Ripollés, quien reconoce la dificultad que tienen los positivistas para aceptar un derecho como el internacional, no emanado de un órgano estatal legislativo, ni siquiera de un parlamento de naciones. Este derecho, dice, “[p]resupone un ‘Derecho superior’, de raigambre confesadamente o no, iusnaturalista, destilado en el espíritu de la humana cultura y definido en la naturaleza misma de las cosas más bien que en una creación subjetiva”.¹⁴⁵ Históricamente aparece creado por la comunidad internacional, pero concebida ésta no al modo ecuménico-geográfico estricto y numérico, sino al de una formación sociológica y cultural de matriz más existencial que consensual y orgánica.¹⁴⁶

Se trata de una verdadera “desformalización” del derecho, algo que puede provocar un rechazo total, no solo de los positivistas extremos, sino de los defensores de las garantías que la legalidad ha introducido en el sistema jurídico.

Vale la pena detenerse un poco en las reflexiones de Arendt sobre la conciencia. Nos recuerda que en todos los idiomas conciencia significa inicialmente “la facultad mediante la que conocemos y somos conscientes de nosotros mismos”.¹⁴⁷ Es decir, no se relaciona con el juicio de lo bueno y lo malo sino en un segundo momento. Nos recuerda el *gnothi sautón* (conócete a ti mismo), inscrito en el templo de Apolo en Delfos. Pese a su significado originario, la conciencia adquirió su carácter específicamente moral solo cuando se la entendió como un órgano a través del cual el hombre oye la voz de Dios. Pero, dice Arendt, si queremos hablar en términos seculares, debo admitir “que no soy uno sino

¹⁴⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *op. cit.*, p. 379.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, p. 378. “El criterio decisivo no es lo numérico, sino una efectividad de operabilidad, a la vez material y espiritual, que constituye a ciertas naciones o grupos de ellas, en dirigentes ideales del mundo en una circunstancia histórico-cultural precisa”. Este autor insiste en la dimensión existencial de la comunidad internacional y su Derecho -por encima de lo formal e institucionalizado- porque subraya que es “una realidad vital, poseedora de creencias, sentimientos y en definitiva, valores que subyacen en la conciencia universal, sin precisión de ser formalmente estructurados en leyes positivas o en acuerdos debidamente signados [...]”. *Ibíd.*, pp. 379-380.

¹⁴⁷ ARENDT, H., *Responsabilidad y juicio*, *op. cit.*, p. 107.

dos-en-uno y puede haber armonía o desarmonía con el yo”.¹⁴⁸ Esta visión de la conciencia permite asociar los dos significados, el del autoconocimiento y el del juicio moral. Pero es una visión intimista, que difícilmente permite vincularla con algo exterior al individuo (siempre que se excluya a dios).¹⁴⁹

Sin embargo, esa vinculación es posible siguiendo el pensamiento de Arendt. Nos dice que el problema con los criminales nazis era precisamente que renunciaban voluntariamente a todas sus cualidades personales (es decir, no solo las quitaban a sus víctimas, sino que se despojaban ellos mismos de ellas), como si no quedara nadie a quien castigar o perdonar. “Protestaban una y otra vez que nunca habían hecho nada por propia iniciativa, que no tenían intencionalidad alguna, ni buena ni mala, y que sólo obedecían órdenes”.¹⁵⁰ Y Arendt comenta: “el mayor mal que puede perpetrarse es el cometido por nadie, es decir, por seres humanos que se niegan a ser personas”.¹⁵¹ En otras palabras, por seres humanos que se niegan a oír su conciencia o cuya conciencia nada les dice. En ese sentido podemos decir que el juicio les obliga a oír a su conciencia, o a hacer que esta les diga lo que les tendría que decir.

“La grandeza del procedimiento judicial consiste precisamente en que incluso una pieza de un engranaje puede recuperar su condición de persona”.¹⁵² Por eso observa un rasgo muy importante que tienen en común las normas jurídicas y las morales: siempre hacen referencia a la persona y a lo que la persona ha hecho, es decir, excluyen la responsabilidad colectiva. La responsabilidad es siempre individual, y la conciencia también lo es.

En sentido similar, Zaffaroni afirma, respecto de los genocidas y los autores de crímenes contra la humanidad, que “[e]l derecho penal internacional le rescata como persona.” Y aún más, considera que, precisamente en este esfuerzo por

¹⁴⁸ *Ibídem.*

¹⁴⁹ *Ibídem*, p. 106.

¹⁵⁰ *Ibídem*, p. 124.

¹⁵¹ *Ibídem.*

¹⁵² Y esto se relaciona con el carácter individual de la responsabilidad. *Ibídem*, p. 152.

rescatarlo como persona, el sistema de justicia penal internacional encuentra su legitimidad: “El esfuerzo internacional para someter al criminal a un proceso se legitima porque lo rescata del estado de *hostis*, ratificando *que para el derecho sigue siendo persona, pese a la magnitud formidable del crimen cometido*”.¹⁵³

¿Qué se pretende con la construcción de una “conciencia colectiva”, como lo es sin duda la conciencia jurídica de la humanidad, mencionada en los instrumentos internacionales? Tal vez el propósito sea dar fuerza a los valores que se intenta defender. Si decimos que forman esa conciencia común estamos afirmando que cada uno, como persona, como individuo humano, se sentiría mal consigo mismo si cometiera tal o cual acto o si no reaccionara ante esa comisión. La conciencia no pierde su connotación individual, intimista, sino que, al referirnos a una conciencia de la humanidad o de la comunidad internacional, en realidad nos estamos refiriendo a las conciencias de un número indefinido de personas, a valores que cada una de esas conciencias sustenta en su interior, en su intimidad, en su “solitud”, como dice Arendt.¹⁵⁴ Es decir, se trata de valores fuertes, porque son íntimos, porque no podríamos vivir con nosotros mismos en paz si los violáramos, o toleráramos su violación.

Evidentemente se trata una vez más de un concepto moral infiltrado en el discurso jurídico. Sin embargo, es un concepto que se emplea en la terminología jurídica internacional con bastante frecuencia. Como señala Galinsoga Jordá, “el recurso al concepto de conciencia implica una idea de generalidad paralela a la de reciprocidad, que se ajusta a una toma de conciencia individual”.¹⁵⁵

¹⁵³ ZAFFARONI, E. R., “Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad”, exposición verbal en el Seminario “La dismisura del male. Il diritto di fronte ai crimini di massa”, organizado por el Istituto Italiano di Scienze Umane en el Palazzo Strozzi de Florencia, el 3 de marzo de 2008.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 113, “Al modo de existencia presente en ese diálogo silencioso conmigo mismo lo llamaré ahora *solitud*”.

¹⁵⁵ GALINSOGA JORDÁ, A., «El reconocimiento de los principios jurídicos en el Derecho internacional contemporáneo y el desarrollo de la conciencia jurídica universal», en A. Salinas de Frías y M. Vargas Gutiérrez-Urrutia (coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. I, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005, p. 649.

Este autor vincula la toma de conciencia colectiva a la idea de consenso. La *communis opinio juris* sería la expresión de esa conciencia y a la vez fuente de los principios jurídicos y las normas generales que trascienden el consentimiento individual, como las consideraciones elementales de humanidad, la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, “o el propio concepto de los principios y normas imperativos”.¹⁵⁶

Estimo que Radbruch ha hecho una verdadera defensa de la conciencia universal cuando sostuvo la imposibilidad de lograr una decisión justa sobre la base de una mera imparcialidad interestatal. Afirma: “A los efectos de no incurrir en partidismo, sino también de estar por encima de todo partido, los jueces y árbitros deberían no sólo medir y comparar los intereses los unos con respecto a los otros, sino también justipreciar estos intereses desde lo alto de un interés que les sea supraordenado precisamente desde el punto de vista de una conciencia de la comunidad supranacional”.¹⁵⁷ Y agrega: “Jueces mundiales sólo pueden existir cuando previamente se den ciudadanos del mundo”.¹⁵⁸

No es inadecuado hacer referencia a Welzel a continuación de Radbruch; hay una misma línea que enlaza sus respectivos pensamientos. Welzel se pregunta: “¿Cómo se conducen las normas del Derecho con respecto a la conciencia del individuo?” Y aclara: “Pero antes de poder contestar a esta cuestión habrá que preguntarse además si la validez del Derecho tiene algo que ver con la conciencia”.¹⁵⁹

Welzel hace una crítica de la concepción del derecho como “regulación coactiva heterónoma” contrapuesta a la moral como “regulación autónoma de la

¹⁵⁶ *Ibídem*, p. 649.

¹⁵⁷ RADBRUCH, G., *El hombre en el derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho*, traducido por A. del Campo, Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 144.

¹⁵⁸ *Ibídem*, p. 146.

¹⁵⁹ WELZEL, H., *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, Montevideo: B de F, 2004, p. 220.

conciencia”.¹⁶⁰ Ahora bien, aduce, si el derecho es una “regulación coactiva heterónoma, de él puede deducirse sólo lo fáctico, pero nunca lo normativo”.¹⁶¹ Afirma que en el positivismo jurídico el concepto de imposición fáctica ocupa el lugar del concepto normativo de validez, y que el concepto de deber coactivo es “*una contradictio in adjecto*: la coacción coacciona pero no obliga”.¹⁶²

Y, refiriéndose concretamente a la conciencia, dice: “Así pues, la teoría jurídica positivista ha podido eliminar del campo del Derecho, con el concepto de deber jurídico, el concepto de conciencia; pero a costa de no poder diferenciar el derecho de la fuerza y del terror [...]”.¹⁶³

No es casual que se remita a la teoría de Laun, un internacionalista, para encontrar una respuesta.¹⁶⁴ Este autor sostenía que la existencia de un deber ser no depende de las órdenes de un tercero, sino de “experiencias originarias” dadas en la conciencia o en el sentimiento jurídico de cada uno. Welzel objeta a esta teoría que haga depender la validez y obligatoriedad del derecho de la decisión de la conciencia individual, porque sostiene que cualquiera sea el concepto de derecho siempre está presupuesto el concepto de orden supraindividual. Para Welzel no hay que olvidar que el sentimiento del deber, la vivencia del deber ser, son también hechos, datos anímicos, que pertenecen a la esfera del ser empírico. “Lo mismo vale para el llamado de la conciencia: en el llamado de la conciencia no llamo hacia fuera, sino que hay una voz que desde afuera llama dentro de mí”.¹⁶⁵ Welzel tiene presente la cuestión que se plantea lógicamente en caso de que diferentes sujetos tengan diferentes vivencias del deber ser en una misma

¹⁶⁰ Recuerda a Binder, que diferencia las normas de la moral, como normas surgidas de la conciencia, de las normas jurídicas, que no “obligan”, porque no dependen de su afirmación en la conciencia individual. *Ibíd.*, p. 221.

¹⁶¹ “De la regla coactiva heterónoma no puede deducirse el concepto de deber jurídico, así como tampoco puede deducirse de aquélla el concepto de validez”. *Ibíd.*, p. 223.

¹⁶² *Ibíd.*, p. 224.

¹⁶³ *Ibíd.* Agrega que la característica que le permite al positivismo diferenciar al derecho de la mera fuerza es puramente formal, por ejemplo, la regularidad de la aplicación coactiva.

¹⁶⁴ LAUN, R., *Recht und Sittlichkeit*, Berlín: Springer, 1935.

¹⁶⁵ WELZEL, H., *op. cit.*, p. 227.

situación concreta, y desarrolla una argumentación, basada en su interpretación de la doctrina kantiana, que hace pensar en un derecho natural racional. Sin detenerme en ese desarrollo, me limito a señalar que para este autor la validez y obligatoriedad de un orden normativo descansan en una calidad interna del mismo y no dependen del consentimiento de las conciencias individuales. El acto de conciencia es un acto de cercioramiento. La persona se cerciora de la conformidad de su decisión con el orden del deber ser. Incluso habla de un “orden ético del mundo”. Con respecto al derecho, en tanto orden supraindividual, afirma que ha de presentarse como un intento, al menos, de orden social que pueda obtener la aprobación de la conciencia de los miembros de la comunidad jurídica o (y se remite a Radbruch) tener aspiración de justicia. Y alega algo que veremos en otros autores cuando examinemos el *ius cogens*: la necesidad de que la ley se limite a un “mínimo ético”, porque “cuanto más intente, mediante su sistema de sanciones, imponer una determinada concepción del mundo, tanto más graves serán los conflictos con la conciencia individual”.¹⁶⁶

1.5. Otra toma de conciencia

Este reconocimiento de un mínimo ético como limitación necesaria, este rechazo a la imposición de una determinada concepción del mundo, no solo refleja el intento de evitar conflictos con la conciencia individual. Han sido ampliamente demostrados los peligros de una cosmovisión única que entraña el ideal de un derecho cosmopolita. “El sueño del ideal kantiano de una ciudadanía cosmopolita al que aspiran las teorías de la justicia de HABERMAS y RAWLS, un Derecho que respeta y reconoce las garantías fundamentales de todas las personas, sin fronteras, puede llegar a convertirse [...] en una auténtica pesadilla intervencionista, en un derecho de injerencia humanitaria que destruye las bases de la jurisdicción nacional bajo el pretexto de los derechos humanos”.¹⁶⁷ En el mismo sentido, Zolo señala que la primacía del “ordenamiento mundial” se

¹⁶⁶ “¡Un Estado que quiera seriamente proteger la conciencia no debe tolerar la intolerancia!”, *Ibíd.*, p. 242.

¹⁶⁷ PORTILLA, G., “*El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 293 y 294.

correspondería con la idea una “comunidad jurídica universal de los hombres”, por encima de las comunidades estatales. Sin embargo, se parte del supuesto de que estas comunidades, es decir los distintos Estados, están dotadas de iguales derechos no obstante las diferencias territoriales, demográficas y de poder.¹⁶⁸

Como vemos, no es solo la imprecisión de los conceptos que hemos examinado, sino las circunstancias concretas a las que deberían corresponder, lo que los hace blanco de críticas. La desigualdad existente entre los Estados, así como la utilización con fines hegemónicos de la protección de los derechos humanos, puede inducir a rechazar cualquier pretensión de consenso respecto de valores compartidos.

R. J. Dupuy, a grandes rasgos, divide las reacciones de los autores frente a la idea de comunidad internacional entre doctrinas “armonizadoras” y “estrategistas”. Las primeras consideran que el volumen de las relaciones internacionales y la solidaridad que traducen entre los pueblos, más allá de la heterogeneidad de las sociedades nacionales, demuestran la existencia de una comunidad internacional. Las segundas ponen el acento en el carácter esencialmente conflictivo del sistema internacional y consideran la idea de comunidad internacional algo inaceptable. También se detiene este autor en otros autores que sostienen una posición intermedia.¹⁶⁹

Delmas-Marty explica estas diferentes posiciones situándolas en el marco del fenómeno de “internacionalización del derecho”, que lleva a reconocer el carácter de derecho positivo a determinados conceptos jurídicos que tienden a universalizarse. Esto ha provocado resistencias por parte de los relativistas, y ahora se puede hablar de “conflicto abierto” entre las posiciones relativistas, que

¹⁶⁸ ZOLO, D., “Una crítica realista del globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas”, en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 36 (2002), Universidad de Granada, 197-218, p. 203.

¹⁶⁹ Se trata de lo que denomina “la ley de tres niveles” del derecho internacional: el derecho del poder (*power law*), el derecho de la reciprocidad y el derecho de la coordinación. Los autores a los que se remite son Schwarzenberger (*The Frontiers of International Law*, 1962) y Friedmann (*The Changing Structure of International Law*, 1964). DUPUY, R-J, *La communauté internationale entre le mythe et l’histoire*, París: *Economica-UNESCO*, 1986, pp. 17-28.

identifican derecho y Estado, y los que sostienen posiciones universalistas, que defienden el reconocimiento de la presencia jurídica de ciertos fragmentos que tienden a una aplicación universal, como los derechos humanos, los crímenes contra la humanidad, etc.¹⁷⁰

Sin embargo, no es mi propósito referirme a todas las posiciones críticas que se han sostenido respecto a los conceptos universales utilizados generalmente en el derecho internacional, sino manifestar que soy consciente de esas críticas.¹⁷¹

Considero que la conciencia de esas desigualdades, en las que cabe sospechar de cualquier acuerdo supuestamente entre iguales, así como de los “malos usos” de los derechos humanos, no es suficiente para hacernos renegar de la necesidad de los acuerdos ni de los “buenos usos” de los derechos humanos.

El derecho internacional se apoya en la idea de comunidad jurídica universal, así como en la conciencia jurídica universal, porque, aunque no existan ni una ni otra, son ficciones necesarias para atribuir un origen común a las normas, y reflejar cierto consenso respecto a determinados valores. Sin dejar de advertir los peligros y las contradicciones que pueden entrañar, usemos esos conceptos “débiles” en la medida en que nos sirvan para dar una respuesta a los grandes males.

Los conceptos que hemos examinado, muchas veces criticados por metafísicos, no están tan lejos del mundo como parecería, incluso podría decirse que están más cerca del mundo que las normas. Por ejemplo, un fenómeno social que se corresponde con el “sentimiento del derecho” y la conciencia jurídica es la “memoria histórica”.

¹⁷⁰ DELMAS-MARTY, «Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit», Seuil, París, 2004, p. 26. Esta autora sostiene que más que de “universalismo” habría que hablar en plural de “universalismos”, dado que cuando se invoca el primero de esos términos en el plano jurídico parece fluctuar entre “la razón y la fe, la demostración y la revelación”. *Ibidem*.

¹⁷¹ Me remito a la obra de Portilla, citada *supra*, donde se profundiza en las distintas críticas que han sido formuladas desde diversas posiciones filosóficas.

2. Derecho y memoria histórica.

2.1. Memoria social, memoria colectiva y “memoria histórica”

Como señala Cuesta Bustillo, los autores en general encuentran dificultades para distinguir entre los conceptos de memoria social y memoria colectiva: algunos autores las identifican, otros las utilizan sin diferenciarlas y otros las confunden.¹⁷² Por su parte, esta autora prefiere diferenciar ambos conceptos “porque constituyen un elemento heurístico de gran interés para el historiador y para sus análisis, porque le permiten distinguir entre la memoria difusa de una sociedad y la memoria delimitada y actualizada de un grupo”.¹⁷³

Respecto de la memoria social dice que “[...] puede entenderse como un residuo de las memorias colectivas, aunque se sitúa ‘más acá’ y ‘más allá’ de éstas, como una potencialidad con frecuencia no activada y de la que la memoria colectiva representa solamente una práctica actualizada”.¹⁷⁴

Cuesta Bustillo destaca la dificultad que también plantea la distinción entre memoria individual y memoria colectiva, dificultad que obedece a la individualidad, por una parte, de la experiencia de la memoria (Bergson) y, al mismo tiempo, al marco social en el que esa experiencia se forma y desarrolla. Nos recuerda la función que Halbwachs atribuye al “otro”, al “no yo” en tanto refresca una memoria, la suscita y estimula: “En este sentido, la memoria individual es un

¹⁷² Todorov, por ejemplo, considera desconcertante hablar de memoria colectiva: “la memoria, en el sentido de huellas mnésicas, es siempre y sólo individual; la memoria colectiva no es una memoria sino un discurso que se mueve en el espacio público. Este discurso refleja la imagen que una sociedad, o un grupo en la sociedad, quisieran dar de sí mismos”. TODOROV, T., *Memoria del mal, tentación del bien. Indagación sobre el siglo XX*, traducido por M. Serrat Crespo, Barcelona: Península, 2002, p. 159.

¹⁷³ CUESTA BUSTILLO, J., *La odisea de la memoria. Historia de la memoria en España. Siglo XX*, Madrid: Alianza, 2008, p. 65. Esta autora se detiene en el empleo de ambos conceptos por Halbwachs, siguiendo los estudios de Namer y concluye que para Halbwachs la memoria social es “una noción más amplia que la de memoria colectiva, pues no sólo integra al grupo, o a múltiples grupos, sino a todo el ambiente en torno, exterior al grupo social, diluida en el conjunto de la sociedad”. p. 66. Las obras a las que se remite son: HALBWACHS, M., *Les cadres sociaux de la mémoire*, París: Alcan, 1935, y NAMER, G., *Mémoire et société*, París: Meridiens Klincksieck, 1987.

¹⁷⁴ CUESTA BUSTILLO, J., «De la memoria a la historia», en A. Alted Vigil (coord.), *Entre el pasado y el presente. Historia y memoria*, Madrid: UNED, 1996, p. 60.

efecto y una consecuencia de los otros. Ellos intervienen en su surgimiento, en su expresión y en sus propios contenidos”.¹⁷⁵

Cuesta Bustillo define la memoria colectiva “como memoria de un grupo social real -histórico- en la que los acontecimientos de referencia de la memoria individual adquieren un sentido”.¹⁷⁶ Aclara que la memoria es colectiva en tanto está anclada a un grupo concreto, permite experimentar la cohesión del tiempo y del espacio, y lo que es más importante, aporta un marco de sentido a la memoria individual. Su característica esencial -señala- es su carácter normativo, actúa como ejemplo y enseñanza. Y en ese sentido -dice- “realiza en cuanto a los grupos una función de legitimación, de puesta en valor, y continuadora, en este caso, de una identidad y de una coherencia del propio grupo, además de la función afectiva que se desprende de estos mecanismos”.¹⁷⁷ Sin embargo, pone también de relieve el carácter abierto e inacabado de esta memoria, dado su análisis de procesos no terminados, en curso.¹⁷⁸ Pero esta provisionalidad de sus conclusiones, esta sujeción a una constante reevaluación, le confiere una incertidumbre que la acerca a las ciencias sociales no empíricas.¹⁷⁹

Para Halbwachs la memoria colectiva es una corriente de pensamiento continuo, con una continuidad que nada tiene de artificial, dado que solo retiene aquel pasado que vive o puede vivir aún en la conciencia de un grupo. Por lo tanto, no puede superar los límites de ese grupo. La historia, en cambio, se sitúa fuera de los grupos e introduce en la corriente de hechos divisiones simples, definitivas. Todas sus clasificaciones las hace en función del cometido que ha de cumplir.¹⁸⁰

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 60.

¹⁷⁶ CUESTA BUSTILLO, J., *Historia del presente*, Madrid: Eudema, 1993, p. 50.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, p. 55.

¹⁷⁸ No olvidemos que su objeto, el presente, es histórico, en el sentido de que no es puntual ni cerrado, “está dotado de un cierto carácter de ‘retención’ que engloba la retrospectiva -referencia al pasado- y la prospectiva -atención al futuro- sin soluciones de continuidad”. *Ibíd.*, p. 37.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, p. 13.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, p. 61.

En el desarrollo continuo de la memoria colectiva no hay líneas de separación claramente trazadas, sino líneas irregulares e inciertas: “El presente (entendido como extendido en una cierta duración, lo que interesa a la sociedad de hoy) no se opone al pasado como se diferencian dos períodos históricos vecinos. Pues el pasado no existe, mientras que para la historia los dos períodos tienen tanta realidad uno como el otro”.¹⁸¹

En lo que concierne a la “memoria histórica”, Halbwachs considera que no ha sido feliz la elección de esta expresión porque asocia dos términos que se oponen en más de un aspecto. Por una parte, la historia es la recopilación de hechos que han ocupado el lugar más extenso en la memoria de los hombres. Pero se trata de hechos que han sido elegidos, acercados unos a los otros, y clasificados, según necesidades o reglas ajenas a quienes han guardado el recuerdo de esos hechos, que han sido el depósito vivo de los mismos.¹⁸²

Y explica más claramente aún por qué no corresponde hablar de memoria histórica: “Si la condición necesaria para que haya memoria es que haya un sujeto que recuerde, sea un individuo o un grupo, ¿cómo la historia será una memoria si hay una solución de continuidad entre la sociedad que lee esta historia y los grupos que han sido testimonios o actores de los acontecimientos que se relatan?”¹⁸³

Entre los juristas, Bergalli explica por qué no usa el adjetivo “histórica”: “En efecto, pese a que el uso de tal calificativo parecería aportar un matiz de mayor expresividad al sustantivo ‘memoria’, pienso que procediendo así se incide en una redundancia viciosa de palabras o en un pleonismo, toda vez que, desde que se habla de ella, en el sustantivo ‘memoria’ se inscriben recuerdos comunes que obviamente pertenecen a la historia. Por otra parte, esta demasía de las palabras, haciendo un uso innecesario del adjetivo, no existe en el lenguaje especializado, ni

¹⁸¹ *Ibíd.*, p. 62.

¹⁸² HALBWACHS, M., *La mémoire collective*, Collection: Les classiques des sciences sociales (2003): disponible en http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/index.html, p. 58. “Lo que ocurre es que, en general, la historia solo comienza en el momento en el que termina la tradición, momento en el que se descompone o desintegra la memoria social”.

¹⁸³ *Ibíd.*, p. 59.

se encuentra en los orígenes del uso del concepto de “memoria” en las disciplinas sociales [...]”.¹⁸⁴

Aguilar, desde una perspectiva sociológica, es partidaria de reservar la expresión memoria histórica para los sujetos que no experimentaron los hechos pero que “comparten lazos de identidad con los que a partir de sus experiencias personales contribuyeron a la homogeneización de los recuerdos”. En cambio, llamaría memoria colectiva (o social) a la de quienes vivieron personalmente los acontecimientos. No obstante, reconoce lo artificial que puede resultar esta distinción dado que los “portadores” de una y otra memoria convivirán el mismo tiempo. Pero sostiene que “[l]a memoria es tanto o más histórica cuanto más lejos esté el hecho recordado de la experiencia de sus miembros [...]”.¹⁸⁵ Por consiguiente, propone “circunscribir la expresión ‘memoria histórica’ a la *interpretación* (no recuerdo) del pasado que comparten de forma mayoritaria los miembros de un grupo (lo cual aporta al concepto también un factor social o colectivo) que disponen de un sentimiento de identidad común (familiar, profesional, de género, local, nacional, etc.). Este sentimiento, a su vez, se habrá ido construyendo sobre la base de dichas interpretaciones compartidas”.¹⁸⁶

Sumamente útil es la definición de memoria histórica que da Lavabre: “Llamaremos memoria histórica a los usos del pasado y de la historia tal y como

¹⁸⁴ BERGALLI, R., «Transiciones jurídico-políticas: ¿olvido o memoria? un cuarto de siglo después», en AAVV, *La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 121-144. Y más adelante admite que “[...] el empleo de la locución Memoria histórica parece, por lo menos con sorpresa para mí, haberse generalizado sin justificación epistemológica y metodológica algunas en el tratamiento que se hace en las tentativas que se vienen destacando en España y en Catalunya, orientadas a la recuperación de todos aquellos sucesos, acontecimientos, participación de personas, decisiones, etc. configurados en los recuerdos que por olvido, ocultamiento, disimulación o falsedad forman parte de un período de la historia atravesado por acciones y situaciones extremadamente tensas y pasiones conflictivas”.

¹⁸⁵ AGUILAR FERNÁNDEZ, P., *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Madrid: Alianza, 2008, p. 59.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, pp. 59-60. “Cuando digo ‘compartidas’ no quiero decir que no haya múltiples interpretaciones del pasado dentro del grupo en cuestión, sino que casi siempre existirá una especie de denominador común más ampliamente participado que los demás, una ‘memoria hegemónica’ que obtendrá un respaldo más amplio que otras por parte de los miembros del grupo”. *Ibíd.*, p. 60.

grupos sociales, partidos, iglesias, naciones o Estados se la apropian. Apropiaciones dominantes o dominadas, apropiaciones plurales y selectivas en todo caso, marcadas por el sello del anacronismo, de la semejanza entre el pasado y el presente, mientras que la historia propiamente dicha tendería *en su principio* a la unidad, al menos a la crítica de las memorias históricas y al establecimiento de diferencias entre el pasado y el presente”.¹⁸⁷

Observemos que no solo define la memoria histórica, sino que establece una diferencia con la historia. Habría entonces, según esta definición, varias memorias históricas, que buscarían siempre una semejanza entre el pasado y el presente, porque, como señala Cuesta Bustillo, “cada época negocia y administra su pasado y recupera de él aquello que considera de interés para su propio presente [...] éste está siempre activo en la negociación, reapropiación o administración del pasado”.¹⁸⁸ Pero dentro de cada época son muchas las voces que llevan adelante esta negociación; es lo que se ha llamado las “batallas por las memorias”.¹⁸⁹ En el presente trabajo nos interesa una de las voces: la de las víctimas o familiares de las víctimas, la voz que reclama ante la justicia penal que se investiguen y persigan penalmente los crímenes que se han cometido en su propio país. Es la memoria aún viva de quien no ha podido enterrar a sus muertos, de quien aún no ha oído de ningún tribunal que los suyos han sido víctimas de crímenes, ni siquiera que han sido víctimas, ni que ha habido crímenes.

“En todos nosotros existe una zona de sombra entre la historia y la memoria; entre el pasado como registro generalizado, susceptible de un examen relativamente desapasionado, y el pasado como una parte recordada o como trasfondo de la propia vida del individuo. La longitud de esa zona puede ser

¹⁸⁷ LAVABRE, M. C., «Sociologie de la mémoire et événements traumatiques», en J. Aróstegui y F. Godicheau, (eds.) *Memoria e Historiografía de la guerra civil (1936-1939)*, Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 43. Citado por CUESTA BUSTILLO, J. en *La odisea de la memoria*, *op. cit.*, p. 445.

¹⁸⁸ CUESTA BUSTILLO, *La odisea de la memoria*, *op. cit.*, p. 445.

¹⁸⁹ CUESTA BUSTILLO, J., «Memorias persistentes en España», en J. Cuesta, (dir.), *Memorias históricas de España (siglo XX)*, Madrid: Fundación Francisco Largo Caballero, 2007, pp. 391 y ss.

variable, así como la oscuridad y la vaguedad que la caracterizan. Pero siempre existe una especie de tierra de nadie en el tiempo [...]”.¹⁹⁰

Tal vez la memoria histórica a la que aquí nos referimos se relacione con esa “zona de sombra”, “entre la historia y la memoria”, “tierra de nadie en el tiempo”, que aún no puede ser objeto de “un examen desapasionado, porque los recuerdos y las personas recordadas forman parte de la vida de los vivos. Aunque muchos han pretendido empujarla al otro lado de su frontera, hacia la historia, inscribiéndola con determinadas fechas, nombres, sucesos, esa tierra es aún oscura y vaga, porque para muchos otros aún no ha pasado a la historia, pertenece a su memoria, y quisieran inscribirla con otros nombres, con otras fechas y en relación con otros sucesos.

2.2. Memoria, vivencia y temporalidad

No es posible hablar de la memoria sin referirse a la experiencia de la temporalidad. Como observa Dilthey, en forma análoga a San Agustín: “El presente nunca es; lo que vivimos como presente encierra siempre el recuerdo de lo que, en sí, era precisamente presente”.¹⁹¹ Por ello, explica, el curso del tiempo no es vivible en sentido estricto. “La presencia del pasado sustituye en nosotros la presencia inmediata”.¹⁹²

Para Dilthey el concepto de vivencia, que podríamos equiparar al de experiencia en Gadamer, es esencial para la comprensión del ser humano y su dimensión temporal. El contenido fundamental de la vivencia es la temporalidad.

¹⁹⁰ HOBBSAWM, E.J., *La era del Imperio*, Barcelona: Labor, 1989 (la edición inglesa es de 1987), p. 2, citado por CUESTA BUSTILLO, J., en «De la memoria a la historia», *op. cit.*, p. 59.

¹⁹¹ DILTHEY, W., *Dos escritos sobre hermenéutica: El surgimiento de la hermenéutica y los Esbozos para una crítica de la razón histórica*, traducido por A. Gómez Ramos, Madrid: Istmo, 2000, p. 117. “El vivir es un transcurso en el tiempo, en el cual cada estado, antes de hacerse más claramente objeto, se transforma, pues el momento siguiente se construye siempre sobre el anterior, y en cual transcurso todo momento -no captado todavía- se hace pasado. Aparece entonces como recuerdo, que ahora ya tiene libertad de extenderse”. *Ibídem.*

¹⁹² *Ibídem*, p. 119. “Al querer observar el tiempo, la observación lo destruye, pues lo fija por medio de la atención; detiene lo que fluye, hace rígido lo que está en devenir”.

Gómez Ramos, en las notas al texto de Dilthey, pone el acento en la relación temporalidad-vivencia-pasado.¹⁹³

Respecto a la memoria, considero pertinente la distinción que hace Dilthey entre “la presencia” y “el presente”: la primera es el ser incluido de lo pasado en nuestro vivir, es lo que está presente en el presente vivo; el segundo, es lo ya llegado, lo que ya no se espera, y se halla situado entre el pasado y el futuro. Gómez Ramos explica: “Lo que se hace presente en la vivencia es el efectuarse del pasado como fuerza en el presente, la fuerza del pasado en el momento actual, su significado, que tiene lugar como recuerdo”.¹⁹⁴ El pasado “fuerte” como para hacerse presente en el presente se recoge en el recuerdo. Ese recuerdo es la acción de la memoria. Surge entonces el concepto de “tiempo concreto”, que ya no es el libre fluir del tiempo, sino un fluir internamente articulado, que se concreta en torno a la vivencia. La descripción que de la vivencia hace Gómez Ramos es clarísima: “en el pequeño dique formado por una revuelta del curso de la vida, es posible encaramarse al surco del tiempo y establecer un significado de la vida [...] un poco como el surfista se mantiene sobre la ola”.¹⁹⁵

Y añade: “Sólo por esta presencia que recoge la fuerza de lo pasado actuando en nosotros, la vida no se disuelve en el transcurrir del tiempo, sino que tiene una conexión. Aunque nos proyectemos continuamente hacia el futuro, vivimos siempre lo pasado”.¹⁹⁶

El concepto de vivencia en Dilthey puede resumirse, siguiendo a Gómez Ramos, como la “conexión de presencia de lo pasado en el presente”. Me atrevería a decir que la vivencia entonces equivale a la memoria, teniendo en cuenta que la define el propio Dilthey como la “célula originaria del mundo histórico”; equivale al átomo para la física o la célula para la biología. En ese sentido, si bien la vivencia

¹⁹³ Y señala: “Pero lo verdaderamente instructivo es la relación de temporalidad-vivencia-pasado que Dilthey dibuja, y que caracterizará de modo decisivo todo el movimiento hermenéutico”. *Ibídem*, p. 125.

¹⁹⁴ *Ibídem*, p. 125.

¹⁹⁵ *Ibídem*.

¹⁹⁶ *Ibídem*, pp. 125 y 126.

pertenece al mundo físico porque se da fenoménicamente en un cuerpo, “marca también el límite donde comienza el reino de lo espiritual”, porque en la vivencia “se enlazan los juicios sobre lo vivido, con lo cual esto último es objetivado”.¹⁹⁷ La relación con la memoria, y el enriquecimiento de la idea de memoria, por la incorporación a la misma de los sentimientos con los que se incorpora el pasado, hacen del enfoque de Dilthey un aporte significativo para nuestro tema.

Koselleck destaca la “vivencia” como el fenómeno primitivo en el que el objeto y el sujeto resultan aún indisociables. Dice: “Este dato inmediato es, para Dilthey, una conexión estructural en la que se combinan conocer, sentir y querer; en él convergen la aptitud intelectual, la aptitud sensible y la aptitud volitiva”.¹⁹⁸

En ese mismo sentido, LaCapra afirma que en la comprensión histórica no debería contemplarse la vivencia de una manera exclusivamente cognitiva, como procesamiento de información. En cuanto influye sobre la comprensión, la vivencia implica afectos, tanto en lo observado como en el observador. Por ello dice que el problema de la experiencia o vivencia debe llevar a la cuestión del papel de la empatía en la comprensión histórica. Uno de los motivos por el que los historiadores del pasado reciente no se han ocupado de ello -afirma- ha sido el ideal de objetividad, y la confusión entre la objetividad y la objetificación.¹⁹⁹

“En calidad de fuerza que contrarresta el entumecimiento, la empatía puede entenderse como algo que presta atención e incluso intenta recuperar la posible dimensión escindida, afectiva, de la vivencia de otros [...]. Implica que la afectividad es un aspecto crítico de la comprensión del historiador o de cualquier observador o estudioso [...]”.²⁰⁰ Y añade que no hay que confundir la objetividad con el objetivismo o la objetificación que niega o forcluye la empatía, así como la empatía

¹⁹⁷ *Ibídem*, Notas, p. 127.

¹⁹⁸ KOSELLECK, R., *Los estratos del tiempo: estudios sobre la historia*, traducido por D. Innenarity, Barcelona: Paidós, 2001, p. 12.

¹⁹⁹ LACAPRA, D., *Escribir la historia, escribir el trauma*, traducido por E. Marengo, Buenos Aires: Nueva Visión, 2005, p. 62. Dice que la historiografía encierra un elemento de objetificación relacionado con un fenómeno de entumecimiento frente al trauma. *Ibídem*.

²⁰⁰ *Ibídem*.

no debe confundirse con la identificación atropellada, la vivencia vicaria ni el martirio sustitutivo. La objetividad exige frenos y resistencia a la identificación plena, y ésa precisamente es una función importante de la investigación minuciosa, la contextualización y el esfuerzo por estar tan atento como sea posible a las voces de otros cuya alteridad se reconoce. En este sentido, “la empatía es una suerte de vivencia virtual, vicaria [...] en la cual la respuesta emocional va acompañada de respeto por el otro y la conciencia de que la vivencia del otro no es la propia”.²⁰¹

2.3. El acontecimiento límite, el trauma

LaCapra define el acontecimiento límite de la siguiente manera: “[...] aquel que supera la capacidad imaginativa de concebirlo o anticiparlo. Antes de que ocurriera no fue -acaso no pudo serlo- previsto ni imaginado, y no sabemos a ciencia cierta qué es verosímil o plausible en ese contexto. En todo caso, hubo una resistencia extrema a vislumbrar su posibilidad”.²⁰² Podemos asociar esta “imprevisibilidad” del acontecimiento límite, del crimen internacional, con su omisión en los tipos previstos en las legislaciones nacionales. Paralelamente a una incapacidad social, e individual, de prever, se ha dado la incapacidad de los órganos normativos, lo que es normal dado que las leyes reflejan las necesidades sociales. Nadie temía ser víctima de un crimen contra la humanidad, de un genocidio, de torturas, como podía, en cambio, temer ser víctima de un robo, un homicidio, un secuestro.

Ante esos acontecimientos excepcionales, la consecuencia, la experiencia traumatizante, no es excepcional sino normal. Frente a esos acontecimientos, dice

²⁰¹ Ibídem. Da el ejemplo del Holocausto: “no es lo mismo -dice- que el historiador sea un sobreviviente, pariente de sobrevivientes, judío, palestino, alemán [...]”. “De ahí que la vivencia del historiador, incluida su respuesta afectiva, esté en juego complejamente, de muy diversas maneras, en la comprensión (o el conocimiento en un sentido amplio que incluye la cognición pero no está limitado a ella). Contribuye a definir las posiciones de sujeto del historiador y puede operar como justificación inicial para hablar en determinada voz”.

²⁰² LACAPRA, D., *Historia en tránsito. Experiencia, identidad, teoría crítica*, traducido por T. Arijón, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 181.

LaCapra, “lo que pide a gritos una explicación [es] la no traumatización de quien lo[s] ha experimentado”.²⁰³

Dice que este exceso del acontecimiento (o acontecimientos) plantea un gran desafío para la representación del mismo. “Desafío que no desaparece, e incluso puede aumentar, cuando lo extremo o lo excepcional se manifiesta en lo cotidiano como una suerte de ‘normalidad’ distorsionada que subvierte la normalidad”.²⁰⁴ Es lo que sucede en las experiencias traumáticas de los crímenes internacionales cuando el gobierno que los comete o ampara lo hace durante varios años, encubriéndolos ante la sociedad en una apariencia de normalidad. Sin embargo, según la experiencia de la población, el clima de terror siempre estaba presente, por mucho que durara. Las personas no se habitúan a una represión constante, por más que a ellas no las afecte, porque siempre está la posibilidad de que las afecte algún día. En eso consisten los crímenes contra la humanidad, por ejemplo.

2.3.1. *La experiencia del trauma*

“El trauma es en sí mismo una experiencia perturbadora que irrumpe en -o incluso amenaza destruir- la experiencia, en el sentido de vida integrada, o al menos articulada de una manera viable”.²⁰⁵

LaCapra hace una distinción entre el trauma estructural y el histórico. El primero se presenta en distintas maneras en toda sociedad y vida individual,

²⁰³ *Ibíd.*

²⁰⁴ *Ibíd.*, p. 182.

²⁰⁵ Es una experiencia que implica una disociación entre cognición y afecto. “En suma, en la experiencia traumática casi siempre podemos representar entumecidamente o con distancia lo que no podemos sentir, y sentir abrumadoramente lo que no podemos representar, por lo menos con cierta distancia crítica o control cognitivo”. *Ibíd.*, p. 161. Emplea los términos de Benjamin para diferenciar el trauma como experiencia considerándolo *Erlebnis* en lugar de *Erfahrung*. En el primer caso, el trauma puede ser reactuado compulsivamente en la memoria traumática, mientras que en el segundo se articula de manera más viable con apertura a futuros posibles. *Ibíd.*, p. 162.

parece más bien un concepto psicoanalítico. El segundo, es específico, no lo sufrimos todos ni tenemos derecho a ocupar la posición de víctima.²⁰⁶

Es muy pertinente a nuestro tema lo que dice LaCapra respecto a la memoria traumática (siguiendo a Freud). Explica que se caracteriza por una “temporalidad demorada”, en la que hay un período de latencia entre el acontecimiento anterior, real o fantaseado, y el acontecimiento posterior que, de algún modo, lo recuerda y provoca represión, disociación o exclusión. Esto es muy pertinente sobre todo al tema de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, porque las reacciones a los mismos de las víctimas, directas o indirectas, nunca se pueden dar en los mismos tiempos que en otros delitos. Si se nos ha caído encima una montaña, no podemos correr a denunciarlo inmediatamente, debemos ponernos de pie y abrirnos paso entre los escombros. Pero además de esa imposibilidad de reacción inmediata, los efectos que tendrá e irá teniendo el trauma, porque se prolongan en el tiempo, son impredecibles.

También resulta pertinente a este trabajo la descripción que hace LaCapra del trauma como disociación de los afectos, incapacidad de representación, porque el que lo vive no lo puede expresar o si lo expresa no lo puede sentir, como si estuviera anestesiado.²⁰⁷ Resulta pertinente porque explica la necesidad de recurrir a un tercero, al tercero por excelencia, al derecho, cuya palabra será la expresión definitiva de lo que no se puede expresar en el ámbito social o individual. Dice: “El trauma causa una disociación de los afectos y las representaciones: el que lo padece siente, desconcertado lo que no puede representar o representa anestesiado lo que no puede sentir. Elaborar el trauma implica un esfuerzo por articular o volver a articular los afectos y las representaciones de un modo que tal vez nunca pueda trascender la puesta en acto

²⁰⁶ LACAPRA, D., *Escribir la historia, escribir el trauma*, op. cit., pp. 96-97.

²⁰⁷ “El trauma es una experiencia que trastorna, desarticula el yo, y genera huecos en la existencia; tiene efectos tardíos imposibles de controlar sino con dificultad y, tal vez, imposibles de dominar plenamente”. LACAPRA, D. *Escribir la historia, escribir el trauma*, op. cit., p. 63.

o el *acting out* de la disociación que incapacita pero que, en cierta medida, pueda contrarrestarla”.²⁰⁸

Se refiere también, y en ese sentido podríamos asociar lo que dice con la memoria histórica, a la “posmemoria”, que es la de quienes no experimentaron de manera directa un acontecimiento límite, pero que no obstante “pueden experimentar y manifestar sus síntomas postraumáticos [...]”.²⁰⁹ Esto no solo es aplicable a las víctimas indirectas, por ejemplo, los familiares (aunque dentro de ellos cabe diferenciar por su relación con el asesinado o victimizado a los hijos y los padres, pues a estos los consideramos víctimas directas), sino a otras personas que tienen contacto directo con las víctimas, los verdugos, y los hechos criminales, por ejemplo, los abogados que llevan adelante las causas y los jueces.

LaCapra habla de la empatía como una actitud positiva e incluso necesaria para la comprensión de los hechos. Implica una experiencia virtual pero no vicaria: “experiencia donde nos ponemos en la posición del otro sin ocupar su lugar (ni hablar por él) ni convertirnos en víctimas sustitutas que se adueñan de la voz íntima o el sufrimiento de la víctima”.²¹⁰ El compromiso afectivo con ésta implica respeto por la otredad del otro. Se pregunta si la empatía no es en cierto nivel necesaria para una comprensión limitada de los hechos. Pero aún más: “Hasta se podría aducir que un cambio ético o político duradero será desde todo punto imposible sin la reeducación del afecto en su relación con el juicio normativo (lo

²⁰⁸ Ibídem, p. 64.

²⁰⁹ LACAPRA, D., *Historia en tránsito. Experiencia, identidad, teoría crítica*, op. cit., p. 149. Esto, explica, puede ocurrir tanto a los hijos y allegados de sobrevivientes como de verdugos. En ese sentido, cabe recordar la distinción que hace entre la experiencia del trauma vicaria y virtual. En la primera, el sujeto se identifica inconscientemente con la víctima, se transforma en víctima sustituta y vive el acontecimiento en la imaginación. En la segunda, el sujeto se coloca imaginariamente en el lugar de la víctima pero respeta la diferencia entre él mismo y el otro y reconoce que no puede ocupar el lugar de víctima ni hablar en su nombre. “La experiencia virtual puede estar conectada con la perturbación empática, cosa que a mi entender es deseable e incluso necesaria para cierta forma de comprensión constitutivamente limitada pero significativa”. Ibídem, p. 173.

²¹⁰ Ibídem, p. 184.

que podría considerarse un pedido de comprensión revisionista de los sentimientos morales)”.²¹¹

2.3.2. Distinción entre ausencia y pérdida

LaCapra hace una distinción entre ambos términos, y las experiencias que denotan: las pérdidas son específicas e involucran acontecimientos concretos, como la muerte de seres queridos, o las pérdidas producidas por el *apartheid* o el Holocausto, y el efecto que tuvieron sobre los grupos afectados. Pero aclara que no se trata de una simple oposición binaria pues ambas interactúan de manera compleja. Además, lo opuesto a la pérdida no es la ausencia sino la ganancia, y lo opuesto a la ausencia es la presencia. Previene contra la confusión entre ausencia y pérdida. Parecería que la pérdida se considerase como algo generalizado: todos somos víctimas (incluso los victimarios), toda la historia es traumática, o una “cultura de la herida”.²¹²

LaCapra sitúa la pérdida en un nivel histórico y la ausencia en un nivel transhistórico. Este último sentido significa que la ausencia no es un acontecimiento y no implica tiempos verbales. El pasado histórico, en cambio, es el escenario de pérdidas que se pueden narrar, así como de posibilidades específicas cuya reactivación o transformación en el presente o el futuro es concebible. “Se suele percibir erróneamente el pasado como pura ausencia o aniquilación total, pero siempre queda algo del pasado, aunque sólo sea como presencia que ronda o como lo que retorna sintomáticamente”.²¹³

²¹¹ *Ibíd.*, p. 186. Esta frase es muy pertinente para una investigación sobre la memoria histórica: “Aplicado a quienes nacieron después, el intento de reconocer y elaborar las secuelas del trauma histórico no es una manera de victimazgo sustituto identificadorio, ni un ejercicio puramente psicológico y terapéutico o un pretexto para una extática o efervescente retórica de lo sublime. Es más bien un proceso autocrítico vinculado al pensamiento y la práctica críticos con una profunda importancia social y política”. *Ibíd.*, p. 193.

²¹² *Ibíd.*, p. 85.

²¹³ LACAPRA, D., *Escribir la historia, escribir el trauma*, *op. cit.*, p. 70. “De hecho, los fantasmas que toman posesión del yo o de la comunidad pueden aplacarse mediante el duelo sólo cuando se los especifica y se los nombra como otros que se han perdido por obra de la historia. Además, las formas particulares y a veces confluentes de prejuicio (como el antisemitismo, el racismo y la homofobia) pueden abordarse ética y

LaCapra señala que el duelo solo es posible como proceso social cuando las pérdidas se reconocen, social o jurídicamente; cuando los muertos tienen un nombre. De ahí que sea comprensible no solo como un interés individual sino como interés en cuanto miembro de la sociedad el que tienen los deudos por ubicar los cuerpos y dar sepultura, con un nombre que las identifique, a las víctimas.²¹⁴

El duelo implica una relación con el pasado que supone reconocer la diferencia con el presente. Permite asentarse en este, volver a la vida social. Cuando no hay duelo, el pasado se resiste a pasar. El duelo es como un tiempo fronterizo que delimita, separa, con la claridad de una línea fronteriza, y sobre todo disipa el temor a que los territorios se confundan y, al confundirse, uno, el más frágil, quede sumergido indistintamente en el otro. Cuando no hubo duelo, quedamos aferrados a nuestros muertos, porque tememos que la vida corriente nos separe para siempre de ellos. Cuando no hay lugar donde situar sus restos, donde “ubicar” el recuerdo de su muerte, tememos que el olvido se los lleve definitivamente.

Mientras no hay duelo, ni sepultura, las ausencias serán siempre pérdidas.²¹⁵

2.3.3. Unicidad

M. Cruz, refiriéndose al discurso sobre el trauma, dice que este discurso “debería determinar si considera que los traumas en cuestión constituyen sucesos singulares y, en esa misma medida, irrepetibles o, por el contrario, si su carácter

políticamente sólo cuando se las especifica en términos de su incidencia histórica precisa y diferenciada [...]”. *Ibíd*em, p. 85.

²¹⁴ *Ibíd*em, “El trabajo de la memoria, especialmente de la memoria con cariz social involucrada en la elaboración, permite distinguir el pasado del presente, y reconocer que algo nos ocurrió entonces (a nosotros o a nuestra gente), algo que está relacionado con el aquí y ahora, pero no es idéntico a él”. p. 86.

²¹⁵ Manuel Cruz comenta las distinciones efectuadas por LaCapra con respecto a la “pérdida” y la “ausencia”, así como respecto de la empatía y la toma de distancia. CRUZ, M., *Acerca de la dificultad de vivir juntos. La prioridad de la política sobre la historia*, Barcelona: Gedisa, 2007, p. 47.

extra-ordinario los vincula, precisamente por ello, a algún tipo de orden o normalidad histórico-social de la que vendrían a significar su versión más exasperada”.²¹⁶

Ricoeur toca el tema de la unicidad o singularidad de los eventos criminales de gravedad excepcional. Eventos que Jean Nabert denomina “injustificables”, en el sentido de la acción que excede de las normas, de toda norma.

Vale la pena hacer una breve referencia a lo que entiende Nabert por injustificable, porque su cercanía a la situación a la que nos enfrentamos, la imprevisión de las normas penales de los crímenes internacionales, es asombrosa. Dice que al haber buscado en vano normas en las cuales pudiéramos basar nuestro juicio sobre determinados hechos, no podemos sino experimentar un sentimiento de que nos encontramos, no ante algo no válido, sino ante algo injustificable. Explica: “[...] lo que se nos presenta como tal [injustificable], no puede ser confrontado con ningún deber ser específico, todo sucede como si nos encontráramos, en realidad, fuera de las fronteras en cuyo interior oponemos lo válido y lo no válido [...]. Lo que consideramos injustificable es un acto o un acontecimiento que se caracterizan solamente por afectar profundamente la sensibilidad humana, pero contra el cual no podemos elevar ninguna protesta ni querrela, porque no tenemos ninguna norma a la que podamos referirnos”.²¹⁷

Tenemos en esta explicación de un filósofo una descripción clarísima de la situación en la que nos encontramos cuando el orden jurídico no ha previsto la comisión de los crímenes internacionales.²¹⁸

²¹⁶ *Ibíd*em, p. 51. Se refiere también a la distinción (que ya he mencionado) que hace Benjamin entre *erlebnis* y *erfahrung*, términos que traduce como experiencia preconceptual y experiencia conceptualizada. La primera tiene que ver con los datos estrictos e inmediatos que aprehende la conciencia. La segunda supone “una larga adquisición del individuo que requiere de la memoria, el tiempo y la duración para sedimentarse, y que, además se enmarca dentro de la tradición y los saberes colectivos [...]”. *Ibíd*em, nota 31, p. 53.

²¹⁷ NABERT, J., *Essai sur le mal*, París: Éditions du Cerf, 1977, pp. 22-23.

²¹⁸ Respecto del tema de la “excepción” como estado, véase AGAMBEN, G., *Estado de excepción*, 3ª ed., traducido por F. Costa e I. Costa, Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2007.

Ricoeur se pregunta, respecto del Tercer Reich, algo muy aplicable a la España bajo Franco: “¿Por qué este pasado no quiere pasar? ¿Por qué vuelve cada vez más vivo, por cierto no como un modelo sino como algo que se ha de rechazar?”. Según Ricoeur, el pasado no pasa porque se considera lo ocurrido, en su contexto, como algo totalmente excepcional, sustraído a todo debate crítico.

Para hablar de excepcionalidad, es decir, de “singularidad o de unicidad” es necesario analizar la idea de singularidad o de unicidad. Propone para ello Ricoeur tres tesis.

1) La singularidad histórica no equivale a la singularidad moral -lo injustificable, lo inaceptable-. Para verificar esa singularidad es necesario hacer una investigación histórica.

2) La singularidad histórica, en un sentido corriente, denota el carácter único de cualquier acontecimiento que sucede en el curso de la historia. Es decir, cualquier secuencia de hechos que tiene lugar en el tiempo y en el espacio.

3) Singularidad significa incomparabilidad.

Analiza entonces la posibilidad de comparar eventos pertenecientes a una misma continuidad histórica, a una misma tradición identificatoria.

En cierto sentido la comparación se hace posible en torno a un concepto central, por ejemplo, el totalitarismo (Arendt). Sobre ese concepto se puede construir una clase definida como “atrocidades de masa” (Ossiel) o “crímenes del tercero” (Garapon), entendiéndose por tercero al Estado, definido por su obligación primera de garantizar la seguridad de todos los que se encuentren en su territorio, delimitada por normas institucionales que legitiman y obligan al Estado. Entonces sí, dice Ricoeur, en ese marco, se pueden configurar las semejanzas y diferencias entre los sistemas.²¹⁹

En esta búsqueda de semejanzas o diferencias, es decir, en el contexto de una comparación, el error consiste, señala Ricoeur, “en confundir la

²¹⁹ RICOEUR, P., *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, París: Éditions du Seuil, 2000, pp. 434-435.

excepcionalidad absoluta en el plano moral con la incomparabilidad relativa en el plano historiográfico”.²²⁰

Ricoeur afirma que cualquiera sea su unicidad y su comparabilidad en términos historiográficos, “hay una unicidad y una incomparabilidad éticas referidas a la magnitud de los crímenes, al hecho de que hayan sido cometidos por el Estado mismo contra una parte discriminada de la población a la que debía brindar protección y seguridad, al hecho de haber sido ejecutados por una administración sin alma, tolerados, sin excepciones notables, por las élites dirigentes, sufridos sin resistencia importante por toda una población”.²²¹

Respecto a esto último, al buscar un vínculo posible entre el empleo de las ideas de singularidad y unicidad en el plano moral y su empleo en el plano historiográfico, encuentra uno que sería la ejemplaridad de lo singular. Esto no corresponde a ninguno de los dos planos, sino que se forma “en el trayecto de la recepción en el plano de la memoria histórica”.²²² La idea de singularidad ejemplar se configura en el seno de una opinión pública esclarecida, que transforma el juicio retrospectivo sobre el crimen en juramento de evitar su repetición. “De esta forma, reconsiderada bajo la categoría de la promesa, la meditación sobre el mal puede ser arrancada de una deploración infinita y de una melancolía desarmante y, lo que es más fundamental aún, del círculo infernal de la culpabilización y de la exculpación”.²²³

²²⁰ Ricoeur propone considerar una singularidad moral absoluta, una incomparabilidad absoluta del horror: “No hay escala de lo inhumano, porque lo inhumano está fuera de toda escala, desde el momento en que queda fuera de todas las normas, incluso las negativas”. *Ibíd.*, p. 435.

²²¹ *Ibíd.*, p. 428. El historiador ha de comprender esos hechos terribles, pero su comprensión no debe ser disculpatoria, ha de “condenar y comprender”, como dice Christian Meier, «Condamner et comprendre», en *Devant l'histoire. Les documents de la controverse sur la singularité de l'extermination des Juifs par le régime nazi*, París: Éditions du Cerf, 1988, pp. 37 y ss.

²²² RICOEUR, P., *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, *op. cit.*, p. 435.

²²³ *Ibíd.*, p. 436.

Volviendo a la tesis según la cual singularidad significa también incomparabilidad, no podemos, sin embargo, prohibirnos la comparación de distintos eventos.

Feierstein dice, refiriéndose a los horrores de la Alemania nazi: “Si se trata de un hecho patológico, anclado en un momento peculiar del tiempo y del espacio, el recuerdo es apenas una obligación para con los muertos. Nada de nuestro presente, nada de nuestro aquí y ahora aparece cuestionado por la posibilidad genocida. La memoria, por lo tanto, se ‘ajeniza’, en tanto no tiene que ver con nosotros, sino apenas con las víctimas y los perpetradores directos. Se trata de víctimas dignas de una compasión abstracta, perpetradores que merecen un odio y extrañeza también abstractos”.²²⁴ Por ello es imprescindible desvelar entre los hechos criminales una similitud, en lugar de conformarnos y tranquilizarnos con su excepcionalidad.

Todorov, al comentar el libro de Levi “Los hundidos y los salvados”, se pregunta: “¿Se trata, una vez más, del mismo mal, ayer y hoy? La historia es siempre singular, la repetición idéntica es imposible; y durante una generación por lo menos, la memoria de los crímenes pasados impide, en Europa, el regreso de lo mismo. Pero eso es sólo, para Levi, un débil consuelo. El crimen siguiente revestirá una forma levemente distinta para que no lo reconozcan, y ése será el truco. Puesto que lo que aparece a nuestros ojos no es ya el fascismo sino el nacionalismo o el fanatismo religioso, no nos inquietaremos ya. Una sospecha se apodera de Levi: Auschwitz no ha servido de nada, la abrumadora historia de la humanidad prosigue su curso”.²²⁵

2.3.4. La excepcionalidad de un acontecimiento en la historia frente a su utilización como precedente en la justicia

Se ha planteado un extenso debate respecto a la “unicidad” del Holocausto. Muchos historiadores han sostenido el carácter sin precedentes e intrínsecamente

²²⁴ FEIERSTEIN, D., *El Genocidio como práctica social*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 148.

²²⁵ TODOROV, T., *op. cit.*, p. 222.

incomparable del Holocausto. Consideran inaceptable la mera idea de compararlo con otros acontecimientos anteriores o posteriores de crímenes internacionales, incluso con fines de investigación, que ven como una “afrenta a la memoria de las víctimas”.

Sin embargo, la idea de inconmensurabilidad histórica es prácticamente imposible de formular en términos jurídicos. Si en calidad de juristas llegáramos a la conclusión, dice Ossiel, de que los eventos juzgados en Nuremberg eran absolutamente inconmensurables, deberíamos llegar a la conclusión de que las normas jurídicas desarrolladas a partir de esa experiencia deben ser interpretadas muy estrictamente. Tal criterio, además, haría que esas normas fueran inaplicables a casi todas las experiencias siguientes de crímenes internacionales, dado que cada experiencia siempre será distinta a las demás.²²⁶

Es notable observar cómo los tribunales nacionales, en países que no han previsto en sus legislaciones los crímenes internacionales, se esfuerzan por respetar el principio de legalidad, encuadrando los hechos en los tipos previstos, los tipos corrientes, y considerando las características de comisión de los hechos, propias de los crímenes internacionales, como circunstancias agravantes. Es un esfuerzo por respetar el principio de legalidad, pero, a la vez, el resultado que se obtiene es una “banalización” de los crímenes, no ya haciéndolos comparables con otros crímenes semejantes, sino con delitos corrientes.²²⁷

Todorov dice que la unicidad de cada acontecimiento no necesita ser reivindicada. Lo específico es el sentido que puede tener. Pero la especificidad no debe ser sacralizada. “La sacralización es, por principio un atrincheramiento, una puesta a parte, una prohibición de tocar [...]. Pero no porque los acontecimientos pasados sean únicos y cada uno de ellos tenga un sentido específico es preciso no

²²⁶ OSSIEL, M., *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*. Londres: Transaction Publishers, 2000, p. 116. Señala Ossiel que los mismos que se horrorizan ante las comparaciones no desearían que se llegara al resultado mencionado. Para una defensa de las comparaciones, véase: MAIER, C. S., *The Unmasterable Past: History, Holocaust, and German National Identity*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

²²⁷ Ossiel lo señala cuando afirma que en general, los tribunales quitan importancia a los elementos de unicidad en los hechos que se les someten, dado que los encuadran en conceptos preexistentes más generales y en los precedentes. OSSIEL, M., *op. cit.*, p. 117.

relacionarlos con otros, muy al contrario. La especificidad no separa un acontecimiento de los demás, al contrario, lo une a ellos”.²²⁸

Si nos prohibimos poner un acontecimiento en relación con otros, nos prohibimos al mismo tiempo cualquier lección para el resto de la humanidad, le quitamos toda utilidad. Pero Todorov también pone en guardia contra el proceso inverso, la banalización, donde los acontecimientos presentes pierden especificidad y son asimilados a los del pasado (o a los del presente corriente, como he señalado respecto de los juicios). “Cuando se utiliza el término *nazi* como sinónimo de canalla, toda la lección de Auschwitz se ha perdido”.²²⁹

No hay duda de que a efectos de su sanción penal es imprescindible desvelar entre los hechos criminales una similitud, porque la ley no puede regir para un caso único. Tal vez, en este cuestionar la unicidad o no de los hechos que constituyen crímenes internacionales resida también parte de la explicación de su ausencia de tipificación. Tal vez, su tipificación en los códigos penales nacionales sea un reconocimiento trágico: la posibilidad de su reiteración. Pero esa posibilidad, como dice Feierstein, nos acerca a los crímenes, los hace en cierto modo presentes como amenaza, nos sensibiliza frente a ellos.²³⁰ De ahí que sea tan importante su previsión en las normas “normales” de nuestro sistema penal.

Pero no hay que olvidar que también en la forma en que recordemos está en juego nuestro propio poder ser. Si ha sido posible, no solo en la Alemania nazi sino también en tantos otros lugares, puede ser posible también aquí. Esto en su relación con el espacio. Pero también cabe asociarlo con el tiempo. Si ha sido posible aquí una vez, ¿por qué no pensar que puede serlo otra vez? Y si puede ser

²²⁸ TODOROV, T., *op. cit.*, p. 196.

²²⁹ *Ibíd.* “Sería paradójico, como mínimo, afirmar a la vez que el pasado debe servirnos de lección y que no tiene relación alguna con el presente: lo que es sacralizado de este modo no puede ayudarnos en absoluto en nuestra existencia actual. Si se desea mantener el acontecimiento pasado en cuarentena, es todavía posible mantenerlo en la memoria y actuar en función de este recuerdo, pero no podría ya servir para comprender mejor la especie humana y su destino”. *Ibíd.*, p. 197.

²³⁰ FEIERSTEIN, D., *El Genocidio como práctica social, op. cit.*, p. 148.

otra vez, por qué no estudiarlo muy detenidamente para que no pueda serlo, pero como juristas debemos preguntarnos, ¿por qué no preverlo penalmente?

Sin embargo, Arendt, en una carta a Kart Jaspers, dice: “Los crímenes nazis, me parece, hacen estallar los límites del derecho, y eso es precisamente lo que constituye su monstruosidad. Para estos crímenes, ningún castigo es suficiente [...]. Esta culpa, en contraste con cualquier otra culpa criminal sobrepasa y destroza todos y cada uno de los sistemas jurídicos. Esa es la razón por la que en Nuremberg los nazi se mostraban tan arrogantes”.²³¹

“Hacen estallar los límites del derecho”. Es una frase con una carga descriptiva maravillosa. No obstante, pareciera que ni siquiera se ponen a prueba esos límites para ver si estallan o no. Los crímenes para los que ningún castigo parece suficiente, ni siquiera se han incluido en muchas legislaciones nacionales. Sin embargo, cabe también otra interpretación: Arendt se refiere a la incapacidad del derecho penal, tal como está configurado actualmente en la mayor parte de las legislaciones, de hacer frente a esos crímenes. Cuando me refiero a “tal como está configurado” me estoy refiriendo a los principios que lo estructuran: legalidad, proporcionalidad, fragmentariedad, *ultima ratio*. El derecho penal así estructurado fue concebido para hacer frente a otros ilícitos. No a aquellos que cometería el mismo poder punitivo que se sirve de él.

Para poner en relación memoria y justicia, es ineludible poner en relación memoria y derecho. Pero la relación entre memoria y derecho exige, a su vez, referirse, aunque sin dedicar al tema toda la atención que merece, a la relación entre derecho y tiempo.

²³¹ ARENDT, H.; JASPERS, K., *Hannah Arendt-Karl Jaspers: Correspondence 1926-1969*, L. Kohler y H. Saner (eds.), traducido por R. Kimber, Nueva York: Harcourt Brace and co., 1992, p. 54.

3. La temporalización del tiempo del derecho

La función principal del derecho es contribuir a la institución de lo social. Instituir quiere decir anudar el lazo social y ofrecer a los individuos puntos de referencia necesarios para su identidad y autonomía.²³²

Se establece un vínculo fuerte entre la temporalización social del tiempo y la institución jurídica de la sociedad. El derecho afecta la temporalización del tiempo y el tiempo, a su vez, determina la fuerza institucionalizante del derecho. El derecho temporaliza y el tiempo instituye. El tiempo no es exterior al derecho como un marco cronológico dentro del que se desarrolla la acción. Tampoco el derecho se limita a imponer al calendario determinados plazos. La fuerza del derecho pasa de la potencia al acto solo si las normas jurídicas son "temporalizadas" mediante su aplicación a la realidad social, que había sido anticipada abstractamente en las normas mismas.²³³

En lo que respecta a las dimensiones temporales del derecho, Husserl señala que ninguna de las tres dimensiones temporales puede estar sin la otra. "Mientras la corriente del tiempo sigue fluyendo, las tres dimensiones pasan constantemente de una a otra. El pasado continúa actuando en el presente, y éste se caracteriza por tener un horizonte de futuro. En la vida del hombre, el pasado, el presente y el futuro se funden en *un único* y grande espacio de experiencia".²³⁴

²³² Es muy interesante el análisis que hace sobre derecho y tiempo B. ROMANO en su obra *IL riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*, Roma: Bulzoni Editore, 1986, pp. 115 y ss. Este examen incidental de la dimensión temporal del derecho no incluye, por su brevedad, remisiones a dos autores que se han ocupado muy especialmente del tema: CARNELLI, L., *Tiempo y derecho*, Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1952, y COSSIO, C., *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de la libertad*, Buenos Aires: Editorial Losada, 1944.

²³³ HUSSERL, G., *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, traducido por R. Cristin, Milán: Giuffrè, 1998, p. 187. "Para que haya una 'realización del derecho', se debe pasar del más allá del mundo destemporalizado del derecho al más acá de la realidad voluntaria, sujeta al flujo natural del tiempo. El ritmo de la historia, intencionalmente interrumpido para dar al hombre la posibilidad de no disolverse en él, es puesto en marcha nuevamente con renovada energía".

²³⁴ *Ibidem*, 37.

Nuestro presente es un presente temporalizado, es decir, un presente que se combina con su propio presente, con su propio pasado, con su propio futuro. Esta interpenetración de las dimensiones temporales coincide con un concepto fundamental de la hermenéutica filosófica: la distancia temporal. En realidad, en ese marco filosófico, la expresión denota lo contrario de lo que a primera vista dice la palabra "distancia". Como explica Gadamer: "El tiempo no es primariamente un foso que haya que salvar porque separa y aleja, sino que es la base del acontecer en el que radica la comprensión actual. Por eso la distancia temporal no es algo que deba superarse. El supuesto ingenuo del historicismo fue creer que es posible trasladarse al espíritu de la época, pensar con sus conceptos y representaciones y no con los propios, y forzar de ese modo la objetividad histórica".²³⁵ Esto significa que no podemos dejar de pensar con nuestros propios conceptos y representaciones, que no podemos saltar de un momento a otro de la historia sin llevar con nosotros toda la carga de experiencias que hemos vivido. Así como tampoco podemos prescindir de nuestros valores, de los valores de nuestro tiempo, cuando juzgamos acontecimientos pasados.

Es en el ámbito de la justicia, en el que se hace más visible la compenetración entre los tiempos. Las dimensiones temporales temporalizadas (no inmovilizadas) se encuentran en un fluir constante.

Husserl, en un estudio sobre el tiempo y el derecho, pone en relación las dimensiones temporales con los tres poderes.²³⁶ El hombre del poder ejecutivo representa el "hombre del presente". Las diversas actividades que realiza están comprendidas en lo que suele llamarse "administración". El hombre de la administración, del poder ejecutivo, es un "ejecutor" de normas, de ideas, de pautas. Pero en el ámbito jurídico es imprescindible que tenga conciencia de la irrepetibilidad de ese hoy en el que ha de actuar.

²³⁵ GADAMER, H. G., *Verdad y Método*, vol. II, Salamanca: Ediciones Sígueme, 2001, p. 68.

²³⁶ HUSSERL, G., *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, op. cit., p. 47. La finalidad del derecho es, en cierto modo, cancelar el pasado no conforme a la norma. La mirada del derecho hacia el pasado es una mirada pretenciosa, omnipotente.

El hombre del futuro, en cambio, es el legislador. En la medida en que anticipa el futuro lo ve abierto frente a él, pero también se le van cerrando las vías que del presente lo llevan al futuro: no puede volver a recorrerlas porque incurriría en contradicción. Si bien su actividad revela confianza en el futuro, también al no dejarlo venir por sí solo tiende a superar la "extrañidad" que todo futuro representa. "Un futuro planificado racionalmente ya no es extraño".²³⁷ Sin embargo, esa planificación del futuro, esa proyección hacia el futuro, manifiestan el ejercicio del poder, que va dibujando su propia esfera: todo aquello que no se encuentra en ella, es decir, que no ha sido planificado racionalmente o que escapa a la previsión le resulta extraño. La distancia entre lo extraño y lo hostil es poca. La forma de superar uno u otro, o lo primero convertido en lo segundo, es la violencia.²³⁸

El juez completa la labor del legislador: el juez es el hombre del pasado. Actúa motivado en los hechos del pasado. Estos hechos le son "dados" en cuanto temporalmente preceden su actuación. "Son hechos del pasado que en el procedimiento judicial necesitan una *presentificación*".²³⁹ Sin embargo, al juez también le son "dados" los parámetros de juicio conforme a los cuales ha de actuar. Por ello Husserl observa que el mundo en el que se mueve el juez es un mundo "acabado". "El 'vínculo con el derecho' significa estar vinculado con pre-decisiones [...]. El futuro del juez, en cuanto hombre al que le han encomendado la ejecución de planes relativos al futuro (y que no son suyos) es un futuro 'bloqueado' por una red de normas de comportamiento. No es un futuro *abierto*".²⁴⁰ Sin embargo, no es posible olvidar la dimensión creativa de todo proceso de ejecución. La aplicación de la norma por el juez nunca consiste en una mera deducción lógica.

²³⁷ *Ibíd.*, p. 51.

²³⁸ *Ibíd.*, p. 52. Esto revela una actitud negativa frente al futuro. Sin embargo, Husserl dice que esta negatividad frente al futuro es contraria a la idea misma de derecho. "La vía del derecho es la vía de una conquista positiva del futuro mediante instrumentos racionales".

²³⁹ *Ibíd.*, p. 54.

²⁴⁰ *Ibíd.*, p. 55.

Considerado desde una perspectiva temporal, el camino que el juez recorre es un camino a través del tiempo. Para Husserl tiene el carácter de un puente que une el "entonces" de la creación del plan con el "hoy" de su ejecución. Se trata de un puente que puede y debe ser recorrido en ambos sentidos: hacia el pasado, para interpretar la ley conforme al momento en que se promulgó, hacia el "hoy" para establecer una relación viva entre la norma que ha de aplicar y el presente en el que está actuando.

No hay que olvidar que la relación intertemporal es característica sobre todo de la actividad judicial, de su labor hermenéutica: ha de solucionar los casos que se le presentan hoy en función de hechos que sucedieron ayer, basándose en normas también dictadas ayer, sin olvidar que la solución que dé sentará un precedente para mañana.

Husserl concluye su análisis de la perspectiva temporal del derecho señalando la correspondencia entre la influencia que ejerce cada uno de los tres poderes en la vida pública y el "sentimiento general del tiempo" de la sociedad de que se trate. Es decir, según prevalezca el respeto por la tradición, la esperanza en el progreso o la falta de estabilidad y certeza se sentirá más la influencia del juez, del legislador o del ejecutivo.

Ost pone de relieve que esta identificación o correspondencia entre las actuaciones de los tres poderes y las dimensiones temporales no es accidental sino esencial a cada una de ellas. La correspondencia de la actividad legislativa con el futuro determina la esencia misma de la legislación. La ley es una formulación abstracta e hipotética, porque está destinada a regular un número indefinido de casos. No puede estar formulada de otra manera si ha de cumplir esa función. Si los casos que está destinada a regular ya hubiesen sucedido, no sería hipotética y perdería su necesaria abstracción, dado que se referiría a casos concretos. En lugar de ser una norma abstracta e hipotética, se convertiría en una decisión concreta y categórica.²⁴¹ No sería una ley sino una sentencia. En el caso de la actividad jurisdiccional, también su correspondencia con el pasado es inherente a su

²⁴¹ OST, F., *Le Temps du Droit*, París: Editions Odile Jacob, 1999, p. 149.

naturaleza misma. No tanto porque está vinculada a una norma sancionada en el pasado, sino porque ha de presentificar, hacer presentes, hechos del pasado y confirmar su realidad. Su intervención es requerida porque algo ha sucedido, no por la eventualidad de que algo suceda. No hay juez sin caso concreto, y el caso concreto es el caso pasado, presentificado ante el juez en el proceso.²⁴²

También Opocher se pregunta con cuál de las dimensiones temporales el tiempo del derecho puede identificarse. Afirma que el tiempo del derecho es el presente. Si bien es cierto -admite- que el derecho se refiere a acciones pasadas, estas acciones siguen, en el marco jurídico, prolongándose en un eterno presente: "no se pueden cancelar, aunque el sujeto las haya olvidado, o incluso repudiado [...]. Y en esta imagen, que es la imagen de las acciones que pertenecen ahora a la 'realidad jurídica', y que es eternamente presente y, por lo tanto, incancelable, el sujeto termina, por decirlo así, por ser crucificado".²⁴³

En cuanto al pasado y al futuro, dice que constituyen los dos polos opuestos de "inserción temporal de la experiencia jurídica en la experiencia práctica".²⁴⁴ Explica que el derecho, mediante sus propias figuras temporales, cierra el horizonte jurídico tanto hacia el pasado (prescripción) como hacia el futuro (plazos). El tiempo jurídico es entonces una absolutización del presente, la positividad formal cubre la positividad histórica. Pero la primera no es nada más que una "positividad histórica inmovilizada", "cerrada" dentro de la esfera de validez de determinado ordenamiento jurídico.

En la relación entre el derecho y el tiempo es necesario distinguir, como indica Opocher, los dos aspectos fundamentales que esta relación presenta: la dimensión temporal del derecho, y la perspectiva del tiempo que el derecho expresa. El primero pone en cuestión la compatibilidad entre la "temporalidad" del derecho y su pretensión de "universalidad". El segundo se refiere concretamente al

²⁴² *Ibídem.*

²⁴³ OPOCHER, E., «Diritto e tempo», en R. Orecchia (ed.), *La responsabilità politica. Diritto e Tempo. Atti del XIII Congresso Nazionale della Società di Filosofia Giuridica e Politica* (Pavia-Salice Terme, 28-31 de mayo de 1981), Milán: Giuffrè, 1982, p. 156.

²⁴⁴ *Ibídem*, p. 157.

empleo que el derecho hace del tiempo, del tiempo que sintéticamente podría denominarse el "tiempo jurídico".²⁴⁵

3.1. La relación entre memoria y derecho

Una característica esencial del ser humano es ser "titular de una hipótesis".²⁴⁶ Esta hipótesis no es la vida que ha sido, sino la vida que puede ser. El hombre formula hipótesis porque construye una vida diversa de la que ha vivido, y la construye con miras a una finalidad que no es la que ha simplemente encontrado, sino una finalidad escogida. "La hipótesis es un diseño, y el diseño, conforme a esta interpretación, nos indica lo que no está presente [...] reenvía a la formación de una presencia que no está presente; el diseño es por lo tanto ese ejercicio de subjetividad que expresa el encontrarse en un momento y en un lugar no estando ni en ese lugar ni en ese momento".²⁴⁷

Para la construcción de la hipótesis se requiere también la memoria. Pero no es una memoria que se agota en el mero repetir mecánico, sino una memoria en que la repetición se produce con miras a una creación. Se trata de una memoria que se implanta en una repetición, pero es una repetición que no coincide con el contenido de lo que repite, sino que asume lo repetido para que no vuelva a repetirse.

Romano traslada esta distinción entre los dos tipos de memoria al derecho. Habla de una "diferencia nomológica": entre las normas (memoria repetición) y el derecho (memoria creación). Se pregunta si el derecho es entonces una memoria, y responde que el derecho consiste en la unidad-diferencia entre dos modalidades del *nomos*. El derecho es una memoria, constituida por dos formas de memoria: la memoria cerrada, característica de la rigidez de las normas aplicables, y la memoria abierta, que trasciende la rigidez de las normas y reenvía a la inagotable

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 151.

²⁴⁶ ROMANO, B., *Il diritto non è il fatto. Tre domande di filosofia del diritto su diritto e memoria*, Roma: Bulzoni Editore, 1998, p. 146.

²⁴⁷ *Ibidem*.

actividad de enunciar el derecho. "No se puede decir el derecho, porque no se puede decir el hombre; el derecho y el hombre sólo se pueden *semi-decir*".²⁴⁸

El derecho garantiza la continuidad de las relaciones al concretarse mediante las normas que corresponden a la memoria repetición. Sin embargo, el sentido de esta estabilidad radica en la calidad del relacionarse propio de los seres humanos, que es el "hipotizar", en la dimensión temporal del futuro. El derecho trata las conductas de los hombres según los dos registros de la memoria: la repetición (formación y aplicación de las normas tal como son) y la creación, asumiéndola como principio de la primera. En la experiencia jurídica esta duplicidad y unidad de las dos formas de memoria se concreta tratando al hombre simultáneamente como individuo que tiene determinados atributos y como individuo que trasciende esos atributos ya dados.²⁴⁹

El derecho expresa la necesidad de certeza ante la incertidumbre que supone la libertad humana. Vale la pena recordar la exclamación de Nietzsche en "La genealogía de la moral": "Para disponer anticipadamente del futuro, cuánto debe haber aprendido antes el hombre a separar el acontecimiento necesario del casual, a pensar causalmente, a ver y anticipar lo lejano como presente, a saber establecer con seguridad lo que es fin y lo que es medio para el fin, a saber en general contar, calcular, cuánto debe el hombre mismo, para lograr esto, haberse vuelto antes calculable, regular, necesario, para poder responderse a sí mismo de su propia representación, para finalmente poder responderse a sí mismo como futuro a la manera como lo hace quien promete".²⁵⁰

Esta representación de sí mismo solo es posible en la conciencia. Y en una conciencia que se reconozca, es decir, que recuerde. La conciencia accede a percibir la duración en la medida en que tiene memoria. "Sin la memoria de haber ya sido (y de haber ya pensado, ya deseado, ya hecho) no podría siquiera afirmar

²⁴⁸ *Ibíd*em, p. 148.

²⁴⁹ Por ello, concluye Romano, "se puede afirmar que *en el derecho hay un sujeto* y no solo funciones y que, por lo tanto, en el derecho hablan los sujetos y no las operaciones de los sistemas-discursos". *Ibíd*em, p. 149.

²⁵⁰ NIETZSCHE, F., *La genealogía de la moral*, Madrid: Alianza, 1997, p. 77.

que soy (en el presente) ni que seré (en el futuro)".²⁵¹ Pero la memoria no siempre está activa, es discontinua, porque cuando la memoria "actúa" se requiere una concentración rememorante que requiere pasividad (el estado que los psicoanalistas llaman "estado especular"). Es imposible confiar la continuidad de las relaciones a la memoria individual. Por ello se la confía al derecho, que puede asegurarla en la medida en que asegure su propia continuidad. El derecho es el principal instrumento que el hombre crea para garantizar las promesas, para alcanzar fines, para encaminar medios. En realidad es el instrumento del que se vale el hombre para superar su propia finitud, que se erige como el obstáculo más cierto e insuperable para el cumplimiento de sus promesas.²⁵²

Cabe entonces preguntarse: ¿es el derecho memoria? Vemos así la estrecha relación entre ambos. El derecho cumple una función similar a la memoria. Así como el derecho necesita de la memoria, la memoria necesita del derecho.

3.2. Lo irreversible, lo irrevocable

La relación de la memoria con el derecho refleja la conciencia de la irreversibilidad del tiempo. Jankélévitch analiza la diferencia entre lo irreversible y lo irreparable. Lo irreversible, que es el carácter de un cambio en continuo cambio, implica por definición la prohibición de desandar lo andado. A la irreversibilidad natural del tiempo, el "hacer" añade un suplemento de complicaciones: las iniciativas humanas imprimen al curso de la cronología una desviación violenta o una aceleración suplementaria: como si la ruta de marcha atrás no fuese ya lo suficientemente irreversible sin lo irreparable; nuestras decisiones crean nuevos obstáculos que redoblan la imposibilidad. Nosotros fabricamos lo irreparable que

²⁵¹ COTTA, S., *Il Diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milán: Giuffrè, 1985, p. 196.

²⁵² HUSSERL, G., *Recht und Welt*, Frankfurt: Klostermann, 1964, p. 79. Sin embargo, también dice: "El ser humano va del nacimiento a la muerte, y es precisamente su esencia ser así. Su ser temporal tiene el significado de un ser-en-camino (ser-para-la muerte). La estructura temporal del derecho es otra. No es hacia un fin, más bien se propone ser él mismo un fin".

hará lo irreversible aún más irremediable y nos cerrará el pasado irrevocablemente.²⁵³

Esa es la relación entre el ser y el hacer, entre el devenir irreversible y la acción transformadora (o la inacción) que puede ser determinante. El devenir correrá solo, aunque no hagamos nada. Aunque nos pasemos el tiempo durmiendo, el año próximo llegará. La desesperación ante lo irreparable nos hará desear la aniquilación del pretérito. No se trata de presentificar una ausencia sino de aniquilar una presencia demasiado presente, excesivamente presente. De revocar, no de revenir.

Lo irreversible tiene su origen en la pura sucesión; lo irreparable nace de la libertad. Todo aquello que ha sido hecho puede ser deshecho y todo lo que ha sido deshecho puede ser rehecho. Pero el hecho de "haber hecho" no puede ser deshecho. En ese sentido, el hombre es un "semi-creador", porque si bien es capaz de hacer, no lo es de deshacer el hecho de haber hecho o de no haber hecho.²⁵⁴

Frente a esta constatada irreversibilidad, opone resistencia el deseo de continuidad que manifiesta el derecho. La propia continuidad del derecho está en juego si no reacciona ante la irreversibilidad del pasado, ante la irrevocabilidad de lo hecho (o no hecho) no conforme a sus normas. Irreversibilidad del tiempo frente a continuidad del derecho. Y entre ambos extremos surge la esperanza de la reparabilidad. De que lo irreversible pueda, al menos, ser reparable. A pesar de que en realidad no lo sea.²⁵⁵

4. El juez y el historiador

Ricoeur hace una comparación entre la tarea del juez y la del historiador. Sus respectivas funciones, búsqueda de la justicia y búsqueda de la verdad, les hacen ocupar la posición del tercero respecto de los lugares ocupados en el espacio

²⁵³ JANKÉLÉVITCH, V., *La mort*, París: Flammarion, 1977, pp. 331 y ss.

²⁵⁴ *Ibíd.*, p. 337.

²⁵⁵ HUSSERL, G., *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, *op. cit.*, p. 57. La finalidad del derecho es, en cierto modo, cancelar el pasado no conforme a la norma. La mirada del derecho hacia el pasado es una mirada pretenciosa, omnipotente.

público por los protagonistas de la acción social.²⁵⁶ Esta posición supone un deseo de imparcialidad.²⁵⁷ Juez e historiador comparten una misma deontología profesional: *nec studio, nec ira*, ni favor ni cólera, ni complacencia ni espíritu de venganza.

El punto de partida de la comparación -dice Ricoeur- consiste en la diferencia estructural que separa el proceso sustanciado en el lugar del tribunal y la crítica historiográfica iniciada en el marco de los archivos. Pero también en la igualdad de la estructura lingüística que utilizan: el testimonio.

Ginzburg, precisamente en una obra dedicada al tema, advierte contra la no diferenciación de ambas actividades. Dice: “Los caminos del juez y del historiador, que coinciden en un tramo, luego inevitablemente se separan. Quien intenta reducir la labor del historiador a la del juez simplifica y empobrece el conocimiento histórico, pero quien intenta reducir la labor del juez a la del historiador, contamina irremediablemente el ejercicio de la justicia”.²⁵⁸

Las diferencias que señalan los distintos autores se articulan menos en las técnicas de investigación de la prueba que en torno a la relación funcional con la sociedad. La función del juez es garantizar la paz social mediante la resolución de los conflictos, lo que induce a una concepción relativa y no dogmática de la verdad. La función del historiador es más incierta pues evoluciona con el tiempo y las relaciones muy cambiantes entre la sociedad y el conocimiento de ella misma.²⁵⁹

4.1. Diferencia en cuanto a la verdad

La memoria le pide al derecho que “diga la verdad” que supuestamente tiene en su poder la historia. “Podemos identificar la presencia en el proceder del

²⁵⁶ RICOEUR, P., *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, op. cit., p. 413.

²⁵⁷ Ver NAGEL, T., *Equality and Partiality*, Oxford: Oxford University Press, 1991.

²⁵⁸ GINZBURG, C., *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Sofri*, Turín: Einaudi, 1991, pp. 110-111.

²⁵⁹ MARTIN, J. C., «La démarche historique face à la vérité judiciaire. Juges et historiens»; LE CROM, J. P., «Juger l'histoire», ambos en *Droit et Société n.º 38*, 1998, pp. 13-20 y pp. 33-46, respectivamente.

juez de una actividad de carácter histórico encaminada a definir hechos y eventos en su individualidad histórica y a tomar posición respecto a ellos”.²⁶⁰

El proceso comienza por poner en escena los hechos que se han de juzgar a fin de hacer visible el delito cometido. Los hechos pasados se representan ya calificados previamente como delictivos. Se representan en el presente bajo el horizonte del efecto social futuro de la sentencia. El rito social, regulado por el procedimiento criminal, permite dar al juicio judicial una estructura y una dimensión públicas. De esa forma se intenta salvar del desgaste del tiempo las huellas de todo tipo, materiales, afectivas, sociales, que ha dejado el hecho criminal.²⁶¹

“La verdad judicial se establece mediante pruebas sucesivas, más que intentando lograr una coherencia de conjunto, la verdad es el resultado de un proceso no *consensual*, como en los protocolos científicos [...] sino conflictivo. La verdad es el enunciado que triunfa, que atraviesa victoriosamente el fuego de la contradicción [...]. Si, para los historiadores, la verdad se establece de manera positiva, para la justicia procede mediante eliminación, de manera negativa. El papel de la defensa o de las partes civiles consiste más en destruir los testimonios que en probar los hechos”.²⁶²

Utilizando un término de la filosofía de Gadamer -horizonte- se puede decir que la comprensión de un evento puede variar a medida que cambia el punto de vista del intérprete en el horizonte hermenéutico.²⁶³ La verdad judicial es una forma particular de verdad histórica. Pero se trata de una verdad desvelada por una actividad hermenéutica arraigada en una determinada comprensión lingüística del mundo que precede a esa actividad.

²⁶⁰ PASTORE, B., «Truth in Adjudication», en AAVV, *The Dialogue. Yearbook of Philosophical Hermeneutics: The Legitimacy of Truth, Proceedings of the Third Meeting, Italian-American Philosophy*, vol. I, Münster: Lit Verlag, p. 336.

²⁶¹ RICOEUR, P., *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, op. cit., p. 419.

²⁶² GARAPON, A., *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale*, París: Odile Jacob, 2002, p. 198.

²⁶³ GADAMER, H. G., *Verdad y Método*, vol. II, op. cit., p. 111.

Refiriéndose concretamente al juez y al historiador, Garapon señala que ambos quieren establecer lo que ha pasado, pero con distintos fines. El historiador intenta comprender las relaciones de causalidad, el juez rememora el pasado para calificarlo jurídicamente. Las categorías jurídicas preexisten a los hechos. “El juez nunca puede ser libre de buscar la verdad: busca la correspondencia de los hechos con el molde de la calificación [...]. La justicia -a diferencia de la historia- no es una instancia de conocimiento sino de reconocimiento”.²⁶⁴

En realidad no se le pide al derecho que diga la verdad, sino que **nos** diga (en el “nos” radica la historicidad del pedido, somos nosotros, ahora, en este lugar, que se lo pedimos) **su** verdad de los hechos. ¿Por qué pretendemos esa verdad judicial tan circunscrita, tan limitada por las normas del debido proceso, pero también tan condicionada por los prejuicios del propio juez, como hemos visto, presentes en cualquier actividad interpretativa?

Pretendemos esa verdad porque lo que el juez decida sobre esos hechos tendrá la autoridad del derecho. Su interpretación de esos hechos, es decir, la calificación jurídica de los mismos, tendrá un valor normativo.

4.2. Diferencia en cuanto a las controversias

“Los jueces saben, por cierto, que lo importante no es castigar sino decir una palabra de justicia. Pero esta palabra cierra el debate, ‘*arrête*’ la controversia”.²⁶⁵

En ese sentido Ricoeur afirma que “el aspecto punitivo de la sentencia no podría eclipsar su función primordial, a saber, decir el derecho en una situación determinada [...]”.²⁶⁶ Esto quiere decir que cumple una función de “cierre” del debate, del conflicto. La sentencia cae en el punto de convergencia de las dos líneas de interpretación que se contraponen en el proceso (la expresión francesa *arrêter*,

²⁶⁴ GARAPON, A., *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale*, op. cit., pp. 198-199.

²⁶⁵ RICOEUR, P., *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, op. cit., p. 425.

²⁶⁶ Y agrega: “es por ello que la función de retribución de la sentencia debe ser considerada como subordinada a su función restauradora tanto del orden público como de la dignidad de las víctimas a quienes se rinde justicia”. *Ibidem*, p. 420.

con su doble sentido de detener y decidir, refleja más claramente la función de poner término, de cerrar dos líneas de interpretación). Ricoeur insiste en el carácter definitivo de la sentencia: “los procesos criminales son actos de justicia política encaminados a establecer una versión fija de los hechos incriminados como consecuencia del carácter definitivo de la sentencia”.²⁶⁷ Versión fija es también última palabra, porque “[...] no juzgar dejará la última palabra a ese mal (el causado por el delito o el crimen) y sumará la ignorancia y el abandono a los sufrimientos padecidos por la víctima”.²⁶⁸

Hay varias instituciones jurídicas que están encaminadas a evitar que los tribunales juzguen y vuelvan a juzgar un mismo hecho: *res iudicata*, *estoppel*, *stare decisis*, plazos de prescripción, normas restrictivas para el examen en segunda instancia, para la apelación. Además hay algo fundamental que, a diferencia de la historia, la sentencia aporta: su carácter definitivo: la cosa juzgada puede ser criticada por la opinión pública pero no juzgada nuevamente, *non bis in idem*.

Una diferenciación muy clara de las funciones del juez y del historiador a ese respecto la ha formulado el abogado defensor en el juicio de Touvier, Jacques Trémolet de Villers. Al examinar el testimonio de Robert Paxton le dijo, refiriéndose a su libro *Vichy France*, que, si bien se consideraba que su versión de ese período era revolucionaria, otros historiadores antes que él habían formulado distintas ideas, y otros que vendrían después de él formularían otras aún: “digamos que usted ha sido un momento en la historia de Vichy”. Y dirigiéndose al tribunal dijo: “Ustedes están por juzgar a un *hombre*; si toman la decisión equivocada, no sucede lo mismo que sucedería en el caso del Sr. Paxton. En ese caso, algún otro escribirá otro libro para señalar el error, pero el error que cometan ustedes será un error jurídico”, un error que ningún otro órgano que investigue los hechos

²⁶⁷ *Ibíd.*, p. 425.

²⁶⁸ *Ibíd.*

podrá corregir. Frente a la estabilidad y gravedad de la sentencia judicial, concluyó: “La historia es solo una opinión”.²⁶⁹

La cosa juzgada significa que la decisión del juez pone punto final a la discusión dentro del proceso. A diferencia de la ciencia, que se caracteriza por su búsqueda constante de la verdad, el derecho cierra en determinado momento la búsqueda de la verdad, y lo probado o considerado probado queda fijado como verdadero. La cosa juzgada funciona como tal incluso cuando se descubren nuevas pruebas, el derecho paga con la renuncia a la verdad la necesidad de satisfacer la seguridad y la paz social (salvo el recurso de revisión, sometido a requisitos muy estrictos).

La razón de ser de la cosa juzgada, es decir, no su finalidad que es, como vimos, la certeza y seguridad jurídicas, la paz social al poner término a las controversias de una vez por todas, sino su explicación, es la siguiente: no cualquiera pronuncia la sentencia, es un acto institucional, reservado a quienes están investidos de una doble facultad: la *iurisdictio* y el *iudicium*, la de decir el derecho y la de juzgar.²⁷⁰

Ricoeur, no obstante, concluye su análisis diciendo que en la búsqueda de un tercero imparcial ha encontrado un tercero a los dos terceros que ha comparado, el juez y el historiador. Este “tercer tercero” es el ciudadano. “Surge como un tercero en el tiempo, su mirada se estructura a partir de su propia

²⁶⁹ OSSIEL, M., *op. cit.*, p. 218.

²⁷⁰ SIPERMAN, A., *La ley romana y el mundo moderno. Juristas, científicos y una historia de la verdad*, Buenos Aires: Editorial Biblos, 2008, p. 116. Sobre la dimensión comunitaria del acto de juzgar, Ricoeur: “[...] el horizonte del acto de juzgar es, por último, más que la seguridad, la paz social. [...] esta justa distancia entre participantes enfrentados, demasiado cerca en el conflicto y demasiado alejados uno de otro en la ignorancia, el odio o el desprecio, resume bastante bien, creo, los dos aspectos del arte de juzgar: por un lado zanjar, poner fin a la incertidumbre, separar a las partes; por otra, hacer que cada uno reconozca la parte que corresponde al otro en la misma sociedad que él [...] en ese esquema de cooperación que es la sociedad”. RICOEUR, P., *Le Juste*, París: Éditions Esprit, 1995, pp. 190-192.

experiencia, informada de maneras diversas por el juez penal y por la investigación histórica publicada”.²⁷¹ De cualquier modo será él el último árbitro.

4.3. Los juicios de los crímenes internacionales y la memoria

Las masacres administrativas consisten en actos de violencia en escala masiva, actos que provocan en los ciudadanos fuertes sentimientos de resentimiento e indignación.²⁷² El juicio a los autores y responsables evoca la conciencia de compartir esos sentimientos con otros, de pertenecer a una comunidad cuyos miembros están unidos precisamente por esa convergencia del sentimiento moral, afirma Ossiel.²⁷³ La finalidad de los juicios no es la retribución, la imposición de la pena, sino, como ha dicho Nino, el juicio es necesario “para inculcar en la conciencia colectiva y en las conciencias de los grupos interesados que ningún sector de la población está por encima de la ley”.²⁷⁴

En consecuencia, se descartan la retribución, la prevención y la rehabilitación como funciones de la pena y de los juicios en este tipo de procesos contra los autores de las masacres.

Esta interpretación sustenta la teoría de Durkheim, a saber, que el sistema social comparte determinados valores en una solidaridad “mecánica”, que conformaría la “conciencia colectiva”. En *La división del trabajo social*, Durkheim describe dicha conciencia como “el conjunto de creencias y sentimientos comunes al término medio de los miembros de una misma sociedad”.²⁷⁵ El concepto de

²⁷¹ *Ibídem.*

²⁷² Ossiel denomina “masacre administrativa” “la violación en gran escala de los derechos humanos fundamentales a la vida y la libertad perpetrada por el Estado central en forma sistemática y organizada, a menudo contra sus propios ciudadanos, en general en un clima de guerra: civil, internacional, real o imaginada”. Es decir, lo que denominamos en el contexto del presente trabajo, “crímenes internacionales”. En cambio, denomina “asesinatos masivos (mass murder)” la clase más extrema de una clase más amplia de daños infligidos durante esos episodios”. OSSIEL, M., *op. cit.*, p. 9.

²⁷³ *Ibídem*, p. 29.

²⁷⁴ *Ibídem*, donde cita a NINO, C. S., «Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional Reform in Latin America», en *University of Miami Law Review* n.º 1, vol. 44, 1989, p. 136.

²⁷⁵ DURKHEIM, E., *La división del trabajo social*, México: FCPyS/UNAM, 1997, p. 89.

conciencia colectiva es trascendental para el sistema penal dado que afirma que los delitos son los actos que violan seriamente esa conciencia. Como el concepto de memoria colectiva depende del de conciencia colectiva, el análisis del pensamiento de Durkheim es muy importante para nuestro trabajo.

Garland aclara que Durkheim no sugiere que las sociedades muestren un nivel total de consenso ni una ausencia absoluta de conflicto social, dado que reconoce que una de las características de la sociedad moderna es la necesidad constante de ajustar intereses y resolver conflictos. Pero Durkheim considera que esos conflictos son meramente superficiales y que bajo esa superficie opera una estructura moral que ofrece una base para solucionarlos. La importancia del derecho penal radica en que “encarna esos valores subyacentes y simboliza su fuerza”.²⁷⁶

Garland hace notar que para Durkheim la verdadera función del castigo es apoyar la sensibilidad moral censurando cualquier agravio en su contra.²⁷⁷ Garland considera que el punto fundamental de la teoría de Durkheim no es el sufrimiento de los culpables ni la disuasión de los posibles culpables, sino el apoyo a las conciencias que resultarían afectadas por la violación de las normas.²⁷⁸ Sostiene que “las interrogantes de Durkheim sobre la base moral del derecho penal, el involucramiento de los espectadores en el proceso penal, los significados simbólicos de los rituales penales y la relación de las instituciones penales con el sentimiento público son dignas de la mayor atención, aun cuando las respuestas que él sugiere no resulten convincentes”.²⁷⁹

²⁷⁶ GARLAND, D., *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*, traducción de B. Ortiz de la Concha, México: Siglo XXI, 1990, p. 70.

²⁷⁷ “En esencia, el castigo es un medio de transmitir un mensaje moral y de indicar la fuerza del sentimiento que lo sustenta” *Ibíd.*

²⁷⁸ *Ibíd.*, p. 63.

²⁷⁹ *Ibíd.* Ossiell critica la postura de Durkheim en cuanto deja de lado la argumentación racional, quitando toda importancia a la defensa y la formulación públicas de los principios morales sobre los que reposan las normas jurídicas. La solidaridad social resulta así solo del consenso moral, y este solo puede obtenerse del cierre de todo debate, poniendo término a cualquier desacuerdo sobre temas importantes. Pero de esta manera no se tiene en cuenta la complejidad del juicio penal, todos los aspectos que ha de tener en

Eso es precisamente lo que estamos tratando de analizar aquí, dado que la memoria histórica parece apelar precisamente a esos vínculos morales que se muestran necesitados de protección y de expresión jurídicas.

En ese sentido Nino afirmaba: “la exposición pública de la verdad es mucho más dramática cuando se hace mediante un juicio, con la participación del acusado en el desarrollo de la historia. Además, la calidad de la narración en un juicio contencioso no puede obtenerse por otros medios. Incluso cuando al final del juicio se dicta una amnistía o un indulto, estos no contrarrestan el efecto inicial de tal desvelamiento público enfático”.²⁸⁰

No olvidemos, sin embargo, que en la base de todo juicio hay un conflicto. Ossiel se remite a Simmel, quien señala el papel que cumple el conflicto respecto a las normas: “como el delito para Durkheim, introduce la necesidad de aplicar normas que, en caso de que no hubiese conflicto, tal vez permanecerían dormidas y olvidadas. Quienes entran en una relación de antagonismo traen a la conciencia normas básicas que rigen los derechos y los deberes de los ciudadanos”.²⁸¹ Y esa pertenencia se comprueba en la presencia simultánea en el tribunal, en la coincidencia temporal y espacial que el juicio propicia para obtener no una solución, sino la palabra de justicia.²⁸²

cuenta y sobre los cuales no puede existir sin más un consenso total. Considera que ese enfoque de la finalidad de los juicios puede ser aprovechado por los acusados y sus defensores, que pueden fácilmente desplazar un “relato” simple pero emotivo con un discurso de una complejidad mucho mayor. OSSIEL, M., *op. cit.*, pp. 25 y 34.

²⁸⁰ NINO, C. S., *Radical Evil on Trial*, New Haven: Yale University Press, 1996. Esta cita fue extraída del manuscrito del autor y no figura en la publicación póstuma de la obra.

²⁸¹ SIMMEL, G., *Conflict and the Web of Group Affiliation*, traducido por K. H. Wolff, Glencoe, Illinois: Free Press, 1955. Pero aún más, no solo se toma conciencia de las normas sino de la necesidad de que existan: “La conciencia misma de la necesidad de que haya normas que rijan su conducta hace que los litigantes tomen conciencia de que pertenecen al mismo universo moral”. Citado por Ossiel en *op. cit.*, p. 40.

²⁸² OSSIEL, M., *op. cit.*, p. 41. Ossiel observa que para ser persuasivo “es preciso ejercer cierto grado de civilización, incluso respecto a los que se preferiría, en circunstancias ideales, simplemente matar o suprimir”. Y en el tribunal ese grado de civilización se tiene, aún en los conflictos más apasionados, pero no como cuestión de educación, sino en aplicación de las normas mismas.

El Estatuto de Londres para el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg confesaba el deseo de sus redactores de influir en la memoria histórica, buscando “poner al alcance de toda la humanidad la posibilidad de estudiar en los años venideros un registro auténtico de los crímenes y la criminalidad de los nazis”.²⁸³

Frente a esta posición, Arendt afirma: “La finalidad de todo proceso es hacer justicia, y nada más. Incluso los más nobles propósitos ulteriores -‘registrar un testimonio del régimen de Hitler que pueda resistir el análisis histórico en el futuro’- únicamente pueden servir para obstaculizar la finalidad jurídica principal, a saber, sopesar las acusaciones dirigidas contra el procesado, juzgar y aplicar el castigo conmesurado”.²⁸⁴

El tribunal que entendió en el juicio a Eichmann descartó toda finalidad didáctica o historiográfica en sus actuaciones. Declaró que si bien se dejó sentir el deseo de dar, dentro de los límites del juicio, un relato completo y exhaustivo de los eventos de la catástrofe, y destacar asimismo las muestras de heroísmo de los luchadores del Gueto, otros miraban a este juicio como un foro para esclarecer cuestiones de gran importancia. “Pero este Tribunal no puede permitirse incursionar en esferas que se encuentran fuera de su ámbito. El proceso judicial tiene sus propios métodos, independientemente del asunto objeto del proceso. En caso contrario, el proceso ‘parecería una nave sin timón librada a las olas’. El Tribunal no posee los medios necesarios para investigar las cuestiones generales del tipo mencionado antes. Por ejemplo, para describir los antecedentes históricos de la catástrofe, se nos han presentado grandes cantidades de documentos y pruebas [...] pero como cuestión de principio nos encontramos fuera del ámbito jurídico. Nadie nos ha hecho jueces de ellos y en consecuencia nuestra opinión

²⁸³ U.S. Dept. of State, Pub. n.º 3080. Informe de Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials 6 (1945), citado por OSSIEL, M., *op. cit.*, p. 81. Véanse asimismo *infra*, en el capítulo II, la sección relativa al Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y las referencias contenidas en las notas.

²⁸⁴ ARENDT, H., *Eichmann en Jerusalén*, traducido por C. Ribalta, Barcelona: DeBolsillo, 2004, p. 369.

respecto de ellos no tiene más peso que la de cualquier persona que haya dedicado estudios y reflexiones a estas cuestiones”.²⁸⁵

En 1964, el juicio de algunos guardianes de Auschwitz y de otros oficiales por crímenes contra la humanidad centró la atención de millones de jóvenes alemanes como prácticamente nada del pasado nacional lo había hecho antes.²⁸⁶

El efecto que tuvieron estos juicios en Alemania fue un corte simbólico de ataduras con el pasado. En ellos se evocaron y expresaron sentimientos de indignación y reprobación en una forma que es particular de los procesos penales. Forjaron una nueva identidad basada en un nuevo inicio y en el rechazo del nazismo.²⁸⁷ Estos juicios sirvieron “para separar el presente de Alemania de lo que sucedió antes mediante un acto de inequívoca demarcación”.²⁸⁸

Los juicios de Auschwitz no solo tuvieron importancia en Alemania, sino en el exterior. Por ejemplo, en Francia promovieron la promulgación de la ley de 1964 que declaró no prescriptibles los crímenes contra la humanidad. Fue esa reforma precisamente la que permitió juzgar a Barbie y a Touvier.

El abogado de Touvier intentó desacreditar el proceso frente a la opinión pública resaltando la discrepancia entre las cuestiones que interesaban al derecho y las alegaciones fundadas en la historia, alegaciones por las que la mayoría de los legos sentía gran simpatía. Se trataba de la discrepancia entre la necesidad jurídica de un delito del que se pudiera acusar aún al imputado, por una parte, y la importancia o “centralidad” relativas de determinados motivos o eventos en el período en cuestión, por otra. (A los acusados en esos juicios se los acusaba de los

²⁸⁵ Sin embargo, a pesar de estas declaraciones el Tribunal no pudo abstenerse de proclamar “la significación y el valor del juicio desde el punto de vista educativo”. Attorney Gen. of Israel, vs. Eichmann, 36, I. L. R., 5, 18-19 (Isr. Dist. Ct. 1961), citado por OSSIEL, M., *op. cit.*, p. 81.

²⁸⁶ NAUMANN, B., *Auschwitz: A Report on the Proceedings Against Robert Ludwig Mulka and Others Before the Court at Frankfurt*, Nueva York: Praeger, 1966; LASIK, A. «Anatomy of the Auschwitz Death Camp», en Y. Gutman; M. Berenbaum (eds.), *Postwar Prosecution of the Auschwitz SS*, Bloomington: Indiana University Press, 1994.

²⁸⁷ OSSIEL, M., *op. cit.*, p. 193.

²⁸⁸ CONNERTON, P., *How Societies Remember*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 7, citado por OSSIEL, M., *op. cit.*, p. 193.

crímenes contra la humanidad perpetrados contra los judíos, porque esas acciones no habían prescrito; en cambio, en el país había un interés histórico en que se los destacara como verdugos de los resistentes, para ver a estos como héroes y mártires). De este caso, en particular, vuelvo a ocuparme más adelante.

En la actualidad, los juicios que tienen lugar en Argentina han producido y producen una gran calma social. Los efectos son positivos desde muchos puntos de vista. No solo de las víctimas, hijos y padres de desaparecidos, sino de la sociedad en general, que ya no puede ignorar lo sucedido ni encubrir en la ignorancia su indiferencia. La gravedad de los crímenes ha sido tal, que nadie puede objetar que la justicia penal se esté ocupando de lo sucedido. Por otra parte, todo contribuye a demostrar el respeto que se tiene a la justicia penal para esperar de ella la última palabra sobre la terrible historia. Además del respeto al que se ha hecho acreedora por haber asumido una labor semejante.²⁸⁹

También es un buen índice de la necesidad de los juicios la situación producida en ausencia de los mismos. Hay un sentimiento de insatisfacción en un sector de la población, que encuentra insuficientes e inadecuadas las otras vías que se les han ofrecido por cauces administrativos, en todo caso no de justicia penal. En España basta recorrer los periódicos desde la sanción de la Ley de Memoria Histórica,²⁹⁰ para comprobarlo. A pesar de que la Ley en sus artículos 11 a 14 incluido prevé la intervención del Estado en la localización e identificación de las víctimas, a esta intervención le cuesta concretarse, y los familiares han debido hasta ahora recuperarlas prácticamente sin apoyo del Estado (aunque contando con el apoyo de las organizaciones de recuperación de la memoria). No es este el

²⁸⁹ Según el último informe del año 2010, emitido por la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante el terrorismo de Estado, hasta el momento se ha juzgado a 145 personas, de las cuales fueron condenadas 131 (de estas solo 41 con condenas firmes, los demás han presentado recursos ante la Cámara de Casación Penal o la Corte). Actualmente hay 783 personas procesadas y 377 tienen una causa en etapa de juicio.

²⁹⁰ LEY 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

tema de mi trabajo, y no me ocupo de la Ley mencionada precisamente porque no prevé la actuación de la justicia penal.

4.3.1. “*tu quoque*”

Con respecto a la defensa que suele esgrimirse en los juicios relativos a los crímenes internacionales denominada “*tu quoque*”, que ampara los propios crímenes en el hecho de que los acusadores cometieron crímenes similares, Ossielt recuerda que en Nuremberg fue rechazada de plano: “No estamos juzgando si otras potencias han cometido violaciones del derecho internacional [...] estamos juzgando si estos acusados las han cometido”.²⁹¹

Nada dice que en los juicios criminales sea necesario que los acusadores tengan “las manos limpias”. El sistema penal traza una línea muy clara entre las partes, calificando a una de víctima y a la otra de acusado. Los crímenes cometidos por X respecto a XX no justifican ni excusan los crímenes cometidos por XX respecto a X.

(Las bombas en Hiroshima y Nagasaki no eximen de juzgar los crímenes de guerra de los japoneses).

Una forma en que los acusados han intentado introducir un mayor equilibrio en los procesos por crímenes internacionales ha sido la extensión del marco temporal pertinente al juicio (más allá del propuesto por la acusación). Esto permite abarcar eventos tanto anteriores como posteriores. La posibilidad de elegir cuándo comienza la historia y cuándo concluye determina quién será la víctima y quién el verdugo. En el caso de los juicios de Nuremberg, no terminaría el período con la victoria de los aliados en Okinawa sino con la destrucción nuclear de Hiroshima y Nagasaki, en un momento en que los japoneses ya se habían rendido.

En España, en cambio, el marco temporal se extiende desde el comienzo hacia atrás, se rememora no desde que se inicia la dictadura de Franco sino mucho

²⁹¹ *The Trial of German Major War Criminals*, His Majesty’s Stationery Office, Londres, 1946, disponible en Equipo Nizkor, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/>.

antes, con la guerra civil, a fin de poder alegar los crímenes de la otra parte. También en Argentina los defensores de los militares ponen el comienzo antes del 76, con objeto de poder alegar los delitos de la guerrilla y justificar los propios. Esgrimen la teoría “de los dos demonios”. Pero también la podríamos llamar la teoría de los juegos de la memoria para lograr la impunidad.

4.3.2. La no memoria colectiva

He optado por llamarla así y no el olvido colectivo, o la amnesia colectiva, porque si consideramos la memoria como la hemos considerado aquí, como una facultad activa, como una forma de acción, también se debería atribuir a las actitudes sociales reacias a la memoria un sentido activo, una acción deliberada de no participar en esa memoria, sentido que no puede atribuirse al olvido ni a la amnesia, estados de ánimo típicamente pasivos.

Esas actitudes, que se han manifestado en varias ocasiones y en diversos países, implican la existencia de una responsabilidad, real o percibida, por los propios actores o por los demás, respecto de los crímenes internacionales. En ese sentido, Habermas se pregunta si es posible convertirse en el sucesor del Tercer Reich y continuar las tradiciones de la cultura alemana sin asumir la responsabilidad histórica por esa forma de vida en la que fue posible Auschwitz; ¿queda otra posibilidad, se pregunta, que adoptar una actitud reflexiva, dispuesta a examinar cuidadosamente las tradiciones que formaron la propia identidad?²⁹²

Por ejemplo, las élites políticas de Francia de la posguerra minimizaron las cuestiones morales que les planteaba la colaboración con los nazis. De Gaulle y la Resistencia demandaban el enjuiciamiento de los oficiales superiores del régimen pronazi de Vichy. Para justificar esas demandas de modo compatible con la ley (alegando traición y sedición) debían dejar constancia de que el “Estado Francés” de Pétain, sucesor de la Tercera República, había sido establecido en forma inconstitucional. Pero esa constatación entrañaba un corolario que les resultaba muy conveniente: dado que se trataba de un régimen ilícito e ilegítimo desde un

²⁹² HABERMAS, J., «On the Public Use of History», en AAVV, *The New Conservatism*, Cambridge: MIT Press, 1989, pp. 229 y 236.

principio, ninguno de sus actos ilícitos podía atribuirse a Francia. No podía decirse que representaran la voluntad auténtica del pueblo francés.²⁹³

Ossiel también ve, como una función que han de cumplir los tribunales tras una masacre administrativa, que se haga a la sociedad lo que los psicoanalistas hacen a los individuos. Deben desenterrar la memoria reprimida del trauma histórico, obligando al “paciente” a elaborar las ramificaciones persistentes, de modo que pueda hacer frente al presente conforme a las condiciones de este, y no según el dictado de cuestiones no resueltas.²⁹⁴

Sin embargo, no está de acuerdo con este tipo de trasposiciones basadas en el simple paralelismo entre individuo y sociedad. Cita a Young, que dice que una cosa es la represión de la memoria de un evento por un individuo que carece de contexto -sea emotivo o epistemológico- para asimilarlo, pero sugerir que una sociedad “reprime” la memoria porque no está interesada en recordar determinado evento, o porque le avergüenza, es perder de vista las muchas otras fuerzas sociales y políticas en las que se basa la memoria de un país.²⁹⁵

En realidad lo que sucede en España tiene cierta analogía con lo que ha sucedido en Alemania en tanto aquello que la censura ha excluido de la conciencia durante casi tres decenios, como una memoria demasiado dolorosa de soportar, en cualquier momento vuelve del pasado sin que nadie lo pida; aquello no pertenece a un pasado que haya sido encarado y comprendido; el pasado no ha sido “dominado”. El trabajo de duelo puede hacerse únicamente cuando uno sabe de qué o de quién uno tiene que separarse. Y sin una relación significativa con el

²⁹³ Mitterrand: “La República no tuvo nada que ver con las deportaciones de judíos. No creo que Francia sea responsable”. SOMOS, M., «Chirac affirms France’s Guilt in Fate of Jews», en *The New York Times*, 17 de julio de 1995.

²⁹⁴ OSSIEL, M., *op. cit.*, p. 173.

²⁹⁵ YOUNG, J. E., *The Texture of Memory*, 1993, citado por OSSIEL, M., *op. cit.*, p. 173.

pasado, los viejos ideales, que en el Nacionalsocialismo llevaron al giro fatal que tomó la historia de Alemania, seguirán trabajando en el inconsciente.²⁹⁶

No obstante, todos sabemos cuán difícil puede ser para la población soportar la carga de la culpa, porque es evidente que para asesinar a un número tal de personas se necesitó la participación de una parte considerable de ella. Incluso las generaciones siguientes han sentido la culpa por lo que han hecho, no han hecho y hubieran podido hacer sus padres. Ahora bien, el efecto de los juicios, si bien ha resultado positivo, no es constante. Estas breves reflexiones me llevan a examinar otra dimensión de la “memoria histórica”, su dimensión activa.

4.3.3. *La memoria histórica como memoria activa*

Halbwachs afirma que la memoria colectiva “inmoviliza necesariamente el tiempo”.²⁹⁷ Sin embargo, es el grupo el que impone a sus miembros la ilusión de que en determinada duración, en un mundo en constante cambio, ciertas zonas han adquirido relativa estabilidad y en ellas no se ha producido ningún cambio esencial. Lo que en realidad sucede es que el cambio vendrá como consecuencia de esa inmovilización necesaria del tiempo para definir los hechos, determinar responsabilidades, en definitiva, cerrar un período de tumbas ocultas.²⁹⁸

Le Goff afirma que la lectura de la historia del mundo se articula sobre la voluntad de transformarlo.²⁹⁹ P. Nora, en la presentación de la obra *Les lieux de mémoire*, también hace una referencia a esta dimensión activa de la memoria cuando dice que “la memoria es en efecto un cuadro más que un contenido, un *enjeu* siempre disponible, un conjunto de estrategias, algo que vale menos por lo

²⁹⁶ MITSCHERLICH A.; MITSCHERLICH, M., *The Inability to Mourn: Principles of Collective Behavior*, traducido al inglés por B. R. Placzek, Nueva York: Grove Press 1975, citado por Ossiell en *Ibidem*, p. 176.

²⁹⁷ HALBWACHS, M., *La mémoire collective*, *op. cit.*, pp. 66-67.

²⁹⁸ Sobre este tema, VÁZQUEZ, F., *La memoria como acción social. Relaciones, significados e imaginarios*, Barcelona: Paidós, 2001. BENSOUSSAN, G., *¿Auschwitz por herencia? Sobre un buen uso de la memoria*, traducido por J. C. Moreno Romo, Barcelona: Anthropos, 2010.

²⁹⁹ LE GOFF, J., *Histoire et mémoire*, París: Gallimard, 1988, p. 22. (da como ejemplo la tradición marxista pero también las perspectivas de los herederos de Tocqueville y de Weber, que asocian estrechamente el análisis histórico y el liberalismo político).

que es que por lo que se hace con él [...] cuyo interés reside en definitiva en el arte de la puesta en escena y en el compromiso personal del historiador”.³⁰⁰ Pero también, más adelante, dice que “los lugares de memoria no son lo que uno recuerda, sino donde uno trabaja; no la tradición misma, sino su laboratorio”.³⁰¹

Resalto de las frases citadas las ideas siguientes: “conjunto de estrategias”, algo que vale por lo que “se hace con él”, que reviste interés por “el compromiso personal del historiador”; lugares de memoria como lugares de trabajo, como laboratorios. Todas estas ideas implican una actividad, una acción, aunque sea a nivel de proyecto.³⁰²

Esa dimensión activa de la memoria también la pone de relieve Cuesta Bustillo al afirmar que “[c]uando el agente y el depositario de la memoria es un grupo, la necesidad de memoria viene impulsada por el refuerzo de la propia identidad que, apoyada en el recuerdo, cohesiona al grupo y le potencia para pedir justicia o le capacita para evitar algo o para conseguirlo [...]”.³⁰³

La memoria histórica es una memoria activa porque no solo es social, lo que de por sí denota actividad, pues denota comunicación, y no pasividad, propia de lo individual, sino porque recurre al derecho. Muy cerca del derecho está la “memoria histórica”. He asociado la concepción de Krabbe sobre el “sentimiento del derecho” con la “memoria histórica” en el punto 2. Ihering también habla de “sentimiento del derecho” y lo relaciona con su idea del derecho como lucha. Dice que esa lucha es la lucha contra la injusticia: “Si en esta hipótesis el derecho no lucha, es decir, no hace una heroica resistencia contra aquella se negará a sí mismo”.³⁰⁴

³⁰⁰ NORA, P. (dir.), *Les lieux de mémoire. vol. I, La République*, París: Gallimard, 1984, p. VIII.

³⁰¹ *Ibidem*, p. X.

³⁰² Tal vez tenga esto que ver con la posible marginalidad de los lugares de memoria, cosa que Nora señala cuando dice que “el riesgo inherente al estudio de los lugares de memoria es el de privilegiar por definición lo marginal y lo minoritario como refugios naturales de las memorias amenazadas”. *Ibidem*, p. XI.

³⁰³ CUESTA BUSTILLO, J., «De la memoria a la historia», *op. cit.*, p. 80.

³⁰⁴ IHERING, R. von, *La lucha por el derecho*, traducido por A. Posada y Biesca, Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1881, p. 98.

En ese sentido decimos que la “memoria histórica” es memoria activa porque recurre al derecho.

5. Una redefinición de la memoria histórica desde la hermenéutica

Como precisa P. Nora en la mencionada presentación de la obra *Les lieux de mémoire*, la memoria no se opone al olvido, al que abarca, ni se identifica al recuerdo, que supone.³⁰⁵

En realidad, el adjetivo histórica, si se pretende una justificación que no sea la de su uso generalizado y, en consecuencia, la hipótesis de que todos sabemos de lo que hablamos cuando utilizamos la expresión “memoria histórica” (cosa que no es cierta), puede dar al sustantivo “memoria” la misma connotación que dan los filósofos hermenéuticos al sustantivo “existencia”, por ejemplo cuando Gadamer se refiere a la existencia histórica y finita del ser humano. Esto equivaldría a considerar que cuando decimos que la memoria es histórica es porque esa memoria se está refiriendo a una época histórica determinada, finita, que ya ha pasado, y que ya no forma parte de nuestro presente salvo cuando la recordamos.³⁰⁶ Pero también podría significar que cuando calificamos de histórica la memoria lo que queremos señalar es que es una historia determinada la que recordamos. Es nuestra historia, no otra.

Recordemos juntos, de manera colectiva, institucionalizada judicialmente, esa historia, porque esa es la historia que ha sido olvidada durante muchos años. Y esta perspectiva nos lleva a asimilar en cierto modo la historia que califica a la memoria en la expresión “memoria histórica” con la historia de los vencidos, o los que hasta esta posibilidad de reivindicación han sido perdedores.

La memoria histórica sería, a efectos de mi argumentación, la memoria de las víctimas de crímenes internacionales, que ha sido postergada durante un tiempo bastante largo como para que se hayan borrado muchas huellas, incluso

³⁰⁵ NORA, P. (dir.), *Les lieux de mémoire*, op. cit., p. VIII.

³⁰⁶ GADAMER, H. G., *Verdad y método*, vol. I y II. Salamanca: ediciones Sígueme, 2001.

vidas humanas, y que para fortalecerla es necesario el apoyo de las instituciones y de la sociedad, pero sobre todo del derecho.

El adjetivo histórica, en este sentido, connotaría esa debilidad de una memoria que se está disipando, una memoria menguante, que si no queda inscrita en el derecho, en la conciencia jurídica y en la conciencia social, terminará por perderse.

Sin embargo, en el presente trabajo, el calificativo “histórica” tiene también otro sentido, que pertenece a otro de los sentidos del término en la filosofía gadameriana. En este sentido, el adjetivo no se refiere al pasado sino al presente. Significa que interpretamos el pasado conforme al presente, porque es “ahora” cuando recordamos, según las pautas que ahora nos guían, porque vivimos ahora, pensamos ahora y recordamos ahora, en este momento histórico. Y con los elementos y valores que ahora tenemos interpretamos, juzgamos y recuperamos el pasado. Somos finitos no solo en el sentido de que moriremos, sino que estamos condicionados por la situación de nuestro presente, tal como a él han llegado las cosas del pasado, tal como proyectaremos, desde él, nuestro futuro. La memoria que llamamos histórica es una memoria activa, que se apropia del pasado. Pero el adjetivo no se limita al mirar hacia el pasado. Si se utilizara solamente en ese sentido sería admisible la crítica de redundancia.

Es un mirar hacia el pasado para apropiarse de él, como vimos, poder incorporarlo al presente, y juzgarlo según los valores que ahora sustentamos. Si aplicáramos a la Alemania nazi las leyes y valores que en aquel momento imperaban, poco podríamos objetar a los crímenes cometidos entonces. El problema clave de la memoria histórica para el derecho, para el jurista y sus principios y valores, es su retroactividad. Si la memoria se la puede permitir, no sucede lo mismo con el derecho penal.

La respuesta se busca entonces, también en este caso, más allá de los derechos estatales, en el derecho internacional. Porque en última instancia lo que busca lo que entendemos por memoria histórica es la respuesta que el derecho penal debe dar a los hechos que no tuvieron ninguna respuesta en el momento de

su comisión. La memoria histórica reconstruye el pasado en el presente, y responde a ese pasado con la respuesta que puede darle hoy. Y encontramos allí otra muestra de nuestra finitud, que no es más que la vulnerabilidad del ser humano ante el tiempo. Nada podemos frente a lo que ha sucedido, el tiempo es irreversible, nuestros actos son irrevocables. El derecho penal es la reacción ante la irreversibilidad y la irrevocabilidad.

5.1. *Ética de la procedencia, ética reconstructiva*

La ética de la procedencia es una ética secularizada, que considera que solo disponemos de aquello que hemos recibido de la transmisión histórica: formas, valores, lenguajes, errores que nos han sido transmitidos.³⁰⁷

Se trata de una ética que nos hace reconocer que nuestra cultura no es solamente nuestra cultura sino una cultura compartida, universal casi. Y que los hechos que pensamos que han ocurrido en otros países y en otros momentos forman parte también de nuestra historia, y que hemos de ponerlos en relación con hechos similares que hemos vivido.

Un pensamiento jurídico basado en esa ética podría formularse proponiendo una ampliación de los horizontes del derecho, tanto en el plano espacial como temporal.

Su postulado podría ser: si estamos de acuerdo en que la fundamentación de nuestra ética es la procedencia, no cerremos los ojos ante todo aquello que nos ha sido transmitido. Es una herencia, pero no podemos aceptarla sin más. Es necesario el beneficio de inventario.

Debemos disociarnos claramente de los hechos que consideramos criminales. Debemos expulsar de nuestro ordenamiento jurídico las sentencias que

³⁰⁷ VATTIMO, G., *Etica dell'interpretazione*, Turín: Rosenberg & Sellier, 1989, p. 37. "Por ello, la sola forma de que la filosofía pueda seguir hablando racionalmente de ética es que asuma como punto de partida concreto la ausencia de fundamentos últimos con valor prescriptivo. Justamente lo que se ha heredado en la postmodernidad es la disolución de los principios últimos, y el afirmarse de una pluralidad no unificable". VATTIMO, G., *Nihilismo y emancipación, Ética, política, derecho*, S. Zabala (ed.), Barcelona: Paidós, 2004, p. 60.

consideremos francamente injustas, ilegales, con la perspectiva intertemporal que nos permite valorar lo pasado con los valores del presente. Porque nuestra responsabilidad, si asumimos la ética de la procedencia, no es solo frente a nuestra generación sino frente a las futuras. Así como asignamos valor a lo que recibimos, debemos asignar valor a lo que transmitimos.

Con esa ética en nuestro pensamiento, es evidente el papel que juega la memoria. La demanda de la memoria no se extiende en el espacio sino en el tiempo. La justicia universal pide que se juzgue prescindiendo de los límites geográficos, la justicia de la memoria pide que se juzgue prescindiendo del tiempo.

Por ello si la memoria jurídica no registra un injusto como injusto, aunque haya sucedido en el presente del pasado, según Agustín, ese injusto contaminará el presente del presente. Si pretendiéramos ignorar lo sucedido que no debería haber sucedido, nos estaríamos haciendo cómplices de ello, porque siempre nuestro presente del presente tendrá algo de su propio pasado, dado que este confluirá hacia nuestro presente, y será aquello que ha confluído lo que transmitiremos al futuro.

El sistema penal ha de responder a las exigencias de la “memoria histórica”: ha de dar un nombre a los crímenes perpetrados, ha de dar un nombre a los verdugos, ha de dar un nombre a las víctimas. Y desde esa perspectiva vale la pena destacar que la función punitiva queda eclipsada por la función declaratoria, condenatoria, no solo de personas, sino de hechos.

Si no fuera así, la memoria detendría su rememorar con la muerte del verdugo. Pero la memoria va más allá de la vida del verdugo, así como fue más allá de la vida de la víctima. El no poder dar un nombre a los verdugos o a las víctimas no debe detener al derecho en su función primordial: dar un nombre a los crímenes, como crímenes. Porque el derecho pronunciado consagra el imperativo de recordar aquello que se le ha sometido de determinada manera, con la calificación jurídica, ya no solo moral ni social, que se le ha dado en el presente del presente en el palacio de justicia.

Todo esto supone también un nuevo concepto de la memoria. Ha dejado su papel interno, psicológico, para convertirse en una herramienta hermenéutica que asigna valor hermenéutico a aspectos de la vida o de la política que eran objeto de “desprecio hermenéutico”. La memoria ve vida entre las ruinas, no naturaleza muerta. Por eso dice Reyes Mate que “cuando hablamos del crimen hay que tener en cuenta la muerte física y también la muerte hermenéutica (el significado que damos a esa muerte)”.³⁰⁸ En ese sentido, agrega, la memoria se enfrenta al “asesinato hermenéutico”, es decir, no solo a la privación de la vida, sino a la privación de significado a esa privación. Por consiguiente, recordar supone “salvar el sentido de la muerte al explicar ese daño inferido al otro como una injusticia, es decir, como la negación de algo propio e inalienable que pide justicia. Esto explica que memoria y justicia sean sinónimos, como lo son olvido e injusticia”.³⁰⁹

6. Recapitulación

En este capítulo he examinado algunos conceptos no jurídicos que se emplean con frecuencia en la normativa penal internacional. Son conceptos cuyo uso ha sido criticado por su imprecisión, y que resultan difícilmente aceptables en un discurso jurídico tan estricto como el del derecho penal.

Me ha parecido interesante abordar aquí esos conceptos porque cada uno de ellos tiene su historia, plantea sus propios interrogantes, y contribuye al tema principal. Comunidad jurídica internacional, humanidad, derechos humanos, conciencia jurídica universal, si bien pueden ser atacados por imprecisos, son conceptos tan arraigados en el discurso jurídico penal internacional que es imposible pasarlos por alto. Se podría decir que se encuentran en un terreno intermedio entre los conceptos científicos y los conceptos de uso corriente. Sin embargo, tal vez sea este el terreno propicio para desarrollar también los conceptos jurídicos, que no pueden tener ni el rigor de los primeros ni la ambigüedad de los segundos, sino una flexibilidad que les permita reflejar la contingencia del mundo al que están referidos y destinados.

³⁰⁸ MATE, R., *Justicia de las víctimas. Terrorismo, memoria, reconciliación*. Barcelona: Anthropos, 2008, p. 25.

³⁰⁹ *Ibíd*em, p. 26.

El concepto de “comunidad internacional” siempre ha cumplido una función determinante en el derecho internacional, y actualmente en el derecho penal internacional. Basta recordar las obras de Vitoria y Suárez y leer el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para constatar la función normativa que se atribuye a la comunidad internacional.

La idea de “humanidad” está presente en la denominación misma de toda una serie de crímenes internacionales, y es sin duda un enlace entre la comunidad internacional y el individuo. El valor que se asigna al término “humanidad”, “humano”, pone de relieve la necesidad de asignar siempre un valor a la vida humana, y recuerda que en el nazismo, por ejemplo, había vidas despojadas de todo valor.

Ante estas situaciones surge el concepto de derechos humanos, porque los derechos humanos nacieron, como hemos visto en este capítulo, ante la posibilidad de que hubiera humanos sin derechos. Tal vez en pocos contextos esos derechos se perciban con más claridad que en el derecho penal internacional. No resulta difícil imaginarse a qué derechos nos referimos cuando decimos que los graves crímenes internacionales lesionan los derechos humanos esenciales.

Normalmente de un Estado que respeta los derechos humanos decimos que es un Estado de derecho. Hemos visto las implicaciones que tiene esta expresión, en particular, la soberanía del derecho frente a la soberanía del Estado, con todas las consecuencias que entraña para la relación entre derecho internacional y derecho nacional.

También me he detenido en otro de los conceptos criticados, pero muy usados en los instrumentos internacionales: la conciencia jurídica. Las reflexiones de Welzel son muy ilustrativas de la función que cumple la conciencia individual como pauta de legitimación del derecho. Como podemos observar, todos estos conceptos, con una evidente carga axiológica, pueden considerarse conceptos “infiltrados” en el discurso jurídico. Sin embargo, en el contexto de los crímenes internacionales y de la reacción ante los mismos, no pueden ser descartados. ¿Es posible desarrollar el discurso jurídico penal con ese tipo de conceptos? Cabe

preguntarse, sin embargo, si es posible desarrollar ese discurso sin ningún referente axiológico.

La referencia a la “conciencia jurídica” me ha llevado a incorporar también en este capítulo el tema de la “memoria histórica”. No solo porque integra esa constelación de conceptos a los que me acabo de referir, sino porque constituye un elemento clave para el tema central: la obligación internacional del Estado de perseguir penalmente los crímenes internacionales cometidos en su territorio.

La memoria histórica es el contrapunto social de la obligación internacional frente a los crímenes internacionales. Hay algo llamativo en la confluencia entre memoria histórica, como algo local, y los crímenes internacionales, como algo internacional. La memoria histórica, con todo lo que lleva consigo esa expresión por muchos criticada, confiere a la justicia “universalidad temporal”, así como la jurisdicción universal le confiere universalidad espacial.

La memoria ha venido a justificar la centralidad del tema de la obligación de los Estados del lugar de comisión de los crímenes.

Acentuar esta obligación no significa renegar de la justicia universal. Significa insistir en que el Estado debe perseguir penalmente los crímenes cometidos. Sus ciudadanos no tienen por qué verse obligados a peregrinar en busca de justicia en tribunales de otros países. Los recuerdos están vivos en el lugar de los hechos, y la investigación de la forma en que sucedieron, así como el reconocimiento de su carácter criminal y la identificación de sus autores, no tendrá nunca el mismo contenido en otros lugares. Es este otro de los sentidos en que tiempo y espacio confluyen.

Es innegable que la memoria está vinculada con el tiempo, y al expresar su demanda de justicia a la justicia penal, se vincula también con el derecho. De esta doble vinculación, me he permitido desarrollar brevemente una tercera: derecho y tiempo. No lo he hecho como un mero ejercicio retórico, sino con la conciencia de que la dimensión temporal del derecho está latente en todos los temas tratados.

Concluyo el capítulo con una llamada a la ética de la procedencia, una ética que recoge todos los conceptos que nos han sido transmitidos y que los interpreta y valora a la luz del presente.

CAPÍTULO II

LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO DE PERSEGUIR PENALMENTE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES COMETIDOS EN SU TERRITORIO

1. La obligación

1.1. Existencia de la obligación

La complejidad del tema se pone de manifiesto desde el comienzo, porque nos estamos preguntando sobre la existencia misma del objeto de nuestro análisis. Es decir, cabe preguntarse si existe una obligación internacional del Estado de perseguir penalmente los crímenes internacionales cometidos en su territorio. Observemos que la pregunta se refiere al ámbito internacional. No me planteo la existencia de esa obligación en el ámbito nacional. Me interesa “situar” la obligación en el ámbito internacional por la trascendencia que tiene para la comunidad internacional la persecución de esos crímenes. (En la segunda parte del presente capítulo me ocuparé de las características definitorias de los crímenes internacionales).

La existencia de la obligación en el ámbito internacional no es admitida sin más por la doctrina. Como veremos en otra sección, es preciso analizar los distintos instrumentos internacionales y diferenciar conceptualmente la obligación del Estado de los derechos de las víctimas.

Por ejemplo, para Werle “la obligación del Estado donde se ha cometido el delito de sancionar penalmente” surge, “si bien claramente delimitada *ratione personae* a los Estados partes”, de los Convenios de Ginebra, para el caso de conflictos armados y de la Convención contra el Genocidio, cuando se trata de este crimen, pero también del derecho internacional consuetudinario. Este autor admite que es posible deducir la obligación de penalización de las disposiciones de los tratados sobre derechos humanos que establecen “el deber de los Estados de garantizar los derechos humanos y conceder una efectiva protección judicial”.³¹⁰

K. Ambos, tras repasar las diversas disposiciones de los tratados generales sobre derechos humanos, si bien constata que ninguna enuncia expresamente el deber de juzgar e investigar, concluye que ese deber, que llama “deber de perseguir” las violaciones graves de derechos humanos, se puede derivar de las disposiciones que exigen que se proporcione un “remedio efectivo”, las que establecen la obligación de “respetar y asegurar” o el “derecho a un recurso”.³¹¹

Frente a estas consideraciones reacciona Silva Sánchez quien pone en tela de juicio “la supuesta existencia de un *deber internacional del Estado* de castigar efectivamente determinados delitos. Un deber cuya infracción podría redundar en la responsabilidad internacional del Estado”.³¹² Y su posición se basa principalmente en su rechazo a la fundamentación de esa obligación en los derechos de las víctimas, como veremos más adelante.

El tema de la obligación internacional del Estado es un tema problemático porque pretende investigar el carácter obligatorio de una potestad del Estado. Como pone de relieve Méndez Rodríguez: “No podemos olvidar que la cuestión de la jurisdicción es, ante todo, una cuestión política vinculada estrechamente a la

³¹⁰ WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, *op. cit.*, pp. 131-132.

³¹¹ AMBOS, K., *Impunidad y derecho penal internacional*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 79. Sin embargo, considera que esta es una interpretación y que como tal no reemplaza la obligación escrita.

³¹² SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’», *op. cit.*, p. 353.

potestad punitiva del Estado y al ejercicio de las prerrogativas de la soberanía estatal”.³¹³

Dado que la obligación que examinamos concierne a la actividad jurisdiccional, a la potestad punitiva del Estado, habría que analizar cómo una potestad, una de “las prerrogativas de la soberanía estatal”, en la esfera nacional, deviene una obligación, en el ámbito internacional. K. Ambos señala a este respecto que “la facultad del derecho nacional de no penalizar actúa como un reflejo del deber internacional de castigar, y se encuentra delimitada por éste”.³¹⁴

Es decir que reconoce una jerarquía entre derecho internacional y derecho nacional, desde el momento en que la facultad reconocida por el derecho interno puede ser delimitada por la norma internacional. Aclara: “En otras palabras, la competencia para no penalizar o castigar determinados hechos, puede ir sólo hasta donde no se contraría el deber internacional de penalización”.³¹⁵

Se trata evidentemente de un tema que merece un estudio profundo y especializado. Es una de las señalizaciones a las que me he referido en la Introducción, que me apartaría totalmente del propósito fijado, a saber, el análisis de la existencia jurídica de esa obligación en las normas internacionales y de las características de la misma, así como de sus consecuencias y condiciones de cumplimiento.

En el ámbito nacional, hay muchas razones por las que el sistema jurídico perdería toda coherencia lógica, más allá de razones axiológicas o de justicia, siempre tan discutidas (no por ello menos válidas), si no reaccionara de ninguna manera ante la comisión de los crímenes más graves.

En el ámbito internacional, la falta de reacción de los Estados facilita la impunidad de los autores de tales crímenes y exige el recurso a la justicia

³¹³ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., «Hacia la internacionalización del derecho penal», en I. Berdugo Gómez de la Torre; N. Sanz Mulas (coords.), *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*, Granada: Editorial Comares, 2005, p. 38.

³¹⁴ AMBOS, K., *Impunidad y derecho penal internacional*, 2ª ed. *op. cit.*, p. 66.

³¹⁵ *Ibíd.*

universal. Cuando nos encontramos en un Estado de derecho, la necesidad de esa reacción induce a buscar un marco normativo que no deje librada a la voluntad de los gobernantes la reacción estatal. El problema se presenta cuando comprobamos la inexistencia de ese marco normativo en el orden jurídico nacional, y debemos, con los consiguientes problemas en materia de legalidad, recurrir al marco normativo internacional.

1.2. Contenido de la obligación

En el contexto del presente trabajo entiendo por “perseguir penalmente” las actividades de investigación y enjuiciamiento realizadas por el Estado a través del sistema de justicia penal.³¹⁶ Las dos actividades comprendidas en la expresión son independientes, aunque es cierto que la segunda no puede realizarse sin que se haya realizado la primera. Sin embargo, si se sabe de antemano la imposibilidad de realizar la segunda, es decir, el enjuiciamiento, por ejemplo, debido al fallecimiento de los presuntos autores, no por eso no se ha de realizar la primera, es decir, la investigación. El cumplimiento de la obligación de perseguir los crímenes en sede judicial penal es imprescindible. De lo que se trata es de una presunción de comisión de graves crímenes, no de un accidente provocado por una catástrofe natural. Ante la presunción de comisión de un delito cualquiera, interviene el sistema penal, no el administrativo. Pero parecería que ante los crímenes internacionales los mecanismos estatales de reacción que actuarían ante la comisión de delitos mucho menos graves quedarán paralizados. Veremos hasta qué punto es el propio derecho penal el que los paraliza.

1.3. Características diferenciadoras de otras obligaciones

La primera obligación de la que es preciso deslindar la obligación del Estado de perseguir penalmente los crímenes internacionales es la obligación de no cometer esos crímenes.

³¹⁶ Ambos sostiene que la penalización “presupone investigación de los hechos, acusación y condena y concluye con la ejecución de la pena y, en su caso, con el pago de una indemnización a la víctima”. AMBOS, K., *Impunidad y derecho penal internacional*, 2ª ed. *op. cit.*, pp. 65-66.

En el marco de la protección internacional de los derechos más fundamentales del ser humano, como la vida, la integridad física, la identidad, que son los que suelen resultar afectados por los crímenes que tratamos, se perfilan dos tipos de obligaciones: la obligación de no violarlos, es decir, respetarlos y garantizar su ejercicio, y la obligación de perseguirlos penalmente. Cabe preguntarse si ambos tipos de obligación tienen la misma importancia. Aparentemente no, pues parece más importante no cometer genocidio que, una vez cometido, ocuparse de que no quede impune. Sin embargo, desde una perspectiva estrictamente jurídica, así como desde la perspectiva de la justicia penal, no podemos sino asignarle igual importancia a una y otra. Si prohibimos el genocidio, pero su perpetración no tiene consecuencia alguna, la prohibición misma carecería de sentido jurídico, dado que la definición *kelseniana* de norma jurídica basada en la sanción parece un hito del que se puede avanzar pero no retroceder.

Nos encontramos frente a una obligación de carácter internacional que no nace directamente del crimen internacional. No se trata de la responsabilidad del Estado por haber cometido un genocidio, por ejemplo. Se trata de una responsabilidad distinta, la responsabilidad del Estado por no determinar judicialmente si se ha cometido o no un delito de genocidio. Hasta que no lo haga no sabremos si el crimen se ha cometido o no.

Otra obligación de la que es preciso diferenciar la obligación de perseguir penalmente los crímenes internacionales es la obligación que tiene el Estado frente a sus ciudadanos de responder a sus demandas de justicia. Es la obligación correspondiente al derecho a la jurisdicción o a la tutela judicial efectiva. Al incumplir esa obligación el Estado incurre en una denegación de justicia, conducta sancionada en la mayoría de los Códigos Penales nacionales, y que examinaremos en el capítulo sobre responsabilidad.

La diferenciación de la obligación que examinamos de la obligación correspondiente al derecho de los afectados es indispensable para esclarecer la primera. La obligación de perseguir penalmente los crímenes no puede depender de la iniciativa privada. A pesar de que es precisamente el carácter internacional

de la obligación lo que impide subordinarla a la iniciativa de los afectados, en la mayoría de los instrumentos internacionales figuran enunciadas ambas obligaciones de manera tal que parecería que existe una complementariedad entre ambas. Para dejar clara esta diferencia, trataré a continuación lo que se ha denominado el “deber de garantía”.

1.3.1. El “deber de garantía”

Un claro ejemplo de la forma en que suele asociarse la obligación de garantizar derechos, por una parte, y la de perseguir penalmente crímenes, por otra, se encuentra en una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que la Corte estableció lo siguiente:

“La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.³¹⁷

Como vemos, se define “la obligación de garantizar” asignándole varios contenidos: por una parte, “organizar todo el aparato gubernamental y el ejercicio del poder público” a fin de asegurar, término que equivale a garantizar, el ejercicio de los derechos humanos. Y esta sería una obligación primaria de la que es consecuencia otra, que podríamos calificar de secundaria, que consiste en “prevenir, investigar y sancionar”. La inclusión del término “prevenir” en la frase citada desdibuja la claridad de la obligación de perseguir penalmente, que estaría

³¹⁷ Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4, párr. 166.

descrita en los términos “investigar y sancionar”. La prevención puede ser una conducta independiente de la persecución judicial, porque podrían adoptarse otras medidas para prevenir los crímenes, así como los delitos ordinarios, o bien puede ser una consecuencia de la persecución judicial. En todo caso, este es un ejemplo de la convivencia de conceptos que diluye la claridad de la obligación.

Chinchón Álvarez configura el “deber de garantía” basándose en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Deduce de esta jurisprudencia que dicho deber abarca, entre otras, tres obligaciones esenciales, a saber, la de investigar, la de traducir en justicia y sancionar a los responsables, y la de otorgar una justa y adecuada reparación a las víctimas y sus familiares. Es decir que el deber de garantía queda así definido como un conjunto de obligaciones.³¹⁸

No obstante, aclara que ese conjunto “ha de evaluarse como un conjunto de obligaciones de naturaleza complementaria y no sustitutiva, no siendo posible, en ningún caso, que el Estado elija cuál de estas obligaciones habrá de cumplir”.³¹⁹

Considero que es necesario centrarnos solo en las dos primeras obligaciones del conjunto que constituye el deber de garantía, porque las otras obligaciones se desprenderían como una consecuencia del cumplimiento de las primeras y tendrían un ámbito y unos destinatarios más claramente determinados.

Sin embargo, también es posible que se dé cumplimiento a la obligación de investigar los hechos e indemnizar a las víctimas a través de otros organismos, como Comisiones de la Verdad. Pero en ese caso, como se deduce de una Decisión

³¹⁸ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Sevilla: Parthenon, 2007, p. 327. Aclara que se trataría de una “obligación posterior” a la presunta violación. No obstante, habla de “prevenir”, lo que cabe interpretar en el sentido de que el cumplimiento de esa obligación posterior a una violación previene la comisión de otra violación futura.

³¹⁹ *Ibidem*.

de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Estado no queda exento del cumplimiento de la obligación en sede penal.³²⁰

El propio Chinchón Álvarez define el deber de investigar como “la obligación inicial en casos de violación de los derechos humanos, siendo caracterizada, de igual modo, como uno de los principales pilares de la protección efectiva de los mismos”.³²¹ Como vemos, también este autor asocia estrechamente la obligación de investigación con una de sus posibles funciones, la protección contra futuras violaciones, ya que ante los derechos violados no cabe ya protección alguna. Sin embargo, la inmediata asociación que hace con la figura de las desapariciones forzadas es un claro ejemplo del papel determinante que cumple la investigación respecto de la existencia del crimen. No se puede hablar

³²⁰ “77. El reconocimiento de responsabilidad realizado por el Gobierno, la investigación parcial de los hechos, y el pago posterior de compensaciones no son, por sí mismas, suficientes para cumplir con las obligaciones previstas en la Convención. Según lo dispuesto en el artículo 1.1 de ésta, el Estado tiene la obligación de investigar las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, a fin de identificar a los responsables, de imponerles sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”. CIDH, Informe n.º 36/96, caso 10.843, *Garay Hermosilla y otros vs. Chile*, 15 de octubre de 1996, en Informe Anual 1996 (OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 Rev. (1997)). En los párrafos anteriores hace referencia a la labor de la Comisión de la Verdad: “74. La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación establecida por el Gobierno democrático para investigar violaciones a los derechos humanos ocurridas en el pasado, se ocupó de una buena parte del número total de casos y otorgó reparaciones a las víctimas o a sus familiares. No obstante, la investigación que realizó dicha Comisión sobre casos de violación del derecho a la vida y las víctimas de otras violaciones, sobre todo de torturas, se vieron desprovistas de un recurso legal y de cualquier otro tipo de compensación”. “75. Además, esa Comisión no era un órgano judicial y su labor se limitaba a establecer la identidad de las víctimas de violaciones al derecho a la vida. Por la índole de su mandato, esa Comisión no estaba habilitada para publicar los nombres de quienes cometieron los delitos ni para imponer ningún tipo de sanción. Por tal razón, pese a la importancia que tuvo para establecer los hechos y otorgar compensación, no puede considerarse a la Comisión de Verdad como un sustituto adecuado de un proceso judicial”. Y cita a la Comisión, que reconoce: “Desde el punto de vista estrictamente preventivo, esta Comisión estima que un elemento indispensable para obtener la reconciliación nacional y evitar así la repetición de los hechos acaecidos, **sería el ejercicio completo, por parte del Estado, de sus facultades punitivas**. Una cabal protección de los derechos humanos sólo es concebible en un real estado de derecho. Y un estado de derecho supone el sometimiento de todos los ciudadanos a la ley y a los tribunales de justicia, lo que envuelve la aplicación de sanciones previstas en la legislación penal, igual para todos, a los transgresores de las normas que cautelan el respeto a los derechos humanos”. (El resalte es mío).

³²¹ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, op. cit., p. 250.

de crimen hasta que se haya investigado penalmente su comisión. Por eso la investigación es tan esencial, y es preciso dejar bien claro su valor intrínseco, instrumental únicamente para determinar la existencia del crimen. No es necesario atribuirle más funciones que aquella que ha de cumplir, porque la que ha de cumplir será la razón de ser de todas las demás. Como dice el autor citado, “[e]l deber de investigar resulta [...] una obligación que el Estado no puede eludir en ningún caso, aunque no exista reclamación directa por parte de las víctimas o, incluso, cuando se otorgue una indemnización general a las mismas”.³²²

La existencia de la obligación de investigar con independencia de la reclamación particular ha sido reconocida por la Corte Interamericana en la sentencia pronunciada en el caso *Godínez Cruz*, donde delimita con claridad esa obligación, independizándola de los intereses particulares y de la iniciativa de la víctima o sus familiares.³²³

Sin embargo, en otra sentencia la misma Corte vuelve a referirse a la obligación de investigar como una obligación derivada de la obligación de garantizar los derechos humanos. Dice:

“La obligación de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. [...] De tal manera, de esa obligación general de garantía deriva la obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos [...]”.³²⁴

³²² *Ibidem*, p. 251.

³²³ [La obligación de investigar] “debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”. Corte IDH, caso *Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C n.º 5, párr. 188.

³²⁴ Corte IDH, caso *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140, párr. 142. Se pronuncia en el mismo

Son muchos los instrumentos internacionales que asocian la obligación de garantizar y la obligación de perseguir penalmente, con el sentido que le he asignado. Sin embargo, es muy importante distinguirlas para que no se menoscabe el vigor de la obligación estatal cuya primacía jurídica se ve confirmada por la necesaria secuencia de los hechos.³²⁵

Hay una diferencia esencial entre el “deber de garantía” y la obligación estatal examinada, si bien ambos conceptos pueden relacionarse con actuaciones del Estado. El primero se refiere sobre todo al derecho que resulta conculcado cuando se comete un crimen; la segunda, en cambio, se refiere a la reacción del Estado ante la comisión del crimen. La asociación habitual entre ambos conceptos puede atribuirse también a la adopción en el derecho penal internacional de un enfoque centrado en las víctimas, más que en los Estados y sus obligaciones.

1.3.2. Distinción entre el derecho de la víctima a que se investigue y la obligación del Estado de investigar

Como señala Roht-Arriaza, “[u]na perspectiva de la punición centrada en la víctima desdibuja la línea entre la sanción penal y la reparación civil, viendo la sanción penal como una forma de reparación y atribuyendo a las sanciones civiles un valor punitivo”.³²⁶

sentido en que se ha pronunciado la Corte Interamericana, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154, párr. 110.

³²⁵ Conceptualmente, “garantizar”, que suele ser la traducción más corriente de “to ensure” en los documentos internacionales, tiene una connotación muy distinta de “investigar y enjuiciar”, denotados ambos verbos en la expresión “perseguir penalmente”. Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, “garantizar” significa “dar garantía”. Y “garantía”, según la acepción más acorde con este contexto, significa: “3. f. Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad”. Por tanto, cuando hablamos de garantizar estamos hablando de “proteger contra” algo que aún no ha sucedido. En cambio, cuando hablamos de investigar y juzgar estamos hablando de algo que ya ha sucedido.

³²⁶ ROHT-ARRIAZA, N., *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Nueva York: Oxford University Press, 1995, p. 18. La distinción entre ambos tipos de sanción, recuerda esta autora, no se conocía en el derecho antiguo. Surge cuando se considera que los actos criminales no solo perjudican a la víctima sino a toda la sociedad y exigen la pena estatal.

Si bien el Estado tiene con respecto a las víctimas la obligación, no solo de darles reparación por el daño sufrido, sino también de acoger su demanda de justicia, la obligación de perseguir penalmente de la que se trata aquí no es la misma obligación que la relativa a las víctimas.

Como he señalado *supra*, en numerosos instrumentos se mencionan ambas obligaciones como si fueran una sola obligación, pero es importante tener presente que la obligación del Estado de investigar es independiente del derecho que corresponde a la víctima. En caso contrario, si la víctima no ejerciera su derecho de recurso a la justicia, el Estado no tendría que cumplir su obligación.

Las obligaciones de los Estados, en el ámbito de la administración de justicia, no pueden quedar libradas a la voluntad de los ciudadanos. En ese sentido, la Corte Interamericana ha puesto de relieve la persistencia de la obligación del Estado con independencia de lo que haga la víctima.³²⁷

La vinculación entre derecho y obligación, además, parte de un presupuesto, que la víctima es víctima, inadmisibles en tanto no se haya hecho la investigación. Como dice Silva Sánchez: “Cuando se asiste al discurso del derecho de las víctimas a la verdad, al proceso, al castigo, lo primero que llama la atención es el recurso a la propia expresión de ‘víctima’ [...]. Ello es, en términos jurídicos, un sinsentido. Antes de que se constate un hecho antijurídico [...] no puede haber una víctima, sino, como máximo una ‘presunta’ víctima”.³²⁸ Y agrega que “hablar de víctimas antes del (o durante el) proceso en realidad es “prejuizar”.³²⁹

Silva Sánchez reconoce que varios instrumentos internacionales establecen el mandato para el legislador nacional “de promulgar leyes penales

³²⁷ En efecto, la Corte ha decidido que incluso si la víctima perdona al autor de la violación de sus derechos, el Estado está obligado a sancionarlo. Corte IDH, caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C n.º 39, párr. 72.

³²⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor», *op. cit.*, p. 359. La distinción efectuada por este autor se refiere en particular al “derecho al castigo” que se atribuye a la víctima.

³²⁹ *Ibidem*, p. 360.

que protejan de modo suficiente a las víctimas”, pero considera que el cumplimiento de tales mandatos “se agota en la tipificación de determinadas conductas o en su tipificación de determinada manera”, y que nada se dice en ellos respecto de la condena ni de su efectiva ejecución.³³⁰

Si nos detenemos en esta lectura del mandato establecido en los instrumentos internacionales, observaremos que convierte en letra muerta el texto de los mismos. ¿Cuál sería “el objeto y fin”, conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de ese mandato si no diera por supuesto que la tipificación y sanción legislativa de tales delitos supondrá la condena y su consiguiente ejecución?

Silva Sánchez, como he mencionado *supra*, pone en tela de juicio “la supuesta existencia de un *deber internacional del Estado* de castigar efectivamente determinados delitos”.³³¹ Dice que apoyan este deber las declaraciones de “la inamnistiabilidad y la imprescriptibilidad de ciertas vulneraciones extremadamente graves” de los derechos humanos. Sin embargo, su crítica no se dirige contra la existencia del deber internacional del Estado, sino contra la fundamentación del mismo en “el derecho de la víctima al castigo del autor”.³³²

En el mismo sentido crítico respecto a este derecho, encontramos en la jurisprudencia argentina una manifestación muy explícita: “No existe un derecho constitucional a la pena. En efecto, la protección a las víctimas establecida en los instrumentos internacionales de derechos humanos no implica necesariamente castigo penal (lo que, por otra parte, no se condeciría con su carácter fragmentario y de ultima ratio)”.³³³

³³⁰ *Ibíd.*, p. 352. Añade que esos mandatos suelen incluir el requisito de que las sanciones sean adecuadas, proporcionadas y disuasorias.

³³¹ *Ibíd.*, p. 353.

³³² *Ibíd.* Derecho que considera -con razón- propio del derecho penal taliónico.

³³³ CSJN, caso *Mazzeo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad*, Sentencia de 13 de julio de 2007, voto disidente del juez Fayt.

Entre los argumentos que ha esgrimido uno de los jueces disidentes en el caso *Reinhold*, se establece esa distinción: “Se confunden, peligrosamente, la defensa de los derechos fundamentales de las personas, tarea en la que no pueden existir limitaciones, con la persecución de quienes han cometido graves violaciones de tales derechos, roles distintos, con objetivos diferentes, que están en tensión permanente, como lo están siempre el poder del Estado de castigar, por cualquier causa que sea, con los derechos de los individuos. No puede dejar de sostenerse que en cualquier proceso penal resulta fundamental el respeto por todas las garantías que protegen a quien enfrenta la posibilidad de una condena”.³³⁴

Estoy de acuerdo en que el deber de castigar no puede fundamentarse en dicho derecho de la víctima, incluso si tal derecho existiese. Es evidente la necesidad de aclarar los conceptos en este contexto.

Con la evolución del derecho penal, la víctima se ha quedado sin lanza; como decía Carbonnier, se ha convertido en un “no sujeto de derecho”.³³⁵

Sin embargo, desde hace no pocos años estamos asistiendo a un renacimiento del sujeto víctima.³³⁶ Ahora bien, que de su renacimiento como sujeto que cumple determinadas funciones de carácter predominantemente procesal se pueda deducir que la víctima ha recuperado también “la lanza” que le habían quitado, hay sin duda, cierta distancia. Y si esa distancia se salva, también se darían varios pasos atrás en los progresos de la evolución penal.

Una cosa es rescatar a la víctima de la total pasividad en que la mantenía el sistema penal, y otra atribuirle un derecho al castigo y, lo que más nos preocupa en este contexto, fundamentar la obligación del Estado de perseguir determinados delitos en ese supuesto derecho. Ello es incluso contraproducente

³³⁴ Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, caso *Reinhold, Oscar Lorenzo y otros s/ privación ilegal de libertad*, Expediente 666/69, Sentencia de 18 de diciembre de 2008, voto disidente del juez Abreu.

³³⁵ CARBONNIER, J., *op. cit.*, pp. 185 y ss.

³³⁶ PRITTWITZ, C., *op. cit.*, pp. 109-129.

para quienes sostienen la solidez de la obligación del Estado frente a los crímenes internacionales.

Me parece sumamente importante poner de relieve las siguientes frases de Silva Sánchez porque en ellas formula la finalidad del proceso, en los casos de graves crímenes, en relación con la víctima.

Refiriéndose a la necesidad “de evitar la prosecución del daño inmaterial sufrido por la víctima”, dice: “Si no se declara que lo que pasó no debería haber pasado, dicho daño prosigue”. Y añade: “Mediante el proceso de imputación se pone de manifiesto a la víctima que ésta no ha tenido culpa alguna en el hecho, y que tampoco ha sufrido por un acontecer natural o por azar, sino por el injusto culpable de un autor”.³³⁷

Para mí es esta la justificación del recurso a la justicia penal en lo que se refiere a la víctima, no el castigo del autor. La víctima no tiene “un derecho” al castigo del autor. Su derecho se limita al acceso a la justicia y a las consiguientes facultades procesales.

El castigo del autor, en su caso, es decir, después de un debido proceso que culmine en su condena, es una obligación del Estado, no solo internacional sino también nacional, habida cuenta de que dispone de un sistema de justicia penal y que ese sistema, basado en el principio de proporcionalidad, no puede dejar sin castigo los crímenes más graves.

Parecería que no es tanto el principio de legalidad sino el principio de proporcionalidad el que constituye el principal obstáculo al juzgamiento de los crímenes internacionales. Ante la dimensión de esos crímenes, el sistema penal no sabe cómo reaccionar, y en muchos casos no reacciona. Y entonces el principio de proporcionalidad queda efectivamente violado.

³³⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor», *op. cit.*, p. 354. Se remite a varios autores que se refieren, por ejemplo, a una “resocialización” de la víctima (REEMTSA), que se encuentra en una situación de subordinación al dominio del autor (FLETCHER), o de humillación y dolor permanentes (GÜNTHER). Dice que, para todos ellos, “la función del castigo es restablecer la igualdad entre autor y víctima, rota por el delito”.

Si la finalidad del castigo de los crímenes internacionales consiste en la compensación de la víctima (en los diversos sentidos que puede tener este término), no sería necesaria la inflicción del daño que supone la pena al autor, podría ser suficiente una declaración pública de reproche.³³⁸ O directamente renunciar al foro penal y lograr esa compensación por vía civil.

No obstante la posibilidad de que ambas vías, penal, meramente declaratoria, o civil, puedan satisfacer a la víctima, si somos coherentes con la premisa de que la satisfacción de la víctima no es el fundamento del castigo, y que el deber del Estado no sería el correlato del derecho de la víctima, esa posibilidad no elimina la obligación del Estado. Tampoco lo hace el argumento del incumplimiento en estos casos de cualquier finalidad preventiva de la pena. Las finalidades preventivas no son las únicas ni las más claras que cumple la pena. Son finalidades hipotéticas que se suelen alegar en el contexto de los graves crímenes, cuya persecución penal se suele justificar invocando constantemente la frase “para que no se repitan”, como si fuese el único motivo por el que no se han repetido o no se repetirán.

1.4. El sujeto de la obligación considerada

La obligación de perseguir penalmente los crímenes internacionales es considerada por muchos autores como una obligación de carácter universal. Ello supone que todos los Estados están obligados a perseguir penalmente la perpetración de esos crímenes. No obstante, y sin descartar esa postura, me permito sostener que hay diversas razones de peso por las que el Estado en cuyo territorio se han cometido los crímenes ha de cumplir en primer término esa obligación.

³³⁸ FEINBERG, J., «The Expressive Function of Punishment», en D. Garland y R. A. Duff (eds.), *A Reader on Punishment*, Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 71-91. "La pena es un medio convencional para la expresión de actitudes de resentimiento y de indignación, así como juicios de desaprobación y reprobación, sea de las propias autoridades punitivas, sea de aquellos en cuyo nombre se aplica. En pocas palabras, la pena tiene una importancia simbólica que prácticamente no se encuentra en otros tipos de sanción", p. 74. Y se pregunta, "¿No existe un modo de estigmatizar sin infligir un (inútil) dolor más al cuerpo, a la familia, a la capacidad creadora del condenado?", p. 87.

Los crímenes internacionales siempre se cometen en un lugar geográfico determinado, a pesar del adjetivo “internacionales”. El hecho de que se cometan en un lugar, es decir, un país determinado no los convierte en delitos nacionales. Tampoco lo hace el hecho de que el país los haya tipificado en su Código Penal. Las razones, que veremos al definirlos, por las que los denominaremos internacionales no guardan relación ni con el lugar de comisión ni con las normas jurídicas que los prevén.

Gran parte de la doctrina considera que el *locus delicti* es una base de jurisdicción indiscutible, la primera de ellas, la preferente y recomendable: los delitos pueden y deben ser juzgados allí donde se cometen, más aún cuando los responsables y las víctimas son nacionales y residentes en el territorio, el lugar de comisión es la “conexión más natural” de jurisdicción penal. A pesar de ello, también gran parte de la doctrina reconoce que ser “conexión preceptiva y primogénita no es ser, necesariamente, conexión única y exclusiva”.³³⁹ Donnedieu de Vabres ya en 1928 propugnaba un reparto de la competencia criminal entre los Estados “en pro de un derecho universal, que disuadiera de la perpetración de las violaciones particularmente graves de derechos consagrados”.³⁴⁰ Bassiouni afirma que el interés social en la persecución de los graves crímenes contra la humanidad y del genocidio es tan grande que “el tipo de foro jurídico a través del cual se sancionan no deberá tener ninguna consecuencia sobre la meta final que se ha de perseguir”.³⁴¹

³³⁹ REMIRO BROTONS, A., «Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial», en AAVV, *El derecho penal internacional*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2001, párr. 12, p. 75.

³⁴⁰ DONNEDIEU DE VABRES, H. F. A., *Les principes modernes du Droit pénal international*, París: Librairie du Recueil Sirey, 1928, p. 451.

³⁴¹ BASSIOUNI, M. C., *Introduction to International Criminal Law*, Nueva York: Ardsley, 2003, p. 700. Afirma también que el sistema de justicia penal internacional, debe, por lo tanto, ofrecer **una doble vía de acceso a la justicia** en casos que comporten violaciones de normas de *ius cogens*. Ello no significa que sean los órganos internacionales lo que administren esas dos vías; el sistema de justicia penal internacional debe necesariamente funcionar de manera complementaria con los sistemas nacionales de justicia penal, p. 699.

El Derecho Internacional prevé un sistema de jurisdicciones concurrentes. No existe ninguna norma que prohíba a los Estados que determinen su jurisdicción penal nacional basándose en los principios de la personalidad activa o pasiva, o de universalidad sobre un asunto del que ya conoce la jurisdicción de otro Estado, especialmente la del Estado en cuyo territorio se cometieron los actos. Esta posibilidad la encontramos en la Sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el asunto *Lotus*, en la que la Corte estableció:

“Sin embargo, no puede deducirse que la ley internacional prohíba a un Estado el ejercicio de la jurisdicción en su propio territorio, con respecto a cualquier caso relacionado con actos que hayan tenido lugar en el exterior y que no puedan contar con alguna ley internacional permisiva (que le permita el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio). [...] La territorialidad del derecho penal [...] no es un principio absoluto de derecho internacional y de ninguna manera coincide con la soberanía territorial”.³⁴²

Ahora bien, no hay que olvidar que puede alegarse la existencia de una norma consuetudinaria que confiera jurisdicción preferente al Estado en cuyo territorio tuvo lugar la comisión del delito. Por otra parte, existen varias razones de peso tanto procesales como políticas que avalan la preferencia de la jurisdicción territorial, reconociéndose la existencia de un interés prioritario de aquellos Estados directamente conectados con la comisión del delito.

En ese sentido, encontramos la Recomendación de un Grupo de Expertos sobre el principio de jurisdicción universal que dice que, al enjuiciar crímenes graves de interés internacional, los Estados deberían, como cuestión de política, “acordar prioridad a la territorialidad como base de jurisdicción, dado que esos crímenes, si bien ofenden a la comunidad internacional en su conjunto al infringir valores universales, principalmente lesionan a la comunidad donde fueron perpetrados y violan no sólo los derechos de las víctimas sino también las demandas generales de esa comunidad. Además, generalmente es dentro del

³⁴² PCIJ, *Lotus*, Judgment of 7 September 1927. Series A n.º 10, pp. 18-20.

territorio del Estado de la presunta comisión donde se encontrará la mayor parte de la prueba”.³⁴³

También podría alegarse el elemento de conocimiento personal, más directo, por parte de los jueces. Así lo señala Sánchez Legido que se refiere como a “una realidad ineludible” a que casi siempre el juez del territorio es el que “por su proximidad a los hechos” está en mejores condiciones de proceder a su enjuiciamiento.³⁴⁴

Sin embargo, no son únicamente razones prácticas las que fundamentan la preferencia por el Estado del territorio, y la presencia de la memoria histórica, como una presencia social insoslayable, nos habla de esas otras razones. Sánchez Legido lo tiene presente cuando recuerda algunos casos que fueron objeto de jurisdicción universal y que terminaron con la absolución de los imputados por falta de pruebas. Afirma que “el enjuiciamiento en el propio lugar de comisión, cuando se puede realizar con plenas garantías de independencia y objetividad, es el más accesible a las víctimas y el que, casi siempre, mejor puede asegurar entre ellas el sentimiento de que se restaura la justicia”.³⁴⁵

³⁴³ UNIÓN AFRICANA-UNIÓN EUROPEA, *Informe del Grupo de Expertos Técnicos Ad hoc UA-UE sobre el principio de jurisdicción universal*, Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 2009, Anexo, párr. 14 (8672/1/09 Rev. 1).

³⁴⁴ SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 320. Recuerda, sin embargo, que fue precisamente en el ámbito anglosajón donde durante los siglos XVI y XVII se elaboró la doctrina de la jurisdicción universal sobre el delito de piratería y dos siglos más tarde se extendió al tráfico de esclavos.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 322. Se remite al informe conocido como Informe Joinet, cuyo título completo es *Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)* preparado por L. Joinet de conformidad con la resolución 1995/35 de la Subcomisión sobre Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, de 20 de junio de 1996 (Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1996/18), cuyo Principio 21 - Competencia de los tribunales nacionales establece la prioridad de la jurisdicción territorial: “La competencia de los tribunales nacionales seguirá siendo la norma. Sin embargo, se podrá admitir la competencia subsidiaria de un tribunal extranjero o la competencia concurrente de un tribunal internacional cuando, por las circunstancias, los tribunales nacionales aún no estén en condiciones de responder a la necesidad de justicia de manera satisfactoria para un Estado de derecho o cuando les resulte materialmente imposible desempeñar sus funciones”.

1.5. Fuentes internacionales de la obligación internacional del Estado de perseguir penalmente los crímenes internacionales cometidos en su territorio

Como veremos, hay diversos grados de claridad en la enunciación de la obligación que examinamos, porque en algunos casos se habla directamente de la obligación de sancionar y en otros es preciso deducir esa obligación del correspondiente derecho a un recurso efectivo. Un ejemplo de enunciación clara de la obligación estatal lo ofrecen algunas Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, entre ellas la titulada “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”. En esta Resolución, la Asamblea afirma claramente: “Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”.³⁴⁶

También en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, se exhortó a los Estados a derogar la legislación conducente a la impunidad de los responsables de las graves violaciones de derechos humanos.³⁴⁷

Citaré a continuación las disposiciones de los instrumentos que mencionan concretamente la obligación del Estado de perseguir penalmente, es decir, de

³⁴⁶ *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad*, aprobados el 3 de diciembre de 1973 mediante Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, durante el vigésimo octavo período de sesiones. Naciones Unidas, *Derechos Humanos: Recopilación de instrumentos internacionales. Instrumentos de carácter universal, vol. I (segunda parte)*, documento de las Naciones Unidas ST/HR/1/Rev.6 (Vol. I, Part 2), Nueva York y Ginebra, 2007, pp. 748 y 749.

³⁴⁷ *Declaración y Programa de Acción de Viena*, aprobados el 12 de julio de 1993 por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena del 14 al 25 de junio de 1993 (Documento de las Naciones Unidas A/CONF.157/23). “60. Los gobiernos deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases para el imperio de la ley”.

investigar y juzgar. Los instrumentos que enuncian esas disposiciones en forma más clara son: la Convención contra el Genocidio, los Convenios de Ginebra de 1949, la Convención Internacional contra la Tortura y la Convención Internacional contra las desapariciones forzadas. He citado también el Pacto de Derechos Civiles y Políticos aunque se refiere a esa obligación en forma indirecta. (He resaltado en negrilla algunas frases de particular importancia).

*1.5.1. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*³⁴⁸

“Artículo IV: Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, **serán castigadas**, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares”.

“Artículo VI: Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, **serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido**, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

*1.5.2. Convenios de Ginebra*³⁴⁹

La primera parte del artículo 49 común a los Convenios prevé la obligación de adoptar las medidas legislativas para determinar las sanciones penales aplicables a quienes hayan cometido las infracciones graves definidas en el Convenio. Nos interesa en este contexto la segunda parte, que dice:

“Cada una de las Partes Contratantes tendrá **la obligación de buscar** a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá **hacerlas comparecer** ante

³⁴⁸ Aprobada mediante Resolución 260 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948. Naciones Unidas, *Derechos Humanos: Recopilación de instrumentos internacionales. Instrumentos de carácter universal, vol. I (segunda parte)*, op. cit., pp. 739-743.

³⁴⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales*, en <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/treties-customary-law/geneva-conventions/indez.jsp>. Véase una relación detallada de estos instrumentos en las notas 401 y 402 *infra*.

los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes”.

*1.5.3. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes*³⁵⁰

También en este instrumento, el primer párrafo del artículo relativo a las obligaciones del Estado (artículo 4) se refiere a las medidas legislativas. En cambio, el segundo párrafo habla concretamente de la imposición de penas adecuadas, con lo que implica la persecución penal. Su texto es el siguiente:

“Todo Estado Parte **castigará esos delitos** con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad”.

El artículo 12 se refiere concretamente a la obligación de investigar de manera pronta e imparcial.

“Todo Estado Parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes **procedan a una investigación pronta e imparcial**”.

*1.5.4. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*³⁵¹

Esta Convención contiene las disposiciones más claras sobre lo que hemos definido como “perseguir penalmente”. En el artículo 3 se refiere a la investigación. Su texto es el siguiente:

³⁵⁰ Resolución 39/46 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1984. Naciones Unidas, *Derechos Humanos: Recopilación de instrumentos internacionales. Instrumentos de carácter universal, vol. I (primera parte)*, documento de las Naciones Unidas ST/HR/1/Rev.6 (Vol. I, Part 1), Nueva York y Ginebra, 2007, pp. 56-69.

³⁵¹ Resolución 61/177 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 12 de enero de 2007 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/61/177).

“Los Estados Partes **tomarán las medidas apropiadas para investigar** sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables”.

En el artículo 10 se ocupa de la detención.

“1. Cada Estado Parte en cuyo territorio se encuentre una persona de la que se supone que ha cometido un delito de desaparición forzada, si, tras examinar la información de que dispone, **considera que las circunstancias lo justifican**, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas legales necesarias para asegurar su presencia [...]”.

En el párrafo 2 del artículo 12 se observa una clara desvinculación entre la obligación del Estado y la denuncia o el derecho al recurso efectivo. La obligación nace cuando hay motivos razonables para creer, sin que sea necesario que se presente una denuncia formal:

“Siempre que **haya motivos razonables** para creer que una persona ha sido sometida a desaparición forzada, las autoridades a las que hace referencia el párrafo 1 **iniciarán una investigación, aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal**”.

*1.5.5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*³⁵²

Este Pacto no trata la obligación del Estado de manera independiente del derecho a interponer un recurso efectivo; sin embargo, el reconocimiento del derecho a interponer dicho recurso no se limita al mero reconocimiento sino que exige que la autoridad competente, además de adoptar una decisión, “desarroll[e] las posibilidades del recurso judicial”. También establece un “deber de

³⁵² Naciones Unidas, *Derechos Humanos: Recopilación de instrumentos internacionales. Instrumentos de carácter universal, vol. I (primera parte)*, op. cit., pp. 19-38.

cumplimiento” de la decisión, garantizando de esa forma la efectividad del recurso.³⁵³

En el artículo 40 prevé un mecanismo de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones contraídas, en cuyo marco los Estados han de presentar informes sobre las medidas adoptadas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto.³⁵⁴

Además, el Comité de Derechos Humanos formula observaciones con respecto a la interpretación de diversos artículos del Pacto. Por ejemplo, en su Observación General 20³⁵⁵ respecto al artículo 7,³⁵⁶ afirmó lo siguiente:

“[N]o basta con prohibir ese trato o castigo [la tortura] o con declararlo delito. Los Estados Partes deberán informar al Comité sobre las medidas legislativas administrativas, judiciales y de otra índole que adopten para

³⁵³ La disposición sobre el recurso efectivo es el párrafo 3 del artículo 2, cuyo texto dice: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

³⁵⁴ El texto del artículo es el siguiente: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos: a) En el plazo de un año a contar de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto con respecto a los Estados Partes interesados; 4. El Comité estudiará los informes presentados por los Estados Partes en el presente Pacto. Transmitirá sus informes, y los comentarios generales que estime oportunos, a los Estados Partes. El Comité también podrá transmitir al Consejo Económico y Social esos comentarios, junto con copia de los informes que haya recibido de los Estados Partes en el Pacto”.

³⁵⁵ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Observación General 20 sobre el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas*, de 10 de abril de 1992, durante la cuadragésima cuarta sesión (Documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev. 7).

³⁵⁶ “Artículo 7. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

prevenir y castigar los actos de tortura, así como los tratos crueles, inhumanos y degradantes, en todo el territorio sometido a su jurisdicción. [...] Serán considerados responsables quienes violen el artículo 7, ya sea alentando, ordenando o perpetrando actos prohibidos. [...] El artículo 7 debe interpretarse conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto”.³⁵⁷

1.5.6. Otros instrumentos de las Naciones Unidas

Es importante tener en cuenta las disposiciones contenidas en otros instrumentos que, si bien no son propiamente tratados internacionales, reflejan un consenso de la comunidad internacional, como las declaraciones o resoluciones adoptadas en el ámbito de las Naciones Unidas.

Por ejemplo, los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*³⁵⁸ se refieren muy concretamente a la investigación.

El principio 9 establece la obligación de proceder “a una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial de todos los casos en que haya sospecha de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, incluidos aquellos en los que las quejas de parientes u otros informes fiables hagan pensar que se produjo una muerte no debida a causas naturales en las circunstancias referidas”.³⁵⁹

³⁵⁷ “3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

³⁵⁸ Resolución 1989/65 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 24 de mayo de 1989 (Documento de las Naciones Unidas E/1989/91). El Consejo recomienda que los gobiernos tengan en cuenta y respeten estos Principios.

³⁵⁹ Y agrega: “Los gobiernos mantendrán órganos y procedimientos de investigación para realizar esas indagaciones. La investigación tendrá como objetivo determinar la causa, la forma y el momento de la muerte, la persona responsable y el procedimiento o práctica

El principio 18 se refiere a los procedimientos y dispone que los gobiernos “velarán por que sean juzgadas las personas que la investigación haya identificado como participantes en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias en cualquier territorio bajo su jurisdicción. Los gobiernos harán comparecer a esas personas ante la justicia”.

En los principios 12, 13 y 14 se especifican los requisitos de la autopsia, y se prevén medidas para garantizar su objetividad científica y su imparcialidad.

La Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocido,³⁶⁰ en el párrafo 1 de su artículo 9, establece los derechos de las víctimas.³⁶¹ En el párrafo 5 se refiere a la obligación del Estado: “El Estado **realizará una investigación rápida e imparcial** o adoptará las medidas necesarias para que se lleve a cabo una indagación **cuando existan motivos razonables para creer** que se ha producido una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en cualquier territorio sometido a su jurisdicción”.

El texto de este párrafo refleja la existencia de la obligación de investigar sin subordinarla a la interposición de un recurso formal. Al igual que la Convención de las Naciones Unidas sobre desapariciones forzadas, es suficiente la existencia de “motivos razonables”.

que pudiera haberla provocado. Durante la investigación se realizará una autopsia adecuada y se recopilarán y analizarán todas las pruebas materiales y documentales y se recogerán las declaraciones de los testigos. La investigación distinguirá entre la muerte por causas naturales, la muerte por accidente, el suicidio y el homicidio”.

³⁶⁰ Resolución 53/144 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 8 de marzo de 1999 (documento A/RES/53/144). Naciones Unidas, *Derechos Humanos: Recopilación de instrumentos internacionales. Instrumentos de carácter universal, vol. I (segunda parte)*, op. cit., pp. 531-537.

³⁶¹ “1. En el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluidas la promoción y la protección de los derechos humanos a que se refiere la presente Declaración, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a disponer de recursos eficaces y a ser protegida en caso de violación de esos derechos”.

El *Estatuto de Roma*³⁶² no contiene una obligación directa de los Estados de perseguir penalmente los crímenes internacionales, pero su Preámbulo es muy claro al respecto, cuando dice: “Afirmado que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional [...]”, y poco después “Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales [...]”.

Además, como señalan Ambos y Malarino “es evidente que toda la concepción del Estatuto descansa sobre la idea de que la persecución penal de crímenes internacionales es tarea primaria de cada Estado”.³⁶³

1.6. Fuentes regionales

Me referiré a dos instrumentos del ámbito americano que han tenido importantes repercusiones en la jurisprudencia.

*1.6.1. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*³⁶⁴

En este Convenio, no he encontrado una referencia directa a la obligación del Estado de perseguir penalmente los crímenes estudiados. Únicamente el artículo 13, titulado “Derecho a un recurso efectivo”, reconoce implícitamente esta obligación. Su texto es el siguiente:

³⁶² Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en Naciones Unidas, *Derechos Humanos: Recopilación de instrumentos internacionales. Instrumentos de carácter universal, vol. I (segunda parte), op. cit.*, pp. 781-867.

³⁶³ AMBOS, K.; MALARINO, E., *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2003, p 14. Explican que “la competencia primaria de los tribunales nacionales se manifiesta a través del principio de complementariedad”, establecido en los artículos 1 y 17. (A pesar del empleo de este término en la versión en español, todo indica que hubiese sido más adecuado el término “subsidiariedad”, traducción igualmente correcta del término inglés “complementarity”).

³⁶⁴ Consejo de Europa, Roma, 4 de noviembre de 1950, revisado de conformidad con el Protocolo n.º 11, completado por los Protocolos Nos. 1 y 6.

“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

*1.6.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos*³⁶⁵

En toda la Convención no he encontrado ninguna disposición de la que pueda deducirse la obligación del Estado de perseguir penalmente las violaciones de los derechos en ella establecidos. En el artículo 2, titulado “Deber de adoptar disposiciones de derecho interno”, la obligación que examinamos está bastante encubierta, dado que entre las medidas establecidas no se encuentran necesariamente las de carácter represivo en caso de violación. Esas medidas pueden limitarse a establecer las condiciones para que se puedan ejercer efectivamente esos derechos y libertades. El texto del mencionado artículo es el siguiente:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

*1.6.3. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*³⁶⁶

De esta Convención, cabe citar dos artículos:

³⁶⁵ También conocida como *Pacto de San José*. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

³⁶⁶ Adoptada en en Belém do Pará (Brasil) el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General de la OEA. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>.

“Artículo I. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a:
b) **Sancionar en el ámbito de su jurisdicción** a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo; d) **Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial** o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención”.

“Artículo IV. Todo Estado Parte tomará, además, las medidas necesarias para **establecer su jurisdicción sobre el delito** descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre dentro de su territorio y no proceda a extraditarlo”.

Podemos considerar que la expresión “sancionar en el ámbito de su jurisdicción” no significa solamente tipificar penalmente, es decir establecer una sanción penal, sino aplicarla. También la expresión “establecer su jurisdicción” tiene un sentido de persecución efectiva más que de previsión normativa, dado que la opción es la extradición; por lo tanto, se está refiriendo al principio *aut dedere aut judicare*.

1.7. Otras fuentes

Cabe preguntarse qué sucede con la obligación de enjuiciar cuando se trata de hechos punibles ocurridos antes de la entrada en vigor de los tratados que prevén esta obligación. Para responder a esta pregunta habría que analizar la posibilidad de basarse en el derecho consuetudinario o en los principios generales del derecho.

1.7.1. Derecho consuetudinario

Respecto del derecho consuetudinario, hay que partir de la definición de costumbre internacional que contiene el artículo 38, párrafo 1 b), del Estatuto de la CIJ, “como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. En realidad más que de una definición propiamente dicha se trata de una indicación: se acepta la costumbre en tanto sea prueba de ese tipo de práctica, la generalmente aceptada como derecho. Es decir que interviene otro factor, la

opinio iuris. Solo valen las costumbres que acrediten la existencia de prácticas aceptadas como derecho y no otras.

Si bien existe consenso en que la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas están prohibidas por el derecho internacional consuetudinario, pareciera no haber tal consenso con respecto a la obligación de penalización o castigo, dado que lo que prevalece en la práctica es la impunidad.

La Corte Internacional de Justicia ha tenido presente el problema de las prácticas estatales disconformes con la norma, y en el caso *Nicaragua*³⁶⁷ relativiza notablemente la fuerza vinculante de esas prácticas. Sostuvo lo siguiente:

“No es necesario que la aplicación de la regla en cuestión sea perfecta en la práctica estatal, en el sentido de que los Estados se abstengan, con una constancia absoluta, de recurrir a la fuerza o a la intervención en los asuntos internos de otros Estados. La Corte no piensa que para que una regla quede consuetudinariamente establecida, la práctica respectiva deba ceñirse rigurosamente a esta regla. Le parece suficiente, para deducir la existencia de reglas consuetudinarias, que los Estados conformen a ella su conducta de una manera general, y que consideren los comportamientos

³⁶⁷ ICJ, *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua* (Nicaragua vs. United States of America), 26 November 1984, ICJ, Reports 1984, p. 392. *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua* (Nicaragua vs. United States of America), Merits, Judgment, 27 June 1986, ICJ, Reports 1986, p. 149. En abril de 1984 el Embajador de la República de Nicaragua en Holanda entabló una demanda en contra de los Estados Unidos en relación con una controversia relativa a la responsabilidad de Estados Unidos por las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en su mar alledaño. Específicamente, Nicaragua acusó a los Estados Unidos de atacar sus oleoductos, sus puertos y sus naves de patrulla marítima y de instalar minas en sus puertos. Además, se acusó a Estados Unidos de violar el espacio aéreo de Nicaragua, así como de entrenar, armar, equipar, financiar y mantener las fuerzas de la Contra y de apoyar a las actividades militares y paramilitares en contra de Nicaragua. Nicaragua estimó que todos estos hechos constituían una violación del párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, así como una violación de los principios de derecho internacional consuetudinario. Por su parte, los Estados Unidos acusaron a Nicaragua de entregar armas y otro tipo de apoyo a la oposición del gobierno de El Salvador. De esta manera, los Estados Unidos caracterizaron su conducta como legítima defensa colectiva. Estados Unidos invocó la falta de jurisdicción de la Corte Internacional para conocer de este caso. Una vez que la Corte resolvió que sí tenía jurisdicción, Estados Unidos dejó de participar en el proceso, el que siguió su curso en rebeldía de la parte demandada.

que contradicen la regla en cuestión como una violación de ésta, y no como una manifestación del reconocimiento de una nueva regla”.³⁶⁸

La Corte reafirmó esta posición cuando dijo que, si el Estado defiende su conducta contraria a una norma haciendo valer excepciones o justificaciones presuntamente contenidas en la norma misma, ha de interpretarse que de esa manera confirma la norma y no la debilita.³⁶⁹

En ese sentido, Kai Ambos asocia la práctica estatal con la *opinio iuris vel necessitatis*, es decir, el convencimiento, originado en la práctica, de estar obligado legalmente por ella, y propone, para hacer frente al problema señalado, redefinir el concepto de práctica considerando que no consiste en la conducta de los Estados sino en la de los órganos representativos de estos en los organismos internacionales, y en las decisiones y dictámenes de esos organismos, por lo que se podría hablar de una “práctica contractual”, que estaría expresada en declaraciones y opiniones oficiales.³⁷⁰

Es evidente la inseguridad que esta redefinición comporta. El problema no se soluciona por el camino de la redefinición del derecho consuetudinario cuando la práctica en que este se sustenta es tal que en lugar de resultar fuente de derecho internacional constituye una violación de ese derecho. La solución tal vez deba buscarse en reconocer la inadecuación de la práctica estatal y, por consiguiente, del derecho consuetudinario tradicional y en la búsqueda de otras fuentes.

³⁶⁸ *Ibidem*, párr. 186.

³⁶⁹ “Si un Estado actúa de una manera aparentemente irreconciliable con una regla reconocida, pero defiende su conducta invocando excepciones o justificaciones contenidas dentro de la misma regla, de ello resulta una confirmación más que un debilitamiento de la regla y esto independientemente de que la actitud de ese Estado pueda o no justificarse, de hecho, sobre esta base”. *Ibidem*, párr. 186.

³⁷⁰ AMBOS, K., *Impunidad y derecho penal internacional, Un estudio empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina*, traducido por M. Anzola Gil, Medellín: Instituto Max Planck y Comisión Andina de Juristas, Ciedla, 1997, p. 83.

1.7.2. Los principios generales del derecho.

El artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la CIJ menciona “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Kai Ambos señala que para verificar el reconocimiento exigido no es necesario analizar los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Se inclina por un criterio más amplio, como el de la aceptación general por parte de los Estados. (Criterio similar al de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados respecto de las normas imperativas, y que demuestra la mayor flexibilidad que caracteriza al derecho internacional frente al nacional). Sin embargo, su criterio no es tan vago como pareciera surgir del término “general”, dado que hace referencia al denominado *soft law*, es decir, el derecho que emana de las organizaciones internacionales, y que supone la existencia en la actualidad de algo que antes no existía en el ámbito internacional: “un órgano generador de normas”. En efecto, afirma: “El derecho internacional vigente se desarrolla cada vez más -alejándose de un derecho ‘egoísta’, basado en el consentimiento de los Estados (principio de ‘Lotus’³⁷¹)- hacia un sistema legal comunitario, orientado por el interés común en el cual los Estados canalicen su posición jurídica -más bien de manera colectiva- a través de las estructuras institucionales existentes”.³⁷²

Es decir, de una situación en la que se trasladaban los principios generales del derecho aplicables en el ámbito nacional al derecho internacional, se pasa a una situación en que esos principios nacen en el mismo ámbito internacional. Se

³⁷¹ PCIJ, *Lotus*, Judgment of 7 September 1927. Series A n.º 10. En 1926, Turquía procedió a iniciar un juicio contra un ciudadano de nacionalidad francesa que estaba al mando de un buque francés que colisionó con una nave turca en alta mar. Como consecuencia del abordaje murieron ocho turcos. Francia protestó, alegando que las autoridades turcas no tenían jurisdicción. La Corte se preguntó sobre la existencia en el derecho internacional de alguna regla que prohibiera a Turquía el ejercicio de su jurisdicción para conocer de hechos que habían ocurrido fuera de su territorio, resolviendo a favor de Turquía por cuanto las consecuencias del hecho ilícito se habían hecho sentir en una embarcación turca. Cuando se habla del principio *Lotus* se hace referencia a la afirmación de la Corte de la libertad de los Estados de ejercer su jurisdicción respecto de actos ocurridos más allá de su territorio, cuando el Derecho Internacional no establece una regla prohibitiva.

³⁷² AMBOS, K., *Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empírico dogmático*, op. cit., p. 86.

trata de un proceso diferente, en el que se configura una “*opinio juris* sin una práctica estatal concordante”.³⁷³

1.8. La obligación en la jurisprudencia

1.8.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH se ha pronunciado claramente en diversos casos sobre la existencia de la obligación del Estado de realizar una investigación efectiva.

Por ejemplo, en el caso *Assenov contra Bulgaria*, el Tribunal consideró que, en estas circunstancias, cuando un individuo presenta una alegación fundada de que ha sido sometido a graves malos tratos por la policía u otros agentes similares del Estado, en forma ilícita y violatoria del artículo 3, cabe deducir de esa disposición, leída junto a la obligación general del Estado dimanante del artículo 1 del Convenio “de reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el [...] Convenio”, la exigencia de que se realice una investigación judicial efectiva. “Esta obligación [...] debería conducir a la identificación y castigo de los responsables [...]. Si así no fuese, la prohibición general de la tortura y de otros tratos crueles inhumanos y degradantes, a pesar de su fundamental importancia [...] sería ineficaz en la práctica y haría posible que en algunos casos los agentes del Estado abusaran de los derechos de aquellos bajo su control con una virtual impunidad”.³⁷⁴

³⁷³ *Ibidem*, p. 87. Se remite a ROHT-ARRIAZA, N., *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, *op. cit.*, p. 47, que dice que, a pesar de que la práctica estatal es escasa o no está bien definida, existe el sentimiento generalizado de que es necesaria una norma jurídica. Kai Ambos considera que para encontrar los fundamentos del deber de penalizar se debería analizar la práctica jurisprudencial en materia de derechos humanos de los órganos internacionales creados por los tratados pertinentes y las posiciones de los Estados, expresadas en normas constitucionales y penales.

³⁷⁴ TEDH, caso *Assenov vs. Bulgaria*, Sentencia de 28 de octubre de 1998, Demanda n.º 24760/94, párr. 102, en Recueil 1998-VIII. Se trata de una demanda relacionada con una agresión física contra un menor de edad y su madre por parte de tres agentes de policía. La demanda se presentó tras haber agotado todas las instancias nacionales y haber sido desestimada. En el párrafo citado se remite a los casos siguientes: *McCann y Otros vs. Reino Unido*, sentencia de 27 de septiembre de 1995, Serie A n.º 324 p. 49, § 161, *Kaya vs. Turquía*, sentencia de 19 de febrero de 1998, *Reports* 1998, § 86 y *Yasa vs. Turquía*, sentencia de 2 de septiembre de 1998, *Reports* 1998, § 98.

Como vemos, esta sentencia refleja una auténtica labor interpretativa, en la que del juego de algunas disposiciones se deduce la obligación del Estado.

Las disposiciones en juego son: el artículo 1, "Obligación de respetar los derechos humanos. Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio"; el artículo 3 "Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

1.8.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

En algunos casos es muy clara la posición de la Corte en cuanto a la subordinación de la obligación al derecho a la jurisdicción. "En este sentido, la Corte ha entendido que de la obligación general de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención, contenida en el artículo 1.1 de la misma, deriva la obligación de investigar los casos de violaciones del derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado".³⁷⁵

En el caso *Bayarri* contra Argentina, la Comisión solicitó a la Corte que determinara que el Estado había incumplido sus obligaciones internacionales al incurrir en la violación de diversos artículos de la Convención Americana relacionados con la obligación general de respetar los derechos humanos establecida en el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio del señor Juan Carlos Bayarri [...]. La Corte determinó que: "6. El Estado incumplió su **obligación de investigar con la debida diligencia la tortura** a la que fue sometido el señor Juan Carlos Bayarri, según lo estipulado en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura [...]" y dispuso por unanimidad que: "7. [La] Sentencia constituye, *per se*, una forma de reparación".³⁷⁶ (El resalte es mío).

³⁷⁵ Corte IDH., caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C n.º 153, párr. 88.

³⁷⁶ Corte IDH., caso *Bayarri vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C n.º 187. (El resalte es mío). La demanda de la Comisión Interamericana se relaciona con la alegada detención ilegal y arbitraria del señor Juan Carlos Bayarri el 18 de noviembre de 1991 en la provincia de

En el caso *Heliodoro Portugal* contra Panamá, la Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación de varios artículos de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

Asimismo, le solicitó que declarara que el Estado es responsable por la violación de la obligación de tipificar como delito la desaparición forzada, de conformidad con el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y de las obligaciones de investigar y sancionar la tortura, establecidas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”.³⁷⁷

Como en otros casos, también en esta sentencia las obligaciones de tipificación y de investigación y sanción, aunque formuladas por separado, se encuentran enunciadas en el mismo párrafo.

Buenos Aires, Argentina, sus supuestas tortura, prisión preventiva excesiva y subsiguiente denegación de justicia, en el marco de un proceso penal seguido en su contra por la supuesta comisión de secuestros extorsivos reiterados. La Comisión indicó que “el señor Bayarri estuvo privado de su libertad por casi 13 años sobre la base de una confesión que fue obtenida bajo tortura. No obstante que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Argentina consideró probada la tortura a la que fue sometido, transcurridos casi 16 años desde que ocurrieran los hechos, el Estado argentino no ha provisto de una respuesta judicial adecuada al señor Bayarri respecto de la responsabilidad penal de los autores, ni lo ha remediado de modo alguno por las violaciones sufridas”.

³⁷⁷ Corte IDH., *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C n.º 104. La demanda somete a la jurisdicción de la Corte las presuntas violaciones cometidas por el Estado por la supuesta desaparición forzada y ejecución extrajudicial del señor Heliodoro Portugal, la supuesta falta de investigación y sanción de los responsables de tal hecho y la supuesta falta de reparación adecuada en favor de sus familiares. La Comisión alegó que agentes del Estado participaron en dichos hechos, los cuales ocurrieron en una época en la que Panamá se encontraba gobernada por un régimen militar. La Comisión señaló que “[d]urante la dictadura militar no era posible acudir a las autoridades internas con el propósito de presentar denuncias por violaciones a los derechos humanos o averiguar el paradero de una persona”, por lo que la hija de la presunta víctima no denunció la desaparición sino hasta mayo de 1990, luego de que se restaurara la democracia en el país. En septiembre de 1999, en el cuartel conocido como “Los Pumas” en Tocumen, el Ministerio Público encontró unos restos que luego de ser sometidos a exámenes de identificación genética gracias a aportaciones privadas, fueron identificados como pertenecientes a la presunta víctima.

En el caso *Bulacio contra Argentina*,³⁷⁸ la Corte, por unanimidad, decidió admitir el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado y aprobar el acuerdo.

Además, la Corte Interamericana ordenó que:

“el Estado debe **proseguir y concluir la investigación** del conjunto de los hechos de este caso y **sancionar** a los responsables de los mismos; [se refiere al derecho de los familiares de la víctima a actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones]; y que los resultados de las investigaciones deberán ser públicamente divulgados- el Estado debe garantizar que no se repitan hechos como los del presente caso, adoptando las medidas legislativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de derechos humanos, y darles plena efectividad [...]”. (El resalte es mío).

En el primer párrafo citado es evidente la presencia de la obligación de perseguir penalmente, si bien inmediatamente a continuación se reconoce el derecho de los familiares a participar en todas las instancias de la investigación. En el segundo párrafo, en cambio, es clara la presencia del deber de garantía, pero, a pesar de que parecería formular una obligación de tipificación cuando dice “darles plena efectividad”, puede interpretarse que esta expresión se refiere a la obligación de perseguir penalmente.

³⁷⁸ Corte IDH., caso *Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C n.º 100. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó la demanda de este caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 24 de enero de 2001. El informe de la Comisión indica: “El 24 de enero de 2001, la CIDH sometió el caso Walter David Bulacio a la Corte Interamericana pues el mismo involucra, inter alia, la vulneración de derechos a la libertad e integridad personal, a la vida, a las garantías judiciales, a la protección judicial, y los derechos de los niños, consagrados en los artículos 4, 5, 7, 8, 25 y 19 de la Convención Americana, por actos y omisiones de la República Argentina. Dicha demanda se refiere a los hechos acaecidos el 19 de abril de 1991, cuando Walter David Bulacio fue detenido por la Policía Federal argentina en el marco de un operativo policial cuando pretendía asistir a un concierto de música rock y, producto de las condiciones de detención y las torturas recibidas en el mismo cuerpo policial, falleció el 26 de abril siguiente”.

2. ¿Cuáles son los crímenes que generan esta obligación?

2.1. Crímenes internacionales

En esta sección procuraré definir lo que entiendo por crímenes internacionales que originan la obligación de persecución penal que incumbe al Estado del territorio donde se han cometido. Teniendo presente que cada uno de esos crímenes ha sido y puede ser tema de una tesis, al ocuparme de ellos me detengo principalmente en aquellas características relacionadas con las cuestiones que intento poner de relieve en el presente trabajo.

Ante todo, una aclaración respecto de la utilización del vocablo “crímenes”. En él está implícita la gravedad. Miaja de la Muela recuerda la clasificación tripartita de los hechos punibles, contenida en el Código de Napoleón y en los que siguieron sus huellas, en crímenes, delitos y contravenciones. Dice: “Cualquiera que sea el descrédito científico de esta clasificación, es indudable que la palabra ‘crimen’ implica una desaprobación mayor de la conducta calificada, y justifica la aplicación de penas de la máxima severidad, dentro de las que admita la conciencia jurídica de cada momento y cultura”.³⁷⁹

En la doctrina encontramos diversas clasificaciones de los delitos o crímenes internacionales. Por ejemplo, Saldaña establece cuatro categorías: a) delitos de derecho internacional, b) delitos contra el derecho internacional, c) delitos que interesan al derecho internacional y d) delitos según el derecho internacional.³⁸⁰

En la primera, *a) delitos de derecho internacional* (interestatales) incluye aquellos delitos que constituyen una violación del orden jurídico internacional por parte de un Estado. Admite Saldaña que los Estados pueden cometer crímenes y que estos pueden ser: políticos y militares. Los primeros pueden a su vez consistir en un acto de un Estado contra otro Estado, o de un Estado contra los ciudadanos de otro Estado. Estos crímenes políticos interestatales pueden

³⁷⁹ MIAJA DE LA MUELA, A., «El Genocidio, delito internacional», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. IV, n.º 2, 1951, p. 379.

³⁸⁰ SALDAÑA, G., *op. cit.*, pp. 300 y ss.

asumir la forma de violaciones de compromisos internacionales, intervenciones abusivas en la política de otro Estado o intervenciones abusivas en la administración de otro Estado.³⁸¹

En la segunda categoría, *b) los delitos contra el derecho internacional* (los antiguos delitos contra el derecho de gentes, pero los llama también “antinacionales”), Saldaña desarrolla una argumentación interesante respecto al derecho penal en general. Dice que el derecho penal es la sanción suprema de las normas jurídicas, “es la garantía general del derecho, que condiciona la eficacia de todas las normas jurídicas. Hay un derecho penal especial para cada una de las diversas disciplinas jurídicas: derecho civil, canónico, administrativo, comercial, marítimo, social, laboral, etc. Existe también un *derecho penal internacional*”.³⁸² Define este derecho como aquel que comprende “las violaciones violentas o fraudulentas de las normas y leyes establecidas por el derecho de gentes o el derecho internacional”.³⁸³ Los delitos serían la piratería y los atentados contra soberanos o representantes de Estados extranjeros.³⁸⁴ Pero incluye otros, por ejemplo, los crímenes anarquistas. Los subclasifica entre aquellos que suponen una violación de la paz, una violación de la inmunidad y una violación de las leyes de hospitalidad.³⁸⁵

La tercera categoría, *c) delitos que interesan al derecho internacional* (internacionales), se configura a partir del lugar o de la jurisdicción; compara estos delitos con polígonos, cuya figura se inscribe en diversos territorios nacionales. A diferencia de los delitos comprendidos en las dos primeras categorías, se trata de delitos de derecho común, que siempre han sido “tipos

³⁸¹ Cita como ejemplo de esta última la intervención por Austria en la administración de Serbia, que había sido una de las causas de la primera guerra mundial. *Ibídem*, p. 300.

³⁸² *Ibídem*, p. 293.

³⁸³ *Ibídem*.

³⁸⁴ Menciona el Código español de 1848 como el único de su época que se refería a este tipo de delitos (en el capítulo III, título I del Libro II, titulado “Delitos contra el derecho de gentes”). En 1870 se traslada el delito de piratería y se lo incorpora al capítulo IV. *Ibídem*, pp. 293 y 294.

³⁸⁵ *Ibídem*, pp. 313 y ss.

penales". Se los denomina internacionales por la "forma" de comisión, pero también porque afectan a un interés internacional. Los define así: "el delito internacional es aquél cuyos elementos jurídicos, sociológicos o antropológicos están dispersos en territorios o entre nacionalidades o razas diferentes".³⁸⁶ Menciona entre estos delitos la esclavitud como el primer tipo del crimen internacional, la trata de personas, el banditismo internacional y el tráfico de armas.

Por último, la cuarta categoría, *d) delitos según el derecho internacional* (extranacionales), comprende delitos que, a diferencia de la categoría anterior, cuya existencia es independiente del derecho internacional, existen porque existe un derecho de gentes o internacional. Se trata de infracciones criminales a normas jurídicas "frecuentemente olvidadas en los códigos penales nacionales". Se pregunta: ¿Cómo se pueden prever sanciones contra atentados cometidos fuera de todo dominio nacional? Sin embargo, es el caso de estos delitos, que lo son únicamente en el marco del derecho internacional, según el derecho internacional. Menciona entre ellos la piratería (también incluida en otra categoría), el abordaje marítimo o aéreo, los delitos cometidos contra la seguridad de los cables submarinos, contra la policía de pesca marítima, etc. El bien jurídico universal que resulta lesionado por estos delitos es el criterio para identificarlos, a diferencia de los otros que se basan en la persona, la norma o el lugar.³⁸⁷

Ahora bien, esta clasificación resulta interesante desde una perspectiva histórica, pero hay que tener en cuenta que es un texto de 1925 y que ha corrido mucha agua bajo los puentes del derecho internacional. Se ha formado incluso un puente nuevo: el derecho penal internacional. El principal obstáculo para el desarrollo de esta nueva rama siempre ha sido la soberanía estatal erigida como muralla (lo que no significa que siempre se erija como muralla), y en la época en que se ha hecho la clasificación mencionada no se concebía, salvo como delito de

³⁸⁶ *Ibídem*, pp. 319 y ss.

³⁸⁷ *Ibídem*, pp. 295, 336 y ss. Aclara que la mayor parte de esos delitos corresponden al derecho internacional privado.

injerencia, la posibilidad de controlar lo que el Estado hacía con sus propios ciudadanos o súbditos.

Werle, que emplea la denominación general de “crímenes de trascendencia internacional”, considera que el criterio que determina la trascendencia internacional del delito es la relación con la comunidad internacional. Esta relación puede resultar, por una parte, de una necesidad de carácter práctico, y por otra, de la jerarquía de los intereses afectados. En el primer caso, son consideraciones de utilidad las que hacen necesaria la internacionalización del ilícito para facilitar su persecución, dada la impotencia de los Estados para hacerlo individualmente. “Es la especial manifestación de la criminalidad, en concreto su comisión transfronteriza, la que hace necesario el acuerdo y la cooperación entre los Estados para la persecución penal”.³⁸⁸ En el segundo caso, en cambio, es el objeto del ataque, es decir, el bien jurídico afectado, lo que confiere dimensión internacional al delito. Menciona como ejemplos de estos casos los ataques contra la paz internacional o las violaciones sistemáticas de los derechos humanos fundamentales. Denomina más específicamente este grupo crímenes de derecho internacional. Son los que conciernen a los más altos intereses de la comunidad internacional.³⁸⁹

La definición de los crímenes de derecho internacional en función de su relación con “los más altos intereses de la comunidad internacional” demuestra la persistencia de un enfoque que no logra desprenderse de la carga del derecho internacional tradicional que, como es lógico, lleva consigo el derecho penal internacional. Lo demuestra la vinculación que se alega entre los crímenes y la paz mundial, como si no fuese posible calificar el derecho penal con el adjetivo internacional sin relacionarlo con un bien jurídico colectivo, que afecte

³⁸⁸ WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, *op. cit.*, p. 95, diferencia dentro de ella los crímenes de derecho internacional, cometidos por individuos, de los actos ilícitos internacionales, cometidos por Estados.

³⁸⁹ *Ibídem.* Se refiere también a la “macrocriminalidad reforzada por el Estado, que no es adecuadamente perseguida y sancionada por el Estado involucrado en los hechos. Si la comunidad internacional dejara aquí la persecución en manos de la competencia de cada Estado, esta conducta supondría tanto como dejar la persecución de los autores en manos de los propios autores”, p. 96.

directamente a la comunidad internacional. Como si fuese necesario justificar la protección de los individuos con la protección de los valores e intereses de la comunidad internacional.

Ha sido el concepto de derechos humanos lo que ha servido de puente entre la protección del individuo y el derecho internacional, y a través de ese puente se ha llegado al derecho penal internacional.³⁹⁰ Esa vinculación directa resulta necesaria porque no deja de resultar un tanto forzada la vinculación de la violación de los derechos humanos con la paz mundial (en realidad todo puede afectar de un modo u otro a la paz mundial).

Con respecto a esta cuestión Gil Gil indica que “son bienes jurídicos del orden internacional la propia existencia de los Estados, la existencia de determinado tipo de grupos humanos, la paz internacional [...] pero también lo son los bienes jurídicos individuales cuando son atacados de forma masiva o sistemática por el propio poder político o cuando simplemente no pueden ser protegidos por el orden estatal”.³⁹¹

Otro criterio que se ha adoptado para determinar la internacionalidad del crimen es el de la responsabilidad.³⁹²

³⁹⁰ Kai Ambos señala que las violaciones particularmente graves de los derechos individuales por una acción o una omisión deliberadas de autoridades oficiales, “han constituido un problema para el Derecho internacional desde la época en que el concepto de los derechos humanos comenzó a desarrollarse a finales del siglo XIX”. AMBOS, K., *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Barcelona: Marcial Pons, 2006, p. 181.

³⁹¹ GIL GIL, A., *Derecho penal internacional: especial consideración del delito de genocidio*, Madrid: Tecnos, 1999, p. 35.

³⁹² Cuando se planteó, durante la Primera Guerra, quiénes eran los sujetos de derecho internacional facultados para invocar la responsabilidad del Estado culpable de agresión, dos autores estadounidenses, Root y Peaslee, formularon una conclusión innovadora, a saber, que el derecho internacional admite, además de las obligaciones que afectan a un solo Estado, otras que afectan a la comunidad internacional toda. Se basan en la diferenciación de los ilícitos internacionales en función del contenido y del objeto de la obligación violada; cualquier Estado estaría legitimado para reprimir el crimen de agresión, o bien la iniciativa para reprimirla podría quedar a cargo de órganos especialmente creados a tal efecto por la comunidad internacional. ROOT, E., «The Outlook for International Law», en *American Journal of International Law* 10, 1916, pp. 1-11. PEASLEE, A. J., «The Sanction of International Law», en *American Journal of International Law* 10, n.º 2 1916, pp. 328-336. Citados por BLANC ALTEMIR, A., *La*

En ese sentido y en términos más generales, Carrillo Salcedo relaciona directamente la responsabilidad con el carácter de los hechos ilícitos: “lo esencial estriba en reconocer que existen unos supuestos de hecho o actos internacionalmente ilícitos que engendran la responsabilidad internacional del Estado al que sean atribuibles, y en los que la relación jurídica de responsabilidad se establece entre dicho Estado y la comunidad internacional en su conjunto, y no solo entre el Estado infractor y el Estado víctima”.³⁹³

Remiro Brotóns menciona dos acepciones principales (es decir, no excluye otras) de la expresión “crímenes internacionales o crímenes de Derecho internacional”: 1) la violación de normas imperativas o de *ius cogens* internacional por acción u omisión de los órganos y agentes estatales, (implicando una **responsabilidad acentuada del Estado** cuyas consecuencias rebasarían las de los ilícitos tradicionales), 2) la violación grave y a gran escala de derechos humanos (o de otros intereses fundamentales de la comunidad internacional) traducida en tipos penales desencadenantes de **la persecución de los individuos responsables** como autores, cómplices y encubridores, sean o no agentes del Estado.³⁹⁴ (El resalte es mío).

Como vemos, si se adopta como criterio la responsabilidad, la diferencia que caracteriza la internacionalidad del crimen es el contexto multilateral que supone la comunidad internacional, ante la que debe responder el autor del crimen.

En los *Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* se definen como delitos graves los

violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional, Barcelona: Bosch, 1990, p. 13.

³⁹³ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 1995, p. 121. No obstante, esta descripción puede dar lugar a equívocos en cuanto a la responsabilidad a la que se refiere, porque la responsabilidad penal, que es la que deriva directamente del acto ilícito, es individual, mientras que la responsabilidad del Estado deriva indirectamente y no tiene carácter penal. En el capítulo IV examino el tema de la responsabilidad.

³⁹⁴ REMIRO BROTONS, A., «Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial», *op. cit.*, pp. 69-70.

siguientes: “A los efectos de estos principios, la frase ‘delitos graves conforme al derecho internacional’ comprende graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de su Protocolo Adicional I de 1977 y otras violaciones del derecho internacional humanitario que constituyen delitos conforme al derecho internacional: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otras violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos que son delitos conforme al derecho internacional y/o respecto de los cuales el derecho internacional exige a los Estados que impongan penas por delitos, tales como la tortura, las desapariciones forzadas, la ejecución extrajudicial y la esclavitud”.³⁹⁵

Partiendo de la tendencia observada y del texto arriba citado, Ollé Sesé propone “distinguir dentro del concepto genérico de crímenes internacionales dos clases: *crímenes internacionales de primer grado* y *crímenes internacionales de segundo grado*.”³⁹⁶

Las características que este autor atribuye a los primeros pueden resumirse así:

- 1) Se fundamentan en el derecho internacional - convencional y consuetudinario (costumbre y principios generales del derecho);
- 2) Lesionan los bienes jurídicos supranacionales más importantes o valiosos para la comunidad internacional - como la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad;
- 3) Determinan la responsabilidad penal individual internacional directa de sus autores;

³⁹⁵ Informe sobre la actualización del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, elaborado por Diane Orentlicher, 8 de febrero de 2005 (Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/102/Add.1).

³⁹⁶ OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, Madrid: La Ley, 2008, pp. 190 y ss.

4) La comunidad internacional se convierte en sujeto pasivo mediato de los crímenes internacionales de primer grado.³⁹⁷

Los crímenes de segundo grado, en cambio, se fundamentan tanto en el derecho interno como en el derecho internacional y lesionan intereses comunes internacionales que, por su carácter transnacional o transfronterizo, exigen una intervención interestatal. La responsabilidad penal individual internacional que determinan es indirecta, a través del derecho interno.

Bueno Arús y de Miguel Zaragoza consideran el elemento internacional como “un denominador común” de todos los delitos internacionales: se trata de conductas cuyos elementos (causación de la acción, producción del resultado, consecuencias indirectas del delito, nacionalidad del delincuente, nacionalidad de la víctima [...]) afectan a varios Estados o que están dirigidas a tener una repercusión intensa sobre muchas personas, “por lo que la alarma que producen o el interés en su erradicación abarca un territorio más amplio que el territorio del Estado donde fueron materialmente cometidas”.³⁹⁸ Señalan que dentro del bloque de delitos internacionales, muy variados, hay un núcleo duro, fundamentado en el *ius Mogens*.³⁹⁹ En cierto sentido, comparten la diferenciación que hace Ollé Sesé entre crímenes de primer y de segundo grado.

No obstante las diversas clasificaciones que he mencionado, creo que para definir los crímenes internacionales a los que me refiero en relación con la obligación del Estado de perseguirlos penalmente y con la memoria histórica, es conveniente hacer una incursión en las dos principales categorías de crímenes

³⁹⁷ *Ibidem*. También señala el hecho de que estos crímenes, “en su mayoría”, son cometidos por miembros de un gobierno, organizaciones políticas o grupos que ejerzan el gobierno de facto.

³⁹⁸ BUENO ARÚS, F.; ZARAGOZA, M., *Manual de Derecho Penal Internacional*, Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 2003, p. 40.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 41. Sin embargo, se pronuncian por un concepto formal de delito internacional, porque es preferible desde la perspectiva de la seguridad jurídica. Dicen: “son delitos internacionales aquellos que aparecen tipificados y sancionados en normas jurídicas internacionales, cuya represión se postula que corresponde, o bien a los Tribunales penales internacionales, o bien a los Tribunales de los Estados que son partes en aquéllas”. *Ibidem*, p. 42.

internacionales de las que se ocupa el derecho penal internacional, los crímenes contra la humanidad y el genocidio. Los antecedentes de los primeros, que están asociados a sus elementos definitorios, ofrecen también un panorama de la evolución del derecho penal internacional y esclarecen las características que me interesa poner de relieve en mi definición.

2.2. Crímenes contra la humanidad

2.2.1. Breve reseña histórica

Un primer antecedente de la denominación crímenes contra la humanidad, o de lesa humanidad, lo encontramos en la denominada “Cláusula Martens”.⁴⁰⁰ El gran aporte de esta cláusula es que permite recurrir a los “principios generales” como un medio de interpretación de las disposiciones de los instrumentos internacionales y cubrir las lagunas de estos. Fue incluida en los preámbulos de las Convenciones (Primera, 1899 y Cuarta, 1907) de La Haya sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre.

El texto de esta cláusula, que ya tenía valor de norma consuetudinaria, ha sido retomado total o parcialmente por posteriores instrumentos de derecho internacional: ha sido reformulado en los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de guerra de 1949,⁴⁰¹ los protocolos adicionales a esos Convenios⁴⁰² y el Preámbulo a la Convención sobre prohibiciones o restricciones

⁴⁰⁰ Se la ha bautizado con el nombre de su redactor, el diplomático y jurista ruso Fyodor Martens, delegado de Rusia ante la Conferencia de Paz de La Haya de 1899.

⁴⁰¹ I. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña. II. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar. III. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. IV. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Textos disponibles en la página web del CICR, <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>.

⁴⁰² 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), 8 de junio de 1977; Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II); y Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de

del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, de 10 de octubre de 1980, con versiones ligeramente distintas.⁴⁰³

La Cláusula Martens dice lo siguiente:

“Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”.⁴⁰⁴

En el origen mismo del concepto de “crímenes contra la humanidad” es posible encontrar una raíz común con el genocidio, dado que apareció por primera vez en el instrumento internacional establecido en ocasión del genocidio armenio. Con ese motivo, Francia, el Reino Unido y Rusia, el 28 de mayo de 1915, pronunciaron una declaración conjunta, condenando enérgicamente esa masacre. Su texto era el siguiente: “En vista de estos *nuevos crímenes* de Turquía *contra la humanidad y la civilización*, los Gobiernos aliados anuncian públicamente a la Sublime Puerta que considerarán personalmente responsables de estos crímenes

agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Protocolo III, 8 de diciembre de 2005). Disponibles en la página web del CICR, citada *supra*.

⁴⁰³ El texto pertinente dice: “Confirmando su decisión de que, en los casos no previstos en la presente Convención, en sus Protocolos anexos o en otros Acuerdos internacionales, la población civil y los combatientes permanecerán en todo momento bajo la protección y la autoridad de los principios de derecho internacional derivados de la costumbre, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública [...]” Instrumento de Ratificación de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, hecha en Ginebra el 10 de octubre de 1980. Boletín Oficial del Estado del Reino de España: jueves 14 de abril de 1994, Núm. 89, pp. 11384 a 11393.

⁴⁰⁴ TICEHURST, R., «La Cláusula Martens y el derecho de los conflictos armados», en CICR, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 140 (1997): 131-141. Me ocupo detenidamente de esta cláusula en el capítulo VI, donde trato la cuestión de la legalidad.

a todos los miembros del Gobierno Otomano y a aquellos de sus agentes que estén implicados en tales masacres".⁴⁰⁵

Cassese observa que, al parecer, los tres Estados no estaban muy interesados en las implicaciones filosóficas de la expresión elegida. No se preguntaron ni intentaron establecer qué se entendería por "humanidad". ¿Acaso haría referencia a todos los seres humanos, o más bien a los sentimientos de humanidad compartidos por hombres y mujeres de las naciones modernas? ¿O bien, denotaría el concepto de humanidad propuesto por la filosofía antigua y moderna? De esta ausencia de reflexión al respecto por parte de los declarantes, sumada a la falta de toda medida concreta después de la Declaración, Casesse deduce que su solo propósito era resolver un problema político a corto plazo y nada más.⁴⁰⁶

Tras la Primera Guerra Mundial, la Conferencia Preliminar de Paz de París (1919-1920) estableció una Comisión para investigar y determinar responsabilidades por los actos considerados como violaciones de las leyes y costumbres de la guerra cometidos por las fuerzas del Imperio alemán y sus aliados por tierra, mar y aire durante la guerra. En su informe a la Conferencia de Versalles, la Comisión afirma que ha encontrado pruebas de los ultrajes cometidos contra las leyes y usos de la guerra y contra las leyes de la humanidad.⁴⁰⁷ En ese Informe dice que Alemania y sus aliados habían

⁴⁰⁵ "Papers relating to the Foreign Relations of the United States, 1915, Supplement" (Washington: US Government Printing Office, 1928, p. 981). Citado por CASSESE, A. en *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 101.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 102. Es interesante recordar, como lo hace Cassese, que la expresión "crímenes contra la humanidad" no figuraba en la propuesta inicial presentada por el Ministro ruso (Sazonov). Este había sugerido en cambio una protesta contra los "crímenes contra la cristiandad y la civilización". Pero el Ministro francés (Delcassé) objetó la referencia a la cristiandad alegando el temor de que las poblaciones musulmanas bajo la dominación colonial francesa y británica pudieran sentirse excluidas y discriminadas. Por ello propuso la expresión "crímenes contra la humanidad" que fue aceptada e incorporada a la Declaración conjunta.

⁴⁰⁷ Informe presentado por la Comisión: *Report of the Commission on the Responsibilities of the Authors of War and Enforcement of Penalties for Violations of the Laws and Customs of War*. La Comisión estaba integrada por representantes de los Estados Unidos, el Reino Unido, Francia, Italia, Bélgica, Grecia, Polonia, Rumania, Serbia y el Japón. Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, *Violations of the Law*

despreciado también “los claros dictados de la humanidad”. En el Anexo I del Informe se indicaban cuáles eran esas violaciones: asesinatos y masacres, terrorismo sistemático, tortura de civiles, violación, deportación de civiles, internamiento de civiles en condiciones inhumanas, trabajo forzoso de civiles en conexión con operaciones militares del enemigo. También se incluían actos cometidos contra los nacionales de los propios Estados infractores, refiriéndose así a las masacres de armenios por turcos, que habían sido denunciadas por Francia, Reino Unido y Rusia como “crímenes contra la humanidad y la civilización”.

Además, en dicho Informe, la Comisión propuso que se creara un Tribunal penal internacional y que su jurisdicción se extendiera a “los delitos contra las leyes de humanidad”. Y reitera la Cláusula Martens diciendo que ese Tribunal tendría que aplicar: “los principios del derecho de gentes así como resultan de los usos establecidos entre los pueblos civilizados, de las leyes de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”.⁴⁰⁸

En un Memorándum de Reservas, los dos representantes de los Estados Unidos se opusieron a que se utilizaran “las leyes de humanidad”, alegando que el concepto era demasiado vago como para apoyar los enjuiciamientos, así como la dificultad de determinar una norma universal de humanidad. Pusieron el acento en que “las leyes y costumbres de guerra son una norma cierta, que se encuentra en obras acreditadas y en la práctica de las naciones. En cambio, las leyes y principios de humanidad varían según los individuos, y solamente por ello, si se excluyen otras razones, no deberían ser consideradas por los tribunales de justicia, especialmente los encargados de la administración de la justicia penal”.⁴⁰⁹ La conclusión pone de manifiesto una clara postura positivista: “[...] los tribunales de justicia solo se ocupan del derecho vigente y solo administran el derecho

and Customs of War, Report of Majority and Dissenting Reports of American and Japanese Members of the Commission of Responsibilities, Conference of Paris 1919, Pamphlet n.º 32, Oxford: Clarendon Press, 1919, pp. 25 y 26.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, pp. 63 y 64, citado por BASSIOUNI, M. C., *Crimes against humanity in international criminal law*, Londres: Kluwer Law International, 1999, pp. 65 y 66.

vigente, y dejan a otro foro las infracciones de la ley moral y los actos contrarios a las leyes y principios de humanidad”.⁴¹⁰

El Informe de la Comisión, no obstante las críticas mencionadas, reconoció que existían “leyes de humanidad”, que podían ser identificadas y que podían también ser infringidas, y que esas infracciones constituían “delitos” que eran punibles. Las conclusiones de la Comisión no se llegaron a adoptar. El Tratado de Versalles, del mismo año -1919-, no incluyó los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, como veremos, la expresión “leyes de humanidad” fue recogida en el Acuerdo de Londres.⁴¹¹

El 8 de agosto de 1945 los vencedores de la Segunda Guerra Mundial firman un Acuerdo (el Acuerdo de Londres) y crean el Tribunal Militar Internacional. El Acuerdo de Londres parte de la idea de que los individuos tienen deberes y obligaciones internacionales por encima de su deber de obediencia al Estado del que fuesen nacionales.⁴¹² Pero también establece que nadie puede alegar ese deber de obediencia cuando haya infringido normas fundamentales del derecho internacional.

Se consagran, por tanto, dos principios innovadores: el de la responsabilidad penal internacional de los individuos, por una parte, y, por otra, la primacía de esa responsabilidad frente al deber de obediencia al propio Estado cuando el cumplimiento de este deber lleve a infringir normas imperativas del derecho internacional.

⁴¹⁰ *Ibíd.*, p. 83.

⁴¹¹ Agreement for the establishment of an international military tribunal (The London Agreement), en Naciones Unidas, *The Charter and Judgment of the Nürnberg Tribunal, History and Analysis*, documento A/CN.4/5, Lake Success, Nueva York, 1949, pp. 89-91.

⁴¹² He seguido en esta reseña breve el documento de las Naciones Unidas *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission. Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1, of the International Law Commission*. Memorandum submitted by the Secretary-General. United Nations General Assembly, International Law Commission, Lake Success, Nueva York, 1949 (documento de las Naciones Unidas A/CN.4/1/Rev.1).

El Acuerdo de Londres, que comprendía el Estatuto del Tribunal Militar Internacional, contenía una disposición en virtud de la cual el Tribunal debía juzgar y condenar a los culpables de, entre otros crímenes, los crímenes contra la humanidad.

Los crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad también representaron un aspecto innovador por cuanto no estaban tipificados convencionalmente. Sin embargo, esos crímenes fueron definidos por el Tribunal en conexión con los crímenes de guerra y fueron sancionados solamente los cometidos a partir del 1º de septiembre de 1939, esto es, a partir del día de comienzo de la guerra.

La nueva categoría de crímenes del derecho internacional, desde el punto de vista jurídico formal, los crímenes contra la humanidad, fue, pues, establecida a los efectos de la jurisdicción del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, encargado de juzgar los crímenes de guerra o en conexión con la guerra. Pero se extendió el alcance de esa jurisdicción para cubrir los que habrían sido crímenes de guerra si no hubiera sido por la nacionalidad de la víctima (los mismos alemanes), y otros actos que, si bien guardaban relación con el conflicto dado que eran cometidos en territorios ocupados, constituían ataques contra la población civil.

La premisa de la que se parte para configurar estos crímenes es la siguiente: ¿cómo era posible que se prohibiera atacar a la población civil enemiga o de un territorio ocupado y se permitiera (o no se prohibiera) atacar a la propia población civil durante un conflicto armado?⁴¹³

La expresión “crímenes contra la humanidad” agrupa las atrocidades y las persecuciones que no podían ser calificadas como crímenes de guerra y para las que la comunidad internacional y la opinión pública reclamaban castigo.⁴¹⁴

⁴¹³ CAPELLÀ I ROIG, M., *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 42.

⁴¹⁴ *Ibíd*em, p. 44.

Veremos cómo se fueron desvinculando gradualmente los crímenes contra la humanidad de los crímenes de guerra en la sección pertinente.

a) El *Estatuto* del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg⁴¹⁵

El artículo 6 de dicho Estatuto dispone:

“El Tribunal establecido por el Acuerdo mencionado en el Artículo 1 para juzgar y castigar a los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje, tendrá competencia para juzgar y castigar a las personas que actuando en favor de los intereses de los países europeos del Eje, como individuos o como miembros de organizaciones, hubieran cometido alguno de los crímenes que se enumeran a continuación”.⁴¹⁶

El apartado c) de dicho artículo dice lo siguiente:

“Crímenes contra la humanidad: es decir, asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones per motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados”.⁴¹⁷

El crimen contra la humanidad, creado *ex novo* en el Estatuto de Londres de 1945, nació conectado con los crímenes que otorgaban la jurisdicción al Tribunal de Nuremberg, a saber, crímenes contra la paz y crímenes de guerra. Por ello, hechos que conforme al texto del Estatuto (artículo 6 c)) podían calificarse

⁴¹⁵ The Charter of the International Military Tribunal, en Naciones Unidas, *The Charter and Judgment of the Nürnberg Tribunal, History and Analysis, op.cit.*, pp. 91-99. La traducción española de los textos citados del Estatuto figura en QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal, op. cit.*

⁴¹⁶ Los apartados a) y b) se refieren a los crímenes contra la paz y a los crímenes de guerra, respectivamente.

⁴¹⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, A., pp. 408 y ss.

de crímenes contra la humanidad pero que tuvieron lugar antes de la guerra no pudieron ser juzgados.

La Ley n.º 10 del Consejo de Control Aliado, de 1945, fue promulgada para establecer una base legal uniforme en la represión de los crímenes de guerra en territorio alemán. También fue aplicada por tribunales alemanes autorizados por los aliados para juzgar delitos de nacionales alemanes en Alemania.⁴¹⁸ Esa ley prescinde de la conexión con los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz y el contexto bélico, lo que supuso un avance importante. Define los crímenes contra la humanidad en los términos siguientes: “Crímenes contra la humanidad: atrocidades y delitos, incluidos, sin que la enumeración sea exhaustiva, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, la prisión, la tortura, la violación, u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en violación o no de las leyes nacionales del país donde son perpetrados”.⁴¹⁹

Merece la pena respecto de esta Ley señalar dos cosas: por una parte, establece la autonomía del derecho internacional frente al derecho nacional, dado que, de conformidad con el texto de la última frase de la disposición citada *supra*, los actos enumerados se consideran delitos a pesar de que no se los considere delitos en la ley nacional (que, como veremos más adelante, es uno de los principales problemas que se plantean en esta materia) y, por otra parte, es uno de los pocos instrumentos internacionales que prevén penas (también otra cuestión problemática a la hora de juzgar los crímenes que estamos examinando).⁴²⁰

⁴¹⁸ CAPELLÀ I ROIG, M., *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, *op cit.*, p. 49.

⁴¹⁹ Apartado c) del artículo II. Tomado de WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, *op. cit.*, p. 657 (la traducción es mía).

⁴²⁰ En efecto, el párrafo 3 del mismo artículo II establece: “A las personas declaradas culpables de cualquiera de los crímenes mencionados *supra* se les podrá, previa condena, imponer las penas que el tribunal determine como justas. Tales penas podrán ser una o varias de las siguientes: a) Muerte. b) Prisión perpetua o por determinados número de años, con o sin trabajos forzados. c) Multa, y prisión con o sin trabajos forzados en lugar

El Tribunal de Nuremberg consideró crímenes contra la humanidad, y estableció su competencia respecto a ellos, los crímenes de guerra a gran escala cometidos durante la guerra (no antes de la guerra) y los actos inhumanos y las persecuciones cometidos durante la guerra que no eran crímenes de guerra, pero eran crímenes contra la humanidad porque fueron perpetrados en ejecución o en conexión con la guerra.

Por lo que vemos, el Estatuto no libera el crimen contra la humanidad de su vinculación con la guerra. Sin embargo, como dice Capellà i Roig, este vínculo “no puede ser considerado un elemento constitutivo de la infracción, sino como una condición de competencia que limitó el alcance de la jurisdicción del Tribunal pero no el alcance del crimen”.⁴²¹ Se trata, como dice la autora, de “una nueva categoría de delitos surgida ‘traumáticamente’ de la experiencia de la guerra, que se castigó por la excepcionalidad de una situación en la que la intervención en los asuntos internos de un Estado se consideró necesaria”.⁴²²

2.2.2. Elemento internacional

a) Nexo de guerra: su gradual abandono

No hay que olvidar que la primera vez que apareció el concepto de crímenes «contra la humanidad» fue en los preámbulos de las Convenciones de La Haya sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1899 y 1907. En estas Convenciones, las Partes en guerra se obligan en una norma general a cumplir las «leyes de humanidad» (la Cláusula Martens, ya citada).⁴²³ La necesidad de vincular estos crímenes al contexto de guerra se basa en el temor de infringir el principio de no intervención.

de la multa. d) Expropiación de bienes. e) Restitución de los bienes adquiridos ilícitamente. f) Privación de algunos o todos los derechos civiles”. *Ibidem*.

⁴²¹ CAPELLÀ I ROIG, M., *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, *op cit.*, pp. 55-56.

⁴²² *Ibidem*.

⁴²³ Tanto en los Convenios de Ginebra de 1949, como en sus dos Protocolos adicionales de 1977, se reproduce la Cláusula Martens.

El *nexo* de guerra, por consiguiente, fue considerado como el elemento internacional de los crímenes contra la humanidad, y desapareció por primera vez a principios de 1945, cuando los redactores de la Ley n.º 10 del Consejo de Control Aliado lo eliminaron de los elementos de los crímenes contra la humanidad.⁴²⁴ (Sin embargo, esa eliminación no fue aceptada por unanimidad). Su gran diferencia con respecto a los Estatutos de Nuremberg y de Tokio es que no exige la conexión con la guerra, lo que supuso un avance importante.

Bassiouni describe la evolución gradual que llevó a la desvinculación de los crímenes de guerra de los considerados crímenes contra la humanidad. Parte de la diferenciación entre unos y otros diciendo que “los primeros son cometidos en tiempo de guerra contra nacionales del otro Estado, mientras que los segundos son cometidos contra los nacionales del mismo Estado que el Estado al que pertenecen los perpetradores”.⁴²⁵

El primer paso fue dado por la *London International Assembly* (LIA), entidad no gubernamental integrada por notables juristas que representaban (a título personal) las opiniones de los aliados europeos. Esta entidad, que comenzó sus trabajos en otoño de 1941, prestó especial atención al exterminio de los judíos, y declaró que: “con respecto a ese exterminio [...] recomendaba que la pena se impusiera no solamente cuando las víctimas fueran judíos de los países aliados, sino cuando los crímenes se hubiesen cometido contra judíos apátridas o cualesquiera otros judíos, en Alemania o en cualquier otra parte”. Además afirmó que “en estos juicios, las políticas criminales interesan a la humanidad toda, y la condena debe ser pronunciada, no por un país individualmente, sino por las

⁴²⁴ El órgano legislativo provisional para toda Alemania (Consejo de Control Aliado para Alemania), integrado por los jefes de las cuatro Zonas, promulgó, el 20 de diciembre de 1945, la Ley n.º 10 del Consejo de Control. Su objetivo era enjuiciar a las personas responsables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes de lesa humanidad. El Comandante de cada zona estaba encargado de su aplicación. Aunque el Estatuto de Londres formaba parte integrante de la Ley, la definición de crimen de lesa humanidad difiere de la que contiene el artículo 6 del Estatuto. ROBERGE, M-C., “Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 144, 1997, pp. 695-710.

⁴²⁵ BASSIOUNI, M. C., *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, op. cit., p. 72.

Naciones Unidas, en nombre de la humanidad". Y añadió que en este tipo de enjuiciamientos se deberán reconocer los principios fundamentales cuya defensa interesa a la humanidad, porque son necesarios para la existencia de la humanidad misma".⁴²⁶

Otro paso en esta gradual evolución de desvinculación entre unos y otros crímenes lo dio la Comisión de las Naciones Unidas para los Crímenes de Guerra, creada a instancia de las potencias aliadas en 1943, antes del establecimiento formal de las Naciones Unidas. Es importante citar una de sus conclusiones: "[Existe] un sistema de derecho internacional en virtud del cual los individuos son responsables ante la comunidad de naciones por las violaciones de normas de derecho penal internacional, y conforme al cual los ataques contra las libertades fundamentales y los derechos constitucionales de los pueblos y los individuos, que sean actos inhumanos, constituyen crímenes internacionales, y no únicamente en tiempo de guerra, sino también, en determinadas circunstancias, en tiempo de paz".⁴²⁷ Esta posición fue reafirmada en la Declaración de los aliados de 17 de diciembre de 1942 y en la Declaración de Moscú de 1943.

En el caso *Justice*, los jueces aceptaron la eliminación del nexo de guerra, pero consideraron necesario explicar estrictamente ese tipo de crímenes para excluir casos aislados de atrocidad o persecución. A estos efectos introdujeron un elemento nuevo: "Prueba de participación consciente en procedimientos gubernamentales sistemáticos organizados o aprobados".⁴²⁸

Este caso indica por primera vez que lo que se requiere para que un crimen sea considerado de derecho Internacional no es únicamente un requisito positivo, es decir, un elemento de contexto *específico*, sino un requisito negativo,

⁴²⁶ *Ibidem*. Reproduce partes del informe "The Punishment of the War Criminals: Recommendations of the London International Assembly" (Report of Commission I).

⁴²⁷ Citado por BASSIOUNI, M. C., *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 73.

⁴²⁸ The Nuremberg Trials: The Justice Trial. United States of America vs. Alstötter et al. ("The Justice Case") 3 T.W.C. 1 (1948), 6 L.R.T.W.C. 1 (1948), 14 Ann. Dig. 278 (1948). Se trató del juicio de 16 acusados, miembros del Ministerio de Justicia del Reich y de Tribunales especiales. Se planteó la cuestión de la responsabilidad que correspondía a los jueces por la aplicación de leyes gravemente injustas, pero supuestamente obligatorias.

es decir, un elemento que excluya los crímenes aislados. Los Tribunales alemanes que aplicaron la Ley n.º 10 del Consejo de Control Aliado emplearon en muchos casos un elemento de contexto similar, que, no obstante, tenía un propósito más amplio que el del caso *Justice*. Para transformar una conducta delictiva particular en un crimen contra la humanidad, solo requerían que se hubiese cometido en “contexto [*Zusammenhang*] con el sistema de poder y tiranía tal como existió durante el período nacional-socialista”.⁴²⁹

La Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 9 de abril de 1949, relativa al asunto del *Estrecho de Corfú* (Reino Unido contra Albania), se refirió a “ciertos principios generales bien reconocidos, tales como elementales consideraciones de humanidad, más absolutos en tiempos de paz que en tiempos de guerra”.⁴³⁰ Esto es muy interesante porque hace notar la mayor gravedad que reviste no respetar “elementales consideraciones de humanidad” en tiempos de paz que en tiempos de guerra. Es comprensible que el contexto de guerra se haya considerado más propenso a la comisión de crímenes contra la humanidad, es decir, crímenes especialmente graves, pero no podemos dejar de notar que esta prevalencia de la guerra como contexto de protección refleja también la confianza en el Estado soberano respecto a la protección que ha de dar a sus ciudadanos.

Los Convenios de Ginebra de 8 de agosto de 1949 enuncian en su artículo 3 una serie de derechos humanos fundamentales que *incluso en caso de conflicto armado interno* los Estados deben respetar.

El artículo 3 de los cuatro Convenios prohíbe, respecto de las personas que no tomen parte en las hostilidades: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

⁴²⁹ AMBOS, K., *Temas de derecho penal internacional y europeo*, op. cit., p. 173.

⁴³⁰ CIJ, *Affaire du Détroit de Corfou* (Fond), Arrêt du 9 avril 1949, CIJ, Recueil 1949, pp. 4 y 22.

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad de la persona, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

De esta forma se reconocen los límites que tiene el Estado para restablecer la ley y el orden dentro de su territorio. Si se relaciona esto con la sentencia del *Estrecho de Corfú*, es evidente que, si la protección está prevista en supuestos de conflicto armado, “tal régimen jurídico de protección tiene aún más fuerza en tiempo de paz, por tratarse de las elementales consideraciones de humanidad”⁴³¹ a las que se había referido la Corte en esa sentencia.

Otro paso de la evolución de los crímenes contra la humanidad en cuanto a su autonomía del derecho humanitario, y por lo tanto del nexo de guerra, lo encontramos en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de 1968.⁴³² Su artículo 1, apartado b), establece que son imprescriptibles “los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz”.⁴³³

Del hecho de que el apartado a) de dicho artículo se refiera a los crímenes de guerra se deduce que la Convención no considera el *nexo* de guerra como

⁴³¹ *Ibidem*.

⁴³² Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en virtud de su Resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968 (documento de las Naciones Unidas A/7218). Entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII.

⁴³³ “b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de *apartheid* y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.

requisito de los crímenes contra la humanidad. Además, se remite, para indicar los crímenes que abarca, al Estatuto del Tribunal Militar Internacional, por lo que cabría interpretar que los crímenes contra la humanidad previstos en el Estatuto también pueden ser cometidos en tiempos de paz.⁴³⁴

Cabe recordar que en el caso *Nicaragua* la Corte Internacional de Justicia sostuvo que los artículos 49 y 50 comunes de los Convenios de Ginebra imponían obligaciones también en caso de conflictos armados no internacionales.⁴³⁵

En conclusión, el gradual abandono del “nexo de guerra” comienza cuando, tras la Segunda Guerra Mundial, los aliados tuvieron conocimiento de que algunos de los más odiosos actos de barbarie perpetrados por los alemanes no estaban prohibidos por el derecho internacional alemán. Las leyes de la guerra prohibían solo las infracciones respecto del adversario o de las poblaciones enemigas, mientras que los alemanes habían cometido actos inhumanos contra su propios ciudadanos (judíos, sindicalistas, comunistas, gitanos, miembros de la Iglesia), así como contra otras personas que no eran combatientes o no estaban protegidas por las normas de la guerra. El razonamiento que hace Bassiouni para deducir de las normas sobre los conflictos armados las normas sobre los crímenes contra la humanidad, desvinculados de los primeros, es impecable. Dice: considerando que

⁴³⁴ AMBOS, K., *Temas de derecho penal internacional y europeo*, op. cit., p. 175.

⁴³⁵ “Artículo 49. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes”. “Artículo 50. Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente”. ICJ, *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua* (Nicaragua vs. United States of America), Merits, Judgment, 27 June 1986, ICJ, Reports 1986, p. 149, párrs. 255, 219 y ss.

las disposiciones convencionales y consuetudinarias aplicables a los conflictos armados se refieren y apoyan en “leyes de humanidad”, es inevitable concluir que dichas leyes existen.⁴³⁶ En otras palabras, si se reconoce la existencia de normas aplicables a determinada situación -la guerra o un conflicto armado- no puede ponerse en cuestión la existencia de esas normas cuando se intenta aplicarlas a otro tipo de situación. Es una cuestión, como reconoce el mismo Bassiouni, de filosofía del derecho. Por ello recuerda las palabras del jurista italiano D’Amato: “Los positivistas no solo insisten en la separación entre moral y derecho, sino que, al parecer, no pueden resolver las cuestiones morales que plantea el derecho cuando moral y derecho están separados. Esta incapacidad se debe, pienso, a que intentan afirmar y demostrar simultáneamente que moral y derecho están separados; su argumentación se reduce a un círculo vicioso”.⁴³⁷

Paralelamente, en la configuración de los crímenes contra la humanidad, se observa -conforme a Kai Ambos- una tendencia en la jurisprudencia nacional e internacional que intenta distinguir los crímenes contra la humanidad de los delitos y crímenes comunes, exigiendo un vínculo, en lugar del *nexo* de guerra, con algún tipo de autoridad.⁴³⁸ (Esta evolución continuó en los Tribunales nacionales).⁴³⁹

⁴³⁶ BASSIOUNI, M. C., *Crimes against Humanity, op cit.*, p. 82.

⁴³⁷ D’AMATO, A. A., «The Moral Dilemma of Positivism», 20 VAL. U. L. REV. 43, Valparaiso University Law Review 1985, citado por BASSIOUNI, M. C., *Crimes against Humanity, op cit.*, p. 82.

⁴³⁸ *Ibidem*.

⁴³⁹ En el caso "*Menten*", la Corte Suprema holandesa sostuvo en 1981 que el concepto de *crímenes contra la humanidad* exige que estos “formen parte de un sistema fundado en el terror o que constituyan un eslabón de una política practicada conscientemente y dirigida contra grupos particulares de personas”. En 1985, el Tribunal Supremo Francés determinó en el caso *Barbie* que los crímenes contra la humanidad deben “cometerse de una forma sistemática en nombre de un Estado que practique una política de supremacía ideológica”. Lo mismo se repitió en 1992, en el caso *Touvier*. También la Corte Suprema de Canadá, en el caso *Finta*, en 1994, declaró: “Lo que distingue un crimen contra la humanidad de cualquier otro crimen, según el Código Penal canadiense, es que los actos crueles y terribles, como elementos esenciales del delito, fueron realizados en prosecución de una política de discriminación o persecución de un grupo o raza identificables”. Citados por AMBOS, K., *Temas de derecho penal internacional y europeo, op cit.*, p. 175.

El «elemento internacional» de los crímenes contra la humanidad *abandona el nexo* de guerra y se orienta hacia el requisito de que el ilícito debe estar vinculado a otro tipo de contexto, que permite diferenciarlos de los delitos comunes, a pesar de consistir en los mismos actos.

b) El elemento “de contexto” como elemento internacional

Conforme a Bassiouni ‘crímenes contra la humanidad’ es una categoría de crímenes internacionales cuyo contenido específico consiste en varios crímenes tipificados en las leyes de la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales.⁴⁴⁰ Sin embargo, no los consideramos como múltiples delitos nacionales, a pesar de que se hayan cometido en un mismo país, sino que los consideramos crímenes internacionales. Y los consideramos así porque se vinculan con un contexto que los diferencia de los crímenes comunes. Es notable que a ese elemento, incluso cuando se trate del vínculo con una autoridad política nacional del mismo Estado que ha cometido los crímenes y en cuyo territorio estos se hayan cometido, sea denominado “el elemento internacional”. Sin embargo, ello se entiende si se considera que los crímenes de ese tipo son delitos internacionales, es decir, son crímenes según el derecho penal internacional, con independencia de que lo sean según las leyes nacionales.

El elemento internacional de todos los crímenes de derecho internacional, es decir, su elemento común, es que todos ellos requieren «un contexto de ejercicio de violencia sistemático o masivo; la responsabilidad por el empleo de esta clase de violencia recae, por regla general, en un colectivo, normalmente en un Estado».⁴⁴¹

Kai Ambos caracteriza el “elemento de contexto” en los siguientes términos: “La definición de los crímenes contra la humanidad requiere que el acto criminal individual, por ejemplo, un homicidio, sea cometido dentro de un marco más amplio de circunstancias especificadas. Dicho marco se conoce como

⁴⁴⁰ BASSIOUNI, M. C., *Crimes against humanity in international criminal law*, *op cit.*, p. 243

⁴⁴¹ WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, *op cit*, p. 81.

«**elemento de contexto**». ⁴⁴² Werle, en cambio, dice que el hecho delictivo de los crímenes contra la humanidad consiste en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Ese hecho, que denomina “**hecho global**”, se construye “a través de la suma de los actos criminales individuales”. ⁴⁴³ (El resalte es mío).

Todos los hechos individuales se consideran crímenes contra la humanidad si se cometen “en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil”. Como explica Werle: “Los hechos individuales deben, por tanto, formar parte de una relación funcional de conjunto. El aspecto interno del hecho exige dolo respecto del hecho individual y conocimiento del contexto funcional”. ⁴⁴⁴

Con respecto a este conocimiento, en el marco del Estatuto de Roma, en los Elementos de los crímenes, figura, como explicación de los crímenes de lesa humanidad enumerados en el artículo 7 del Estatuto, lo siguiente, aplicable también al “elemento de contexto”.

“2. Los dos últimos elementos de cada crimen de lesa humanidad describen el contexto en que debe tener lugar la conducta. Esos elementos aclaran la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. No obstante, el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad

⁴⁴² AMBOS, K., *Temas de derecho penal internacional y europeo*, *op. cit.*, p. 168.

⁴⁴³ WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, *op. cit.*, p. 81. Desde una perspectiva clásica de los derechos humanos, un criminal común que roba o incluso mata a su víctima no viola sus derechos humanos, aun si muchos delitos similares ocurren al mismo tiempo.

⁴⁴⁴ *Ibíd.*, p. 355.

del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole”.⁴⁴⁵

“3. Por ‘ataque contra una población civil’ en el contexto de esos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la ‘política [...] de cometer ese ataque’ requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil”.⁴⁴⁶

Por ello, en los Elementos siguientes, 2 y 3, relativos al artículo 7 1) a), se establecen, respecto de cada uno de los crímenes, los dos requisitos siguientes, uno objetivo y otro subjetivo: “[...] 2. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. 3. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo”.⁴⁴⁷

Por su naturaleza misma y la escala en que se cometen, los crímenes contra la humanidad exigen la utilización de instituciones, estructuras, recursos y personal del gobierno que actúe amparándose en un poder no controlado por las leyes.⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ Corte Penal Internacional, *Elementos de los Crímenes*, Documento de las Naciones Unidas PCNICC/2000/1/Add.2, 2 de noviembre de 2000, p. 9.

⁴⁴⁶ *Ibídem*, p. 10.

⁴⁴⁷ *Ibídem*.

⁴⁴⁸ En el mismo sentido se pronuncia GIL GIL cuando aduce que los “delitos contra la humanidad no son otra cosa que delitos contra bienes jurídicos fundamentales que adquieren el carácter de delito internacional al ser cometidos de forma masiva y sistemática con la participación o tolerancia del poder político *de iure* o *de facto*, siendo esta circunstancia la que supone una mayor gravedad de lo injusto por un aumento del desvalor de la acción por facilitar dicho contexto la comisión del crimen y garantizar en cierta manera la impunidad al delincuente”. GIL GIL, A., «Principio de legalidad y crímenes internacionales: luces y sombras en la Sentencia del Tribunal Supremo en el

c) El elemento "político"

En 1937, Lauterpacht advertía contra el peligro que podía representar el poder político, y sostenía que no se podía circunscribir la regulación del crimen y la responsabilidad solamente al interior del Estado, pues esto permitiría que algunos individuos, "asociados en forma de Estado", cometiesen actos criminales e invocasen la inmunidad, detentando así -con el poder estatal- "un poder de destrucción virtualmente ilimitado".⁴⁴⁹

El Fiscal francés en Nuremberg, Francois de Menthon, se refiere concretamente a la finalidad política de los crímenes contra la humanidad. Dice: "esta horrible acumulación y maraña de crímenes contra la humanidad tanto comprende como trasciende los dos conceptos jurídicos más precisos de crímenes contra la paz y crímenes de guerra". "Sin embargo -afirma- esos crímenes constituyen delitos de derecho común, tales como robo, saqueo, malos tratos, esclavitud, homicidios y asesinatos, delitos tipificados y punibles en las normas penales de todos los Estados civilizados, que se diferencian de los delitos comunes por su **finalidad política** y la forma sistemática en que se cometen".⁴⁵⁰ (El resalte es mío).

caso Scilingo», en A. Cuerda Riezu y F. Jiménez García, (dirs) *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 2009, p. 402.

⁴⁴⁹ LAUTERPACHT, H., «Règles générales du droit de la paix», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 62, n.º IV, 1937, pp. 350-352. Este autor afirmaba, si bien refiriéndose a la responsabilidad individual, que pocas esperanzas cabía tener para un derecho internacional si cuando un individuo actuaba en nombre del Estado pudiera, violando el derecho internacional, ampararse tras un Estado "impersonal y metafísico" y este pudiera eludir el castigo invocando la injusticia de la punición colectiva.

⁴⁵⁰ Declaración inaugural de 17 de enero de 1946, en *International Military Tribunal*, vol. 5, p. 371, citado en CASESSE, A., *International Criminal Law*, *op cit.*, p 106. No obstante, el Tribunal, a pesar de haber comprobado innumerables violaciones de derechos humanos antes de la guerra, consideró que no estaba suficientemente demostrado que esos actos hubieran sido cometidos al perpetrarse un delito sometido a su jurisdicción. El Tribunal afirmó que no podía formular una declaración general de que los actos cometidos antes de 1939 fueran crímenes contra la humanidad según el significado del Estatuto. Gran parte de la doctrina criticó esta interpretación restringida del crimen contra la humanidad dada por el Tribunal.

Kai Ambos recuerda la jurisprudencia del Tribunal Supremo para la Zona Británica, establecido en 1948 como sucesor del Tribunal del Reich y predecesor del Tribunal Supremo alemán. “Según esta jurisprudencia, un crimen contra la humanidad requiere un acto que esté dirigido contra la humanidad y la condición humana como tal y relacionado con el sistema de terror y violencia nazis. Incluso actos aislados contra individuos pueden ajustarse a este criterio si son cometidos dentro del contexto de un estado de terror y persecución”.⁴⁵¹

En *Barbie y Touvier*, la *Cour de Cassation* francesa aplicó los apartados b) y c) del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional y los interpretó ampliamente, considerando los crímenes contra la humanidad como delitos cometidos en nombre de una política oficial de “hegemonía ideológica” y dirigida no solo contra la raza y la religión, sino también contra opiniones políticas opuestas.⁴⁵²

El concepto de «política» es amplio: no requiere un programa formal, sino simplemente, una cierta concertación en la comisión de los múltiples hechos, es decir que la comisión no haya quedado librada al azar o sea consecuencia de este o de actos espontáneos.

Werle recuerda que en las sesiones en las que se examinaba el Estatuto de Roma se decidió, a cambio de aceptar la relación alternativa entre los requisitos

⁴⁵¹ AMBOS, K., *Temas de derecho penal internacional y europeo*, op. cit., p. 137.

⁴⁵² Cour de Cassation, Chambre Criminelle, *Klaus Barbie*, Confirmation de la condamnation, 3 juin 1988: “Habida cuenta de que el hecho de que el acusado, declarado culpable de algunas de las infracciones enumeradas en el artículo 6 c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, haya, al perpetrarlas, participado en la ejecución de un plan concertado con miras a realizar la deportación o el exterminio de poblaciones civiles durante la guerra o de persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, no constituye una infracción distinta o una circunstancia agravante, sino un elemento esencial del crimen contra la humanidad, que consiste en que los actos incriminados hayan sido cometidos de manera sistemática, en nombre de un Estado que practique por este medio una política de hegemonía ideológica”. Cour de Cassation, Chambre Criminelle, *Paul Touvier*, Arrêt de la Cour de Cassation, 27 de novembre 1992: “[...] que la circunstancia que los hechos incriminados hayan sido cometidos en nombre de un Estado que practicaba una política de hegemonía ideológica constituye uno de los elementos constitutivos de la incriminación del crimen contra la humanidad, el acusado debía haber tenido la voluntad de participar, mediante los actos incriminados, en un plan concertado por tal Estado”. (La traducción es mía).

de «generalizado» y «sistemático», introducir una definición legal del «ataque contra una población civil». Esta definición incluye un «elemento político», que se refiere tanto al ataque generalizado como al ataque sistemático. Lo demuestra el artículo 7.2 a) del Estatuto, que exige que el ataque contra la población civil se lleve a cabo «de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política».⁴⁵³

Werle aclara esta determinación del término remitiéndose a un caso del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el caso *Tadić*, donde se expresa: «[L]a razón por la que los crímenes contra la humanidad perturban tanto la conciencia de la humanidad y justifican la intervención de la comunidad internacional, es porque no son actos aislados y fortuitos de ciertos individuos, sino más bien el resultado de un propósito deliberado de que el objetivo sea una población civil. Este requisito se entendía tradicionalmente en el sentido de que debía haber alguna **forma de política** que cometiera estos actos».⁴⁵⁴ (El resalte es mío).

Werle opina que el requisito de que exista una política encaminada a ese fin, la comisión de los crímenes, no implica que esa política tenga que haber sido declarada expresamente.⁴⁵⁵ Afirma que “la existencia del elemento político debe apreciarse en función de las circunstancias concurrentes. Constituyen indicios

⁴⁵³ La formulación de este “elemento político” se inspira principalmente en el *Proyecto de Código* de 1996, que introdujo como condición de punibilidad la inducción o dirección por parte de un gobierno, una organización o un grupo.

⁴⁵⁴ TPIY, caso *Tadić*, Sentencia de primera instancia, de 7 de mayo de 1997, (IT-94-1-T), párrs. 644-653. Del mismo Tribunal cabe citar el caso *Kupreskyć*, Sentencia de primera instancia, de 14 de enero de 2000, (IT-95-16-T); y en el caso *Blaskić*, Sentencia de primera instancia, de 3 de marzo de 2000 (IT-95-14-T).

⁴⁵⁵ Werle se remite, a propósito de los “indicios” que han de tenerse en cuenta, a la sentencia del TPIY, de 3 marzo de 2000, en el caso *Blaskić* (TC), párr. 204: “Las circunstancias históricas generales y el contexto político global en el que se realizan los actos criminales; el establecimiento y la puesta en práctica de estructuras políticas autónomas en determinado territorio, a cualquier nivel, el contenido general de un programa político, tal como se manifiesta en escritos y discursos de sus autores; la propaganda en los medios; [...]”. WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, op. cit., p. 366.

que se han de tener en cuenta los sucesos reales, programas o escritos políticos, declaraciones públicas o programas de propaganda [...]".⁴⁵⁶

Además, este elemento internacional constituye el fundamento necesario para llegar hasta los autores de las decisiones y los políticos que pusieron en marcha la comisión de esos crímenes, que son producto de una acción colectiva.

i) Crimen de Estado

El juez Cançado Trindade, en uno de sus célebres votos particulares, se refiere concretamente al crimen de Estado: "Como es posible negar la existencia del crimen de Estado? Los jusinternacionalistas que lo han hecho (en gran mayoría) han simplemente cerrado los ojos a los hechos, y dado muestras de su falta de conciencia al negarse a extraer las consecuencias jurídicas de tales hechos. Su dogmatismo ciego ha frenado la evolución y la humanización del Derecho Internacional. Los crímenes de Estado -no hay cómo negarlo- han sido planificados y perpetrados por sus agentes y colaboradores, de forma recurrente, y en diferentes continentes [...]".⁴⁵⁷

Sin embargo, esta referencia no supone aceptar sin más la responsabilidad penal del Estado, como lo demuestra la última frase, sino destacar la importancia que tiene la participación del mismo para aumentar la gravedad del crimen.

En otro voto razonado,⁴⁵⁸ Cançado Trindade se refiere al "pensamiento jurídico olvidado" y recuerda que a mediados de la segunda década del siglo XX, en una obra titulada "*Criminalité collective des États et le Droit pénal de l'avenir*", el jurista rumano Vespasien V. Pella advertía no solo que es incuestionable la capacidad de un Estado de cometer crímenes internacionales, sino además que la

⁴⁵⁶ *Ibidem*. Por ejemplo, es difícil tener un panorama tan elocuente lo que sucedió en Argentina durante la dictadura militar como el que ofrece un libro que recoge y comenta las noticias publicadas en la prensa en esos años. BLAUSTEIN, E.; ZUBIETA, M., *Decíamos ayer. La prensa argentina bajo el Proceso*, Buenos Aires: Colihue, 1998.

⁴⁵⁷ Corte IDH. caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148, Voto razonado del juez A. Cançado Trindade, párrs. 30 y 41.

⁴⁵⁸ Corte IDH. Caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C n.º 160, párr. 44.

criminalidad más peligrosa, y la más difícil de combatir, es la criminalidad organizada por el poder estatal.⁴⁵⁹

Es particularmente interesante la idea “contractualista” que postula Pella respecto de la existencia de deberes de los Estados frente a sus ciudadanos, que postula Pella. Considera que cada Estado ha concertado un contrato con la Sociedad de las Naciones que contiene una cláusula penal por la que el Estado legitima las sanciones que se le pueden aplicar.⁴⁶⁰

El derecho penal internacional de la época de este autor era un derecho nacional que regulaba la aplicación de sus normas penales a extranjeros, es decir, era un capítulo del derecho penal nacional; por ello resulta novedoso que propugnara, junto a la creación de una Unión Penal (una especie de liga contra infractores de derecho común)⁴⁶¹ la elaboración de un Código Penal internacional.⁴⁶²

ii) “Humanicidio”

Otro autor al que hace referencia el juez Cançado Trindade es Drost. El primer volumen de la obra de Drost, *The crime of State*, está consagrado al crimen

⁴⁵⁹ PELLA, V. V., *Criminalité collective des États et le Droit pénal de l'avenir*, Bucarest: Imprimerie de l'État, 1925, p. 22. Diferenciaba la criminalidad colectiva de la criminalidad individual y, dentro de la primera, la de agregados amorfos (masas) y la de agregados organizados.

⁴⁶⁰ *Ibíd.*, p. 146.

⁴⁶¹ Pella se pronuncia claramente por el principio de territorialidad: “El criminal de derecho común será juzgado en el territorio en el que haya sido aprehendido o donde haya cometido el delito, así como una persona con una enfermedad contagiosa o incurable es aislada o internada en el lugar donde se la encuentre, sin que las autoridades se preocupen por saber si es extranjera o no ni dónde ha contraído esa enfermedad, en el país o fuera de sus fronteras”. *Ibíd.*, p. 166.

⁴⁶² “Sólo se podrá garantizar a la humanidad una era de paz general, duradera y fecunda mediante un Código Penal de las Naciones, cuya aplicación sería confiada a una Sociedad de las Naciones que realizara lo antes posible su vocación de universalidad gracias a los esfuerzos que todos debemos consagrar a esa gran obra”. *Ibíd.*, p. 153.

que ha designado como “humanicidio”.⁴⁶³ La vinculación de este tipo de crimen con el Estado merece que le dediquemos aquí una atención más detenida.

Drost define el humanicidio como “un crimen de Estado, perpetrado por agentes del Estado en abuso del poder público, en perjuicio de individuos, y en violación de los derechos humanos (tales como los consagrados en los artículos 3-21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), desafiando el Estado de Derecho”.⁴⁶⁴ La concepción del humanicidio como crimen de Estado supone que las violaciones intencionales de los derechos (que este autor califica de naturales) a la vida, la libertad, la seguridad y la integridad de una persona constituyen un delito en virtud del derecho penal internacional y que los jefes y los funcionarios del Estado serán considerados responsables tanto ante los tribunales nacionales como ante los internacionales.⁴⁶⁵

Es fundamental para observar la gravedad de los crímenes internacionales que estamos tratando de destacar la vulnerabilidad de las víctimas cuando interviene en la perpetración de los hechos el propio Estado. Y esto es lo que subraya Drost cuando habla del humanicidio: “Cuando el pueblo no puede escapar del Estado, su gobierno y sus funcionarios no han de escapar de la ley. El derecho internacional ha de intervenir cuando el derecho nacional va a fallarle al ser humano en su búsqueda de justicia y humanidad. Cuando las autoridades nacionales están efectivamente fuera del alcance de la ley de su Estado, corresponde al derecho de los Estados someterlas nuevamente a la justicia”.⁴⁶⁶

⁴⁶³ DROST, P. N., *The Crime of State*, *op. cit.* “Humanicidio, un complejo de *humanus* en sus cuatro sentidos de “humano, humanitario, civil y civilizado; el sufijo deriva de *caedium*, en el doble sentido de asesinar y excluir, eliminar o extirpar, que aquí se sugiere para expresar la noción de crimen gubernamental internacional contra los derechos humanos individuales”, p. 218.

⁴⁶⁴ *Ibídem*, pp. 262-263, 347-348, 218-219 y 318. “En pocas palabras, humanicidio es el ultraje gubernamental de la persona individual. Es el trato oficial indigno de un ser humano, cometido por oficiales del Estado, abusando del poder público, contra súbditos o extranjeros dentro del territorio nacional”. *Ibídem*, p. 348.

⁴⁶⁵ *Ibídem*, p. 218.

⁴⁶⁶ *Ibídem*, p. 35. Y más adelante se refiere a la impunidad de esos crímenes: “Lo que la conciencia humana condena incondicionalmente, lo que la humanidad en su sano juicio universalmente aborrece, lo que el sentido común del ciudadano común rechaza sin

También dice que el humanicidio puede ser mental o físico, y denomina al primero “menticidio”. Es importante la diferencia que traza entre el humanicidio y un crimen común. Esta diferencia reside en el autor del crimen: cuando la violación de derechos humanos es cometida por una persona actuando en ejercicio de sus facultades públicas o incluso más allá de esas facultades pero dentro de su función ostensible o competencia conectada con su estatuto oficial, se trata de humanicidio como acto del Estado.⁴⁶⁷

Diferencia el humanicidio del genocidio. El genocidio es un crimen de grupo pasivo, mientras que el humanicidio es un crimen de grupo activo, en el sentido de que el primero está dirigido contra un grupo determinado (un grupo de víctimas), mientras que el segundo está dirigido por un grupo determinado (siempre varios funcionarios del gobierno).

Es interesante lo que observa respecto al humanicidio en el sentido de que es un crimen que por su naturaleza misma no puede ser declarado criminal por el derecho nacional. Solo puede ser establecido como delito por el derecho internacional. Dado que la participación del Estado es determinante del humanicidio, su represión por el derecho nacional daría lugar a que los perpetradores se castigaran a sí mismos. El *forum loci delicti commissi* no puede contribuir efectivamente a combatir el crimen de Estado.⁴⁶⁸ Es decir, se pronuncia claramente por la jurisdicción universal, y en contra de la obligación que postulo en el presente trabajo.

reserva alguna, lo que los súbditos de los Estados tienen la prohibición absoluta de hacer en virtud de las leyes de las comunidades nacionales, los *masters y servants* de los Estados no deben tener la libertad de seguir haciéndolo impunemente conforme a la ley de la comunidad internacional”, p. 348.

⁴⁶⁷ *Ibíd.*, p. 348.

⁴⁶⁸ *Ibíd.*, p. 351. Pero no debemos olvidar que ya Vitoria, Suárez y Grocio consideraban justa la guerra contra un soberano que practicara abiertamente la impiedad y la crueldad contra sus súbditos. Vitoria, por ejemplo, admite la posibilidad de la intervención de un Estado en la vida política y social de otro cuando se violan gravemente los derechos humanos. VITORIA, F. de, *Los derechos humanos. Antología*, R. Hernández (ed.), Salamanca: San Esteban, 1984, p. 211.

d) Otros elementos

Como vemos, son varios los factores en juego. En términos más generales, Vassalli enumera diversos factores que confluyen en los crímenes contra la humanidad. Los define en los términos siguientes: “delitos que, por su entidad objetiva, apreciada por el número de víctimas, la amplitud de los efectos perjudiciales para la sociedad, por la vileza y la atrocidad de los medios y procedimientos empleados, por el alto grado de peligrosidad que representan para toda la comunidad humana, causan un daño social que trasciende los confines del Estado en cuyo territorio, contra cuyo interés o bajo cuya autoridad se hayan cometido”.⁴⁶⁹

En cambio, otros autores, como Dean, ponen de relieve el elemento de los valores lesionados: “la categoría de los crímenes contra la humanidad se construye realmente en torno a valores que superan el mero objeto del delito, adquiriendo una renovada autonomía conceptual, ciertamente no asimilable a los esquemas del derecho interno”.⁴⁷⁰

Werle los define diciendo que son “delitos masa” que se cometen contra la población civil. Menciona en primer lugar el homicidio de grupos completos de personas, lo que también es característico del genocidio.⁴⁷¹

Según Kai Ambos, una de las razones por las que la comunidad internacional puede considerar que un delito incumbe al derecho internacional es la extrema gravedad del mismo. Pero esa razón va acompañada de la renuencia del Estado o del sistema penal nacional para perseguir penalmente dicho delito. Además, no hay que olvidar que, a diferencia del delincuente común, el que

⁴⁶⁹ VASALLI, G., «I delitti contro l'umanità e il problema giuridico della loro punizione», en G. Vassalli, *La giustizia internazionale penale*, Milán: Giuffrè, 1995, p. 29.

⁴⁷⁰ DEAN, F., *Diritto penale internazionale*, Perugia: Margiacchi-Galeno, 1998, p. 151.

⁴⁷¹ WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, *op. cit.*, pp 349 y ss.

comete un crimen contra la humanidad normalmente lo hace sin temor a ser castigado.⁴⁷²

Es cierto que la extrema gravedad es una de las características de los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, lo considero más una consecuencia de los distintos elementos que hemos visto que un elemento en sí. Al examinar esos elementos observamos tres factores interrelacionados: el autor, el contexto y la víctima. De esos factores y de la relación entre ellos se deduce la gravedad del crimen: el crimen es grave por el gran poder que ejerce el autor, el Estado, lo que supone determinado contexto que facilita la comisión múltiple, sobre su víctima, la población de ese Estado, que resulta así particularmente vulnerable.

Si aceptamos la gravedad como calificación que refleja los factores que hemos examinado, podremos considerar que es la gravedad del ilícito la que le confiere trascendencia internacional.⁴⁷³

⁴⁷² Refiriéndose a las circunstancias que incrementan la gravedad de los crímenes considerados crímenes de derecho internacional, indica que la **comisión múltiple** de delitos que se requiere para alcanzar la categoría de crímenes contra la humanidad incrementa la gravedad del delito individual porque aumenta el *peligro* de que la conducta se vuelva a repetir, lo que aumenta a su vez la situación de vulnerabilidad de la víctima. AMBOS, K., *Temas de derecho penal internacional y europeo*, *op. cit.*, p. 168. Véase también, respecto a la gravedad, ZAPPALÀ, S., «¿Quale principio di legalità nel diritto internazionale penale?», en *Les sources du droit international pénal*, París: Société de législation comparée, 2004, p. 280: “[...] el derecho internacional penal no es un derecho penal propiamente dicho, más bien es un derecho ‘criminal’. En otras palabras, el derecho internacional penal se ocupa de una franja de criminalidad, de un tipo de criminalidad, particularmente grave y no está destinado a una aplicación general”.

⁴⁷³ ZAPPALÀ, S., *op. cit.*, p. 39. Y esa gravedad puede provenir también, es decir, no solamente, de la actuación o participación del Estado, sino de su impotencia para reprimir el delito. “Cuando el sistema penal de un Estado no funciona, bien porque ha sido destruido, como en Ruanda, o bien porque las instituciones carecen de legitimidad o de fiabilidad por la participación en el delito o su tolerancia por parte del Estado, se hace necesaria la intervención internacional”. Se remite a una conferencia de Louise Arbour, fiscal general del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, pronunciada en la Universidad de Freiburg i. Br. en 1997.

2.2.3. Instrumentos internacionales que prevén los crímenes contra la humanidad

a) Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad

El 13 de febrero de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 3 (I) en la que recomendaba la extradición y castigo de las personas acusadas de los delitos previstos en el Estatuto de Nuremberg. La importancia de esta Resolución para la persecución penal de los autores de crímenes contra la humanidad, aunque se limita expresamente a los crímenes de guerra, es innegable. Vale la pena recordarla en su integridad:

“Resolución 3 (I). Extradición y castigo de criminales de guerra

La Asamblea General:

Teniendo en cuenta la declaración hecha en Moscú el 1º de noviembre de 1943 por el Presidente Roosevelt, el Mariscal Stalin, y el Primer Ministro Señor Churchill, con respecto a las atrocidades cometidas por el enemigo en el curso de la guerra, así como la declaración hecha el 13 de enero y el 18 de diciembre de 1942 por ciertos gobiernos aliados sobre el mismo asunto;

teniendo en cuenta las leyes y usanzas de la guerra establecidas por la Cuarta Convención de La Haya de 1907;

teniendo en cuenta la definición de crímenes de guerra y crímenes contra la paz y contra la humanidad que figuran en la Carta del Tribunal Militar Internacional del 8 de agosto de 1945;

creyendo que ciertos criminales de guerra siguen evadiendo la justicia en los territorios de ciertos Estados;

recomienda:

que los Miembros de las Naciones Unidas tomen inmediatamente todas las medidas necesarias para que esos criminales de guerra que han sido responsables, o han consentido los crímenes de guerra, sean detenidos y

enviados a los países donde se han cometido tan abominables actos, para que sean juzgados y castigados de acuerdo con las leyes de esos países;

e insta:

a los Gobiernos de los Estados que no son miembros de las Naciones Unidas, para que tomen todas las medidas necesarias para la detención de tales criminales en sus respectivos territorios, con objeto de que sean enviados inmediatamente a los países donde se cometieron los crímenes, para que sean juzgados y castigados de acuerdo con las leyes de esos países”.⁴⁷⁴

En esta Resolución, la Asamblea General se pronuncia claramente contra la impunidad de los crímenes contra la humanidad. Hay dos aspectos que merece la pena señalar. El primero: a pesar de los instrumentos internacionales que cita en los párrafos iniciales, se pronuncia claramente por la jurisdicción territorial, así como por la aplicación de las leyes nacionales. El segundo: se dirige también “a los Gobiernos de los Estados que no son miembros de las Naciones Unidas”, reconociendo implícitamente la existencia de vínculos no convencionales entre los Estados.

En su 123ª sesión, celebrada el 21 de noviembre de 1947, la Asamblea General creó la Comisión de Derecho Internacional mediante la Resolución 174 (II). El mismo día la Asamblea General aprobó la Resolución 177 (II) por la que encargó a la Comisión de Derecho Internacional *a)* que formulase los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg; y *b)* que preparase un proyecto de código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, “en el que se indicase claramente la función que correspondía a los principios mencionados en el punto *a)*”.⁴⁷⁵

⁴⁷⁴ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su trigésima segunda sesión plenaria, el 13 de febrero de 1946.

⁴⁷⁵ Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, período comprendido entre el 5 de junio y el 29 de julio de 1950, Quinto período de sesiones, Suplemento n.º 12 (Documentos oficiales de la Asamblea General, A/1316), pp. 11 y ss.

La Comisión concluyó que, desde el momento en que los Principios de Nuremberg fueran confirmados por la Asamblea, la labor de la Comisión se limitaría a precisar y formular estos principios, sin expresar ninguna valoración de los mismos, destacando en sus comentarios que pertenecían al derecho internacional consuetudinario.

En su segundo período de sesiones, celebrado en 1950, la Comisión aprobó una formulación de los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg.⁴⁷⁶ Los dos primeros principios establecen la autonomía “penal” del derecho internacional. Su texto es el siguiente: “**Principio I.** Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción”. “**Principio II.** El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido”.

Merece atención especial el **Principio VI**, que establece tres tipos de delitos: los delitos contra la paz, los delitos de guerra y los delitos contra la humanidad. Si bien enuncia por separado los delitos de guerra y los delitos contra la humanidad, por lo que parecería que desvincula estos últimos del nexo de guerra, en el apartado c), donde se enumeran los crímenes contra la humanidad, se restablece la conexión con la guerra: “c) Delitos contra la humanidad: El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él”.⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ Resolución 488 (V) de la Asamblea General, quinto período de sesiones, *Formulación de los principios de Nuremberg*, 12 de diciembre de 1950. Los Principios figuran en el *Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, Compendio de instrumentos internacionales pertinentes (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/368, 13 abril de 1983, pp. 74 y 75). [En sucesivos documentos relativos a esta Proyecto se utiliza el término “crímenes” en lugar de “delitos”].

⁴⁷⁷ Los demás principios son: “**Principio III.** El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe

En su sexto período de sesiones, en 1954, la Comisión presentó un proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. La Asamblea consideró que el proyecto planteaba problemas relacionados con la definición de agresión y decidió aplazar su examen hasta que una Comisión Especial, que se encargaría de la definición de la agresión, presentara su informe. (En este proyecto se vuelve a desconectar el crimen de lesa humanidad del crimen de guerra. En los sucesivos proyectos (1991 y 1996) se mantiene la desconexión).⁴⁷⁸

de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional. **Principio IV.** El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción. **Principio V.** Toda persona acusada de un delito de derecho internacional tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho. **Principio VI.** Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de derecho internacional: a. Delitos contra la paz: i) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales; ii) Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i). b. Delitos de guerra: Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares [...] **Principio VII.** La complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, de los enunciados en el Principio VI, constituye asimismo delito de derecho internacional". Compendio de instrumentos internacionales pertinentes, Naciones Unidas, documento A/CN.4/368, 13 de abril de 1983, citado.

⁴⁷⁸ El tipo de crímenes contra la humanidad también se incluyó en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente. El artículo 5 c) lo definía así: "Crímenes contra la Humanidad: es decir, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otras acciones inhumanas cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o las persecuciones por causas políticas o raciales en ejecución o en conexión con cualquier otro crimen de la jurisdicción del Tribunal, en violación o no de las leyes nacionales del país donde son perpetrados. [...]". Naciones Unidas, *Compendio de instrumentos internacionales pertinentes*, citado, p. 47.

El 10 de diciembre de 1981 la Asamblea General aprobó la Resolución 36/106 en la que invitaba a la Comisión a que reanudara su labor con miras a elaborar el proyecto de Código.⁴⁷⁹

En 1996, la Comisión aprobó el texto definitivo de 20 proyectos de artículos que constituyen el “Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”. Al aprobarlo, la Comisión explicó que, con el fin de alcanzar el consenso, debió limitar el alcance del proyecto (en la primera lectura, en 1991, el proyecto incluía una lista de 12 crímenes, y en el proyecto adoptado en segunda lectura, en 1996, pasó a 5) pero hizo la salvedad siguiente: “Queda entendido que la inclusión de ciertos crímenes en el Código no modifica la calificación de otros crímenes en derecho internacional, y que la aprobación del Código no prejuzga en modo alguno el ulterior desarrollo de esta importante esfera del derecho”.

Con respecto al valor jurídico de este Código, cabe decir que, a pesar de ser un proyecto, no hay que olvidar que refleja no solo el derecho vigente sino las diversas posiciones de los Gobiernos, que representan cierto consenso internacional respecto a esos crímenes. Porque, como señala Capellà i Roig, “el método de codificación, según reconoce el mismo Relator, no se basó finalmente en el criterio de la gravedad de los actos sino en la consideración que la comunidad internacional -en definitiva, los Estados a través de las opiniones y de los intereses de sus respectivos Gobiernos- tenía respecto de la criminalidad de determinados actos”.⁴⁸⁰

La persecución de los crímenes contra la humanidad en la práctica ha sido bastante escasa. Desde la terminación de los procesos de Nuremberg no se siguió

⁴⁷⁹ Entre el 35º y el 43º períodos de sesiones, la Comisión recibió nueve informes del Relator Especial. Tras haber aprobado provisionalmente en primera lectura el Proyecto de artículos sobre el proyecto de código y haberlo transmitido a los gobiernos para que formularan observaciones continuó su labor en varios períodos de sesiones y en el 46º período, en 1994, remitió los proyectos de artículos 1 a 14 al Comité de Redacción. Este Comité inició la segunda lectura del proyecto en el 47 período de sesiones y la concluyó en el 48 período de sesiones. La Comisión examinó el Proyecto de artículos aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura en las sesiones celebradas del 6 de junio al 5 de julio de 1996.

⁴⁸⁰ CAPELLÀ I ROIG, M., *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, op. cit., pp. 92-93.

ningún proceso ante tribunales internacionales hasta el comienzo de los años 90. En cualquier caso, la persecución de esos crímenes no cesó del todo. Deben destacarse los procesos contra *Adolf Eichmann* en Israel⁴⁸¹ y contra *Klaus Barbie*⁴⁸² en Francia. También se siguieron procesos por crímenes contra la humanidad en los Países Bajos, en la República Democrática Alemana y en el Canadá.⁴⁸³

b) Estatuto de la Corte Penal Internacional

A efectos de analizar el tipo correspondiente a estos delitos he tomado como referencia el Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 1996, dado que refleja la jurisprudencia y la interpretación de la misma desde que se comenzó a reflexionar sobre el tema. En realidad constituye además el único instrumento acordado a nivel internacional que se refiere en forma detallada a estos crímenes. Si bien en las negociaciones de Roma existía unanimidad sobre la inclusión de los crímenes contra la humanidad en el catálogo de crímenes fundamentales del derecho penal internacional, no fue tarea fácil formular un tipo preciso.

Sobre la base del tipo incluido en el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de las definiciones previas y la

⁴⁸¹ District Court of Jerusalem, *Eichmann case*, Judgment of 12 December 1961, International Law Reports 36 (1968), pp. 18 y ss; Supreme Court of Israel, Judgment of 29 May 1962, International Law Reports 36 (1968) pp. 277 y ss.

⁴⁸² Cour de Cassation, Chambre Criminelle, *Klaus Barbie*, Sentencias de 6 de octubre de 1983, 26 de enero de 1984, 20 de diciembre de 1985, en: International Law Reports 78 (1988), pp. 124 y ss. Cour de Cassation, Chambre Criminelle, *Klaus Barbie*, Confirmation de la condamnation, 3 juin 1988. Véase también un comentario de la sentencia en: International Law Reports 100 (1995), pp. 331 y ss.

⁴⁸³ La RDA juzgó de forma consecuente a criminales nacionalsocialistas aplicando el tipo de derecho consuetudinario de los crímenes contra la humanidad: sentencias contra *Hans Globke*, Tribunal Supremo de la RDA, sentencia de 23 de julio de 1963, en: Neue Justiz 1963, 449, p. 507 y ss.; y contra *Horst Fischer*, Tribunal Supremo de la RDA, sentencia de 25 de marzo de 1966, en: Neue Justiz 1966, 193, p. 203 y ss. En el Canadá, cabe citar: Ontario High Court of Justice, sentencia de 25 de mayo de 1990, en: International Law Reports 82 (1990), p. 424 y ss.; Ontario Court of Appeal, sentencia de 29 de abril de 1992, en: International Law Reports 98 (1994), p. 520 y ss.; Tribunal Supremo de Canadá de 24 de marzo de 1994, en: International Law Reports 104 (1997), p. 284 y ss. Cfr. BURCHARDS, W., *Die Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen durch Drittstaaten, Das kanadische Beispiel*, Berlin: Berliner Wiss-Verl, 2005, pp. 179 y ss.

jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, se fue elaborando una definición de los crímenes contra la humanidad bastante precisa que finalmente se incorporó al Estatuto de Roma. Examinaremos, pues, el tipo de los crímenes contra la humanidad (o de lesa humanidad) descrito en el Estatuto de Roma, remitiéndonos a los artículos y comentarios del Proyecto de Código en su última versión aprobada (1996) cuando sea pertinente.

El texto del artículo 7.1 del Estatuto es el siguiente:

“1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

2. A los efectos del párrafo 1:

A) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de apartheid;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

Analizaré brevemente las conductas tipificadas, mencionando las previstas en el antecedente más directo, es decir, el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, con sus comentarios respectivos. La finalidad de este análisis es poner de manifiesto la gravedad del delito y la necesaria participación del Estado en su comisión.

2.2.4. Las conductas que constituyen el crimen

a) Ataque

El artículo 7 del Estatuto tiene su equivalente en el artículo 18 del Proyecto de Código, que no habla de “ataque” sino de “comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo”.⁴⁸⁴ En el Comentario al Proyecto se indica que la exigencia de que la comisión sea sistemática supone la existencia de un plan o política preconcebidos. Lo importante de este requisito es que excluye el acto cometido al azar y no como parte de un plan o política amplios.

⁴⁸⁴ Artículo 18. Crímenes contra la humanidad: “Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo [...]”.

Werle define el elemento “ataque” como “una línea de conducta”, siguiendo el artículo 7.2 a) del Estatuto de Roma, en la que se deben integrar los hechos individuales. Esta línea de conducta debe implicar la “comisión múltiple” de los actos mencionados en el artículo 7.1 de dicho Estatuto (“línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos”).⁴⁸⁵

El concepto que menciona este autor, la “comisión múltiple”, conlleva menos exigencias que el ataque «generalizado». Dice que “una comisión múltiple existe tanto cuando se comete en varias ocasiones una misma acción típica como cuando se cometen distintas alternativas típicas. Para ello no se requiere que un mismo autor actúe en todos los casos”.⁴⁸⁶

Cabe preguntarse entonces si un «único» asesinato puede ser constitutivo de un crimen contra la humanidad. La respuesta es afirmativa si ese hecho individual “forma parte de la relación funcional de conjunto”.⁴⁸⁷

No es necesario un ataque militar para que exista un hecho global; como expresamente señalan los Elementos de los Crímenes, “[n]o es necesario que los actos constituyan un ataque militar”. Kai Ambos, refiriéndose al ataque, también habla de “comisión múltiple de actos”, pero añade “que cumplen los requisitos de los actos inhumanos enumerados en el artículo 5 del Estatuto del TPIY y el artículo 3 del Estatuto del TPIR”.⁴⁸⁸ Considera que esta definición es convincente porque deja de lado actos aislados y fortuitos y concuerda con el artículo 7.2. a) del Estatuto de Roma, que se refiere a “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1”. Coincide con Werle en que el ataque no ha de ser necesariamente un ataque militar e incluso puede consistir en acciones no violentas como la imposición de un sistema como el *apartheid* (me resulta curioso que no considere violenta la imposición de tal

⁴⁸⁵ WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional, op. cit.*, pp. 360 y ss.

⁴⁸⁶ *Ibíd.*, p. 361.

⁴⁸⁷ *Ibíd.* Un ejemplo histórico muy plástico lo encontramos en la denuncia de un único ciudadano judío ante la Gestapo que se encuentra en relación funcional de conjunto con la política del Tercer Reich contra los judíos alemanes.

⁴⁸⁸ AMBOS, K., *Temas de derecho penal internacional y europeo, op. cit.*, p. 300.

sistema). Quedan excluidos del concepto de ataque, según la disposición analizada, la comisión de otros actos que no estén enumerados en los Estatutos, aunque sean múltiples, tales como la denegación del acceso a la justicia, la usurpación de la propiedad, etc.

b) Generalizado o sistemático

Los términos “generalizado o sistemático” cumplen dos objetivos: eliminar conflictos colectivos espontáneos o no controlados, y reflejar la existencia de una acción o política por parte de actores estatales.

Si los interpretamos a partir del “sentido corriente” de las palabras (conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), los términos “generalizado o sistemático” caracterizan no solo la manera en que tiene lugar la victimización sino la naturaleza misma de la conducta y, por lo tanto, reflejan la política que llevó a esa victimización.⁴⁸⁹

Werle recuerda que en las negociaciones del Estatuto de Roma se acordó desde el principio que los requisitos “generalizado” y “sistemático” debían tener cabida en el tipo penal. Fue objeto de debate si la exigencia debería ser acumulativa o alternativa. Se acordó esta última opción, pero incluyendo en la definición del “ataque contra la población civil” el elemento político que aparece en el artículo 7.2.⁴⁹⁰

⁴⁸⁹ Bassiouni explica que si se considera que esas palabras denotan solo la manera en que tiene lugar la victimización se pueden plantear problemas serios. Por ejemplo, asesinatos sistemáticos pueden ser cometidos por un “serial killer”, y sería imposible considerar que se trata de crímenes internacionales. BASSIOUNI, M. C., *International Criminal Law, vol. I, Sources, Subjects and Contents*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 478.

⁴⁹⁰ Tanto el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia como el de Ruanda han seguido repetidas veces el criterio de que un ataque no tiene por qué ser a la vez generalizado y sistemático, sino o lo uno o lo otro: “[...] como el derecho internacional consuetudinario solo requiere que un ataque sea generalizado o sistemático para ser considerado crimen contra la humanidad, los jueces del ICTR no han estimado útil retener [...] un criterio acumulativo”. DIENG, A., «The Contribution of the International Criminal Tribunal for Ruanda to the Development of the International Humanitarian Law», ICTR, 28 de febrero de 2005, disponible en <http://www.unictr.org/tabid/155/Default.aspx?ID=1072>.

i) Generalizado

Werle considera que el carácter generalizado (*widespread*) del ataque es un elemento cuantitativo del “hecho global”, concepto que hemos examinado *supra*. La generalidad del ataque se determinará, principalmente, a partir de la cantidad de víctimas, como se pone de relieve en el comentario de la Comisión de Derecho Internacional al artículo 18 del *Proyecto de Código* donde la expresión equivalente que se utiliza es “a gran escala”.⁴⁹¹ La generalidad del ataque -explica Werle- puede derivarse también de su extensión en un vasto ámbito geográfico, pero no es requisito imprescindible. También puede consistir en una acción única siempre que las víctimas sean numerosas y civiles.

ii) Sistemático

Según Werle, la calificación del ataque como sistemático es de naturaleza cualitativa, dado que se refiere al carácter organizado de los actos de violencia, excluyendo así la mera coincidencia. Las acciones individuales han de derivar de un plan previo o de una política.⁴⁹² Para Kai Ambos “[e]l ataque es sistemático si se basa en una política o un plan que sirva de guía a los autores individuales respecto al objeto del ataque, es decir, las víctimas específicas”.⁴⁹³

El común denominador de las diversas definiciones de ataque sistemático es que se trata de aquel ataque que se realiza de conformidad con una política o plan preconcebido. Lo que constituye el carácter *sistemático* del ataque es la dirección brindada a los perpetradores individuales hacia el objeto visualizado para el ataque, es decir, el grupo de las víctimas.⁴⁹⁴

⁴⁹¹ En el proyecto de código aprobado en primera lectura se utilizó la expresión “de manera [...] masiva” para indicar el requisito de una multiplicidad de víctimas. Esta expresión se sustituyó por la expresión “en gran escala”, que es suficiente para suponer una multiplicidad de víctimas, por ejemplo como consecuencia del efecto acumulativo de una serie de actos inhumanos o del efecto aislado de un solo acto inhumano de extraordinaria magnitud. WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional, op. cit.*, p. 362. La jurisprudencia internacional ha seguido esta interpretación.

⁴⁹² WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional, op. cit.*, p. 363.

⁴⁹³ AMBOS, K., *Temas de derecho penal internacional y europeo, op. cit.*, p. 300.

⁴⁹⁴ *Ibíd.*, p. 188.

iii) Cualquier

Según Kai Ambos, ese adjetivo expresa claramente que las víctimas pueden ser de la misma nacionalidad que los victimarios, y en esto se diferencia de los crímenes de guerra, que están limitados a los nacionales de un Estado extranjero. El objeto principal del ataque ha de ser una población civil.⁴⁹⁵

iv) Población

El elemento «población» requiere sencillamente que exista una multiplicidad de víctimas y, por consiguiente, significa exactamente lo mismo que el elemento ataque (generalizado o sistemático); a saber, que no es un crimen contra la humanidad el crimen aislado que no forma parte de un ataque en contra de una multiplicidad de víctimas.

Este elemento lleva un calificativo: **civil**.

Según los autores que estamos siguiendo, con este adjetivo se ha querido decir mucho más que lo que el término denota. Kai Ambos señala que este término demuestra en forma evidente la vinculación con las leyes de la guerra, dado que “en el derecho humanitario sirve de guía [...] para los crímenes contra la humanidad cometidos durante un *conflicto armado*”.⁴⁹⁶ Desde el momento en que los crímenes contra la humanidad ya no están vinculados al Derecho de guerra, sino más bien al Derecho relativo a los derechos humanos, y la prohibición de los crímenes contra la humanidad es la única en vigor, salvo la establecida en la Convención contra el Genocidio, es necesario que se le dé al término **civil** una interpretación más amplia incluso que la que se le daría en tiempos de guerra.⁴⁹⁷

⁴⁹⁵ *Ibíd*em, p. 304.

⁴⁹⁶ *Ibíd*em. Kai Ambos se remite a la definición que ha dado la Sala de primera instancia del Tribunal para la Ex Yugoslavia en el caso *Prosecutor vs. Blaskić*, mucho más restringida puesto que considera que la situación específica de la víctima en el momento en que se comete el crimen puede no ser determinante de su estatuto civil o no civil. Si es efectivamente miembro de una organización armada, el hecho de que no esté armado o en combate en el momento de la comisión de los crímenes no le asigna el estatuto de civil.

⁴⁹⁷ *Ibíd*em, p. 193.

La razón es que el derecho humanitario no es aplicable en tiempos de paz y, con una definición restringida, los combatientes quedarían excluidos de la protección que se intenta brindar mediante la condena de los crímenes contra la humanidad: “la protección penal de los derechos humanos de *todos* los seres humanos contra las violaciones generalizadas y sistemáticas de ciertos derechos fundamentales”.⁴⁹⁸

Werle efectúa una distinción entre población civil y civiles: el hecho global debe dirigirse contra una población civil y el hecho individual contra los civiles. Y observa que el carácter «civil» de la población y de las personas atacadas debe ser determinado con los mismos criterios tanto en tiempos de guerra como de paz. Pero sostiene este argumento: “la delimitación no se puede llevar a cabo de forma exclusiva e inmediata mediante la aplicación de los conceptos del derecho internacional humanitario”.⁴⁹⁹

Este autor considera que el criterio decisivo para determinar la pertenencia a una población civil es “la necesidad de protección de la víctima, que se deriva de su indefensión respecto a la violencia organizada, sea estatal, militar o de otro tipo”. Y aclara que “deben considerarse población civil aquellas personas que no forman parte del poder organizado del que proviene la violencia. Lo determinante no debe ser el estatus formal, como la pertenencia a determinadas fuerzas o unidades armadas, sino el rol efectivo en el momento de la comisión delictiva”.⁵⁰⁰

No se ha incluido en el Estatuto la cláusula que contiene la disposición equivalente del Proyecto de Código que exige, en forma de alternativa, que la comisión sea «instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo». La alternativa tiene por objeto excluir el caso de que una

⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 305.

⁴⁹⁹ WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, *op. cit.*, p. 358.

⁵⁰⁰ “De conformidad con la idea contenida en el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, también se protege a los miembros del ejército que hayan dejado las armas o que se encuentren fuera de combate”. *Ibidem*, p. 359. Véase la diferencia a ese respecto con la interpretación dada por el TPIY, caso *Blaskić*, Sentencia de primera instancia, de 3 de marzo de 2000, (IT-95-14).

persona cometa un acto inhumano por su propia iniciativa al realizar su plan criminal propio, pero sin que exista ningún estímulo ni dirección por parte de un gobierno o de un grupo u organización. Este tipo de conducta criminal aislada, de una sola persona, no constituiría un crimen contra la humanidad. Sería sumamente difícil para una sola persona que actuase aislada cometer los actos inhumanos previstos en el artículo 18. La instigación o dirección por un gobierno o por cualquier organización o grupo, relacionado o no con un gobierno, da al acto mayor importancia y hace que se convierta en un crimen contra la humanidad imputable a los particulares o a los agentes de un Estado.⁵⁰¹

1. Asesinato. El párrafo 1 a) artículo 7 del Estatuto de Roma menciona el hecho individual de asesinato. Sus bases son las siguientes: el apartado c) del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, el párrafo 1 c) del artículo II de la Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado, el apartado c) del artículo 5 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, el apartado a) del artículo 5 del Estatuto del TPIY y el apartado a) del artículo 3 del Estatuto del TPIR.

Según los Elementos de los Crímenes⁵⁰² para dicha figura se requiere “1. Que el autor haya dado muerte a una o más personas” (en la nota 7: “La expresión ‘dado muerte’ es intercambiable con la expresión ‘causado la muerte’. Esta nota será aplicable a todos los elementos en que se emplee uno de los dos conceptos”). Esto es el elemento externo del crimen, mientras que desde el punto de vista subjetivo se exige que el autor haya realizado intencionalmente el acto, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 30 del Estatuto, aplicable a todos los actos tipificados en éste.⁵⁰³

⁵⁰¹ Párrafo 5 del Comentario al Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

⁵⁰² Corte Penal Internacional, *Elementos de los Crímenes*, citado, p. 10.

⁵⁰³ El artículo 30, titulado **Elemento de intencionalidad**, dispone lo siguiente: “1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen”. En los párrafos sucesivos se explican los términos. “2. A los efectos del presente artículo se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

No obstante, Cassese sostiene que cuando se trata de un crimen contra la humanidad el elemento mental requerido es de menor importancia: basta que el autor cause a la víctima un daño grave con total desconsideración respecto de la vida humana. Ello equivale a decir que no es necesario que tenga el propósito deliberado de causar la muerte.⁵⁰⁴ Esta interpretación, en cierto modo reñida con el artículo 30 del Estatuto de Roma, que es muy explícito respecto al dolo, ha sido constante en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, que consideran que para la realización del tipo es suficiente que el autor, “con desprecio temerario de la vida humana” cause lesiones graves a la víctima.⁵⁰⁵

2. Exterminio. El párrafo 2 b) del artículo 7 del Estatuto de Roma lo define así: «El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población”.

El Comentario a la misma figura, establecida en el artículo 18 del Proyecto de Código, dice que “[e]l exterminio es un crimen que, por su naturaleza misma, se dirige contra un grupo de personas. Además, el acto utilizado para cometer el delito de exterminio supone un elemento de destrucción masiva que no se requiere para el asesinato. A este respecto, el exterminio está estrechamente relacionado con el crimen de genocidio, en el sentido de que ambos crímenes se

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. 3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido “2. A los efectos del presente artículo se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. 3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido”.

⁵⁰⁴ CASESSE, A., *International Criminal Law*, *op. cit.*, pp. 109 y ss.

⁵⁰⁵ WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, *op. cit.*, p. 373, donde se remite al caso TPIY, caso *Kupreskyć*, Sentencia de primera instancia, de 14 de enero de 2000, (IT-95-16), parágrafo 561; y TPIR, caso *Musema*, sentencia de primera instancia, de 27 de enero de 2000 (ICTR-96-13), parágrafo 215.

dirigen contra un gran número de víctimas. No obstante, el crimen de exterminio se daría en casos que difieren de los comprendidos en el crimen de genocidio. El exterminio comprende los casos en que se mata a grupos de personas que no comparten características comunes. Se aplica también a casos en que se mata a algunos miembros de un grupo pero no a otros. El exterminio se incluyó como crimen contra la humanidad en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg (apartado c) del artículo. 6), La Ley n.º 10 del Consejo de Control Aliado (apartado c) del artículo II), el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (artículo 5), el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda (artículo 3), los Principios de Nuremberg (principio VI) y el Proyecto de Código de 1954 (párrafo 11 del artículo 2)".⁵⁰⁶

Una Sala del TPIY lo ha definido en los términos siguientes: "para que se demuestre el crimen de exterminio, además de los requisitos generales necesarios para que haya crimen contra la humanidad, debe haber pruebas de que se apuntaba a una población en particular y de que sus miembros eran asesinados o de otra manera sujetos a condiciones de vida calculadas para provocar la destrucción de una parte numéricamente significativa de la población".⁵⁰⁷ También especificó "que no es necesario que las víctimas fuesen discriminadas por motivos políticos, sociales o religiosos".⁵⁰⁸

3. Esclavitud. El concepto de este crimen fue elaborado por dos tribunales militares estadounidenses establecidos en Nuremberg⁵⁰⁹ y luego perfeccionado por una Sala del Tribunal para la ex Yugoslavia.⁵¹⁰

⁵⁰⁶ Párrafo 8 del Comentario al Primer Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1954.

⁵⁰⁷ TPIY, caso *Krstić*, Sentencia de primera instancia, de 2 de agosto de 2001 (IT-98-33-T), párrafo 503.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, párrafo 419.

⁵⁰⁹ Nuremberg Military Tribunals, "*The Milch Case*" 17 April 1947, in *Trial of the War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n.º 10*, vol. II, Washington: United States Government Printing Office, pp. 773-791; "*The Pohl Case*" 3 of November 1947, in *Trial of the War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n.º 10*, vol. V, Washington: United States Government Printing Office, 1950, p. 970; *The High Command Case*, n.º 10, vol. II y V, (1949).

El Estatuto de Roma, en el párrafo 2c) del artículo 7 lo define así: “Por ‘esclavitud’ se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”.

4. Deportación o traslado forzoso de población. El párrafo 2 c) del artículo 7 citado dice lo siguiente. “Por ‘deportación o traslado forzoso de población’ se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional”.

En el caso *Krstić*, la Sala puso de relieve que “tanto la deportación como el traslado forzoso se relacionan con la evacuación involuntaria e ilícita de individuos del territorio en el que residen. Sin embargo, los dos conceptos no son sinónimos en el derecho consuetudinario internacional. La deportación supone el traslado fuera de las fronteras del Estado, mientras que el traslado forzoso se refiere al desplazamiento dentro de un Estado”.⁵¹¹

5. Prisión u otras formas graves de privación de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional.

Una Sala del Tribunal para la ex Yugoslavia (caso *Kordic y Cerkez*) fue el primer tribunal internacional que dio una definición de este delito.

Sostuvo que la prisión como crimen contra la humanidad debe “entenderse como la prisión arbitraria, es decir, la privación de la libertad del individuo sin el debido proceso, y como parte de un ataque generalizado y sistemático dirigido contra una población civil”.⁵¹²

6. Tortura. El párrafo 2 e) del artículo 7 la define así: “Por ‘tortura’ se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o

⁵¹⁰ TPIY, caso *Kunarac y otros*, Sentencia de primera instancia, de 2 de febrero de 2001, (IT-96-23-T).

⁵¹¹ TPIY, caso *Krstić*, citado, parágrafo 521.

⁵¹² TPIY, caso *Kordić y Cerkez*, Sentencia de primera instancia, de 26 de febrero de 2001 (IT-95-14/2).

mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas". Esta disposición está basada en el artículo II, párrafo 1 c), de la Ley n.º 10 del Consejo de Control Aliado; en el artículo 5, apartado f), del Estatuto del TPIY y en el artículo 3, apartado f), del Estatuto del TPIR. Sin embargo, no hay que olvidar como un precedente indiscutible la Convención contra la Tortura de 1984.⁵¹³

A pesar de que citamos el artículo 1 de dicha Convención en otras partes del presente trabajo, nos parece importante reproducirlo aquí porque nos estamos refiriendo concretamente al tipo como crimen internacional.

"1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

⁵¹³ Una Sala del TPIY señaló que la definición de tortura que figuraba en la Convención contra la Tortura de 1984 era más amplia que las definiciones establecidas en la Declaración de 1975 de la Asamblea General y la Convención Interamericana de 1985, y las abarcaba, y consideró que la Convención contra la Tortura de 1984 reflejaba el consenso "representativo del derecho consuetudinario internacional". TPIY, caso *Delalić y otros*, Sentencia de la Sala de apelación, de 20 de febrero de 2001 (IT-96-21), p. 429.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”.⁵¹⁴

Esta segunda disposición revela la importancia que reviste este crimen para el derecho internacional, desde que manifiesta la disposición de los Estados Partes a extender la definición acordada, es decir, a que la misma no suponga un obstáculo a que se contemplen como actos de tortura otros actos además de los previstos. La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales demuestra que estos tienen en cuenta esta disposición, así como los informes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

El Estatuto de Roma se aparta de la definición de la Convención porque, como señala Werle, no incluye relaciones de medio a fin, lo que permite incluir en la definición del Estatuto como supuesto de tortura el sufrimiento que se causa sin ningún tipo de finalidad. La jurisprudencia del TPIY sigue en este sentido al Estatuto, dado que los motivos o finalidades que en algunos casos se han requerido son muy amplios.⁵¹⁵ También se aparta porque no exige la participación en el hecho de un funcionario público.⁵¹⁶

En general se ha llegado a la conclusión de que no es posible formular un catálogo taxativo de prácticas constitutivas de tortura y que hay que atender a las circunstancias de cada caso concreto.⁵¹⁷

⁵¹⁴ *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, Naciones Unidas, *Derechos Humanos: Recopilación de instrumentos internacionales. Instrumentos de carácter universal, vol. I (primera parte)*, op. cit.

⁵¹⁵ WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, op. cit., pp. 389 y ss, donde cita abundante jurisprudencia de este Tribunal.

⁵¹⁶ TPIY, caso *Kunarac y otros*, Sentencia de primera instancia, de 2 de febrero de 2001. (IT-96-23 & 23/1), párrafos 495 y 496: “La característica del delito ha de encontrarse en la naturaleza del acto cometido y no en el estatus de la persona que lo ha cometido”. Confirmada por la Sala de apelación de 12 de junio de 2002, (IT-96-23 & 23/1), párrafo 148.

⁵¹⁷ TPIY, caso *Mucic y otros (Celebici)*, Sentencia de primera instancia, de 16 de noviembre de 1998. (IT-96-21): “Es difícil formular con algún grado de precisión el umbral de sufrimiento [...]. No obstante, la existencia de esa zona gris no debería considerarse como una invitación para crear una lista completa de actos constitutivos de

7. Violencia sexual. Este tipo de delito incluye la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada y el embarazo forzado, la esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

La violación no había sido definida en el derecho internacional hasta que una Cámara del Tribunal para Ruanda estableció una definición en los siguientes términos: “una invasión física de carácter sexual, cometida en circunstancias de coerción”.⁵¹⁸ Esta definición fue retomada por dos Salas del Tribunal para la ex Yugoslavia.

El párrafo 2 f) del artículo 7 del Estatuto de Roma define el embarazo forzado así:

“Por ‘embarazo forzado’ se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo”.

8. Persecución. El párrafo 2 h) del artículo 7 del Estatuto de Roma la caracteriza así:

“Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;”

tortura, a fin de establecer categorías netas de los actos prohibidos”, párrafos 461 y 469. En el mismo sentido se pronunció la Sala de apelación de este mismo Tribunal, en el citado caso *Kunarac y otros*, mediante la sentencia de 12 de junio de 2002, párrafo 149: “no se exigen requisitos más específicos que permitan hacer una clasificación y enumeración taxativa de actos que puedan constituir tortura. La jurisprudencia existente no ha determinado el grado absoluto de dolor necesario para que un acto equivalga a una tortura”.

⁵¹⁸ TPIR, caso *Akayesu*, sentencia de apelación, de 1 de junio de 2001, (ICTR-96-74-A), párrafo 597.

El párrafo 2 g) del mismo artículo la define así:

“Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”.

La persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos se incluyó como crimen contra la humanidad en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg (apartado c) del artículo 6), la Ley n.º 10 del Consejo de Control Aliado (apartado c) del artículo I, 1), los Principios de Nuremberg (principio VI), el Estatuto del TPIY (artículo 5) y el Estatuto del TPIR (artículo 3). Ha quedado también como quinto acto prohibido del artículo 18 del proyecto de Código. El Comentario correspondiente explica: “El acto inhumano de persecución puede adoptar muchas formas cuya característica común es la denegación de los derechos humanos y libertades fundamentales que corresponden a todas las personas sin distinción, como reconocen la Carta de las Naciones Unidas (artículos 1 y 55) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2). Esta disposición se aplicaría a los actos de persecución en que no existiera la intención específica que requiere para el crimen de genocidio el artículo 17.”⁵¹⁹

9) Apartheid. El apartado h) del Estatuto de Roma dice: “Por ‘el crimen de apartheid’ se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen”.

10. Desaparición forzada de personas. El Estatuto de Roma, en el párrafo 2 i), la define así:

“Por ‘desaparición forzada de personas’ se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o

⁵¹⁹ Una Sala del TPIY propuso una definición más elaborada y constató que la “destrucción masiva de los hogares y bienes de bosnios musulmanes constituía una grave y flagrante denegación de los derechos humanos fundamentales y, que al ser realizada por motivos discriminatorios, equivalía a persecución”. TPIY, caso *Kupreskyć*, Sentencia de la Sala de apelación, de 23 de octubre de 2001. (IT-95-16), párrafos 630-631.

con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

Con respecto a este crimen, sostiene Casesse, el Estatuto no ha codificado el Derecho consuetudinario internacional sino que «ha contribuido a cristalizar una norma incipiente, surgida principalmente del derecho de los tratados (es decir, de los numerosos tratados sobre derechos humanos que prohíben diversos actos abarcados por este epígrafe), así como de la jurisprudencia de la Comisión Interamericana y de la Corte Americana de Derechos Humanos, además de numerosas Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas».⁵²⁰ La inclusión de este delito en el Estatuto, dado el alcance universal de este instrumento, ha sido muy importante en tanto no se acordó la Convención pertinente en el seno de las Naciones Unidas. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁵²¹ define este delito en el artículo II:

“Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.

La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas⁵²² define este delito en el artículo 2:

⁵²⁰ CASESSE, A., *International Criminal Law*, *op cit.*, p. 113.

⁵²¹ *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, adoptada en Belém do Pará (Brasil) el 9 de junio de 1994, citada.

⁵²² *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, aprobada el 12 de enero de 2007 mediante Resolución 61/177 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, durante el sexagésimo primer período de sesiones (Documento de las Naciones Unidas A/RES/61/177), citada.

“A los efectos de la presente Convención, se entenderá por ‘desaparición forzada’ el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”.

En las tres definiciones que he citado, la del Estatuto de Roma y las de las dos Convenciones, son elementos esenciales la participación estatal, directa o indirecta, y el ocultamiento del crimen, con la consiguiente sustracción de la víctima a la protección de la justicia. También es reconocido en los tres instrumentos como crimen de lesa humanidad, y podría decirse que reúne las características típicas de esos crímenes porque no solo se define por la participación del Estado, sino por la negación del acceso a la justicia, elemento este que no constituye un elemento definitorio en otros crímenes contra la humanidad.

10. Otros actos inhumanos de carácter y gravedad similar. Se trata de actos deliberados para causar sufrimiento, o graves daños físicos o mentales o para la salud. Este concepto se remonta al artículo 6 c) del Estatuto de Nuremberg, que criminalizaba simplemente “otros actos inhumanos”. El Estatuto de Roma recoge esta formulación en el apartado k) del párrafo 1 del artículo 7:

“Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

A pesar de su vaguedad, la disposición que prevé estos actos es importante porque puede funcionar como “cláusula residual” al criminalizar, tipificar, casos de conductas inhumanas que no encajan totalmente en ninguna de las previstas.

Además, esta falta de precisión se fue corrigiendo a través de la jurisprudencia, a la luz del principio *ejusdem generis*.⁵²³

Este principio fue objeto de extensa interpretación por una Sala del Tribunal para la ex Yugoslavia.⁵²⁴ Se planteó la interpretación de la expresión “Otros actos inhumanos” que figura en el apartado i) del artículo 5 del Estatuto correspondiente a ese Tribunal. En ese artículo se definen los crímenes contra la humanidad y se enumeran diversas conductas (como en el Estatuto de Roma), pero frente a la clara enumeración de los demás apartados, la Sala consideró que la frase contenida en el último era imprecisa y demasiado general como para proporcionar un parámetro seguro para la labor del Tribunal. Por ello estimó imperativo establecer los actos que incluye esta categoría. Señaló que la frase fue escogida deliberadamente para no hacer una enumeración exhaustiva, dado que esta podría crear oportunidades para eludir la prohibición. Consideró que la regla *ejusdem generis*, según la cual la expresión que se examina debe cubrir acciones similares a las establecidas específicamente, tampoco aportaba mayor precisión en casos como estos. Reconoció que el Estatuto de Roma era un poco más preciso pero tampoco indicaba las normas jurídicas que le permitirían al tribunal identificar los actos inhumanos prohibidos. Finalmente resolvió adoptar el siguiente criterio: examinar las normas internacionales sobre derechos humanos establecidas, por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los dos Pactos de las Naciones Unidas y varios otros instrumentos internacionales, que le permitirían identificar un conjunto de derechos humanos fundamentales y cuya violación, según las circunstancias concomitantes, podía constituir un crimen contra la humanidad. A continuación, verificar que esos actos podían ser cometidos de manera sistemática y a gran escala; es decir, ser tan graves como los enumerados en el artículo 5 del Estatuto. “Una vez identificados los parámetros

⁵²³ Se trata de un principio aplicable a palabras que se refieren a cosas del mismo género, especie o tipo. Cuando a palabras generales siguen palabras particulares, la palabra general se ha de interpretar según las particulares. Por ejemplo, en “perros, gatos y otros animales”, “otros animales” ha de interpretarse limitando su alcance a los animales domésticos.

⁵²⁴ TPIY, caso *Kupreskyć*, Sentencia de primera instancia, de 14 de enero de 2000, (IT-95-16), párrs. 563-566.

jurídicos para determinar el contenido de la categoría de ‘actos inhumanos’, se puede justificar el recurso a la regla *ejusdem generis* a fin de comparar y evaluar la gravedad de los actos prohibidos”.⁵²⁵

Me he detenido en esta interpretación porque supone un precedente para extender la figura de los crímenes contra la humanidad, cuando se plantee una conducta que reúna todas las características pero no esté enumerada en ninguno de los instrumentos que pueden servir de base para configurar la norma consuetudinaria aplicable.

2.2.5. Bien jurídico

Gil Gil incluye en su definición de los crímenes contra la humanidad el bien jurídico: “Son crímenes contra la humanidad los atentados contra bienes jurídicos individuales fundamentales cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político *de iure* o *de facto*”.⁵²⁶

Werle sostiene que no se refleja el concepto de estos crímenes si se habla solo de la protección de bienes jurídicos individuales.⁵²⁷ Se refiere a los intereses protegidos y señala que el hecho global (al que me he referido *supra*) “cuestiona a la humanidad como tal”. No afecta exclusivamente a la víctima individual, sino a la comunidad internacional en su totalidad. Sin embargo, reconoce que junto a esos intereses supraindividuales “el tipo protege también intereses individuales, a saber, la vida, la salud, la libertad y la dignidad de las víctimas concretas”.⁵²⁸

Werle menciona un concepto ampliado de “paz”: “Esta no sólo comprende la ausencia de enfrentamientos militares entre Estados, sino que también incluye la situación dentro del propio Estado. Una amenaza a la paz *mundial* puede suponerse a partir de violaciones graves de los derechos humanos en un Estado.

⁵²⁵ *Ibidem*, párr. 566.

⁵²⁶ GIL GIL, A., *Derecho penal internacional, op cit.*, p. 151.

⁵²⁷ WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional, op. cit.*, nota 1214, donde se refiere concretamente a la definición de Gil Gil citada *supra*.

⁵²⁸ WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional, op. cit.*, p. 356.

En el Preámbulo del Estatuto de Roma se encuentra recogido el bienestar de la humanidad como un aspecto de protección separado junto a la paz y la seguridad”.⁵²⁹

En efecto, dicho Preámbulo, en su párrafo 3, asocia los crímenes a los que se refiere en el párrafo anterior con los bienes que esos crímenes ponen en peligro: “*Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad [...]*”.⁵³⁰

Como vemos, el vínculo entre el crimen y su dimensión internacional se encuentra también en el bien jurídico afectado y en el sujeto que resulta afectado. No obstante, la paz internacional puede ser considerada como bien jurídico protegido directamente en el caso de agresión,⁵³¹ pero en los otros casos la relación es indirecta. Creo que la extensión del bien jurídico protegido por las normas penales internacionales para que incluya la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad obedece a una aplicación del criterio tradicional del derecho internacional como derecho entre Estados. Si aceptamos que este derecho protege también a los individuos, que estos son también sujetos de derecho internacional, no solo como autores de crímenes, sino como víctimas directas de la violación de las normas internacionales, podremos aceptar fácilmente que los bienes jurídicos protegidos son, en primer término, bienes individuales.

Concluir este breve examen de los crímenes contra la humanidad en el marco del bien jurídico nos permite hacerlo considerando un elemento definitorio de carácter más general. Si algunos autores hablan de la protección de bienes jurídicos individuales y otros de la protección de la paz y el bienestar de la humanidad, una tercera postura sería considerar que se protegen tanto unos, los

⁵²⁹ *Ibíd.*, p. 81.

⁵³⁰ “El ataque a los intereses fundamentales de la comunidad internacional le da al delito una dimensión internacional y lo convierte en un crimen de derecho internacional. Estos crímenes de derecho internacional afectan a la comunidad internacional en su conjunto”. *Ibíd.*, p. 80.

⁵³¹ GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, *op. cit.*, p. 38.

bienes jurídicos individuales, como los otros, los colectivos. Son crímenes que afectan a bienes jurídicos individuales pero dada la gravedad que revisten, debida a diversos factores, afectan también a bienes jurídicos de la comunidad internacional.

2.3. Genocidio

En la resolución 96 (1) de 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas determinó que el Genocidio era un crimen internacional y que sus autores debían ser castigados sean quienes sean y sean cuales sean las razones por las que lo cometen. Y propone como objeto de protección los grupos políticos. Esta Resolución tuvo una importancia fundamental para la interpretación del texto de la Convención y de otros instrumentos y resoluciones judiciales, nacionales como internacionales.⁵³²

En el examen de este crimen internacional me referiré a su tipificación en los instrumentos internacionales y a los antecedentes de la Convención, porque contribuyen a esclarecer la interpretación de la misma, para luego centrarme en la cuestión de los grupos protegidos porque de ella depende la aplicación de la Convención, como veremos en la jurisprudencia citada.

2.3.1. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio

La descripción del tipo del crimen de genocidio figura en la Convención contra el Genocidio, en el artículo II, cuyo texto es el siguiente:

⁵³² La parte introductoria de la Resolución dice: “El genocidio es una negación del derecho a la existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo humano del derecho a vivir: tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por estos grupos humanos, y es contraria a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas. Muchos ejemplos de tales crímenes de genocidio han ocurrido cuando grupos raciales, religiosos o políticos han sido destruidos parcial o totalmente. El castigo del crimen de genocidio es un asunto de preocupación internacional”. Resolución 96 (I) de la Asamblea General, primer período de sesiones, sobre *el crimen de genocidio*, quincuagésima quinta reunión plenaria, 11 de diciembre de 1946.

“En la presente Convención, 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:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

El Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad prevé el crimen de genocidio en el artículo 17 y el Estatuto de Roma en el artículo 6. Ambas disposiciones reproducen fielmente el artículo II de la Convención.⁵³³

Esta identidad entre las disposiciones revela un consenso a nivel internacional con respecto a las conductas que se consideran actos de genocidio. Sin embargo, el principal problema que ha planteado este crimen no se encuentra en las conductas de los autores sino en la determinación de las víctimas. En efecto, desde las deliberaciones sobre el proyecto de Convención se debatió la inclusión o exclusión de los grupos políticos entre los grupos protegidos. La

⁵³³ Proyecto de Código (artículo 17): “Se entiende por crimen de genocidio cualquiera de los actos siguientes, perpetrados con intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) La matanza de miembros del grupo; b) La lesión grave de la integridad corporal o la salud física o mental de los miembros del grupo; c) El sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) El traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”. Estatuto de Roma, (artículo 6): “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá 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: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

importancia de esta decisión se ha puesto de manifiesto principalmente en la jurisprudencia argentina más reciente sobre los crímenes perpetrados durante la dictadura militar.

a) Antecedentes

En la historia del término encontramos elementos interesantes para la interpretación de la Convención. Lemkin acuñó el vocablo “genocidio” ante la necesidad de encontrar un nombre para la destrucción de poblaciones enteras, grupos nacionales, raciales y religiosos, tanto desde el punto de vista biológico como desde el punto de vista cultural. Recuerda que en un discurso radiofónico que Churchill pronunció en agosto de 1941 dijo: “Nos encontramos en presencia de un crimen sin nombre”.⁵³⁴

Se refiere Lemkin a las dificultades para encontrar ese nombre recurriendo a los términos que se utilizaron corrientemente para designar hechos similares. Por ejemplo, descarta la expresión “asesinato masivo” porque no incluye el motivo del crimen, cuando se trata específicamente de crímenes cuyo objetivo final se basa en consideraciones raciales, nacionales y religiosas”.⁵³⁵ También la descarta porque “no transmite las pérdidas concretas para la civilización en forma de las contribuciones culturales que solo pueden aportar grupos de personas unidas por características nacionales, raciales o culturales”.⁵³⁶ Otra palabra que considera inadecuada es “desnacionalización”, que se emplea para designar la tentativa de destruir una nación y hacerle perder su personalidad cultural, porque no incluye el concepto biológico.⁵³⁷

⁵³⁴ La palabra aparece por primera vez en su obra *Axis Rule in Occupied Europe*. Explica que la palabra está formada por dos entidades: “genos”, término griego, que significa raza o clan, y “cide”, sufijo latino que denota la acción de matar. Y lo compara con homicidio, tiranicidio, patricidio. LEMKIN, R., *Le crime de génocide*, en *Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques* 24, 1946, pp. 213-222.

⁵³⁵ *Ibidem*.

⁵³⁶ LEMKIN, R., «Genocide as a Crime under International Law», en *American Journal of International Law* 41, n.º 1, 1947, pp. 145-151.

⁵³⁷ Dice que los términos “germanización”, “italianización”, etcétera, se emplean para expresar el intento de una nación más fuerte de imponer su sello nacional al grupo étnico

Con respecto al carácter internacional del crimen, Lemkin dice que tratarlo como crimen nacional no tendría ningún sentido, porque, por su naturaleza misma, el autor es el Estado, o lo son grupos poderosos que cuentan con el apoyo del Estado. Y afirma: “un Estado no perseguirá jamás un crimen organizado o perpetrado por él mismo”.⁵³⁸

Reafirma ese carácter internacional del genocidio cuando dice: “Por su naturaleza jurídica, moral y humana, el genocidio debe considerarse como crimen internacional”.

En la V Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal, Lemkin presentó la propuesta de incluir en las legislaciones nacionales de los países allí representados los crímenes de “barbarie” y de “vandalismo” como *delicta iuris Gentium*.⁵³⁹ En la segunda versión de esa propuesta, presentada en noviembre del mismo año, se encuentra un claro antecedente del genocidio, en particular en el párrafo 1 del artículo 1, que tipificaba el crimen de “barbarismo”: “Quien por odio a una raza, o colectividad religiosa o social, o con el propósito de su exterminio, emprenda una acción punible contra la vida, la integridad física, la libertad, la dignidad o la existencia económica de una persona perteneciente a dicha colectividad será castigado por delito de barbarie con pena de prisión de [...], siempre que no se haya previsto una pena más grave en el Código Penal respectivo”.⁵⁴⁰

que controlan. Hace notar lo ridículo que sería designar como “germanización de los judíos” o de los polacos el exterminio total que deseaban los nazis. *Ibídem*.

⁵³⁸ *Ibídem*.

⁵³⁹ La Conferencia se celebró en Madrid, en octubre de 1933, como anota GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, *op cit.*, p. 151.

⁵⁴⁰ LEMKIN, R., «Genocide as a Crime under International Law», *op. cit.*, pp. 145-151. (La traducción del texto inglés es mía). El autor recuerda que esta propuesta no fue aceptada, y que bastante después, en noviembre de 1946, cuando se debatió el genocidio en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el delegado del Reino Unido declaró que al no haberse aceptado esta propuesta no se pudieron castigar algunos de los crímenes más graves de los nazis.

Siguiendo a Schabas⁵⁴¹ se pueden resumir las tres etapas que se sucedieron en la redacción de la Convención. En una primera etapa, las Naciones Unidas elaboraron un proyecto de texto, que era un compendio de conceptos para asistir a la Asamblea General en el intento de salvar las principales diferencias sobre el tema.⁵⁴² La segunda etapa consistió en la reelaboración del proyecto por un Comité Especial. En la tercera, sobre la base del proyecto reelaborado, se llevaron a cabo las negociaciones en la Sexta Comisión de las Naciones Unidas que condujeron a acordar el texto definitivo presentado a la Asamblea General para su aprobación.⁵⁴³

b) Concepto

Lemkin se refiere a conductas que consisten en genocidio, como privar de la vida pero también impedirla (abortos, esterilizaciones), poner en serio peligro la vida y la salud, separar deliberadamente a las familias con miras a la despoblación, etcétera, pero aclara que todas ellas están subordinadas a la intención criminal de destruir o menoscabar de manera permanente a un grupo humano. Explica: “Los actos están dirigidos contra grupos, como tales, y los individuos son seleccionados para su destrucción solo porque pertenecen a esos grupos”.⁵⁴⁴

Es esencial tener presente la configuración de este delito dado que el principal problema de interpretación que plantea se refiere a esta configuración. El elemento subjetivo es la intención de destruir total o parcialmente uno de los grupos enumerados, en su calidad de tal. Basta esa intención, y la comisión de alguna de las conductas individuales previstas, aunque no se llegue a la

⁵⁴¹ SCHABAS, W., *La Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2008, p. 1.

⁵⁴² En la redacción de ese proyecto participaron R. Lemkin, V. Pella y H. Donnedieu de Vabres.

⁵⁴³ *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, aprobada el 9 de diciembre de 1948 mediante Resolución 260 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, durante el tercer período de sesiones. Entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con su artículo XIII.

⁵⁴⁴ LEMKIN, R., «Genocide as a Crime under International Law», *op. cit.*, p. 146.

destrucción efectiva del grupo o de una parte del mismo. El miembro individual del grupo es el objeto de la acción, cada acción contra un bien jurídico individual constituye la forma de comisión del delito. Lo protegido por el tipo es la existencia de determinados grupos humanos.⁵⁴⁵

Es interesante el análisis que se ha hecho, dentro del elemento subjetivo, de la “intención de destruir”. Esta se ha considerado en la jurisprudencia como un “dolo especial” con miras a la destrucción del grupo, mientras que una parte de la doctrina estima que es suficiente el conocimiento de la intención genocida de los perpetradores principales o de la posibilidad de destrucción del grupo. Kai Ambos sugiere, en cambio, la aplicación de un requisito doble, conocimiento y propósito para los autores principales, de más alto nivel, mientras que los autores de nivel medio y bajo, no necesitan compartir el propósito genocida sino tener conocimiento de su existencia.⁵⁴⁶

De cualquier modo lo determinante en este delito es el grupo víctima y no el elemento subjetivo. A ese respecto Werle aclara que el tipo no protege solamente la existencia física, sino también la existencia social de los grupos. Ello se expresa en las palabras “como tal”, que se refieren a la identidad del grupo, “porque [la destrucción de] esta conduce, igual que la exterminación física del grupo, a la desaparición del grupo y tiene como consecuencia su pérdida para la humanidad”.⁵⁴⁷

Ha dado lugar a críticas la tipificación del delito teniendo en cuenta las víctimas y no la actividad en sí. Algunos autores consideran que se está violando el principio de igualdad ante la ley, porque se jerarquiza la vida humana, confiriendo una protección especial a cuatro grupos (étnico, racial, nacional y religioso). Feierstein señala la excepcionalidad de la calificación de un delito por

⁵⁴⁵ GIL GIL, A., *Derecho penal internacional, op. cit.*, p. 179.

⁵⁴⁶ AMBOS, K.; BÖHM, M. L., «Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la “intención de destruir”», en *Revista Penal*, n.º 26, 2010, pp. 65-78. AMBOS, K., «Qué significa la “intención de destruir” en el delito de genocidio?», en *Revista Penal*, n.º 26, 2010, pp. 46-64.

⁵⁴⁷ WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional, op. cit.*, p. 316.

la víctima; las condiciones de las víctimas (edad o parentesco) se tienen en cuenta como agravantes o atenuantes, pero no diferencian cualitativamente la acción.⁵⁴⁸

c) La definición del “grupo” víctima en general

Gómez Benítez afirma que “el debate sobre el ámbito del genocidio supera la cuestión de la inclusión o no de los grupos políticos, y deriva, por un lado, hacia la protección de grupos sociales en general y no sólo de grupos políticos, y, por otro, hacia la definición de las características de estabilidad y señas de identidad que deben estar presentes en cualquier grupo humano”.⁵⁴⁹

Werle se refiere a distintos modelos de constitución de grupos, que reflejan distintos puntos de vista, los que a su vez reflejarían criterios objetivos, lengua común, fe común o similares características corporales externas como el color de la piel o la constitución física, por ejemplo, o criterios subjetivos que configurarían el grupo “en función de procesos sociales de adscripción, es decir, a partir de la percepción propia o ajena de un grupo como nacional, étnico, racial o religioso”.⁵⁵⁰

En ese sentido, Gómez Benítez señala que, una vez constatadas las características del grupo, el hecho de mantener o excluir a determinados grupos equivaldría a la aceptación de “*genocidios legales*”.⁵⁵¹ Es interesante la postura de este autor porque destaca la extensión del problema, que va más allá de la inclusión de los grupos políticos, dado que hay y habrá muchos otros grupos

⁵⁴⁸ FEIERSTEIN, D., *El Genocidio como práctica social*, op. cit., p. 43.

⁵⁴⁹ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Estudios Penales*, Madrid: Colex, 2001, p. 219. Por ello recuerda los argumentos en el sentido de que “la esencia del crimen de genocidio es la destrucción total o parcial de cualquier grupo o colectividad humana, por oposición a otra clase de conductas que atacan contra la vida o integridad de las personas consideradas individualmente”.

⁵⁵⁰ WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, op. cit., p. 318.

⁵⁵¹ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Estudios penales*, op. cit., p. 219, donde se remite a Chalk, F.; Jonassohn, K., *The History and Sociology of Genocide, Analyses and Case Studies*, New Haven: Yale University Press, 1990.

necesitados de protección. Basta recordar las medidas adoptadas por los nazis contra los discapacitados y contra los homosexuales.⁵⁵²

Werle explica la restricción del ámbito de protección del tipo de genocidio a los grupos mencionados en la Convención por la gran necesidad de protección de los miembros de esos grupos: “Por lo que se refiere a los grupos nacionales, raciales o étnicos, sus miembros no pueden romper con el grupo mediante su mero distanciamiento; más bien al contrario, el destino de cada uno de ellos se encuentra indisolublemente unido al del grupo”.⁵⁵³ Esta unión del individuo al grupo que supone un dato objetivo inevitable, inmodificable, es consecuencia de la identificación del individuo con su cuerpo, con sus características físicas.⁵⁵⁴

Uno de los argumentos que el propio Werle aduce en favor de una interpretación limitada de los grupos protegidos es el de la estabilidad. Dice: “las comunidades estables se reconocen claramente, mientras que los grupos políticos, sociales, económicos u otros similares se encuentran sometidos a cambios constantes en sus relaciones, por lo que no se protegen como tales”.⁵⁵⁵ Sin embargo, no es partidario de una determinación exclusivamente objetiva de las características del grupo, y considera que en última instancia son las percepciones sociales las que deciden sobre la clasificación de un grupo como nacional, étnico, racial o religioso. Si bien, como he señalado, generalmente son los propios autores del crimen quienes definen al grupo de víctimas, Werle advierte que debe tenerse en cuenta que los conceptos de los distintos grupos son elementos objetivos del tipo y, por tanto, “la cuestión sobre su presencia no puede

⁵⁵² Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, *Auto sobre la competencia de la Justicia Española para perseguir delitos de genocidio en Argentina*, de 4 de noviembre de 1998: “El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio que los apelantes defienden impediría la calificación de genocidio de acciones odiosas como la eliminación sistemática por el poder, o por una banda, de los enfermos de SIDA, o de los ancianos, también como grupo diferenciado, o de los extranjeros que residan en el país [...]”.

⁵⁵³ WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional, op. cit.*, p. 323.

⁵⁵⁴ LÉVINAS, E., *op. cit.*, pp. 155-159. En este breve texto, Lévinas analiza la percepción de los nazis por la que el ser humano queda despojado de todo atributo que no sea físico. (Me he referido a él en el capítulo I).

⁵⁵⁵ WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional, op. cit.*, p. 323.

dejarse al libre albedrío. Por ello deben tomarse en consideración sólo aquellas atribuciones sociales que muestran a una pluralidad de personas como grupo nacional, étnico, racial o religioso como una dimensión perceptible”.⁵⁵⁶

d) Diferencia entre crímenes contra la humanidad y genocidio

Hasta la adopción de la Convención contra el Genocidio, en 1948, las masacres en gran escala de grupos étnicos o religiosos se consideraban una subcategoría de los crímenes contra la humanidad. Pero con la adopción de dicha Convención el genocidio se convirtió en un crimen *per se*. Una de las primeras diferencias estriba en que los crímenes contra la humanidad estuvieron inicialmente unidos a un contexto bélico, a diferencia del delito de genocidio, que no lo estuvo.

Cassese señala que ambos crímenes comparten al menos tres elementos: 1) abarcan delitos muy graves que hieren nuestra sensibilidad porque constituyen ataques contra aspectos fundamentales de la dignidad humana, 2) no consisten en actos aislados sino que siempre forman parte de un contexto más amplio, bien porque son crímenes a gran escala o bien porque están vinculados a una conducta más amplia, 3) en general son perpetrados con la complicidad, connivencia o al menos tolerancia de las autoridades.⁵⁵⁷

La doctrina estuvo dividida entre los que los consideraban independientes y los que subsumían el genocidio en la categoría de crímenes contra la humanidad. Esta subsunción suponía interpretar en un sentido amplio el tipo de los crímenes contra la humanidad, porque en un sentido estricto los términos con los que se describen en el Estatuto de Roma, “un ataque generalizado y sistemático contra una población civil”, excluyen un componente esencial del genocidio, que es su concentración en determinado grupo, lo que quedaría excluido con el empleo del término “generalizado”.

⁵⁵⁶ Este autor se refiere solo incidentalmente a la posibilidad de incluir a los grupos políticos, señalando que se trata de una cuestión controvertida desde el punto de vista de la política jurídica internacional. WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, op. cit., p. 320.

⁵⁵⁷ CASESSE, A., *International Criminal Law*, op. cit., p. 144.

Meron sostiene que “[...] los crímenes contra la humanidad se superponen en gran medida al crimen de genocidio. En efecto, este último puede considerarse como una especie y subgénero particular del género más amplio de crímenes contra la humanidad. Los crímenes contra la humanidad son crímenes en virtud del derecho consuetudinario. El genocidio es un crimen tanto en virtud del derecho consuetudinario como en virtud de un tratado. Las prohibiciones esenciales de los crímenes contra la humanidad y del crimen de genocidio constituyen normas de *ius cogens*”.⁵⁵⁸

Es muy claro Ollé Sesé cuando sostiene que ambos crímenes “parten de un supuesto de hecho normativo semejante (asesinato, exterminio, traslado forzoso, agresión sexual, etc.) pero se diferencian en que en los crímenes contra la humanidad la conducta se perpetra contra bienes jurídicos individuales en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de ese ataque, mientras que en el genocidio, aunque también se comete mediante el atentado a bienes personales, se exige específicamente, como

⁵⁵⁸ MERON, T., «International Criminalization of Internal Atrocities», en *American Journal of International Law* 89, n.º 3, 1995, p. 558. Meron considera que el crimen de genocidio exige una carga de la prueba particularmente pesada: la intención de destruir, total o parcialmente, un grupo determinado como grupo. Tampoco resulta fácil, advierte, la prueba de la planificación sistemática y generalizada, que requiere el crimen contra la humanidad. (Por ello considera más apropiado lo que dispone el Estatuto del Tribunal para Ruanda, que en el artículo 4 proporciona lo que este autor denomina una “red de seguridad” al estipular que se pueden perseguir las graves violaciones del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II). El texto del artículo 3 común es el siguiente: “En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: A) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios [...]”.

especial elemento subjetivo del tipo, la finalidad en los sujetos activos de la destrucción total o parcial de cualquiera de los grupos humanos protegidos".⁵⁵⁹

Si bien pueden superponerse en cuanto a las víctimas, dado que el asesinato de miembros de grupos étnicos o religiosos puede quedar comprendido en ambas categorías, desde la perspectiva subjetiva, la *mens rea*, las dos categorías no se superponen e incluso forman círculos que nunca se intersecan. En el caso de los crímenes contra la humanidad, el derecho internacional exige la intención de cometer el delito más el conocimiento de la práctica generalizada o sistemática que constituye el contexto general del mismo. En el caso del genocidio, se requiere la intención de destruir total o parcialmente un grupo determinado, además de la intención de cometer el delito particular.⁵⁶⁰

Sin embargo, según el grupo que se destruya y la intención que motive la destrucción, la misma conducta puede dar lugar a una combinación de genocidio y de crímenes contra la humanidad. Por ejemplo, las masacres de *tutsis* en Ruanda, en 1994, pueden calificarse de genocidio, mientras que el asesinato concomitante de *hutus* moderados constituía un crimen contra la humanidad.

Si bien el genocidio contra los judíos europeos fue castigado como crimen contra la humanidad, este tipo de crímenes es más amplio que el del delito de

⁵⁵⁹ OLLÉ SESÉ, M., *op. cit.*, p. 536. No obstante, este autor concluye que el genocidio es un tipo específico mientras que el crimen contra la humanidad es un tipo genérico. Se diferencian porque los crímenes contra la humanidad pueden abarcar actos que no están comprendidos en el ámbito del genocidio, como la tortura o el encarcelamiento, salvo que equivalgan a imponer a los miembros del grupo perseguido condiciones de vida que lleven a la destrucción física del grupo.

⁵⁶⁰ Como dice Cassese: "[...] desde el punto de vista de sus elementos objetivos, las dos categorías normalmente son 'recíprocamente especiales', dado que forman círculos superpuestos que, no obstante, se intersecan tangencialmente". CASESSE, A., *International Criminal Law, op. cit.*, p. 145. Bassiouni considera que el genocidio se diferencia de los crímenes contra la humanidad fundamentalmente porque el primero exige una intención específica de "destruir total o parcialmente" a un grupo especialmente protegido, es decir, un grupo nacional, religioso o racial, mientras que de los crímenes contra la humanidad pueden ser víctimas todas las personas con independencia de su pertenencia a determinado grupo. Es decir, el campo de aplicación de esos crímenes es, pues, más amplio que el del genocidio. BASSIOUNI, M. C., *Crimes against humanity, op. cit.*, p. 247.

genocidio: los crímenes contra la humanidad no tienen que ir dirigidos contra un grupo determinado de personas, sino simplemente contra la población civil.

Por lo tanto, entran en la categoría de crímenes contra la humanidad (crímenes de lesa humanidad en Werle) tanto los delitos que atañen a los grupos políticos como otros no comprendidos dentro de los grupos protegidos por la Convención contra el Genocidio. También es más amplia esta categoría en cuanto a las exigencias subjetivas respecto del autor: a diferencia del genocidio, no se exige que tenga la intención de destruir total o parcialmente al grupo.⁵⁶¹

En el genocidio, el contexto de violencia organizada consiste en la destrucción (intencionalmente buscada por el autor) total o parcial de un grupo protegido. En los crímenes contra la humanidad el **hecho global** desplaza la mente del autor.⁵⁶²

e) Bien jurídico

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Resolución 96(I), al definir el genocidio como “la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros” ha dado una definición del bien jurídico protegido por este delito: el derecho a la existencia de determinados grupos. Ahora bien, Werle señala que no solo se protege la existencia física sino también la existencia social del grupo.⁵⁶³ Eso se explicita en la frase “como tal”, es decir el grupo como grupo, lo que supone la destrucción de la identidad del grupo. Si se destruye la identidad del grupo, el grupo “como tal” desaparece y, en los términos de la Resolución

⁵⁶¹ WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional, op. cit.*, pp. 349 y 350.

⁵⁶² *Ibidem*, p. 82. (Me he referido antes, en este capítulo, al hecho global en relación con el contexto). Señala este objetivo del genocidio, como una característica del mismo, Gil Gil: “El genocidio se realiza en dos fases. Una primera consiste en la destrucción del modelo nacional del grupo oprimido. La segunda consiste en la imposición del modelo nacional del opresor sobre la población oprimida a la que se ha permitido permanecer sobre el territorio, una vez eliminada la población y colonizada la zona por los nacionales del opresor”, GIL GIL, A., *Derecho penal internacional, op. cit.*, p. 153. Sin embargo, esta descripción parece conformarse mejor a lo que Feierstein denomina genocidio colonialista y poscolonialista. Véase FEIERSTEIN, D., *El genocidio como práctica social, op. cit.*, pp. 99 y ss.

⁵⁶³ WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional, op. cit.*, p. 315.

citada, se “causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por esos grupos humanos”. Sin embargo, la existencia del grupo se protege solo frente a las agresiones enumeradas en el tipo. El llamado genocidio cultural ha sido excluido.⁵⁶⁴

Gil Gil considera que el bien jurídico protegido es la existencia del grupo. Por consiguiente es un bien jurídico colectivo. Los diferentes ataques a bienes jurídicos individuales constituyen únicamente las formas de comisión del delito. Cada nueva muerte supone un nuevo ataque al bien jurídico colectivo. Explica: “Para el bien jurídico colectivo [...] cada nueva muerte no es sino una progresión en un mismo ataque, un paso más en la realización de la tentativa hacia la meta de la consumación valorativa: la lesión del bien jurídico, el exterminio del grupo”.⁵⁶⁵

Sin embargo, algunos autores se preguntan si también se protegen los derechos individuales de los miembros del grupo. La respuesta es afirmativa cuando se considera que han sido lesionados los derechos de individuos en cuanto son miembros del grupo. Pero precisamente el hecho de ser agredido no como individuo sino como un miembro de un grupo afecta la dignidad humana de la víctima. Conforme a esta interpretación, habría, junto al bien jurídico consistente en la existencia del grupo, el bien jurídico individual de la dignidad de la víctima.

En todo caso, cualquiera sea la interpretación que se adopte, nadie discute la trascendencia internacional de este crimen que, como todos los crímenes internacionales, afecta directa o indirectamente a intereses de la comunidad internacional.

⁵⁶⁴ *Ibídem*, p. 316.

⁵⁶⁵ Esta autora considera “contraproducente conjugar en un mismo tipo penal simultáneamente la protección del bien jurídico supraindividual y los bienes jurídicos individuales [...]” GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, *op. cit.*, p. 199.

f) Distinción entre móvil y elemento subjetivo del genocidio

Ollé Sesé señala la importancia de distinguir entre la persecución de un *grupo nacional por motivos políticos* y la de un *grupo político*.⁵⁶⁶ Es indudable que esta distinción reviste gran importancia para la descripción del tipo. Si bien lo más probable es que se persiga a un grupo político por motivos políticos, también se puede perseguir a un grupo religioso o racial por motivos políticos. Y de lo que se trata acá es de determinar claramente los grupos protegidos porque ellos constituyen uno de los elementos objetivos del crimen.

Gil Gil señala la necesidad de no confundir ambos elementos. Dice: “El móvil es irrelevante para el tipo. Se puede actuar con el propósito de destruir el grupo por motivos políticos, económicos, xenófobos, por venganza [...]”.⁵⁶⁷

Sin embargo, aunque resulte irrelevante para la configuración jurídica del crimen, es sumamente interesante la perspectiva que ofrece desde la sociología un autor como Feierstein, que se ha ocupado extensamente del genocidio, porque nos hace ver una finalidad que va más allá del aniquilamiento de un grupo y que consiste en transformar el grupo de pertenencia.⁵⁶⁸

Este autor distingue entre diversas modalidades de genocidio, según las finalidades que se persigan a través de la destrucción de los grupos, y me parece interesante señalar dos: “el genocidio constituyente” y “el genocidio reorganizador”. El primero se propone la conformación de un Estado nación, para lo cual persigue la aniquilación de “todas las fracciones excluidas del pacto estatal, tanto poblaciones originarias como núcleos políticos opositores al nuevo

⁵⁶⁶ OLLÉ SESÉ, *op. cit.*, p. 512.

⁵⁶⁷ GIL GIL, A., *Derecho penal internacional, op. cit.*, p. 178. Se apoya esta autora en la historia misma de la redacción del texto. En efecto, en una de las primeras versiones se añadía a la formulación actual la frase “por razón de la nacionalidad o el origen racial, creencias religiosas u opiniones políticas de sus miembros”. La delegación británica se opuso aduciendo que lo esencial era “la intención de cometer el delito, cualquiera fuesen las razones del autor, y además la innecesaria inclusión de los motivos podía ser utilizada [...] para escapar de la acusación de genocidio, aduciendo móviles diferentes”. Por ello, el delegado de Venezuela propuso sustituir esas palabras referentes a los móviles por la expresión “como tal”.

⁵⁶⁸ FEIERSTEIN, D., *El genocidio como práctica social, op. cit.*, p. 100.

pacto estatal".⁵⁶⁹ El segundo, tiene como objetivo "la transformación de las relaciones sociales hegemónicas *al interior* de un Estado nación preexistente".⁵⁷⁰

En ese mismo sentido, cabe recordar el programa nazi "*Lebensborn*" (Fuente de vida), destinado a la creación del patrimonio viviente de la nación, a través del que se fomentaba la reproducción de los seres humanos con determinadas características. Ese programa demuestra cómo el individuo desaparece en el proceso de construcción del grupo ideal, conforme a la imagen ideal del hombre. Es interesante recordar este programa, porque indica que el crimen del genocidio responde a una ideología más amplia, en la que no solo la vida considerada inferior, que "no merecía ser vivida", era aniquilada, sino también la vida que se consideraba digna perdía todo valor individual. Era una vida tan desnuda como la otra. Pura vida biológica, objeto de programas encaminados a la creación de un sujeto mítico. Individuos objeto para la creación de un sujeto.⁵⁷¹

La importancia que asigna Feierstein a, entre los que hemos llamado móviles, un proyecto de "reconstrucción social", parece ser incluso mayor que la que asigna al elemento subjetivo del dolo, porque su enfoque trasciende el punto de vista jurídico. En efecto, dice que "[...] más allá de que las víctimas compartieran o no características nacionales, étnicas o religiosas, el sentido estratégico de su desaparición se vinculaba a la transformación del propio grupo donde los asesinatos se llevaban a cabo."⁵⁷²

⁵⁶⁹ La categoría nazi de "judío" servía para definir el "interior alemán": el espacio interno se definía por el espacio externo. La necesidad de preservar el primero se alegaba como justificación de la hostilidad contra el segundo. Pero el primero, el espacio ideal, la raza ideal, la comunidad ideal, eran un proyecto. MESSUTI, A., «Reflexiones para un pensamiento jurídico no racista», en *Eguzkilore*, n.º 11 Extraordinario (1997).

⁵⁷⁰ FEIERSTEIN, D., *El genocidio como práctica social*, op. cit., p. 100.

⁵⁷¹ CLAY, C.; LEAPMAN, M. *Master race: the Lebensborn experiment in Nazi Germany*, Londres: Hodder & Stoughton, 1995.

⁵⁷² En numerosas declaraciones, los funcionarios nazis afirmaban que su objetivo era transformar a la propia sociedad alemana, que la "acción quirúrgica" de erradicación de las poblaciones judías, gitanas o eslavas del Reich -y más tarde de toda Europa- se proponían construir precisamente un nuevo Reich, un Reich libre de las "infecciones

Pero aunque se aleje de la estricta perspectiva jurídica, esta perspectiva ofrece ventajas para la misma investigación del crimen, cuyo sentido jurídico no se puede negar. La ventaja de esta perspectiva, de este ir más allá de la finalidad primera e inmediata, es que permite, como señala este autor, descubrir quiénes se benefician del crimen, quiénes han participado más activamente en su planificación y ejecución. “Se trata, como propuesta provocativa, de pasar del hecho empírico del aniquilamiento de determinados grupos al sentido estratégico del objetivo, motivación y efectos de dichos asesinatos”.⁵⁷³

2.3.2. La cuestión de los grupos políticos

Tanto el Estatuto de Londres como el de Tokio (artículos 6 y 5, respectivamente) consideran crimen contra la humanidad la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos.

El proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, en su artículo 18, apartado e), incluye, como hemos visto, la persecución por motivos políticos entre los crímenes que enumera como crímenes contra la humanidad.

También en los trabajos preliminares de la Convención contra el Genocidio se mantuvo como grupo protegido a los grupos políticos. Ya en la Resolución 96 (I) de la Asamblea General, que puso en marcha el proceso de elaboración de la Convención, se afirmaba que “numerosos ejemplos de tales delitos de genocidio han ocurrido cuando grupos raciales, religiosos, **políticos** o de otro tipo, han sido eliminados total o parcialmente”. (El resalte es mío).

ideológicas” con las que las poblaciones victimizadas contagiaban a los miembros de la sociedad propia”.Ibídem, p. 31.

⁵⁷³ FEIERSTEIN, D., «Guerra, genocidio, violencia política y sistema concentracionario en América Latina», en D. Feierstein (comp.), *Terrorismo de Estado y genocidio en América Latina*, Buenos Aires: Prometeo Libros, 2009, p. 24, “Entender a las víctimas como un “grupo discriminado” por los perpetradores, elegido no aleatoria sino causalmente para que su desaparición generara una serie de transformaciones en el propio grupo de la nación, la destrucción parcial del propio grupo nacional, es en verdad comprender el sentido de las propias ideas de Lemkin, cuando planteaba que el genocidio se propone “la imposición de la identidad [sello]del opresor”. Ibídem, p. 23.

Los proyectos que se sucedieron a partir de esta Resolución incluían a los grupos políticos, pero en cambio el texto final no los incluyó. Sin embargo, en los debates del proyecto final, la mayoría de los Estados que participaron (fueron siete) era partidaria de que se incluyeran esos grupos.

Tras sucesivos debates se aprobó la Resolución 180 (II) que reafirma la Resolución 96 (1) y encomienda al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) que continúe los trabajos preparatorios y presente un proyecto de Convención en el tercer período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

El ECOSOC crea, a principios de 1947, un Comité *ad hoc* (China, Estados Unidos, Francia, Líbano, Polonia, Unión Soviética y Venezuela) y uno de los temas fundamentales que examinaría era el de los grupos que debía incluir la Convención.

Los debates fueron interesantes. Por ejemplo, Venezuela adujo en contra de la inclusión de los grupos políticos el temor de que fuera utilizada en contra de Estados que actuaran contra grupos rebeldes. La Unión Soviética alegaba en cambio, en el documento *Basic Principles on a Convention against Genocide*, un argumento de carácter histórico en el sentido de que ese delito había estado conectado con el odio de razas. Por el contrario, Francia propuso un texto aún más amplio, que incluyera no solo a grupos políticos sino a grupos de opinión. Los Estados Unidos no solo mantuvieron su postura en favor de la inclusión, sino que propusieron que el término «políticos» figurara también en el Preámbulo.⁵⁷⁴

El proyecto fue elaborado por el Comité mencionado en la reunión de Lake Success (5 de abril y 10 de mayo de 1948) y fue aprobado por el ECOSOC el 15 de octubre de 1948. Definía el genocidio como el exterminio de “un grupo nacional, racial, religioso o político” (artículo 2). Pero también se incluía el genocidio físico, biológico y cultural.

⁵⁷⁴ En la VIII Conferencia para la Unificación del Derecho Penal, celebrada en Bruselas en 1947 se exhortó a “perseguir los delitos cometidos por individuos en razón de su raza, religión u opinión”. Citado por OLLÉ SESÉ, M., *op. cit.*, p. 493.

La Asamblea General, en su tercer período de sesiones, celebrado en París, encomienda el examen del proyecto, artículo por artículo, a la Sexta Comisión. Esta lo debate entre el 28 de septiembre y el 2 de diciembre de 1948 y durante esos debates se percibe la idea de que muchos Estados no firmarían la Convención si incluía a los grupos políticos. Los argumentos sustentados pueden resumirse así: el carácter indefinido, la difícil delimitación, la falta de estabilidad, por lo que respecta a los grupos, y, por lo que respecta a las Naciones Unidas y terceros Estados, el temor de que se sintiesen legitimados para intervenir en los conflictos internos de carácter político de algunos Estados. A favor de la inclusión se alegó que los conflictos políticos e ideológicos podían llevar al exterminio de grupos enteros. Sin embargo, prevaleció la exclusión y el elemento decisivo fue la necesidad de que la Convención tuviese un carácter universal, lo que se vería obstaculizado si había países que no la firmaban por la inclusión de dichos grupos. En la primera votación se decidió incluirlos (29 a favor, 13 en contra, 9 abstenciones). En una segunda votación se decidió excluirlos (22 votos a favor de la exclusión, 6 en contra y 9 abstenciones). El texto final fue aprobado por 30 votos y 8 abstenciones el 2 de diciembre de 1948.⁵⁷⁵

El 9 de diciembre de 1949 la Asamblea General adoptó la Convención contra el Genocidio mediante la Resolución 260 A (III), con la aprobación unánime de 56 Estados.⁵⁷⁶

2.3.3. Informe Whitaker

Una crítica contundente contra la exclusión de los grupos políticos la encontramos en el "Informe Whitaker", en el que se aborda el Estudio sobre la Cuestión de la Prevención y la Represión del Crimen del Genocidio de conformidad con la Resolución 1983/33 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de fecha 27 de mayo de 1983.⁵⁷⁷

⁵⁷⁵ Actas de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Actas de la Sexta Comisión (1948-1949).

⁵⁷⁶ *Ibidem*.

⁵⁷⁷ "Informe Whitaker" *Informe revisado y actualizado sobre la Cuestión de la Prevención y la Represión del Crimen del Genocidio*, preparado por B. Whitaker, 2 de julio de 1985

En el Informe Whitaker se recuerda que en favor de la inclusión del grupo político se ha sostenido “que se le debería tratar igual que al grupo religioso, pues ambos tienen como carácter distintivo el ideal común que une a sus miembros. Ejemplos concretos escogidos en la historia reciente del nazismo probarían que los grupos políticos serían perfectamente identificables y, en vista de las persecuciones a que son sometidos en una época de lucha ideológica, su protección es esencial”.⁵⁷⁸ Recuerda además que en el debate el representante de Francia, “intuyendo el porvenir”, señaló que “mientras en el pasado los crímenes de genocidio se cometieron por motivos raciales o religiosos, era evidente que en el futuro se cometerían principalmente por motivos políticos”, y el Informe apoya esta opinión diciendo que “En una era de ideología, se mata por motivos ideológicos”.⁵⁷⁹

También alega en favor de la inclusión de los grupos políticos la dificultad para discernir entre los diversos factores (políticos, económicos, religiosos, étnicos, nacionales, etc.) como para excluir unos y admitir otros. Es decir, la misma dificultad que plantea la determinación de los grupos políticos la plantea la determinación de los demás grupos. Señala que para muchos observadores era difícil entender por qué los principios de la Convención no podían aplicarse “en el caso de las matanzas masivas realizadas para exterminar, por ejemplo, a comunistas o *kulaks*”.

(Documento de las Naciones Unidas E/CN. 4/Sub. 2/1985/6). Este proyecto de informe se ha preparado de conformidad con la Resolución 1983/33 del Consejo Económico y Social de 27 de mayo de 1983, en la que el Consejo pidió a la Subcomisión que nombrara “a uno de sus miembros Relator Especial, con el mandato de revisar en su totalidad y actualizar el estudio sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio, tomando en consideración las opiniones expresadas por los miembros de la Subcomisión y de la Comisión de Derechos Humanos, así como las respuestas de los gobiernos, los organismos especializados y otras organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, las organizaciones regionales y las organizaciones no gubernamentales a un cuestionario que preparará el Relator Especial” . La Subcomisión, en su decisión 1983/2, designó a B. Whitaker para que revisara y actualizara el estudio”. La Subcomisión, en su decisión 1983/2, decidió designar a B. Whitaker para que revisara y actualizara el estudio.

⁵⁷⁸ *Ibíd.*, p. 19.

⁵⁷⁹ *Ibíd.*

También es interesante el planteamiento que tuvo lugar en los trabajos preliminares, y al que se refiere el informe Whitaker, respecto del genocidio cultural. Recuerda que el Comité Especial encargado de la preparación de la Convención había propuesto en realidad que se incluyera una disposición a ese respecto en el Proyecto de artículo III, especificando como ejemplos de genocidio cultural los siguientes:

"[...] todo acto premeditado cometido con la intención de destruir el idioma, la religión o la cultura de un grupo nacional, racial o religioso por razón del origen nacional o racial o de las creencias religiosas de sus miembros, actos tales como: 1) la prohibición de emplear el idioma del grupo en las relaciones cotidianas o en las escuelas o la prohibición de imprimir o de difundir publicaciones redactadas en el idioma del grupo; 2) la destrucción de las bibliotecas, los museos, las escuelas, los monumentos históricos, los lugares de culto u otras instituciones y de los objetos culturales del grupo o la prohibición de usarlos".

Los defensores de este concepto alegaban que un grupo puede ser eliminado mediante "la extinción de sus características específicas, tanto como mediante la destrucción física". Durante los debates de la Sexta Comisión se decidió no incluir en el texto final de la Convención ninguna referencia al genocidio cultural, basándose en que tal referencia sería ineludiblemente vaga y se correría el riesgo de injerencias políticas en los asuntos internos de los Estados, y también porque se consideró que la responsabilidad de la protección de la cultura de las minorías debería recaer en otros órganos internacionales.⁵⁸⁰

En el informe Whitaker se sugiere como posible solución al problema de los grupos políticos y de otra índole la inclusión de un Protocolo facultativo adicional.

⁵⁸⁰ Casesse señala que el genocidio cultural (es decir, la destrucción del idioma y la cultura de un grupo) probablemente no fue incluido en la Convención porque el concepto es "bastante nebuloso". CASESSE, A., *International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 130.

2.3.4. La doctrina

Schabas recuerda que la Convención ha sido muy criticada por su ámbito limitado. “Se trataba realmente más de un caso de frustración ante la insuficiencia del alcance del derecho internacional para hacer frente a las atrocidades masivas”. Sin embargo, estima que esa dificultad no se resolvería ampliando la definición de genocidio sino mediante una evolución del concepto conexo de crímenes contra la humanidad.⁵⁸¹

La evolución a la que se refiere de los crímenes contra la humanidad es su desvinculación del nexo de guerra. No obstante, como podemos comprobar por la jurisprudencia más reciente, esa evolución del concepto de crímenes contra la humanidad no ha resuelto la necesidad que se deja sentir y se siente cada vez más de extender su ámbito de aplicación.

Son varios los autores que critican la no inclusión de los grupos políticos (no digo “exclusión”, dado que no hay una exclusión expresa, y ello dará pie a la interpretación). Pero hay una diferencia entre ellos. Algunos autores critican la no inclusión, pero admiten que no están incluidos, es decir no intentan “leer” en la Convención la protección de los grupos políticos. Por ejemplo, Drost señala que, al excluir a los grupos políticos del ámbito de protección de la Convención, ha quedado una vía de escape muy peligrosa, porque los gobiernos pueden ampararse en la adopción de medidas de seguridad o de orden público para perseguir a dichos grupos.⁵⁸²

⁵⁸¹ SCHABAS, W., *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*, op. cit., p. 5. “Consiguientemente, el crimen de genocidio ha quedado separado y ocupa un lugar especial como ‘el crimen de los crímenes’”.

⁵⁸² DROST, P. N., *The Crime of State, II: Genocide*, “Al dejar a los grupos políticos y de otra índole fuera de la pretendida protección, los autores de la Convención también dejaron una amplia y peligrosa escapatoria a cualquier gobierno que desee eludir los deberes humanos consagrados en la Convención llevando el genocidio a la práctica so pretexto de tomar medidas ejecutivas contra grupos políticos y de otra índole por razones de seguridad, orden público o cualquier otra razón de Estado [...] en su forma más seria, el crimen de genocidio es la destrucción deliberada de la vida física de seres humanos determinados por ser miembros de cualquier colectividad humana como tal”.

Miaja de la Muela dice que el elemento típico que “llama la atención hasta el punto de suscitar una explicable perplejidad es la categoría de los grupos titulares de los bienes jurídicos protegidos por la Convención”.⁵⁸³ Y aclara que esa perplejidad nace no por los grupos incluidos sino por los excluidos, aunque -dice- entre las inclusiones “figure un concepto de tan difícil precisión como el de grupo nacional, y otros dos -el étnico y el racial- que solamente un prodigio de sutileza puede discriminar”. Y pone de relieve lo que nos interesa en este punto: “Lo más extraño es la eliminación entre aquellos cuya integridad física y moral es objeto de protección, de los grupos políticos”. Y se pregunta: “¿[p]or qué, pues, los grupos políticos de un país pueden ser exterminados sin que los autores de tales hechos aparezcan inculpinados como genocidas?”⁵⁸⁴ No obstante su perplejidad, no intenta “leer” en la Convención la protección de los grupos políticos, y ello se puede deducir de la diferenciación que hace respecto de los crímenes contra la humanidad.⁵⁸⁵

Casessa analiza en la sección de su obra dedicada a los aspectos problemáticos del genocidio la cuestión de la identificación de los grupos “protegidos”.⁵⁸⁶ Señala que la omisión del exterminio de un grupo por motivos políticos de la definición del crimen de genocidio es una omisión deliberada. Observa que la Convención se limita a la destrucción física de grupos relativamente estables a los que las personas pertenecen en general de forma involuntaria, a menudo por nacimiento. Y considera que la falta de una definición de cada uno de los grupos protegidos constituye una deficiencia de la Convención, que en algunos casos ha sido subsanada por las legislaciones nacionales.⁵⁸⁷

⁵⁸³ MIAJA DE LA MUELA, A., «El Genocidio, delito internacional», *op. cit.*, p. 376.

⁵⁸⁴ *Ibíd.*

⁵⁸⁵ En los crímenes contra la humanidad diferentes del genocidio incluye los actos, comprendidos en la definición de genocidio pero en los que se descarte la intención de eliminar un grupo racial o religioso, y las acciones encaminadas a eliminar un grupo político cuyos miembros no estén unidos también por vínculos de tipo confesional o religioso. *Ibíd.*, p. 386.

⁵⁸⁶ CASESSE, A., *International Criminal Law*, *op. cit.*, pp. 138 y ss.

⁵⁸⁷ *Ibíd.*, cita como ejemplo el Código Penal de Etiopía de 1957 que, en su artículo 281, aplica también el crimen de genocidio contra grupos políticos, y el Código Penal del Perú

Me ha parecido interesante contraponer la perspectiva exclusivamente jurídica, y partidaria de la exclusión de los grupos políticos, a una perspectiva más amplia, desde la sociología, pero no ajena a la perspectiva jurídica, partidaria de la inclusión de dichos grupos.

Desde la primera de las perspectivas mencionadas, se alega que entre los grupos mencionados el único que podría extenderse a los grupos políticos es el grupo nacional. La inclusión del grupo político en este grupo supone, para Gil Gil, que se trata de autogenocidio, dado que se trataría de personas que constituyen un subgrupo dentro del mismo grupo nacional. Considera que “la matanza masiva de personas pertenecientes a una misma nacionalidad podrá constituir crímenes contra la humanidad, pero no genocidio cuando la intención no sea acabar con ese grupo”.⁵⁸⁸ Me pregunto, entonces, si en tanto el objetivo no sea una nación entera no se puede considerar que el “grupo nacional” sea el grupo nacional previsto en la Convención. Me parece que este argumento puede refutarse con el mismo texto de la Convención que dice “total o parcialmente”. Sin embargo, Gil Gil aclara que lo decisivo no es el elemento cuantitativo del número de miembros del grupo, sino el elemento de cohesión. Y desde ese punto de vista se podría defender la exclusión de los grupos políticos, dado que “el criterio de cohesión es el dato de oponerse o de no acomodarse a las directrices del criminal. Por lo tanto, el grupo victimizado ya no queda definido por su nacionalidad sino por su oposición al Régimen”.⁵⁸⁹

Según uno de los argumentos sostenidos desde la otra perspectiva, el concepto de genocidio entendido en tanto “aniquilamiento parcial del propio grupo nacional” podría permitir restablecer el sentido estratégico de la elección

(artículo 129), el del Paraguay (artículo 308) y el de Lituania (artículo 71), que incluyen en la definición de genocidio a los grupos sociales.

⁵⁸⁸ GIL GIL, A., *Derecho penal internacional, op. cit.*, p. 183, y agrega que “la intención de quien elimina masivamente a personas pertenecientes a su propia nacionalidad por el hecho de no someterse a un determinado régimen político no es destruir su propia nacionalidad ni en todo ni en parte, sino, por el contrario, destruir a la parte de sus nacionales que no se somete a sus dictados”.

⁵⁸⁹ *Ibíd.* “En resumen, no se da la intención de destruir total o parcialmente al grupo como tal, como grupo nacional”.

de las víctimas, “al arrancarlas del rol de una supuesta inocencia abstracta al que parece arrojarlas tanto el concepto de genocidio vinculado sólo al aniquilamiento de ‘los otros’, como el propio concepto de crímenes contra la humanidad”.⁵⁹⁰

Son muchos los autores a los que se remite Feierstein que han definido el genocidio desde la perspectiva sociológica.⁵⁹¹ Kuper, que se ha negado a dar una nueva definición por temor a quitar poder a la propia Convención, señala, sin embargo que “la mayor omisión [de la Convención] se encuentra en la exclusión de los grupos políticos de la lista de grupos protegidos. En el mundo contemporáneo, las diferencias políticas resultan, como mínimo, tan significativas para desarrollar una masacre o aniquilamiento como las diferencias raciales, nacionales, étnicas o religiosas. Más aún, los genocidios contra [los grupos mencionados] son generalmente consecuencia de, o están íntimamente conectados al, conflicto político”.⁵⁹²

No es necesario alejarse de la disciplina jurídica para encontrar autores que consideran acertada una interpretación que incluya a los grupos políticos en la definición de genocidio. Suficientemente elocuente es Gómez Benítez, quien dice que “la realidad, sobre todo, ha ido imponiendo una forma distinta de interpretar la Convención. Los exterminios de grupos de personas por razones políticas han sido tan evidentes y atroces que cada vez ha sido más injustificado mantener que no caben en la definición jurídica del genocidio, porque no

⁵⁹⁰ FEIERSTEIN, D., «Guerra, genocidio, violencia política y sistema concentracionario en América Latina», *op. cit.*, p. 23. Hay cierta resistencia en los familiares de las víctimas de los crímenes internacionales a recordar a los asesinados como meros sujetos pasivos de una actuación criminal, cuando en cambio ha sido su actitud frente a ciertos hechos, la defensa de ciertos valores, lo que las ha convertido en víctimas. Si, como propone Gil Gil, se aplicara a los actos criminales la calificación de crímenes contra la humanidad no quedaría reflejada la realidad: su pertenencia a determinado grupo con determinada ideología.

⁵⁹¹ DADRIÁN, KUPER, HOROWITZ, CHALK Y JONASSOHN, FEIN, CHARNY, HARFF, entre otros.

⁵⁹² KUPER, L., *Genocide. Its Political Use in the Twentieth Century*, New Haven: Yale University Press, 1982, p. 39.

coinciden con ninguno de los grupos aludidos en el texto de la Convención”.⁵⁹³ Como vemos, son los casos concretos los que guían la interpretación de la norma.

Una interpretación de la Convención que no tuviera en cuenta la realidad a la que ha de responder, los casos que han de encuadrarse en sus normas, convertiría la Convención en letra muerta.⁵⁹⁴

Ahora bien, como todo texto objeto de interpretación, siempre hay un margen, dentro de lo razonable, que la palabra deja al intérprete. Si bien nadie podrá leer en las palabras grupo étnico, grupo racial o grupo religioso las palabras “grupo político”, las palabras grupo nacional dejan cierto margen bastante razonable. Lo decisivo es la voluntad del intérprete. Este puede alegar que está atado por el texto y no puede interpretar que “grupo nacional” podría incluir a los grupos políticos, o bien puede reconocer que la realidad está pidiendo a gritos que se interprete que los grupos políticos son grupos con una identidad determinada, y que sus miembros son víctimas de las prácticas incluidas en el tipo del genocidio por ser miembros de ese grupo y no por otras razones. El propósito de exterminio de un grupo está presente en la intención dolosa; la participación o colaboración del Estado también.

Veremos cómo en la jurisprudencia se ha intentado vincular la norma con la realidad, la Convención contra el Genocidio con las prácticas genocidas actuales.

⁵⁹³ GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Estudios penales, op. cit.*, p. 246. “El problema jurídico desde entonces ha sido, por tanto, fundamentar que el exterminio sistemático de grupos de personas por causas políticas es, también, genocidio de un grupo nacional”.

⁵⁹⁴ Ollé Sesé explica que las exclusiones -motivos políticos- que realiza parte de la doctrina “obedecen a ciertos miedos infundados que arrastra toda la génesis del delito de genocidio cuando se descartó de su parte objetiva el ‘grupo político’, porque en toda destrucción de cualquiera de los grupos, necesariamente y de forma mediata los motivos políticos pueden ser componentes del propósito de exterminio”. OLLÉ SESÉ, M., Aspectos relevantes del crimen de genocidio. Cooperación judicial, extradición y justicia universal”, en *El principio de justicia universal*, Ponencias del I Congreso Internacional sobre Derechos Humanos y el Principio de Justicia Universal, organizado por la Asociación Argentina Pro Derechos Humanos - Madrid: Editorial Colex, 2001, pp. 89-101, p. 93.

2.3.5. La jurisprudencia de los Tribunales Internacionales Ad Hoc

A pesar de que tanto el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda como el del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia reproducen la definición de genocidio contenida en la Convención, es decir excluyen a los grupos políticos, en la jurisprudencia de ambos tribunales se encuentran reflejados los dos puntos de vista respecto a la inclusión o no de los grupos políticos.

Por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda siguió decididamente un criterio objetivo en su primera decisión fundamental sobre el delito de genocidio. En efecto, en la sentencia del caso *Akayesu*⁵⁹⁵ se consideró que los *tutsi* no constituyen un grupo de los expresamente mencionados en el tipo de genocidio. Si bien dentro de la población civil de Ruanda los *tutsi* y los *hutu* son considerados como dos unidades étnicas distintas, esto no puede ser afirmado sin más desde el punto de vista objetivo. *Tutsi* y *hutu* hablan la misma lengua, comparten la misma fe y tienen una identidad cultural común. La clasificación como “*tutsi*” o como “*hutu*” no depende entonces tanto de criterios objetivos como de “un proceso social de adscripción”. El Tribunal reconoció este proceso, pero no lo consideró determinante para la constitución del grupo, dado que consideró como característica principal de un grupo la estabilidad, y como factor determinante de la pertenencia al grupo, el nacimiento.

La Sala consideró que se trataba de una cuestión de hecho: primero debía establecerse si las personas eran tratadas efectivamente como pertenecientes a uno de esos grupos, y segundo, si se consideraban ellas mismas pertenecientes a uno de esos grupos. Es decir, admitía la aplicación de criterios objetivos, pero también subjetivos, si consideramos que la percepción de la sociedad es un factor subjetivo, pero principalmente porque tiene en cuenta el sentimiento de pertenencia al grupo que tiene la víctima. Finalmente, la Sala estimó que el tipo de

⁵⁹⁵ TPIR, caso *Akayesu*, sentencia de apelación, citada.

genocidio debe ser aplicado a todos los denominados “grupos estables”, también a los no mencionados expresamente en el tipo.⁵⁹⁶

En la sentencia del caso *Kayishema-Ruzindana* el Tribunal no siguió el enfoque que había mantenido en la sentencia *Akayesu* y consideró determinante para la definición de grupo étnico atender, junto a características objetivas, a los procesos sociales de adscripción:

«Un grupo étnico es un grupo cuyos miembros comparten una lengua y una cultura comunes; o un grupo que se distingue a sí mismo como tal (autoidentificación); o un grupo identificado como tal por otros, incluso los perpetradores de los crímenes (identificación por otros)».⁵⁹⁷

En cambio, en el caso *Rutaganda*⁵⁹⁸ se puso más el acento en el elemento subjetivo. Vale la pena citar el párrafo pertinente: «Se han investigado exhaustivamente los conceptos de grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos [...] y en la actualidad no hay definiciones precisas de los mismos que hayan sido general e internacionalmente aceptadas. Cada uno de esos conceptos ha de ser definido a la luz de contextos políticos, sociales y culturales determinados. Además, la Sala observa que, a los efectos de la aplicación de la Convención contra el Genocidio, la pertenencia a un grupo es, esencialmente, un concepto subjetivo más que objetivo. La víctima es percibida por el perpetrador del genocidio como perteneciente a un grupo destinado a la destrucción. En

⁵⁹⁶ Resultado que, señala Werle, es incompatible con el principio de taxatividad, que también es válido en el derecho penal internacional. WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, op. cit., p. 318. Casesse considera que esta afirmación no es muy convincente dada la clara enumeración de la Convención. CASESSE, A., *International Criminal Law*, op. cit., p. 140.

⁵⁹⁷ Ibídem. Casesse cita el caso *Kayishema - Ruzindana* (TPIR, caso *Kayishema - Ruzindana*, sentencia de primera instancia, de 21 de mayo de 1999 (ICTR-95-1)), como otro ejemplo de la concepción mixta que, a diferencia de Werle, había encontrado en el caso *Akayesu*.

⁵⁹⁸ TPIR, caso *Rutaganda*, sentencia de primera instancia, de 6 de diciembre de 1999 (ICTR-96-3).

algunos casos, la víctima puede percibirse a sí misma como perteneciente al referido grupo». ⁵⁹⁹

Si bien la Sala de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda tiene cada vez más en consideración elementos subjetivos, se mantiene firme en la interpretación según la cual los procesos sociales de adscripción no son suficientes por sí solos para catalogar un grupo étnico.

En la sentencia *Bagilishema* ⁶⁰⁰ se dice que el concepto de grupo, debido a la inexistencia de una definición reconocida con carácter general en el ámbito internacional, debe entenderse a la luz del contexto político, social, histórico y cultural de cada caso. De esta forma, el elemento objetivo de la pertenencia a un determinado grupo adquiriría también una dimensión social.

Hasta el momento el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha defendido en sus sentencias una posición clara: el «grupo» es una construcción social y, por tanto, sus propiedades deben determinarse en función de cada contexto de vida socio-cultural. La percepción de una pluralidad de personas como un grupo determinado es decisiva, puesto que el concepto de grupo no sería definible desde un punto de vista científicamente objetivo. Para clasificar un grupo como nacional, étnico, racial o religioso es, por tanto, determinante qué características han sido tenidas en consideración por el autor del crimen o por terceros. ⁶⁰¹

Sin embargo, la configuración del grupo por el autor del crimen se ha considerado como una de las características definitorias del genocidio. Así lo comprobamos en la jurisprudencia argentina que citaremos a continuación.

⁵⁹⁹ CASESSE, A., *International Criminal Law*, op. cit., p. 140.

⁶⁰⁰ TPIR, caso *Bagilishema*, sentencia de primera instancia, de 7 de junio de 2001, (ICTR-95-1A).

⁶⁰¹ TPIY, caso *Jelisić*, sentencia de primera instancia, de 14 de diciembre de 1999 (IT-95-10), y TPIY, caso *Krstić*, sentencia de primera instancia, de 2 de agosto de 2001 (IT-98-33).

2.3.6. *Jurisprudencia argentina*

Argentina ratificó la "Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio" el 9 de abril de 1956, mediante decreto ley 6286/56.

En los tribunales argentinos donde se sustancian los crímenes cometidos durante la última dictadura militar se plantea a menudo la disyuntiva en la calificación de los hechos entre genocidio y crímenes contra la humanidad. Al parecer, los querellantes en general prefieren la primera calificación. La formulación que se ha adoptado cuando se admite encuadrar los crímenes en una u otra figura ha sido condenar por los delitos tipificados en el Código Penal y calificarlos como crímenes contra la humanidad o genocidio. Desde la perspectiva jurídica no hay mayores diferencias dado que ambos crímenes se consideran imprescriptibles y no tienen consecuencias diferentes, puesto que las penas son las previstas para los tipos codificados y la calificación sirve como agravante o excluyente de atenuantes.

Sin embargo, se observa una tendencia cada vez más insistente en que se condene por genocidio. Me referiré a una sentencia de marzo de 2011 en la que se aborda el tema de manera muy completa. Citaré los argumentos del Tribunal que explican por qué desestima la calificación de genocidio, a pesar de considerar que es la que refleja mejor los delitos cometidos en el siglo pasado en América Latina y luego haré una reseña de los argumentos en favor de la calificación de genocidio que uno de los jueces ha desarrollado en su voto particular, porque expone y refleja en forma muy completa casi todos los argumentos que se han esgrimido en otros casos en favor de la calificación como genocidio de los crímenes examinados.

Es el caso *Niklison*. Se juzga la comisión de varios homicidios con alevosía con el concurso de más de dos personas, y asociación ilícita, calificados tales delitos como de lesa humanidad.⁶⁰²

⁶⁰² Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, caso *Romero Niklison María Alejandra s/ Su pedido*. Expediente 401.118/04 y sus acumulados: *Romano Miguel Armando y otros s/ Inf. a los arts 213 bis y 189 bis del C.P.*, Expediente 358/76 y *Meneses*

En todos los casos anteriores, salvo el caso *Etchecolatz*, en el que, como veremos, se califican los hechos de un modo muy particular, se ha optado por la calificación de crímenes contra la humanidad. Los argumentos se apoyan en la no inclusión literal de los grupos políticos entre los grupos protegidos por la Convención contra el Genocidio. Por ello, los argumentos opuestos se basan en una interpretación del texto de la Convención por la que se pueden considerar incluidos en la protección los grupos políticos.

El Tribunal parte de una crítica a la Convención, dado que al referirse expresamente a determinados grupos está discriminando a otros y afectando el principio de igualdad.⁶⁰³ Dice que sería muy recomendable enmendar la Convención contra el Genocidio para que incluya los grupos políticos, así como que se incorporara el delito de genocidio a la legislación argentina de forma que incluyese a los grupos políticos, reconociendo jurídicamente la especificidad de los “politicidios” y el reproche como genocidios que merecen. También estima que sería positivo un desarrollo jurisprudencial en el orden local que explícitamente los incluya. “Tales estrategias permitirían especialmente en Latinoamérica resignificar jurídicamente los delitos cometidos en el curso de sus dictaduras del último tercio del siglo XX en su alcance más justo”.

Adolfo Francisco s/ Su pedido, Expediente 1119/00, Sentencia de 31 de marzo de 2011: “Los hechos: fuerzas de la Policía Provincial, toman por asalto la casa, previamente lanzan explosivos, ingresan a la vivienda, simulando un enfrentamiento asesinan a todos los moradores, por disparos de arma de fuego. Uno de los ocupantes logra salir de la casa huyendo, pero es asesinado por los mismos agresores cerca de la iglesia cercana, luego identificado como Fernando Saavedra Lamas. Frente del domicilio allanado había camiones del Ejército, vehículos policiales, gran cantidad de efectivos de ambas fuerzas, y muchos vecinos del lugar. Los cuerpos sin vida de las víctimas fueron llevados a la Jefatura de la Policía de Tucumán, y de allí cuatro de ellos (tres masculinos y un femenino) fueron inhumados en fosas comunes en el Cementerio del Norte de esta ciudad [...]”.

⁶⁰³ “Por cuanto conduce a un tipo penal de contenido posiblemente desigualitario en la medida en que la misma práctica, desarrollada con la misma sistematicidad y horror, solo se identifica como genocidio si las víctimas tienen determinadas características en común (constituir un grupo étnico, nacional, racial o religioso), pero no otras (constituir, por caso, un grupo político). Por lo demás, resulta criticable la construcción de un tipo penal que en su forma básica se sustenta no en la definición de una práctica, sino en las características de la víctima”. *Ibidem*, Cuestión 7; 7.1 Calificación legal.

Es decir, a su juicio, la calificación de genocidio es adecuada a los hechos, que revelan la intención de eliminar un grupo político, pero por razones de estricta legalidad se ve obligado a desestimarla.

Dice: “No se trata de un compromiso fetichista con la mencionada definición, se trata de la circunstancia de que incluir en su ámbito los grupos políticos no se compadece con los estrechos límites que marca la tipicidad en el proceso penal”.⁶⁰⁴

En consecuencia, el Tribunal pronuncia las condenas por los tipos previstos en el Código Penal argentino aplicables al caso, que son violación de domicilio y privación ilegítima de la libertad agravada en concurso ideal; imposición de tormentos agravada; homicidio agravado por alevosía, por el concurso premeditado de dos o más partícipes y con el fin de lograr impunidad; todo en concurso real, calificándolos como delitos de lesa humanidad.

Los párrafos siguientes reflejan los argumentos alegados en el voto en disidencia mencionado.

1. Justificación de la calificación de genocidio frente a la de crímenes contra la humanidad:

Reconoce que una y otra calificación conducen a los mismos resultados en cuanto a imprescriptibilidad, responsabilidad de sus partícipes, prohibición de indultos y amnistías, aplicación de penas correspondientes a cada ilícito, persecución universal, etc. Pero sostiene: “[L]a correcta calificación jurídica del delito es trascendente para entender sus causas, el modo de ejecución, el acuerdo para cometerlo, el propósito perseguido, como así también la individualización de los autores que impartieron las órdenes, sus cómplices y quienes las ejecutaron,

⁶⁰⁴ “Este Tribunal reconoce que el grado de reproche de los delitos cometidos contra las víctimas es el mismo que el que merecen las acciones que tipifican el delito internacional de genocidio previsto por la CONUG [Convención] y en este sentido configuran prácticas genocidas y, asimismo, que sus autores mediatos son claramente *genocidaires* en el marco de una definición no jurídica del genocidio”. *Ibídem*.

vislumbrándose en ellas las consecuencias en el orden social, económico, político y cultural para la sociedad en cuyo perjuicio se perpetran”.⁶⁰⁵

2. La interpretación restringida de la expresión “grupo nacional” conduce a la lesión del principio de igualdad.

Considera contraria al Estado de derecho esa interpretación porque del mismo modo que en este se sanciona el hecho delictivo y no las condiciones personales del autor -derecho penal de acto, no de autor-, el crimen se define por la conducta criminal y no por las características de la víctima. “Si así fuera, y valga el paralelismo, estaríamos en presencia de un Derecho Penal de Víctima, lo que constituiría una actividad contraria a la Constitución por resultar lesiva -en este caso- del derecho de igualdad consagrado en el artículo 16 de nuestra Carta Magna y Tratados de jerarquía constitucional, pues ninguna de sus normas consiente que una persona o grupo por sus características personales tenga un trato distinto a otros en igualdad de circunstancias”.

3. Habida cuenta del resultado de la interpretación restringida es necesario hacer una interpretación más amplia.

La interpretación más amplia de la expresión “grupo nacional” se apoya en la interpretación de las palabras “en todo o en parte” para sostener que se ha tratado de un intento de aniquilación parcial del grupo nacional argentino, dado que el grupo cuya aniquilación se perseguía “fue parte integrante de la Nación argentina en 1976 y que el gobierno de facto lo encasilló en el colectivo “delincuente subversivo” o “delincuente terrorista”, siendo que tales grupos se hallaban vinculados entre sí por intereses políticos, causas sociales, sindicales, profesionales, estudiantiles, docentes, religiosos, vecinales, barriales, culturales e ideológicos”.⁶⁰⁶

⁶⁰⁵ *Ibíd.* Voto en disidencia del juez de Cámara Subrogante, Dr. José María Pérez Villalobo, en lo que se refiere a la calificación de los delitos en el ámbito del derecho penal internacional.

⁶⁰⁶ *Ibíd.*

4. Correspondencia de la norma a los hechos:

Se considera que la interpretación en el sentido indicado es la única que se corresponde con la realidad de los hechos que ocurrieron en el país. Las razones son las ya mencionadas en el punto 3.⁶⁰⁷

5. La necesidad de recurrir a los medios complementarios de interpretación.

La admisión de la ambigüedad de la expresión “grupo nacional” justifica el recurso a los medios de interpretación complementarios previstos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

a) En aplicación del párrafo 1 del artículo 31 (Objeto y fin de los tratados), afirma que la Convención contra el Genocidio se aprobó poco más de tres años después del fin de la Segunda Guerra Mundial. En este voto disidente se considera que los grupos que los nazis pretendieron destruir (los judíos, los gitanos, los de otras etnias y culturas, minusválidos, homosexuales, políticos, sindicales, etc.) eran “colectivos humanos que formaban parte de la nación alemana”, de la que el régimen se proponía excluirlos. Se afirma que “[n]o habría fundamentos para sostener hoy que la intención de destruir algunos de estos grupos constituyó un genocidio y que, en cambio, el aniquilamiento de otros configuró un Delito de Lesa Humanidad”. La referencia que hace el juez disidente al “objeto y fin” en relación con el genocidio perpetrado por los nazis es clara: la Convención tuvo como finalidad la prevención de crímenes semejantes al que acababa de ocurrir.

b) El párrafo 2 del artículo 31 señala que el contexto a los fines de la interpretación de un tratado incluirá el texto, el preámbulo y sus anexos. En el Preámbulo de la Convención contra el Genocidio se invoca la Resolución n.º 96/1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas “donde se define

⁶⁰⁷ Cita en apoyo de su argumentación al juez Garzón: “La idea de exterminio de un grupo de la población argentina fue una acción de exterminio no de una manera indiscriminada, sino que respondía a la voluntad de destruir un determinado sector de la población, un grupo sumamente heterogéneo pero sí funcional” [GARZON, B., *El alma de los Verdugos*, RBA, 2008, p. 539-540].

como Genocidio a la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros sin discriminar entre ellos, incluyéndolos a todos”. Además, el texto de la Resolución 96 (I), ya citado en el presente capítulo, contiene un párrafo que se refiere expresamente a los grupos políticos. “Muchos ejemplos de tales crímenes de genocidio han ocurrido cuando grupos raciales, religiosos o políticos han sido destruidos parcial o totalmente”

Es interesante señalar la opinión que expresa el juez disidente con respecto a los únicos precedentes, en el sentido de la calificación de los hechos como genocidio, que se encuentran en la jurisprudencia argentina.

Se trata de las sentencias dictadas por el Tribunal Oral Federal n.º 1 de La Plata en los casos *Von Wernich*, *Etchecolatz* e integrantes del Servicio Penitenciario de la Unidad Penitenciaria N.º 9 por distintos delitos juzgados como crímenes de lesa humanidad. En esas sentencias se condena por delitos, tipificados en el Código Penal, cometidos “en el marco de un genocidio”. El juez Villalobo sostiene que el genocidio no es un marco en el que se cometen delitos, sino que es el crimen mismo. Las múltiples acciones delictivas son instrumentos para perpetrarlo y constituyen, por tanto, conductas genocidas. (En realidad la fórmula que se emplea en ese fallo es: “Pero además [de distintos tipos nacionales], se lo considera “autor de delitos de lesa humanidad cometidos en el marco de un genocidio”).⁶⁰⁸

En conclusión, en Argentina, los querellantes, representados por organizaciones de derechos humanos, entre las que se destaca la asociación HIJOS, (integrada principalmente por los hijos de desaparecidos) solicitan las condenas por los tipos nacionales calificados como genocidio. Hay muchas razones, además de los argumentos jurídicos, que les hacen preferir esa calificación. Una de ellas, alegada en el voto disidente que hemos analizado, se centra en la imagen que se presenta de las víctimas con la calificación de crímenes

⁶⁰⁸ Juzgado Federal n.º 3 de la Ciudad de La Plata, caso *Etchecolatz*, caso n.º 2251/06, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. La acusación también había recurrido a una fórmula curiosa: “[...] considerando los delitos cometidos como de lesa humanidad, en su sentido específico de genocidio”.

contra la humanidad: personas que han sido seleccionadas al azar, totalmente pasivas. En cambio, la calificación como genocidio permite recordarlas como pertenecientes a un grupo, caracterizado por su oposición a la dictadura, con ideas claras de cambio social, no pasivas, pero sí indefensas.

2.3.7. Jurisprudencia española

En 1968, España se adhiere a la Convención el 13 de septiembre de 1968. En 1971, en virtud de la Ley 44/71, de 15 de noviembre de 1971, se introduce en la legislación española el delito de genocidio. Fue incorporado al Código Penal entonces vigente, en el artículo 137 *bis*. Actualmente, este delito figura en el Título XXIV, “Delitos contra la comunidad internacional”, en el capítulo II, “Delitos de genocidio”, en el artículo 607. El párrafo 1 dice: “Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren algunos de los actos siguientes, serán castigados: [...]”. Y a continuación enumera las conductas que constituirán ese delito: asesinatos, agresiones sexuales, sometimiento del grupo o de cualquiera de sus miembros a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros, cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien traslado por la fuerza de individuos de un grupo a otro. Como señala Gil Gil, el tipo de genocidio previsto en las normas españolas es en algunos supuestos más restrictivo y en otros más amplio que el previsto en la Convención contra el Genocidio y, por consiguiente, en el Estatuto de Roma.⁶⁰⁹

Dada su relación con el caso argentino, me referiré a un auto de la Audiencia Nacional en el que se confirma la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura argentina, particularmente en lo que se refiere a la inclusión de los grupos políticos.

⁶⁰⁹ Respecto a las diferencias concretas, dado que no es mi propósito detenerme en este tema, me remito a GIL GIL, A., «Informes nacionales. España», en K. Ambos y E. Malarino (coords.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2003, pp. 336 y ss.

“En los hechos imputados en el sumario, objeto de investigación, está presente, de modo ineludible, la idea de exterminio de un grupo de la población argentina, sin excluir a los residentes afines. Fue una acción de exterminio, que no se hizo al azar, de manera indiscriminada, sino que respondía a la voluntad de destruir a un determinado sector de la población, un grupo sumamente heterogéneo, pero diferenciado. El grupo perseguido y hostigado estaba integrado por aquellos ciudadanos que no respondían al tipo prefijado por los promotores de la represión como propio del orden nuevo a instaurar en el país. El grupo lo integraban ciudadanos contrarios al régimen, pero también ciudadanos indiferentes al régimen. La represión no pretendió cambiar la actitud del grupo en relación con el nuevo sistema político, sino que quiso destruir el grupo, mediante las detenciones, las muertes, las desapariciones, sustracción de niños de familias del grupo, amedrentamiento de los miembros del grupo”.⁶¹⁰

He citado este párrafo porque describe de una manera muy fiel a la realidad la modalidad represiva que tuvo lugar en Argentina.

En el mismo fundamento, un poco más adelante, alega argumentos que siguen un enfoque interpretativo dinámico, que obedece a uno de los criterios que hemos visto con respecto a la necesidad de ir adaptando el significado de las normas a las interpretaciones de las que van siendo objeto. Dice el Auto: “Sabemos por qué en el Convenio de 1948 no aparece el término "político" o las voces "u otros" cuando relaciona en el artículo 2 las características de los grupos objeto de la destrucción propia del genocidio. Pero el silencio no equivale a exclusión indefectible. Cualesquiera que fueran las intenciones de los redactores del texto, el Convenio cobra vida a virtud de las sucesivas firmas y adhesiones al tratado por parte de miembros de Naciones Unidas que compartían la idea de que el genocidio era un flagelo odioso que debían comprometerse a prevenir y a

⁶¹⁰ Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, *Auto sobre la competencia de la Justicia Española para perseguir delitos de genocidio en Argentina*, de 4 de noviembre de 1998. Fundamento de derecho quinto.

sancionar”. Si bien no es muy explícito, este párrafo alude a los debates que precedieron la adopción de la Convención y las razones por las que no se incluyeron los grupos políticos. Estas razones obedecían al momento histórico, a las circunstancias que en ese momento concreto favorecerían u obstaculizarían la adopción de la Convención. Ese es uno de los argumentos sostenidos en este párrafo. No había razones jurídicas de peso que llevaran a descartar la inclusión. Pero otro de los argumentos es que no hubo tampoco una exclusión expresa, de ahí la frase “el silencio no equivale a exclusión indefectible”. El tercer argumento, que es un ejemplo claro de la filosofía hermenéutica, es que el texto “cobra vida” en las sucesivas interpretaciones. Porque si bien se refiere a “firmas y adhesiones” cada una de ellas supone que la Convención será objeto de una interpretación al ser acogida en el respectivo ordenamiento (sea a través de medidas legislativas o judiciales).

Se hace también en este Fundamento una referencia a un sentimiento social que demandaría la interpretación de “grupo nacional” en el sentido siguiente: “[se requiere] que los términos ‘grupo nacional’ no signifiquen “grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación”, sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor. El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio que los apelantes defienden impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder [...] de los enfermos de SIDA, como grupo diferenciado, o de los ancianos, también como grupo diferenciado, o de los extranjeros que residen en un país, que, pese a ser de nacionalidades distintas, pueden ser tenidos como grupo nacional en relación al país donde viven, diferenciado precisamente por no ser nacionales de ese Estado. Esa concepción social de genocidio -sentida, entendida por la colectividad, en la que ésta funda su rechazo y horror por el delito- no permitiría exclusiones como las apuntadas”.

Gil Gil refuta esta argumentación, alegando, entre otras cosas, que “[...] no se puede entender como grupo nacional un grupo definido por determinados caracteres de tipo social, ideológico o según cualquier otro criterio que no sea una

identidad nacional que lo distinga del resto, pues en tal caso el grupo víctima, el grupo al que se dirige el ataque no es ya un grupo nacional, sino un grupo social ideológico, etc., excluidos del ámbito de protección del Convenio”.⁶¹¹ Me parece muy razonable que si constituimos el grupo nacional sobre la base de otras características, sería un grupo nombrado con esas otras características. En cambio, no estoy de acuerdo en que “no se puede entender”, dado que si queremos, podemos entender lo que queramos. Por supuesto, dentro de los límites de lo razonable, y considero que no es totalmente arbitrario considerar que dado que los grupos que pueden constituirse o ir configurándose dentro de un grupo nacional (basta recordar los ejemplos mencionados en el Auto) son tantos y tan imposibles de prever, la expresión “grupo nacional” ha servido para una formulación genérica que dejara abierta la puerta al intérprete para interpretarla conforme a la realidad a la que tendría que aplicarse. La alusión que se hace en el Auto al “por qué” se excluyeron los grupos políticos en el momento de la elaboración de la Convención, es una alusión, como dijimos a las circunstancias históricas concretas de ese momento. Pero la Convención, como todo instrumento legislativo, tiene por delante una vida futura indeterminada, y aunque sus términos hubiesen sido aún más precisos, siempre la interpretación la tendrá que adaptar al significado que sus palabras puedan tener en cada momento histórico de su aplicación. Pensemos por ejemplo en el concepto de raza. ¿Acaso no es diferente la definición que se daba en 1948 de la que se da actualmente?

Gil Gil desarrolla su argumento diciendo que si interpretáramos en el sentido del Auto la expresión grupo nacional, también podríamos aplicarla a las nacionalidades a las que los judíos pertenecían, y decir que no se perseguía al pueblo judío sino a esas nacionalidades. Es un argumento muy razonable. Pero en toda norma hay grados de claridad, y así como en el caso de los judíos, o de los

⁶¹¹ GIL GIL, A., *Derecho penal internacional, op. cit.*, pp. 184 y 285. La autora se refiere al Auto de 25 de marzo de 1998 por el que se mantiene la competencia de la jurisdicción española sobre los hechos cometidos en las dictaduras argentina y chilena. Procedimiento sumario 19/97, Juzgado de instrucción número cinco de la Audiencia Nacional. Pero sus argumentos son aplicables como refutación a los del Auto al que me he referido, que es posterior.

gitanos, no cabía duda de que la raza (o etnia) era el elemento de cohesión, en el caso de otros grupos puede que no sea tan claro cuál es ni cuál será en el futuro el elemento de cohesión. Cuando la norma no es tan clara, entra la libertad del intérprete, y su consiguiente y necesaria posibilidad de adaptarla a la realidad a la que ha de aplicarse y a la que está destinada.

2.3.8. Definición de los crímenes internacionales

Tras el examen de los crímenes contra la humanidad y del genocidio en función del examen de la obligación del Estado del territorio donde se han cometido de perseguirlos penalmente, considero que son crímenes internacionales “los crímenes cometidos en forma masiva y planificada, bajo el amparo del Estado, contra su propia población”.

En esta definición se refleja la gravedad del ilícito. En primer lugar por el empleo del vocablo “crimen” que, como se ha señalado en diversos foros internacionales, denota por sí solo una mayor gravedad. La gravedad procede de tres factores interrelacionados: 1) el hecho de que se cuente con el amparo del Estado (he optado por emplear un término suficientemente amplio que no limite la actuación del Estado frente a los crímenes a una intervención directa, por ejemplo, cuando el Estado ordena directamente la comisión), 2) este hecho supone determinado contexto que facilita la comisión masiva y planificada, 3) las víctimas son parte de la propia población del Estado que ampara los crímenes, lo que acrecienta particularmente su vulnerabilidad.

3. Recapitulación

En este capítulo hemos examinado diversos instrumentos internacionales para determinar la existencia de una obligación internacional del Estado de perseguir penalmente los crímenes internacionales cometidos en su territorio. Es una obligación normalmente no prevista en las legislaciones nacionales porque se refiere a ilícitos que tampoco están previstos en esas normas. Difícilmente se puede prever la obligación de perseguir ilícitos que no son tales en el ordenamiento respectivo.

He pasado revista a distintos instrumentos internacionales que prevén los que he denominado crímenes internacionales para fundamentar la existencia de la obligación. En algunos casos, como los Convenios de Ginebra, la Convención contra el Genocidio, la Convención Internacional contra las desapariciones forzadas, así como la Convención Interamericana sobre desaparición forzada, la obligación está formulada expresamente, si bien en distintos términos. En otros instrumentos, se requiere una mayor labor interpretativa. También he analizado la posibilidad de fundamentarla en fuentes internacionales no convencionales.

Habiendo comprobado la existencia de la obligación en el ámbito internacional, es indispensable delimitar su contenido. En las normas internacionales que se refieren a ella, suele aparecer junto a otras obligaciones que, aunque no son menos importantes, tienen un carácter secundario desde el punto de vista cronológico. El problema que se plantea es que están formuladas de tal forma que se induce al intérprete a verlas vinculadas, a considerar que una obligación depende de la otra, o está asociada a la otra. Ha sido prioritario para mí determinar la existencia de la obligación del Estado con independencia de los derechos de las víctimas. Como he señalado en la Introducción, uno de mis principales objetivos ha sido intentar un análisis de las expresiones más frecuentemente empleadas en este tema a fin de darles la mayor claridad posible. Además, la desvinculación es necesaria desde el punto de vista lógico: no podemos establecer la obligación de reparar los daños causados por un crimen sin antes haber investigado su comisión y determinado que se ha cometido efectivamente. También por ello ha sido importante distinguir la obligación del Estado de los derechos de las víctimas. En los capítulos siguientes examinaré las características principales de la obligación estudiada.

En la segunda parte del capítulo me he ocupado de los crímenes internacionales. He hecho una descripción de lo que entiendo por crímenes internacionales a través de las disposiciones internacionales que prevén los crímenes contra la humanidad, tanto en sentido amplio como en sentido estricto, y el genocidio. Si bien no son los únicos crímenes internacionales, se puede considerar que ambas figuras comprenden la mayor parte de los que

consideramos crímenes internacionales, como la tortura y la desaparición forzada. No era mi intención hacer un análisis pormenorizado de los crímenes indicados (que merecen y han merecido sus respectivas y exclusivas tesis), sino tratarlos en la medida en que son los hechos generadores de la obligación que analizamos. De estos crímenes he analizado los elementos comunes que me han permitido agruparlos en una misma definición: el autor, el contexto y la víctima.

En el caso del genocidio, me he detenido en la cuestión de la inclusión entre los grupos protegidos de los grupos políticos. La interpretación de la Convención contra el Genocidio en uno u otro sentido tiene una importancia práctica considerable, como lo demuestra el recurso a esta figura que se hace en los juicios sobre crímenes internacionales que se están sustanciando actualmente. Considero que deben incluirse por diversas razones que señalo, entre ellas la interpretación que se ha hecho de la Convención en diversos ámbitos, y más aún, la interpretación que cabe deducir de la aplicación de la norma (siguiendo las pautas de la filosofía hermenéutica).

Lo que me interesaba poner de relieve respecto de los crímenes, además de la tipificación en instrumentos internacionales y su posible fundamentación en otras fuentes del derecho internacional, ha sido su gravedad, porque la gravedad de los crímenes repercute en la imperatividad de la obligación. De ella me ocuparé en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO III

CARÁCTER *IUS COGENS* DE LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO DE PERSEGUIR PENALMENTE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES COMETIDOS EN SU TERRITORIO

1. Reseña histórica

Los autores que se han ocupado del tema, y que seguiremos en el presente capítulo, coinciden en general en que para encontrar el origen del *ius cogens* hay que situarse en el centro de la primera división del derecho según la *Instituta*, es decir, la división entre derecho público y derecho privado. Y respecto a esta primera división, se pueden distinguir dos construcciones, diferenciadas según el sujeto al que se refieren las respectivas reglas: el *ius publicum* sería el derecho propio de los asuntos del Estado romano, mientras que el *ius privatum* sería el derecho aplicable a las relaciones jurídicas de los particulares entre sí o con las cosas. Según la segunda división, la diferencia entre ambas esferas reside en las fuentes: el *ius publicum* sería el creado por el pueblo romano, sea en forma directa como en forma indirecta, a través de los órganos del Estado, mientras que el *ius privatum* nacería solamente de la autonomía privada. El derecho público engloba al derecho privado. El primero afecta a las normas, el segundo a los actos jurídicos.⁶¹²

⁶¹² GÓMEZ ROBLEDO, A., *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 2 y ss.

Pero estas distinciones, nos recuerda Kolb, son reconstrucciones de los historiadores. El criterio que servía en el momento histórico al que correspondían estas categorías para distinguirlas una de otra era la *utilitas*, entendiéndose por tal el interés o la finalidad que la norma intenta proteger; por ello se hablaba de *utilitas publica* y de *utilitas singulorum*.⁶¹³

Sin embargo, respecto del *ius cogens* es indispensable tener en cuenta, como hace Biondo Biondi, que el *ius publicum* no es solo el *ius populi*, es decir, el que concierne directamente *ad statum rei romanae* (con arreglo a la definición de Ulpiano), sino que comprende ciertas relaciones entre particulares habida cuenta de que en ellas predomina el interés colectivo frente al individual. Como es el caso del derecho penal, dado que la sociedad está interesada en la represión del delito a pesar de que el autor y la víctima sean individuos particulares. Gómez Robledo cita un pasaje de Biondo Biondi, esclarecedor con respecto al tema que nos ocupa:

“De este predominio del interés público deriva la máxima *ius publicum privatorum pactis mutare non potest* (D.2.14.38), la cual conlleva la absoluta inderogabilidad de las normas que se definen como *ius publicum*, y que no tendría sentido si se refiriera al derecho público entendido como *ius populi*”.⁶¹⁴

Gómez Robledo nos hace ver que esta frase apunta a la “inderogabilidad” de las normas mediante acuerdo entre las partes, única característica del *ius cogens* consignada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De ello concluye que en Roma el *ius publicum* es verdaderamente el *ius cogens*.⁶¹⁵

Desde el momento en que al *ius publicum* corresponde el interés general, sus normas son inderogables: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*.

⁶¹³ KOLB, R., *Théorie du ius cogens International. Essai de relecture du concept*, París: Presses Universitaires de France, 2001, p. 209.

⁶¹⁴ GÓMEZ ROBLEDOS, A., *op. cit.*, p. 3. Recuerda también otras máximas romanas que expresan la inderogabilidad del *ius publicum*, por ejemplo, “*privatorum convention iuri publico non derogat*”; “*Pacta quae contra leges constitutiones que vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere, indubitati iuris est*”. La obra de Biondo Biondi a la que se remite es BIONDI, B., *Il diritto romano*, Bolonia: Capelli, 1957, p. 136.

⁶¹⁵ *Ibidem*.

Esto suponía entonces que las normas de derecho público tenían un efecto imperativo, estaban excluidas del alcance de los particulares. Considera que desde ese entonces la tendencia llega a sancionar con la nulidad los pactos contrarios a las leyes fundamentales así como a las buenas costumbres.

En el derecho romano, el *ius cogens* se caracterizaba por asociarse a la idea de un derecho público que protegía los intereses colectivos (*utilitas publica*) y requería la inderogabilidad del régimen previsto en la norma.

En estos dos conceptos, utilidad pública e inderogabilidad, se apoya el régimen romano del derecho imperativo.⁶¹⁶

Kolb hace una breve pero elocuente reseña del derecho en la Edad Media en relación con el derecho imperativo. Recuerda que tras la caída del Imperio romano de Occidente, en 476 después de Cristo, el derecho romano sobrevivió como derecho personal de los ciudadanos romanos, según el principio de personalidad, siendo recogido en una serie de compilaciones.⁶¹⁷

El derecho romano, como derecho del Imperio, y por lo tanto derecho universal, es adoptado por la Iglesia para sus relaciones temporales (no olvidemos la vocación universal de la Iglesia). Luego el derecho imperial romano pasa al Imperio franco y más tarde al Sacro Imperio germánico otoniano. La necesidad de adaptar un derecho elaborado siglos atrás a las condiciones locales y al momento histórico condujo a que se reformularan numerosas reglas. Es la época de los glosadores.

De esta reelaboración jurisprudencial y doctrinal del derecho romano nace el *ius commune* romano-canónico de la Edad Media.

⁶¹⁶ KOLB, R., *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept, op. cit.*, p. 198.

⁶¹⁷ *Pauli sententiae, Fragmenta vaticana, Tituli ex corpore ulpiani*, etc, del siglo III al siglo V, que influyeron en las legislaciones bárbaras, *Lex romana visigothorum* (506), *Lex burgundionum* (520), *Edictum Teoderici* (524). (Citados por Kolb en *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept, op. cit.*, p. 199).

En los siglos XIII y XIV hubo un surgimiento extraordinario de las actividades económicas, con diversos centros locales. El poder, tanto económico como político, de esos centros fue acompañado de la búsqueda de su autonomía normativa frente al imperio.⁶¹⁸ Esa autonomía se plasma en los Estatutos, como derecho particular de las comunas. Se plantea entonces la compatibilidad de estos Estatutos con el derecho común. Al principio del conflicto entre ambos sistemas jurídicos (*ius commune* / *ius proprium (statuta)*), se reconoce prioridad jerárquica al *ius commune*. La relación se configura como una relación de regla y excepción. La norma del Estatuto solo era válida si no se oponía a una norma del derecho común. A medida que las comunas van adquiriendo mayor poder político (siglos XIV y XV), la jerarquía se invierte. Es decir, las leyes comunales, los Estatutos, son *ius primarium*, mientras que el derecho común es *ius subsidiarium*.

Kolb encuentra un paralelismo entre la sociedad medieval de poder descentralizado y la sociedad internacional, así como notables similitudes entre los órdenes jurídicos correspondientes. En la primera, la descentralización del poder es extrema, hay una infinidad de poderes públicos, fragmentados en relaciones de dominio o imperio que los individuos tenían respecto a otros. Y el poder de creación de normas era consecuencia de esas prerrogativas. No había una distinción clara entre derecho público y derecho privado. El acto que se aparta, tanto del derecho canónico como del derecho común, no es un acto jurídico privado, como el *ius cogens* clásico del derecho romano, sino derecho objetivo, los Estatutos, emitidos por órganos que representaban un poder político más restringido.

1.1. La Escuela española

Toda la Escuela española del derecho natural y de gentes de los siglos XVI y XVII desarrolla una “nueva visión de la realidad internacional basada en la afirmación de la existencia de una comunidad internacional universal, en el sentido sociológico más preciso del término comunidad como diferente al de sociedad, y de

⁶¹⁸ Surgen así los conflictos entre las comunas y las ciudades en el Norte de Italia.

un derecho internacional también universal, común, en principio, a todos los hombres, pueblos y Estados”.⁶¹⁹

Gómez Robledo observa que el gran problema se plantea respecto a la existencia de un *ius cogens* en el ámbito mundial. Para responder, continúa analizando la historia de esta institución.

Francisco de Vitoria, a quien se considera padre del derecho internacional moderno, fue el fundador de la Escuela española en la que se desarrollan los primeros estudios sistemáticos sobre derecho internacional. El objetivo de los autores era delimitar este derecho con respecto al derecho natural y al derecho interno. Su tesis fundamental es la positivización del derecho internacional, pero relacionándolo estrechamente con el derecho natural, inmodificable, exigible externamente e imperativo. De esa relación nace la inderogabilidad de algunas normas del derecho internacional, configurándose así el *ius cogens* internacional.⁶²⁰ Es decir, la característica común que tienen las normas de *ius cogens* y las del derecho natural es que al ser normas superiores son inderogables por convenciones particulares.

Vitoria afirma que “el derecho de gentes, que es derecho natural o se deriva del derecho natural, según el texto de las Instituciones: ‘Lo que la razón natural ha establecido entre todas las gentes se llama derecho de gentes’. En efecto, en todas las naciones se tiene por inhumano el tratar mal, sin motivo alguno especial, a los huéspedes y transeúntes y, por el contrario, es de humanidad y cortesía portarse bien con los extranjeros [...]”.⁶²¹ Vitoria considera que el derecho de gentes es

⁶¹⁹ DEL ARENAL MOYÚA, C., «La visión de la sociedad mundial en la Escuela de Salamanca», *op. cit.*, p. 31.

⁶²⁰ CORREIA BAPTISTA, E., *Ius Cogens em direito internacional*, Lisboa: Lex, 1997, p. 25. En las páginas siguientes desarrolla los antecedentes históricos del *ius cogens* y lo seguiremos.

⁶²¹ VITORIA, F. de, *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*, *op.cit.* Tercera parte, Primer título, p. 130. También he consultado otra traducción anterior de la misma obra: *Relectio de Indis o Libertad de los Indios*, L. Pereña Vicente y J. M. Pérez Prendes (eds.), Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1967. Se refiere en esta cita a las Instituciones de Gayo: “*Ex iure gentium, quod vel est ius naturale, vel derivatur ex iure naturali*”.

positivo o voluntario, y es también *ius cogens* porque no se lo puede transgredir por haber sido promulgado por la comunidad internacional en su conjunto: “El derecho de gentes no sólo tiene fuerza de pacto y convenio entre los hombres, sino que tiene también fuerza de ley. Y es que el orbe todo, que en cierta manera es una república, tiene el poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes [...]. En asuntos graves, por tanto ningún Estado puede darse por no obligado por el derecho de gentes, porque está dado por la autoridad de todo el orbe”.⁶²² Es interesante observar cómo está siempre presente la idea de comunidad internacional, aun cuando no la mencione expresamente (“el orbe todo”).

Gómez Robledo pone de relieve el carácter de ley que Vitoria asigna a ciertos acuerdos internacionales cuando su materia es de gran importancia (*in gravioribus*) y han sido concertados por la comunidad internacional toda (*totus orbis*). A esas normas no puede sustraerse ningún Estado, haya o no contribuido a su formación. Gómez Robledo interpreta que este *ius cogens*, a diferencia del primero, es derogable pero a condición de que en esta derogación esté de acuerdo toda la comunidad internacional y ve en él una clara anticipación del artículo 53 de la Convención de Viena.⁶²³

También puede encontrarse una anticipación del concepto de normas imperativas en la siguiente frase de Vitoria, donde admite la posibilidad de autonomía del derecho de gentes respecto del derecho natural: “[...] si el derecho de gentes se deriva suficientemente del derecho natural, tiene manifiesta fuerza para conceder derechos y crear obligaciones. Y aunque no siempre se derive del derecho natural, parece que basta el consentimiento de la mayor parte del orbe, sobre todo si está encaminado al bien común de todos”.⁶²⁴

⁶²² VITORIA, F. de, *op. cit.*, Segunda parte, párr. 21, pp. 50 y 51.

⁶²³ GÓMEZ ROBLEDO, A., *op. cit.*, pp. 9 y 10.

⁶²⁴ VITORIA, F. de, *op. cit.*, p. 52. Y agrega a continuación: “Ciertamente, parece que las leyes que son convenientes a la república obligan aun cuando las dé un tirano, no porque las dé un tirano sino por el consenso de la república, puesto que es mejor cumplir las leyes dadas por un tirano que no cumplir ninguna”. En la frase “la mayor parte del orbe”, notamos nuevamente la presencia de la comunidad internacional, pero también algo

Pereña Vicente sostiene que para Vitoria el derecho de gentes tiene su origen en el *consensus*. De este modo, prescinde de la derivación del derecho natural que hemos mencionado. Y es tan importante el papel de ese consentimiento que de sus formas se determina la clasificación del derecho de gentes: el consentimiento explícito y formal determinado por un pacto, que puede ser público o privado. El público constituye el derecho de gentes escrito, que ha sido ratificado en escritura pública, es ley universal que obliga a todos los pueblos del orbe. En cambio, el derecho de gentes contractual, “cuando son pocas las gentes que convienen o consienten en ese derecho”, es constituido por el pacto de algunos pueblos y solo obliga a las partes contratantes. El derecho definitivo es el derecho de gentes consuetudinario, resultante de un consentimiento implícito o interpretativo.⁶²⁵ “Las naciones no consienten formalmente sino virtualmente”.⁶²⁶

Respecto de las diferencias entre la ley humana y la ley divina, Vitoria dice: “Se diferencian también porque, para que la ley divina sea justa y por lo mismo obligatoria, basta la voluntad del legislador, pues la voluntad es razón suficiente. Sin embargo para que la ley humana sea justa y pueda obligar, no es suficiente la voluntad del legislador, sino que es necesario que sea útil a la república y mesurada para los demás”.⁶²⁷

Resumiendo, habría un *ius cogens naturale* no derogable en absoluto y un *ius cogens* positivo o voluntario, que acabamos de ver. Al primero corresponde el

similar a la interpretación de la frase “comunidad internacional en su conjunto” empleada en la Convención de Viena, así como en otros instrumentos internacionales posteriores a esta, en el sentido de que por tal se entenderá una mayoría de Estados y no necesariamente todos. Para el tema de la comunidad internacional, me remito al capítulo I, “Conceptos débiles, consecuencias fuertes”.

⁶²⁵ PEREÑA VICENTE, L., *op. cit.*, p. 625.

⁶²⁶ VITORIA, F. de, *Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomas. T. IV, De Justitia (Quaest 67-88)*, R. P. Vicente Beltran de Heredia (ed.), Salamanca: Biblioteca de Teólogos Españoles, 1934, Quaest LXII, Artículo I, Parágrafo 23, p. 79. Explica Pereña Vicente que este consentimiento virtual se manifiesta por hechos históricos, como lo demuestran los dos ejemplos a los que se refiere Vitoria: la inviolabilidad de los embajadores y la propiedad privada. PEREÑA VICENTE, L., *op. cit.*, p. 618.

⁶²⁷ VITORIA, F. de, *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*, *op. cit.*, párr. 16, p. 43.

ius naturale societatis et communicationis, que es el principio y fundamento del derecho internacional en Francisco de Vitoria.

Notable es el aporte que ha hecho Domingo de Soto a este tema. Considera que el derecho de gentes es un derecho positivo distinto del derecho natural. Recuerda que Cayo ha dicho: “lo que la razón natural constituye entre todos los hombres, es guardado entre todos por igual, y se llama derecho de gentes”.⁶²⁸ Pero hace notar respecto a esta afirmación de Cayo lo siguiente: “No dice: lo que la simple luz natural; sino lo que la razón, que es propia de los hombres, constituye, es decir, pone”.⁶²⁹ Con esta aclaración que resalta la función activa de la razón humana reafirma el carácter positivo del derecho de gentes. Sin embargo, lo diferencia del derecho civil, que también es positivo, cuando dice: “el derecho de gentes procede de los principios naturales de las cosas consideradas en orden a algún fin y circunstancias por vía de conclusión [...]. Pero el derecho civil se colige de un solo principio natural y poniendo la otra premisa al arbitrio humano; y así no se colige por vía de ilación, sino por determinación del principio general a la ley especial”.⁶³⁰ De esta diferencia deriva las siguientes, de las que citaremos la principal: “el derecho de gentes es común a todas las gentes [...]; mas el derecho civil es [...] lo que cada pueblo o ciudad constitúyase como propio [...]”.⁶³¹ Señala el carácter de fuente común que tiene el derecho de gentes para todos los derechos propios de cada pueblo: “Y del derecho de gentes se han introducido casi todos los contratos, como la compra y venta, el arriendo, etcétera, sin los cuales no puede subsistir la sociedad humana [...]”.⁶³²

Otro aspecto interesante de su contribución está planteado en forma de duda con respecto a las diferencias entre el derecho de gentes y el natural: “Si sobre el derecho de gentes cae dispensa y, por consiguiente, si es indispensable

⁶²⁸ DE SOTO, D., *Tratado de la Justicia y del Derecho*, traducido por J. Torrubiano Ripoll, vol. II, Madrid: Reus, 1926, Libro Tercero, Cuestión Primera, Artículo 3, pp. 205 y 206.

⁶²⁹ *Ibídem*.

⁶³⁰ *Ibídem*.

⁶³¹ *Ibídem*.

⁶³² *Ibídem*.

como lo es el derecho natural [...]”. Responde: “[...] algunas cosas de derecho de gentes son tan conducentes a las relaciones humanas, que de ningún modo es honesto dispensar sobre ellas; antes, tal vez la dispensa sería nula”.⁶³³ De esta manera sugiere que el derecho de gentes puede ser imperativo con independencia de su derivación del derecho natural.

Correia Baptista considera que de esta frase puede deducirse que Soto sería el primer autor que defiende la vigencia de normas de *ius cogens* del derecho internacional positivo.⁶³⁴ Su interpretación sería *a contrario sensu*, es decir, infiere la existencia de las normas imperativas del derecho de gentes positivo de la existencia de otras normas, como la de la esclavitud, que pueden ser derogadas.

Francisco Suárez, discípulo de Vitoria y de Soto, lleva aún más adelante las ideas de estos. Aborda el tema del derecho de gentes por primera vez en 1582 y culmina su texto en 1612.

Considera que “el derecho de gentes es sencillamente humano y positivo”.⁶³⁵ Se basa en la división de Santo Tomás del derecho positivo en derecho de gentes y civil, pero sostiene que debe ser aclarada la afirmación de que los dos son derecho humano derivado del natural. Y esta aclaración es muy interesante por cuanto dice que “una ley puede a veces calificarse de humana, no en función de su autor, sino porque son humanas las cuestiones a las que se refiere. En este sentido hasta el derecho natural es humano por orientarse al gobierno del género humano y dirigir las acciones de los hombres”.⁶³⁶ Sin embargo, admite también que

⁶³³ *Ibídem*, p. 209.

⁶³⁴ La interpretación de Correia Baptista se basa en los ejemplos que figuran en esa frase de Soto, uno de los cuales es la dispensa de la servidumbre, aceptada por el derecho de gentes, para que no fuesen sometidos a esclavitud los prisioneros de guerra cristianos. Dice que, si bien Soto estaría pensando en la dispensa papal, dado que se refiere a la prohibición de tal esclavitud (que era admitida por el derecho de gentes general) establecida en un Canon del Concilio de Letrán (1179), como la prohibición de esa esclavitud también se origina en una norma consuetudinaria regional Soto estaría refiriéndose a la posibilidad de derogación del derecho de gentes general mediante normas consuetudinarias regionales. CORREIA BAPTISTA, E., *op. cit.*, p. 27.

⁶³⁵ SUÁREZ, F., *De legibus-IV, De iure gentium, op. cit.*, xix, 2.3, p. 127.

⁶³⁶ *Ibídem*.

el calificativo humano se refiera al origen del derecho, es decir, los seres humanos, y no al tema que regula. Critica la diferencia entre el derecho de gentes y el derecho civil (que Aristóteles llama “legal”, como derecho positivo establecido por los hombres) basada en “que el derecho civil es el derecho de un Estado o reino, en tanto que el derecho de gentes es común a todos los pueblos”.⁶³⁷ Su crítica principal estriba en que “no es frecuente que los pueblos todos se pongan de acuerdo en materias que dependen de la opinión y libre voluntad de los hombres. Es típico de los hombres que haya casi tantas inclinaciones y pareceres como individuos. Por lo tanto, el derecho de gentes o no es un derecho humano o no puede diferenciarse en eso del derecho civil”.⁶³⁸

Ofrece a este dilema una solución que reviste sumo interés para nuestro tema. Parte de la base de que el derecho humano es de dos clases, escrito y no escrito; como considera evidente que el derecho de gentes no es escrito, en ello se diferencia del derecho civil, que es escrito. Sin embargo, puesto que no sería suficiente esa característica para diferenciarlo del derecho civil, aclara: “el derecho no escrito [...] está formado por las costumbres; y si ha sido establecido por las costumbres de un solo pueblo y a él solo obliga, sigue siendo civil. Si, por el contrario, ha sido establecido por las costumbres de todos los pueblos y a todos obliga, ese creo que es el derecho de gentes propiamente dicho”.⁶³⁹

Y más adelante especifica: “Se trata de un derecho estrechamente relacionado con la naturaleza humana y tan útil para la convivencia entre todas las naciones, que de hecho se propagó de un modo casi natural con el mismo género humano”. Y en la misma página añade que si bien no es un derecho natural, los puntos de coincidencia entre las normas de cada nación “están tan estrechamente relacionados con la naturaleza humana y en tan íntima armonía y consonancia con

⁶³⁷ *Ibídem*, p. 131.

⁶³⁸ *Ibídem*.

⁶³⁹ *Ibídem*.

ella, que cada nación por separado se vio inclinada a aceptar sin dificultad esas normas”.⁶⁴⁰

Con respecto al *ius cogens*, llega a él a partir de la diferencia que establece dentro del derecho de gentes entre aquel que es común a varias naciones únicamente porque coinciden en el reconocimiento de una ley, y el derecho de gentes que es universal “en virtud de los usos y costumbres internacionales en cuanto que los pueblos en sus mutuas relaciones mantienen alguna forma de asociación y de intercambios”.⁶⁴¹ En el primer caso se trataría de derechos nacionales, que coinciden entre sí, sin que hubiese ningún acuerdo entre las Naciones, y “lo llamamos derecho de gentes únicamente por comparación y paralelismo con los ordenamientos de otros Estados [...]”.⁶⁴² En el segundo caso, en cambio, aunque no hubiese habido acuerdo, dado que Suárez caracteriza al derecho de gentes principalmente por su carácter consuetudinario, puede considerarse que hay un acuerdo tácito.

El criterio para distinguir dentro del derecho de gentes el *ius cogens* reside en la posibilidad del cambio. En el caso del derecho de gentes vigente en cada Estado, dependerá de la autoridad o costumbres de cada pueblo y cualquier Estado puede cambiarlo dentro de su territorio. En el segundo caso, es decir el derecho de gentes propiamente dicho, “el cambio es mucho más difícil por referirse a un derecho común de todas las naciones. Al parecer, ha sido establecido por la autoridad de todas y no puede en consecuencia derogarse sin el consentimiento general. Con todo, no existe inconveniente en que se altere el contenido objetivo de esta ley si todas las naciones se ponen de acuerdo, o si gradualmente se va

⁶⁴⁰ *Ibídem*, p. 140. “Pues bien, en el derecho de gentes los preceptos son de carácter más general. En ellos se tienen en cuenta el interés de toda la humanidad y la armonía con los principios básicos y universales de la naturaleza humana. Por eso se los llama conclusiones derivadas de esos principios. Su conveniencia y validez moral se ve inmediatamente a través de un proceso deductivo natural. Eso es lo que ha movido a los hombres a introducir esas costumbres, más por imperativos de necesidad que de la libre voluntad, como dijo el emperador Justiniano”. *Ibídem*, p. 142.

⁶⁴¹ *Ibídem*, p. 146.

⁶⁴² *Ibídem*.

introduciendo y se consolida la costumbre contraria”.⁶⁴³ (Veo en este párrafo un claro antecedente de los artículos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Otra diferencia que indica entre el derecho civil y el derecho de gentes (o entre los dos tipos de derecho de gentes que hemos visto) reside en que, si bien ninguno de los dos puede ser derogado en su totalidad, en cuanto preceptos aislados los preceptos del primero pueden ser modificados en su totalidad, en cambio los del segundo, no. Concluye el capítulo dedicado a este tema afirmando que “el derecho de gentes constituye como una forma de ley intermedia entre el derecho natural y el civil”.⁶⁴⁴

Sin embargo, la diferenciación establecida en ese capítulo resulta aclarada con la lectura de las Adiciones de Suárez, en cuyo párrafo 11 sostiene: “No obstante, añado que, aun admitiendo la posible derogación de una parte del derecho de gentes a través de la costumbre, sin embargo, es moralmente imposible que tal derecho llegue a desaparecer del todo. Sería necesario que todas las naciones coincidieran en esa costumbre contraria al derecho de gentes. Y esto es moralmente imposible. Primero, porque apenas se da una uniformidad así en ninguna materia. Y sobre todo, porque las normas del derecho de gentes están en estrecha armonía con la naturaleza y por eso sólo en contados casos ocurre que vayan contra ella”.⁶⁴⁵

Correia Baptista considera que no está claro si Suárez se refiere a una imposibilidad de modificación o de derogación, lo que supondría la creación de un régimen contrario aplicable solamente a algunos Estados. Suárez, sin embargo, dice explícitamente que el soberano puede dar una ley contraria al derecho de gentes, “derogándolo en algún aspecto que convenga no observar dentro de su reino y por sus propios súbditos”. Y aclara aún más: “Por su sola universalidad la costumbre del derecho de gentes no es allí más firme ni más inmutable respecto de

⁶⁴³ *Ibídem*, p. 147.

⁶⁴⁴ *Ibídem*, pp. 148 y 149.

⁶⁴⁵ *Ibídem*, p. 164, “Adiciones de Suárez al *Ius Gentium*”.

sus súbditos, sino que solamente lo es en relación con las demás naciones”.⁶⁴⁶ En esta última frase, queda bastante claro que si Suárez admite un *ius cogens* lo admite exclusivamente en el ámbito internacional. En todo caso, Correia Baptista llega a la conclusión de que Suárez defiende la vigencia de un *ius cogens* público positivo, de origen consuetudinario.⁶⁴⁷

Grocio es considerado el fundador de la ciencia del derecho internacional porque trata en forma sistemática las cuestiones jurídico-internacionales en su obra *De Iure Belli ac Pacis* (1625).

Distingue Grocio en el derecho civil, que es el que proviene del poder civil, el poder que está al frente de la ciudad, el derecho civil-estricto y el derecho civil-amplio, el derecho de gentes. Este “es el que recibió la fuerza de obligar de la voluntad de todos o de muchos pueblos”.⁶⁴⁸ Se refiere muy claramente al derecho internacional consuetudinario, pero también a la *opinio juris*, cuando dice: “Y se prueba este derecho de gentes de la misma manera que el civil no escrito, por el uso continuo y por el testimonio de los sabios. Por este derecho [...] es una invención del tiempo y de la costumbre [...]”.⁶⁴⁹

Con respecto a la diferencia entre el derecho de gentes y el derecho natural, dice: “[...] pero cuando muchos en diferentes tiempos y lugares afirman por cierta una misma cosa, eso debe atribuirse a una causa universal: la cual en nuestras cuestiones no puede ser otra que o la consecuencia directa sacada de los principios naturales, o algún común consentimiento. Aquella indica el derecho natural, y éste el de gentes: cuya diferencia se ha de apreciar no ciertamente por los comunes testimonios [...], sino por la cualidad de la materia. Porque lo que no puede

⁶⁴⁶ *Ibíd.*, p. 165.

⁶⁴⁷ CORREIA BAPTISTA, E., *op. cit.*, p. 29.

⁶⁴⁸ GROCIO, H., *Del derecho de la guerra y de la paz*, Madrid: Reus, 1925, Libro Primero, capítulo Primero, p. 60. En el mismo párrafo admite la relatividad del derecho de gentes: “Añadí de muchos, porque apenas se encuentra un derecho fuera del natural, que también se suele llamar derecho de gentes, común a todos los pueblos. Antes muchas veces en una parte del mundo es derecho de gentes lo que no lo es en otra, como [...] la cautividad y el derecho de volver en patria”.

⁶⁴⁹ *Ibíd.*, p. 60. Sin embargo, el derecho divino puede ser voluntario, originado en la libre voluntad de Dios.

deducirse con segura argumentación de principios ciertos, y es con todo eso practicado en todas partes, síguese que tenga su origen en la libre voluntad". Atribuye, por tanto, al derecho natural el carácter de necesario y al derecho de gentes el de voluntario.⁶⁵⁰

Grocio, que sigue la doctrina del pacto social, asigna un papel predominante al principio *pacta sunt servanda*, y lo sitúa en el derecho natural. En efecto, dice: "Y además, como sea de derecho natural cumplir lo pactado (pues era necesario entre los hombres algún modo de obligarse, ni se puede excogitar otro modo natural), de esta misma fuente dimanaron los derechos civiles".⁶⁵¹

Resulta muy interesante observar el papel que asigna a la utilidad en la configuración del derecho. Si bien refuta a Carneades, cuando dice: "[l]a utilidad es la madre de lo justo y equitativo", porque considera que "la madre del derecho natural es la misma naturaleza humana, la cual aunque de nada necesitaríamos nos inclinaría a desear la sociedad mutua",⁶⁵² admite que "la utilidad se añadió al derecho civil; porque esa comunidad o sujeción [...] comenzó a establecerse por razón de alguna utilidad".⁶⁵³

En el derecho de gentes también reconoce un papel a la utilidad, lo que podríamos ver como un anticiparse a los que ahora se denominan los "intereses" de la comunidad internacional o de los Estados.

Correia Baptista señala el gran aporte de Grocio respecto al derecho natural: a pesar de considerarlo inmodificable, sostiene que constituye un ordenamiento imperfecto, cuyo foro es más la conciencia que la realidad jurídica.

⁶⁵⁰ Conforme a Gómez Robledo, el derecho natural prevalece sobre el derecho positivo, principalmente con su norma *pacta sunt servanda*. De este principio deriva Grocio no solo todo el derecho internacional, tanto el contractual como el consuetudinario, como el derecho civil. Esto se explica porque Grocio, como Rousseau, postula la doctrina del contrato social, por lo que el pacto es el origen último de todo el derecho (*universo iure*). Gómez Robledo considera que para Grocio el *ius naturale* o *ius necessarium* cumple la función del *ius cogens*. GÓMEZ ROBLEDOS, A., *op. cit.*, p. 12.

⁶⁵¹ GROCIO, H., *Del derecho de la guerra y de la paz*, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁵² *Ibidem*, Prolegómenos, p. 15.

⁶⁵³ *Ibidem*. Dice: "Pero, así como el derecho de cada ciudad mira la utilidad de ella, así también pudieron originarse por consentimiento ciertos derechos entre las ciudades".

Esto lo lleva a distinguir entre obligaciones internas y externas, lo que a su vez abre el camino al positivismo jurídico, “pues este ‘derecho natural’ quedaba así fuera de la frontera de la juridicidad, confundiéndose prácticamente con una simple ética”.⁶⁵⁴

La influencia de Grocio continúa hasta mediados del siglo XIX, es decir hasta la aparición del positivismo jurídico. Gómez Robledo cita un pasaje de Vattel que es ilustrativo respecto de esa influencia:

“Llamamos derecho de gentes necesario a aquel que consiste en la aplicación del derecho natural a las naciones. Es necesario, porque las naciones están absolutamente obligadas a observarlo. Este derecho contiene los preceptos que la ley natural da a los Estados, para los cuales esta ley no es menos obligatoria que para los particulares, toda vez que los estados están compuestos de hombres, que sus deliberaciones son tomadas por hombres, y que la ley de la naturaleza obliga a todos los hombres, sea cualquiera la relación en que actúen [...]. Puesto que el derecho de gentes necesario consiste en la aplicación a los Estados del derecho natural, que es inmutable por estar fundado en la naturaleza de las cosas, y en particular en la naturaleza del hombre, síguese de aquí que es derecho de gentes necesario e inmutable. Por el hecho de ser este derecho inmutable, y la obligación que impone necesaria e indispensable, las naciones no pueden convenir en ningún cambio al mismo, ni eximirse de su observancia ellas mismas, o recíprocamente entre sí”.⁶⁵⁵

1.2. Evolución posterior

En la época de la codificación, el primer texto en el que encontramos una norma con las características del *ius cogens* ha sido el artículo 6 del Código

⁶⁵⁴ CORREIA BAPTISTA, E., *op. cit.*, p. 35.

⁶⁵⁵ VATTEL E., *Droit des gens*, París: Guillaumin, 1863, párrs.7 y 9 (Citado por GÓMEZ ROBLEDOS, A., *op. cit.*, p. 13).

Napoleón: “*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs*”.⁶⁵⁶

Tras la primera Guerra Mundial renació el convencimiento de que el derecho positivo no puede constituir el único cuerpo normativo de la sociedad. En Versalles se señaló que el Alto Tribunal actuaría “de conformidad al derecho de gentes tal como resulta de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.⁶⁵⁷

No obstante, señala Ragazzi, el concepto de *ius cogens* no ha sido utilizado con coherencia en la práctica de los Estados ni en los tribunales internacionales durante el período anterior a la adopción de la Convención de Viena de 1969, y por ello se ha debatido mucho sobre si las disposiciones de la Convención “codifican” o más bien “desarrollan progresivamente” el concepto de *ius cogens*, en el sentido en que ambos términos se utilizan en el instrumento de la Comisión de Derecho Internacional. Pero, como concluye este autor, lo importante es observar la creciente aceptación del concepto en el derecho internacional, tanto durante la fase de elaboración como después de la adopción de la Convención.⁶⁵⁸

En la jurisprudencia internacional, según Gómez Robledo, la primera vez que se emplea la expresión es en el caso *Oscar Chinn*, en el voto particular de uno de los jueces. Vale la pena citar las partes pertinentes del párrafo donde aparece: “Apenas puedo concebir que la Liga de las Naciones ya hubiera emprendido la codificación del derecho internacional si no fuese posible, incluso hoy, crear un *ius*

⁶⁵⁶ “No se podrán transgredir, mediante acuerdo entre particulares, las leyes que conciernen al orden público y a las buenas costumbres”. Es interesante señalar que el verbo francés “déroger (à)” no quiere decir lo mismo que el español “derogar”. Este significa “abolir, anular una norma establecida”, mientras que el francés (al igual, por otra parte, que el inglés “derogate (from)”) quiere decir “transgredir, apartarse (de), desviarse (de), incumplir, menoscabar”. Véase también *infra* mi comentario sobre la lectura de la versión española del artículo 53 de la Convención de Viena a la luz de los textos inglés y francés del mismo.

⁶⁵⁷ *Tratado de Paz de Versalles*, de 28 de junio de 1919, en referencia a la Cláusula Martens, contenida en la *Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*, firmada en La Haya en 1907.

⁶⁵⁸ RAGAZZI, M., *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 45.

cogens, cuyo efecto sería que, una vez que los Estados hubieran acordado determinadas normas jurídicas, y se hubieran también comprometido a que dichas normas no podrían ser modificadas sólo por algunos de ellos, cualquier acto contrario a ese compromiso fuera automáticamente nulo”.⁶⁵⁹

La Corte Internacional de Justicia empleó la expresión *ius cogens* en el caso *Nicaragua* en referencia a la prohibición del uso de la fuerza.⁶⁶⁰

Nicaragua en su *Memorial on the Merits* sostuvo en este caso que el principio que prohíbe el empleo de la fuerza, consagrado en el artículo 2, párrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas, “ha llegado a ser reconocido como *ius cogens*”. Y los Estados Unidos, en su *Counter-Memorial* sobre las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad, citan doctrina en el sentido de que este principio es una “norma universal”, una “ley internacional universal”, un “principio universalmente reconocido de derecho internacional” y un “principio de *ius cogens*”.

En su fallo, la Corte dijo:

“Otra confirmación de la validez como derecho consuetudinario del principio de prohibición del uso de la fuerza consagrado en el artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones, puede observarse en el hecho de que es citado con frecuencia en las declaraciones de representantes de los Estados como un principio que no solamente es un principio del derecho consuetudinario sino también un principio fundamental o cardinal de ese derecho. La Comisión de Derecho Internacional, en el curso de su labor de codificación del derecho de los tratados sostuvo que “las normas de la Carta por las que se prohíbe el uso de la fuerza constituyen por sí mismas un

⁶⁵⁹ CPJI, caso *Oscar Chinn* (Reino Unido vs. Bélgica), Sentencia de 12 de diciembre de 1934, Serie A/B n.º 63, Voto particular del juez Schücking, párr. 341.

⁶⁶⁰ ICJ, *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua* (Nicaragua vs. United States of America), Merits, Judgment, 27 June 1986, ICJ, Reports 1986, p. 149.

ejemplo patente de normas de derecho internacional que tienen el carácter de *jus cogens*".⁶⁶¹

La doctrina sobre el *ius cogens* en el siglo XX registró un desarrollo notable en el período entre 1945 y 1969, comparando ese período con el anterior a la segunda guerra.

En 1966, el *Carnegie Endowment for International Peace* (Fundación Carnegie para la Paz Internacional) organizó una Conferencia uno de cuyos temas principales era el *ius cogens*.⁶⁶² En esa Conferencia, la mayoría de los 27 participantes se pronunció a favor de la existencia de normas imperativas en el derecho internacional.

El único jurista que negaba la existencia de esas normas fue Schwarzenberger. En su argumentación adujo el desarrollo insuficiente del derecho internacional como para que hubiese ese tipo de normas, la inexistencia de ellas en el derecho consuetudinario, y la posibilidad de que los Estados modificasen los principios fundamentales del derecho internacional general en sus relaciones recíprocas. No obstante, admitía la posibilidad de que existiesen normas imperativas en los tratados, pero estas normas no eran vinculantes para los Estados que no fuesen partes. (Sin embargo, este autor sostenía un criterio

⁶⁶¹ *Ibíd.*, párr. 190. La remisión a la Comisión de Derecho Internacional es al párrafo 1 del comentario de la Comisión al artículo 50 de su Proyecto de artículos sobre el Derecho de los Tratados, Naciones Unidas, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, vol. II, p. 271.

⁶⁶² Creada en 1910 a iniciativa del fabricante siderúrgico Andrew Carnegie, la fundación que lleva su nombre se convirtió en el transcurso de un siglo en uno de los más ricos *think tank* (centro de investigación, propagación y divulgación de ideas, generalmente de carácter político) del mundo. Dirigida por una larga sucesión de ex dirigentes de los servicios secretos y orgánicamente vinculados a unas cincuenta transnacionales, la Carnegie realiza investigaciones en el campo de la política internacional y promueve las políticas económicas "liberales" en Rusia y América Latina. La conferencia mencionada es la Conferencia de Lagonissi (Grecia) sobre Derecho Internacional (*Lagonissi Conference on International Law*), celebrada del 3 al 8 de abril de 1966.

bastante flexible respecto del orden internacional, dado que lo consideraba basado en el interés recíproco, el sentido común y la razonabilidad).⁶⁶³

2. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

2.1. Antecedentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Habida cuenta de los problemas y diferencias de interpretación originados en la definición del concepto mismo de *ius cogens* y en la formulación de ese concepto en el artículo 53 de la Convención de Viena, considero interesante hacer una breve reseña de los proyectos que precedieron al texto definitivo, así como de las opiniones que se formularon en los debates de la Comisión de Derecho Internacional.

Los debates que tuvieron lugar en la Sexta Comisión de la Asamblea General cuando se recibió el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional se centraron en la descripción del contenido del *ius cogens*.

En el proyecto, elaborado por Lauterpacht, que la Comisión incluyó en su informe de 1953, figuraba el artículo 15, titulado “Compatibilidad con el derecho internacional”, cuyo texto era el siguiente: “Es nulo todo tratado, o cualquiera de sus disposiciones, cuyo cumplimiento entrañe un acto que sea ilícito en virtud del derecho internacional y si es declarado ilícito por la Corte Internacional de Justicia”.⁶⁶⁴

En el comentario al proyecto del artículo citado, la Comisión destacó la existencia de “principios superiores del derecho internacional”. El párrafo, que

⁶⁶³ SCHWARZENBERGER, G., «International Jus Cogens», en AAVV, *The Concept of Jus Cogens in International Law. Lagonissi Conference on International Law. Papers and Proceedings*, vol. II, Ginebra: Carnegie Endowment for International Peace, 1967, pp. 117-140.

⁶⁶⁴ Primer Informe sobre el Derecho de los Tratados, 1953, elaborado por H. Lauterpacht, Relator Especial. (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/63). (La traducción es mía) El documento existe en inglés y en francés solamente, en cambio, los textos de 1958, 1959 y 1966, citados más abajo, ya figuran en documentos oficiales en español, que he utilizado en las citas.

citare por su importancia como antecedente para la interpretación de la Convención, dice: “Parecería que el criterio para determinar si el objeto de un tratado es ilícito y si el tratado es nulo, no es la incompatibilidad con el derecho consuetudinario internacional, puro y simple, sino la incompatibilidad con principios superiores de derecho internacional que pueden ser considerados como principios que constituyen el orden público internacional (*ordre public international*)”. Y aclara que “no es necesario que se hayan cristalizado en una norma jurídica claramente aceptada, dado que pueden ser la expresión de normas de moral internacional tan imperativas que cualquier tribunal internacional consideraría que forman parte de los principios del derecho generalmente reconocidos por las naciones civilizadas y que la Corte Internacional de Justicia está obligada a aplicar en virtud del artículo 38, apartado 3), de su Carta”.⁶⁶⁵

El proyecto siguiente, el de Fitzmaurice, de 1958, contiene el Proyecto de artículo 16, cuyo texto es el siguiente: “1. El objeto de un tratado debe ser lícito [...]. 2. Para la validez de un tratado es indispensable que esté en armonía o no sea incompatible con los principios y normas de derecho internacional que tienen el carácter de *jus cogens*, o que su ejecución no implique una infracción de tales principios y reglas”.⁶⁶⁶

En 1959, en su cuarto informe, Fitzmaurice configura nuevamente el *ius cogens* en el artículo 21: “1. Toda obligación convencional que, al tiempo de la conclusión del tratado, sea incompatible con una regla o prohibición que en el derecho internacional general vigente tenga carácter de *jus cogens*, carecerá de validez esencial *ab initio* [...]”. Cabe observar en esta disposición que, a diferencia del proyecto de Lauterpacht, no exige la declaración de nulidad por la Corte, dado que se habla de una nulidad *ab initio*.

El párrafo 2 de ese mismo artículo se refiere al *ius cogens* superviniente (que en el texto final de la Convención se establecerá en el artículo 64): “2. Toda

⁶⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶⁶ Tercer Informe sobre el Derecho de los Tratados, 1958, elaborado por G. Fitzmaurice, Relator Especial (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/115 y Corr. 1.), en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1958, vol. II, p. 28.

obligación convencional cuya observancia sea incompatible con una nueva regla o prohibición que tenga en derecho internacional carácter de *jus cogens*, justificará (y requerirá) el incumplimiento de cualquier obligación convencional que suponga tal incompatibilidad [...]”.⁶⁶⁷

El proyecto Waldock fue examinado en la Comisión de Derecho internacional a partir del 6 de mayo de 1963.⁶⁶⁸ La disposición relativa al *ius cogens* figuraba en el artículo 13:

“1. Un tratado será contrario al derecho internacional y nulo si su objeto o su ejecución entraña la infracción de una norma o principio general de derecho internacional que tenga el carácter de *jus cogens*”.

En el segundo párrafo se enumeraban casos concretos de *ius cogens*, que considero interesante recordar, dado que luego desaparecerán en la versión final, y son ilustrativos para la determinación del contenido:

“2. En particular, un tratado será contrario al derecho internacional y nulo, si su objeto o ejecución entraña:

a) El uso o la amenaza de la fuerza en contravención de los principios de la Carta de las Naciones Unidas;

b) Cualquier acto u omisión calificado por el derecho internacional de delito internacional; o

c) Cualquier acto u omisión a cuya eliminación o sanción deba contribuir todo Estado por exigirlo así el derecho internacional”.⁶⁶⁹

⁶⁶⁷ Cuarto Informe sobre el Derecho de los Tratados, 1959, elaborado por G. Fitzmaurice, Relator Especial, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1959, vol. II, pp. 50 y 51.

⁶⁶⁸ Informe sobre el Derecho de los Tratados, 1963, elaborado por H. Waldock, Relator Especial, en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, vol. II (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/156 y Add. 1-3).

⁶⁶⁹ *Ibidem*, p. 60.

Esta enumeración dio lugar a objeciones dada la posibilidad de que fuera considerada taxativa. No obstante, en el Comentario, se señala que “las palabras ‘en particular’ al comienzo del párrafo indican que se trata sencillamente de aplicaciones concretas del principio conforme al cual la infracción de una norma de *ius cogens* hace que el tratado sea nulo”.⁶⁷⁰

También despertó reacciones contrarias, no el concepto, sino la expresión que lo formulaba, *ius cogens*, manifestando algunos la preferencia por la expresión “orden público internacional”. Yasseen señaló la dificultad que entrañaba establecer una jerarquía normativa, que en un orden jurídico interno fluye con naturalidad, en un sistema como el derecho internacional, que es horizontal, que no se caracteriza por la subordinación sino por la coordinación. Cuál es el criterio, se pregunta, para establecer esa jerarquía. Y responde diciendo que se trata de una cuestión muy compleja, dado que no se pueden aceptar como criterio ni el número de Estados que acepten la norma, que nada dice del valor de la norma, ni la fuente formal, dado que resultaría difícil afirmar si la costumbre ha de prevalecer sobre un tratado o viceversa. El único criterio aplicable, sostiene, es el contenido de la norma: “para tener el carácter de *ius cogens* una norma de derecho internacional no sólo ha de ser aceptada por gran número de Estados, sino que también ha de ser considerada necesaria para la vida internacional y estar profundamente enraizada en la conciencia internacional”.⁶⁷¹

En el Quinto informe, presentado por Waldock, la disposición relativa al *ius cogens* figuraba en el artículo 37: “Tratados incompatibles con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)”. El texto constaba de un solo párrafo: “Un tratado es nulo si es incompatible con una norma imperativa de derecho internacional general de la que no está permitido apartarse y que únicamente se puede modificar mediante una norma posterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 61, párr. 4 del comentario al artículo 13.

⁶⁷¹ Informe sobre el Derecho de los Tratados, 1963, presentado por H. Waldock, Relator Especial, en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. I. Actas resumidas del 15^º período de sesiones, 683^a Sesión, 20 de mayo de 1963, párr. 39, p. 66. Véase también GÓMEZ ROBLEDOS, A., *op. cit.*, p. 28.

Me ha interesado particularmente uno de los comentarios, formulado por los gobiernos de los Estados Unidos y los Países Bajos sobre el “derecho intertemporal” (tema que examino en la parte relativa a la prescripción). Estos países plantearon la cuestión del elemento tiempo en relación con la aplicación de la norma contenida en el artículo y señalaron que la retroactividad de la norma provocaría demasiadas incertidumbres jurídicas. Sostuvieron que “la aplicación de la norma en el tiempo parecería corresponder naturalmente al denominado derecho intertemporal, es decir, la norma de que ‘un hecho jurídico debe apreciarse a la luz del derecho de la época’”.⁶⁷²

La Comisión aprobó el texto tal como había sido presentado por el Relator, que pasó de ser el artículo 37 a ser el artículo 50.

En la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶⁷³, el representante de México se pronunció a favor de la inclusión en el artículo sobre el *ius cogens* de una cláusula que dijera: “La presente disposición no tendrá efectos retroactivos”. A pesar de que en la Convención ya figuraba un artículo que consagraba como principio general la irretroactividad (el artículo 28), proponía que se incluyera expresamente ese principio con respecto al *ius cogens*, más aun teniendo presente que luego, en otro artículo, se preveía el *ius cogens* superviniente, que de ningún modo debía interpretarse con efectos retroactivos. No obstante, expresó claramente su apoyo al concepto de *ius cogens*. Recordando los antecedentes históricos de la escuela española y de Grocio, sostuvo: “Sin pretender formular una definición rigurosa que pueda servir de texto a un tratado, se puede decir que las normas de *ius cogens* son aquellos principios que la conciencia jurídica de la humanidad, revelada por sus manifestaciones objetivas, considera como absolutamente indispensables para la coexistencia y la solidaridad

⁶⁷² Informe sobre el Derecho de los Tratados, A/CN.4/156 y Add. 1-3, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁷³ La Conferencia se desarrolló en dos períodos de sesiones, del 26 de marzo al 24 de mayo de 1968 y del 9 de abril al 22 de mayo de 1969.

de la comunidad internacional en un momento determinado de su desarrollo orgánico”.⁶⁷⁴

En el segundo período de sesiones de la Conferencia, el representante de los Estados Unidos propuso determinar si una norma era de *ius cogens* o no según la aceptación de la misma por los sistemas jurídicos nacionales y regionales, no universales. La delegación de Cuba rechazó esta propuesta alegando que de esa manera se legalizaría la invocación del derecho interno para evitar la aplicación de una norma de *ius cogens*.⁶⁷⁵ Turquía también expresó preocupación por la trasposición del derecho interno en el internacional y propuso que una instancia jurisdiccional internacional obligatoria controlara la nulidad de los tratados contrarios a normas de *ius cogens*. Francia objetó el artículo aduciendo que en una esfera tan incierta como la que separa la moral y el derecho resulta muy difícil saber qué principios tendrán efectos tan graves como el de acarrear la nulidad de acuerdos internacionales, sin tener en cuenta la voluntad de los Estados que los concertaron. Sostuvo además que: “aun los procedimientos mejor ideados de solución de las controversias, incluso el recurso a la Corte Internacional de Justicia, no pueden compensar la falta de precisión en la redacción de los textos. Se dará al juez tan amplio arbitrio que se convertirá en legislador internacional, función que evidentemente no le corresponde”. Con esos argumentos, Francia se negó a votar un artículo tan flotante como absoluto, porque votarlo sería como dar un “salto en el vacío”.⁶⁷⁶ También Suiza se opuso a la inclusión de un texto que sería fuente de incertidumbres.

⁶⁷⁴ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (26 de marzo a 24 de mayo de 1968), Actas resumidas del primer período de sesiones. (Documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/11. 1969), párrs. 7 y 8. Véase también VALLARTA MARRÓN, J. L., «La argumentación jurídica en torno al *Ius Cogens* internacional», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (2010): disponible en <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/10/art/art1.pdf>.

⁶⁷⁵ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, A/CONF.39/11. 1969, párr. 38.

⁶⁷⁶ Declaró: “Francia no puede formular objeciones a tal tentativa, pero la empresa es difícil. El problema, que se plantea, en efecto, en una esfera que se encuentra en la incierta frontera de la moral y el derecho, es el de saber a qué principios quieren reconocerse efectos tan graves como el de hacer ilícitos, al margen de la voluntad de los Estados que los han celebrado, ciertos acuerdos internacionales. Esta elección no es fácil, ya que, si bien la

Con la propuesta de España, Finlandia y Grecia se encontró la formulación del actual artículo 53.⁶⁷⁷

La Convención fue adoptada el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor el 27 de enero de 1980.

Gómez Robledo destaca otro aspecto de los debates en la Sexta Comisión de la Asamblea General previos a la adopción de la Convención: su larga proyección hacia el futuro. El esfuerzo que se hizo por describir el contenido del *ius cogens* ha tenido un valor muy grande para la futura aplicación del concepto y su consiguiente interpretación.

Las delegaciones socialistas (Bulgaria, Checoslovaquia y Polonia) que participaron activamente, propusieron un primer “inventario” de *ius cogens* que incluiría los principios básicos de la Carta de las Naciones Unidas. Los principios serían los siguientes: la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza, la no intervención en los asuntos internos de los Estados, el arreglo pacífico de controversias y la igualdad soberana entre los Estados.⁶⁷⁸

Esta propuesta fue uno de los antecedentes de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General que contiene la “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.⁶⁷⁹

idea de que existen principios jurídicos distintos del derecho convencional es sumamente antigua, determinar qué principios deben revestir el valor de *ius cogens* es algo distinto. La dificultad se agrava aún más si se tiene en cuenta que no se trata solamente de referirse a principios formulados actualmente sino también —y esto es lo que prevé el artículo 61— de admitir que pueden incorporarse al *ius cogens* reglas que aún no han sido establecidas. Dada la amplitud del problema es indispensable resolverlo de manera clara”. *Ibidem*, párrs. 18, 27, 28 y 215.

⁶⁷⁷ El artículo fue aprobado por 87 votos contra 8 y 12 abstenciones.

⁶⁷⁸ CORTEN, O.; KLEIN, P., *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, vol. II, Bruselas: Bruylant, 2006, pp. 1096-1097.

⁶⁷⁹ *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, aprobada el 24 de octubre de 1970 mediante Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el vigésimo quinto período de sesiones.

Los principios son siete, a saber: prohibición de la amenaza o uso de la fuerza; arreglo pacífico de controversias; no intervención; obligación de cooperación recíproca; igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos; igualdad soberana de los Estados y, por último, el principio de la buena fe. Esta Resolución, según Gómez Robledo, representa “la plena conciencia de un orden público internacional”.⁶⁸⁰

2.2. Análisis de los términos del artículo 53

La Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 introduce en su artículo 53 el concepto de norma imperativa de derecho internacional general o norma de *ius cogens*.

El texto del artículo dice lo siguiente:

“Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

2.2.1. “Norma imperativa del derecho internacional general”

Gómez Robledo, al inscribir el *ius cogens* en el marco del derecho internacional general, señala que el término “general” “mienta no una mayoría cualquiera, sino una mayoría que se aproxima bastante a la universalidad, al punto de confinar, muy a menudo, con ella, y aún podría decirse que tal es la tendencia

⁶⁸⁰ GÓMEZ ROBLEDOS, A., *op. cit.*, p. 41.

implícita en toda generalidad”.⁶⁸¹ Ello descarta en cierto modo la existencia de un *ius cogens* de carácter regional o local, aunque no la excluye totalmente.

Yasseen, miembro de La Comisión de Derecho Internacional, define la norma imperativa internacional en los siguientes términos: “norma de Derecho internacional general, superior en la jerarquía de las normas, en el orden jurídico internacional, dada su importancia para la comunidad internacional”.⁶⁸²

Analiza a continuación cada elemento de esta definición:

1) Ha de ser una norma jurídica, es decir surgida de una de las fuentes formales o de los principios generales del derecho, con lo que se excluyen las normas morales. Es decir, estas normas pueden ser *ius cogens* solamente si son consolidadas por una norma jurídica.

2) Las normas imperativas surgen de la cooperación de varias fuentes formales. Por ejemplo, un principio general podría ser aclarado y precisado por una convención, que podría ser ampliada y consolidada por una costumbre. Vale decir que en la asignación del carácter de *ius cogens* tiene lugar un proceso de confluencia de las fuentes.

3) La norma debe ser reconocida y aceptada por la casi totalidad de los Estados. Es importante que no se exija la totalidad misma, porque entonces quedaría librada al capricho de uno o más Estados, que podrían oponerse a la norma contra la voluntad mayoritaria.

4) Las normas imperativas se distinguen además y principalmente por su importancia para la vida internacional. No existen, dice Yasseen remitiéndose a Verdross, “para satisfacer las necesidades de los Estados individuales sino el interés más elevado de toda la comunidad internacional”.⁶⁸³ Sin embargo, agrega,

⁶⁸¹ *Ibidem*, p. 77.

⁶⁸² YASSEEN, M. K., «Réflexions sur la détermination du jus cogens», en *L'elaboration du droit international public. Colloque de Toulouse*, de Société française pour le droit international, París: Pedone, 1975. p. 204.

⁶⁸³ YASSEEN, M. K., *op. cit.*, p. 208. VERDROSS, V. A., «Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law», en *American Journal of International Law* 60, n.º 1 (1966), p. 58.

no basta que el interés sea común sino que ese interés ha de ser fundamental o esencial. Afirma: “Es necesario, en efecto, que haya un interés común en que esta norma sea respetada por todos, es necesario que su violación, **incluso** *inter partes*, choque con **la conciencia internacional**”.⁶⁸⁴

Nos interesa esta frase por dos motivos: porque emplea la palabra “incluso” antes de *inter partes*, con lo que da a entender que podría darse la violación unilateral, y porque emplea la expresión “conciencia internacional”, tema que he analizado en el capítulo I. Otra reflexión importante que formula este jurista es que aquello que determina el carácter imperativo de una norma es su contenido, rechazando por ende la concepción meramente técnica (que veremos más adelante) de que es el efecto, la inderogabilidad, el factor determinante.

Vale decir que una norma que por diversos motivos haya sido catalogada por los Estados como inderogable tiene ese carácter cuando se le ha asignado un valor objetivo porque su violación “choca con la conciencia internacional”. Estas reflexiones lo conducen a la conclusión de que es posible considerar como imperativas dos conjuntos de normas: 1) las normas que conciernen a intereses vitales de la comunidad internacional en cuanto tal, las normas que prohíben el recurso a la fuerza; y 2) las normas que reconocen los derechos fundamentales del hombre y que protegen determinados valores morales y principios de derecho humanitario.⁶⁸⁵

También hace referencia a la jerarquía normativa en función del contenido. Drnas de Clément: «Entendemos que el *jus cogens* se halla en la cúspide de las fuentes normativas no sólo sobre la base de la inderogabilidad establecida en una norma positiva sino en razón de su contenido. Es de tener presente que, a diferencia de otras normas de derecho internacional general, no es oponible al *jus*

⁶⁸⁴ YASSEEN, M. K., *op. cit.*, p. 206. El resalte es mío.

⁶⁸⁵ *Ibíd.*, p. 208.

cogens el principio de “objedor persistente”. Ello no nace de las formalidades de la positivización sino de la calidad del bien protegido por la norma imperativa”.⁶⁸⁶

Respecto al principio del “objedor persistente”, que se refiere al Estado que se ha opuesto a la norma desde el comienzo mismo de la vigencia de la misma, y que persiste en su oposición, se puede considerar que es un reflejo de la doctrina que sostenía la fundamentación del derecho internacional en el consentimiento, es decir, que se asentaba principalmente en la soberanía de los Estados. Al reconocerse la existencia de normas de *ius cogens*, la admisibilidad de la figura del objedor persistente resulta mucho más limitada, sobre todo en la esfera de los derechos humanos. En efecto, se ha sostenido que la dimensión universal del régimen de derechos humanos no es compatible con la doctrina del objedor persistente.⁶⁸⁷

Señala Drnas de Clément que la “noción jurídica de norma imperativa de Derecho internacional general expresa en términos jurídicos una aspiración ética”, y se remite a diversas decisiones de la Corte Internacional de Justicia, que ha invocado “elementales consideraciones de humanidad”, “principios que obligan a los Estados al margen incluso de todo vínculo convencional”, “intereses de la humanidad en general” y “misión sagrada de civilización”.⁶⁸⁸

⁶⁸⁶ DRNAS DE CLÉMENT, Z., «Las normas imperativas de Derecho internacional general (*jus cogens*). Dimensión sustancial», en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artiuscogens>, p. 12. El caso que se cita como ejemplo de esta situación es *Fisheries*, presentado a la Corte Internacional de Justicia por el Reino Unido cuestionando la validez del régimen establecido por Noruega para la delimitación de la zona de pesca exclusiva reservada a los pescadores noruegos. La Corte se pronunció a favor de Noruega sosteniendo que Noruega “siempre” se había opuesto a la regla generalmente aplicable de las 10 millas, por lo que no se trataba en este caso de que se hubiese apartado de una norma bien establecida, sino que había manifestado un disenso coherente de esa regla desde el principio mismo del proceso que le había dado origen. (ICJ, *Fisheries case*, Judgment of December 18th, 1951: ICJ, Reports, 1951, p. 116).

⁶⁸⁷ Véase LAU, H., «Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law», en *Chicago Journal of International Law*, n.º 6 (2005): 495-510; y LISTER, M., «The Legitimizing Role of Consent in International Law», en *Chicago Journal of International Law* 11, n.º 2 (2011): 1-29.

⁶⁸⁸ DRNAS DE CLÉMENT, Z., *op. cit.*, p. 9. Las frases entre comillas provienen de CIJ, Recueil 1949, p. 22; CIJ, Recueil 1951, p. 23; y CIJ, Recueil 1962, p. 243, respectivamente.

2.2.2. “[N]orma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto”

Algo que vale la pena destacar es la similitud respecto al consentimiento que encontramos entre Vitoria y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La relativización del concepto de universalidad se observa en cuanto se admite que el consentimiento sea el de la mayor parte. Vitoria dice: “En efecto, cada república puede darse su propio gobierno sin que para ello sea necesario el consenso de todos, sino que parece ser suficiente el consentimiento de la mayoría. Porque, como hemos expuesto en otro lugar, en las cosas que conciernen al bien de la república, todo lo que determine la mayoría obliga incluso a los que no están de acuerdo. De lo contrario no podría hacerse nada de utilidad pública, ya que es difícil que todos convengan en un mismo parecer”.⁶⁸⁹ Si bien se refiere a las repúblicas, su razonamiento siempre parte de la analogía entre ellas y la comunidad internacional.

Dice: “Y ciertamente hay muchas cosas que proceden del derecho de gentes, el cual por derivarse suficientemente del derecho natural tiene manifiesta fuerza para dar derecho y obligar. Y dado que no siempre deriva del derecho natural, parece que basta que sea el consentimiento de la mayor parte del mundo, sobre todo si es en favor del bien común de todos”.⁶⁹⁰ Por tanto, no sostiene una identificación absoluta con el derecho natural, y admite como fundamentación posible el consentimiento de la mayoría. Pereña Vicente interpreta que Vitoria descubre el origen del *Jus Gentium* en el consentimiento de las naciones: “Si interviene la mayor parte queda constituido el derecho de gentes público, universal y obligatorio, aún a aquellos que no han consentido. Si consienten solo algunas naciones queda constituido el derecho de gentes privado contractual que obliga solo a las partes contratantes”.⁶⁹¹

⁶⁸⁹ VITORIA, F. de, *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*, op. cit., Tercera Parte, 16, p. 146.

⁶⁹⁰ VITORIA, F. de, *Relectio de Indis o Libertad de los Indios.*, op. cit., pp. 362-363.

⁶⁹¹ PEREÑA VICENTE, L., op. cit., p. 625. En pocas palabras, “el derecho de gentes no es un pacto entre partes contratantes. Se constituye en ley universal cuando el pacto es de la

Yasseen, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, refiriéndose a las palabras del artículo 53, “reconocida y aceptada por la comunidad internacional en su conjunto”, dijo: “Dichas palabras no significan que se exija que una norma sea aceptada y reconocida como imperativa por los Estados de manera unánime. Basta una mayoría muy amplia, lo cual significa que si un Estado rehúsa aisladamente aceptar el carácter imperativo de una norma, o bien si dicho Estado es apoyado por un número muy pequeño de Estados, ello no puede afectar a la aceptación y al reconocimiento del carácter imperativo de esa norma por la comunidad internacional en su conjunto”.⁶⁹²

Cabe señalar que en este ámbito se requiere un doble consentimiento: primero, el necesario para aprobar una norma de derecho internacional general, y segundo, la admisión de que se trata de una norma imperativa, que no admite acuerdo en contrario. Algunos ven reflejado este doble consentimiento en la terminología empleada en el artículo 53: “aceptada y reconocida”. No obstante, como se explicó en el Comité de Redacción esa doble calificación intentaba poner de relieve la base consensual del derecho internacional, y reiterar la terminología empleada en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, donde se menciona la aceptación con referencia a la costumbre internacional y el reconocimiento con referencia a las convenciones internacionales y los principios generales del derecho.

Se ha planteado la cuestión de los Estados que no han aceptado ni reconocido la norma de *ius cogens*. Rozakis da una respuesta categórica a esa cuestión: “[...] un Estado no puede dissociarse del carácter obligatorio de esta norma, aun cuando pueda probar que no hubo aceptación y reconocimiento de la función específica de dicha norma, o más todavía, que la ha negado

mayoría; tiene su justificación en la autoridad de todo el orbe que puede crear leyes universales, obligatorias y superiores a todos los Estados; su fundamento es la socialidad humana [...]. Sociedad Universal y *Jus Gentium* se completan y determinan”. *Ibíd.*, p. 620.

⁶⁹² Palabras de M. K. Yasseen, representante de Iraq, en Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. (Documentos oficiales A/CONF. 39/11/ADD.2, 1971) 2, Nueva York, 1971, p. 519, párr. 12. En el Comentario a las Convenciones de Viena, Suy indica también que con la frase “en su conjunto” no se exige la unanimidad sino que sería suficiente una gran mayoría. CORTEN, O.; KLEIN, P., *op. cit.*, p. 1911.

expresamente”.⁶⁹³ Esta respuesta no parece excesiva si se recuerda que las normas de *ius cogens* están destinadas a proteger los intereses de toda la comunidad internacional, y este debe ser el criterio: si su violación entraña un perjuicio, incluso moral, a la comunidad internacional.⁶⁹⁴

Danilenko sostiene que esta exigencia, la aceptación y el reconocimiento de la comunidad internacional, incorpora el concepto de *ius cogens* a la esfera del derecho positivo.⁶⁹⁵

Ahora bien, el requisito mencionado supone también un marcado elemento consensual en la creación de las normas *ius cogens*. Si bien ha sido aclarado que no se requiere un consenso universal, dado que ello daría a un Estado o algunos Estados la facultad de oponerse a que se considere imperativa una norma determinada, y de esa forma impedirlo, Danilenko considera que del artículo 53 no puede llegarse a la conclusión de que es posible imponer una obligación a miembros de la comunidad internacional que no hayan dado su consentimiento para asumirla. Encuentra también en el artículo 53 un apoyo, que considero sólido, a su argumento. En efecto, al definir la norma imperativa, dicho artículo dice que “es una norma [...] de derecho internacional general”, y este derecho no tiene una fuente particular sino el consenso de los Estados.

Danilenko reconoce que este consenso no debe presuponer unanimidad, pero insiste en que no basta una mayoría simple para crear una norma imperativa, “una ‘mayoría muy grande’ no podrá necesariamente imponer su voluntad a un ‘número muy reducido de Estados’. Si estos últimos representan un elemento significativo de la comunidad internacional la emergencia de una nueva norma de *ius cogens* tendrá que aplazarse”.⁶⁹⁶

⁶⁹³ ROZAKIS, C. L., *The concept of ius cogens in the law of treaties*, Amsterdam: North-Holland Publ. Co, 1976, p. 78.

⁶⁹⁴ GÓMEZ ROBLEDÓ, A., *op. cit.*, p. 93.

⁶⁹⁵ DANILENKO, G. M., «International Jus Cogens: Issues of Law Making» en *European Journal of International Law* II (1991), p. 47.

⁶⁹⁶ *Ibidem*, p. 53.

Esta interpretación le permite rechazar la introducción en el orden jurídico internacional de una nueva técnica de creación de derecho basada en la regla de la simple mayoría, y deducir que la frase “la comunidad internacional en su conjunto” significa “los componentes esenciales de la comunidad internacional”. E interpreta que, si ello es así, el requisito de la aceptación y el reconocimiento se acerca mucho a un requisito de “unanimitad entre los elementos importantes de la comunidad internacional moderna”.⁶⁹⁷

Su argumentación está encaminada a establecer que la minoría que no esté de acuerdo con la nueva norma no quedará obligada por esa norma. Concluye afirmando que “[c]omo ‘derecho superior’ (*higher law*) el *ius cogens* exige claramente la aplicación de criterios más rigurosos para determinar la existencia del consenso comunitario respecto tanto al contenido como al carácter imperativo de las normas pertinentes”.⁶⁹⁸

Alexidze se pregunta qué tipo de mayoría puede ser calificado como “la comunidad internacional de Estados en su conjunto” si descartamos que esta expresión denote unanimidad. Considera difícil aceptar el razonamiento que tiende a “reducir” la expresión “en su conjunto” a un fenómeno simplemente cuantitativo que abarque una mayoría suficiente de Estados, sin tener en cuenta la posición de las distintas fuerzas políticas en el contexto mundial. (No olvidemos que este autor escribe en la Unión Soviética). Cita en ese sentido a Tunkin, que dice: “[...] una caracterización puramente cuantitativa de una “abrumadora mayoría” en este momento no es suficiente. Hay tres grupos de Estados que se diferencian unos de otros cualitativamente: el socialista, el capitalista y los denominados países en desarrollo [...]. En la actualidad, la expresión ‘una abrumadora mayoría de Estados’ debería incluir Estados que pertenecieran a

⁶⁹⁷ DANILENKO, G. M., *op. cit.*, p. 55.

⁶⁹⁸ *Ibíd.*, p. 65.

diferentes sistemas socio-económicos, que puedan considerarse como suficientemente representativos de los correspondientes grupos”.⁶⁹⁹

Sin embargo, Alexidze reconoce que este criterio también ha sido aceptado por juristas occidentales, y cita la aclaración de Ago: “[...] para ser considerada como imperativa y producir los efectos previstos sobre la validez de un tratado, una norma de derecho internacional general debe haber sido aceptada como tal por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Esto significa que es necesario que el convencimiento del carácter imperativo de la norma sea compartido por todos los componentes esenciales de la comunidad internacional y no solamente, por ejemplo, por los Estados occidentales o por los Estados del Este, por los países desarrollados o por los países en desarrollo, por los de un continente o por los de otro”.⁷⁰⁰

Visscher señala que la entidad a la que se refiere la Convención de Viena, “la comunidad de Estados en su conjunto” carece de un significado definido en el derecho positivo, “es un orden en potencia en el espíritu de los hombres, en las circunstancias concretas de la vida internacional, aún debe buscarse, no corresponde a ningún orden efectivamente establecido”.⁷⁰¹

El examen del concepto de “comunidad internacional” lo haré en una sección aparte, dada su importancia para todos los temas tratados.

2.2.3. “[N]orma que no admite acuerdo en contrario”

Es necesario comparar esta versión en español con el texto original en inglés dado que una y otra dan lugar a interpretaciones muy diversas. Esta necesidad surge del hecho de que ambos textos son igualmente auténticos, es decir, tienen el mismo valor. (El texto francés coincide con el inglés, en parte por la

⁶⁹⁹ ALEXIDZE, L., «Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 172 (1982), p. 257. La obra de TUNKIN que cita es *International Law in the International System*, p. 131.

⁷⁰⁰ AGO, R., «Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 134, n.º II (1971), p. 297.

⁷⁰¹ VISSCHER, C. de, «Positivism et 'jus cogens'», en *Revue générale de Droit international public* 75, n.º 1 (1971), p. 8.

estrecha afinidad entre los verbos “derogate” y “déroger”). En pro de la claridad, reproduzco a continuación el texto íntegro del artículo en inglés:

“A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm **from which no derogation is permitted** and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character”.

La parte pertinente del texto en francés dice así:

“[...] une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme **à laquelle aucune dérogation n’est permise...**” (El resalte es mío).

La traducción al español de la expresión “from wich derogation is not permitted” (o “à laquelle aucune dérogation n’est permise”) por la expresión “que no admite acuerdo en contrario”, evita correctamente expresar el término “derogation” o “dérogation” como “derogación”, como, no obstante, han sido interpretados frecuentemente entre los autores de expresión española los textos inglés y francés. Sin embargo, en esa interpretación no se ha tenido en cuenta que la palabra “*derogation*”, acompañada de la preposición “*from*”, confiere al texto un sentido más cercano al que le ha dado el traductor español. Si se hubiese traducido esa expresión con el término derogación, se habría incurrido en error. En efecto, “derogar”, según el Diccionario de la Real Academia Española (22^a edición), significa “abolir, anular una norma establecida”; asimismo, en un ámbito más especializado, “*derogación* [...] es el acto de proceder, mediante disposición posterior, a dejar sin efecto, en todo o en parte, un precepto jurídico precedente”.⁷⁰² Por ello, es lógico que en la traducción del artículo 53 se evitara el

⁷⁰² OSSORIO, M., *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 28^a ed., Buenos Aires: Heliasta, 2001.

término “derogación”, dado que, a pesar de un “acuerdo en contrario”, la norma quedaría intacta. Gómez Robledo llega a la conclusión de que “*derogation*” (o en francés *dérogation*) significa lo que dice el texto español, a saber, “acuerdo en contrario”.

Empero, a mi juicio, a lo que se refieren los términos del texto inglés (y el francés) no es a un acuerdo sino a una desviación, apartamiento o incumplimiento, que puede ser tanto mediante acuerdo entre las partes como mediante un acto unilateral. Y la traducción al español limita el alcance de la norma introduciendo de forma impropia en el texto un concepto (“acuerdo”) extraño a la letra del original inglés y del texto francés, en los que no figura. Y al hacerlo da pie a interpretaciones restrictivas de la cláusula de la Convención. El inglés y el francés no van más allá de expresar que se trata de “una norma de la que no es admisible apartarse”, o “una norma que no admite transgresión”, o que “será nulo todo lo que transgreda esa norma”, sin precisar que se trate de un apartamiento o transgresión mediante acuerdo o mediante un acto de otra índole.

Una observación interesante, que puede arrojar luz sobre la génesis de la traducción española, es que en esta se utiliza llamativamente una expresión parecida a la que figura en el artículo 6 del Código Civil francés desde el Código Napoleón, y recogida luego en otros códigos civiles: “*On ne peut déroger, par des conventions [...]*” (“No se podrán transgredir, **mediante acuerdo** [...]). Cabe suponer que, al evitar (debidamente) el falso amigo “derogar”, el traductor español importó (indebidamente) de la prestigiosa fuente francesa, directa o indirectamente, la idea de excluir toda nulidad o transgresión causada por un “acuerdo”.

Análoga a la interpretación que defiende es la de Kolb, que hace girar el concepto de *ius cogens* en torno a la imposibilidad de *derogation*, y sostiene que por “*derogate*” no se entiende “limitar la autonomía de concluir convenios habida cuenta de su contenido”, sino que la interdicción de “*derogation*” corresponde en

este contexto “a una limitación del poder jurídico de crear normas jurídicas particulares”.⁷⁰³

Esto nos lleva, por tanto, directamente a considerar la posibilidad de aplicar el artículo 53 no solo a los actos unilaterales de los Estados, sino a los actos ilícitos de estos según el derecho internacional. Es un tema esencial para la cuestión que nos planteamos, a saber, si la obligación de los Estados de perseguir penalmente los crímenes internacionales puede calificarse de obligación *ius cogens*, es decir, dimanante de una norma imperativa del derecho internacional, tal como ha sido definida en la Convención de Viena, por lo que será analizado en una sección aparte.

2.2.4. “[Q]ue sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter”.

Nuevamente vale pena recordar las reflexiones de Vitoria. Veamos el siguiente párrafo de los Comentarios a la *Secunda Secundae*: “Una vez establecida y acordada una cosa con el consenso virtual de todo el orbe, es necesario que todo el orbe convenga en la abrogación de tal derecho, pero esto es imposible, por lo que es imposible que el mismo consenso convenga en la abrogación del derecho de los pueblos”.⁷⁰⁴ Requiere la misma exigencia que el artículo que estamos analizando, cuando dice “que tenga el mismo carácter. Esta reflexión supone admitir la posibilidad de que el derecho de gentes varíe, evolucione.

Sin embargo, cabe preguntarse cómo se da en la práctica, según Vitoria, esta evolución. Pereña responde que, así como el consentimiento se encontraba en el origen del derecho de gentes, así también para su derogación se requiere el consentimiento de todo el orbe. Sin embargo, señala este autor que, si bien para

⁷⁰³ KOLB, R., *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, op. cit., p. 96.

⁷⁰⁴ VITORIA, F. de. *Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomás*, op. cit., Quaest LVII, Artículo III, párrafo 5, p. 16. Trujillo explica esta frase señalando que el consenso del todo el orbe que genera el derecho puede ser implícito o tácito, mientras que la abrogación del derecho requiere un acuerdo de todo el orbe que es imposible de alcanzar. TRUJILLO PÉREZ, I., op.cit., p. 114.

Vitoria en la práctica sería imposible que todos los pueblos se pusieran de acuerdo para derogar un derecho de gentes, el mismo Vitoria se pregunta, no obstante, como podemos preguntarnos nosotros: “¿Pero históricamente no es posible el consentimiento de la mayoría como lo fue en su constitución? [...] ¿Acaso la historia no podía hacer posible que los pueblos se pusieran de acuerdo para un fin común?”.⁷⁰⁵ Estas preguntas llevan a la conclusión de que el derecho de gentes puede ser derogado parcialmente, porque es posible superar formas viejas (da el ejemplo de la esclavitud, que ha evolucionado en cautiverio) cuando lo exigen el bien de la sociedad y el estado de civilización. Esto se asienta en el principio fundamental de la doctrina vitoriana: “la supremacía del bien del orbe sobre el bien particular de un Estado”. El ‘*bonum orbis*’ como utilidad de la mayoría no puede quedar postergado por intereses egoístas de un Estado.

Esta cláusula confiere dinamismo al *ius cogens*, dado que admite su modificación por una norma posterior. Sin embargo, cabe preguntarse, como lo ha hecho el delegado helvético en la Conferencia de Viena, lo siguiente: 1) ¿cómo llega a existir una nueva norma imperativa de derecho internacional?, 2) ¿esa norma imperativa nace de la costumbre, de un tratado, de ambos?, 3) para adquirir el carácter imperativo, ¿la norma ha de ser aceptada por todos los Estados de la comunidad internacional o solamente por una mayoría y, en este caso, por qué mayoría?, 4) una nueva norma imperativa ¿requiere una declaración expresa respecto de su carácter imperativo?, 5) ¿la norma imperativa es válida solo para las partes en un tratado o lo es para todos los Estados?⁷⁰⁶

En realidad esas preguntas podrían plantearse también respecto de las normas imperativas en general y no solo de las previstas en la segunda cláusula del artículo 53 y en el artículo 64, sin embargo, las preguntas se formulan concretamente respecto de la “nueva norma”, dado que al atribuírsele la

⁷⁰⁵ PEREÑA VICENTE, L., *op. cit.*, p. 628.

⁷⁰⁶ El delegado era Bindschedler. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Documentos oficiales A/CONF. 39/11/Add.1, 1969, p 132. Respecto de la identificación del *ius cogens*, véase RIDRUEJO PASTOR, J. A., *La determinación del contenido del ius cogens. IX Congreso del Instituto hispano-luso-americano de derecho internacional*, Madrid: Secretaria General del IHLADI, 1972.

posibilidad de modificar la norma inicial cabría la posibilidad de exigir más requisitos a esta segunda norma.

La cláusula que analizamos guarda relación con el artículo 64 de la Convención que dice así: **“Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”).** Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

Esto se ha llamado el *ius cogens superveniens*. Se trata de una terminación prematura del tratado que no pudo preverse al celebrarlo y que se origina en la aparición de una nueva norma de *ius cogens*. Sin embargo, no puede hablarse en este caso de retroactividad propiamente dicha, dado que la terminación o nulidad del tratado existente puede coincidir temporalmente con la aparición de la norma.

Con respecto a la retroactividad, los artículos pertinentes son el artículo 4, titulado “Irretroactividad de la presente Convención”⁷⁰⁷, y el artículo 28, denominado “Irretroactividad de los tratados”.⁷⁰⁸

3. Fuentes posibles del *ius cogens*

Meron se pregunta si las normas de *ius cogens* “son un tipo de derecho consuetudinario *plus*, o una forma de principios generales del derecho”. Responde que muchos autores sugieren que dichas normas son normas consuetudinarias con

⁷⁰⁷ **“4. Irretroactividad de la presente Convención.** Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los tratados estén sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de la Convención, esta solo se aplicará a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados”.

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

una *opinio iuris* “reforzada”. Otros las ven más similares a los principios generales del derecho.⁷⁰⁹

La costumbre es la fuente por excelencia del derecho internacional general. El derecho internacional consuetudinario obliga no solo a los Estados que han concurrido a su formación sino a aquellos otros que se van incorporando a la vida internacional. Ahora bien, no hay que olvidar que la costumbre está en constante evolución, y que a la *consuetudo* sigue la *desuetudo*.

Con respecto a la costumbre como fuente del *ius cogens*, Virally sostiene que “es perfectamente concebible la formación por vía consuetudinaria del *ius cogens*, es decir, de manera espontánea, y cabe decir incluso que es a la vez normal y frecuente. Las ‘buenas costumbres’ en el orden interno, que representan la concepción más general del orden público, son expresión de una moral social, cuya aparición y desarrollo son extraños a procedimientos autoritarios”.⁷¹⁰

En cambio, Simma y Alston dicen que no es seguro que las normas de *ius cogens* puedan satisfacer el requisito de “práctica generalizada” exigido para la formación de la costumbre, dado que las prácticas de los Estados en materia de *ius cogens* no pueden determinarse fácilmente, sobre todo porque las normas de *ius cogens* son fundamentalmente prohibitivas, son normas de abstención. No es posible contar con pruebas concluyentes de una abstención.⁷¹¹

En cuanto a los tratados, en contra de considerarlos fuente de *ius cogens* aboga el hecho de que no obligan sino a quienes los han suscrito (“*pacta tertiis neque nocent neque prosunt*”). La cuestión radicaría entonces en que pudiese celebrarse un tratado de alcance universal (o casi). Ahora bien, ese tratado lo tenemos en la Carta de las Naciones Unidas, que contiene muchas normas que

⁷⁰⁹ MERON, T., *The Humanization of International Law*, Hague Academy of International Law Monographs, Leiden y Boston: Martinus Nijhoff, 2006, p. 395.

⁷¹⁰ VIRALLY, M., «Réflexions sur le Jus Cogens», en *Annuaire Français de Droit International* 12, n.º 6 (1966), p. 21.

⁷¹¹ SIMMA, B.; ALSTON, P., «The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles», en *Australian Year Book of International Law* 5, n.º 12 (1988-1989), p. 103.

pueden decirse *iuris cogentis*. (De cualquier modo, sería inadecuado excluirlos como posible fuente de *ius cogens* dada la mayor difusión que están teniendo como fuentes de derecho internacional).

Otra posible fuente serían los principios generales del derecho. Rozakis hace referencia al artículo 53, cuyo texto habla de normas, y dice que un principio general del derecho no es una norma sino una declaración general que ha podido inducirse de un conjunto de normas jurídicas, pero no es en sí mismo una norma dado que no tiene carácter jurídicamente obligatorio.⁷¹²

En el *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, para la expresión “Principes généraux du droit”, figuran varias categorías que incluyen de hecho todo el derecho internacional general; los “usos establecidos entre las naciones civilizadas [...] y las exigencias de la conciencia pública”, según la (discutida) fórmula de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907; el conjunto de normas y los principios políticos y jurídicos que rigen las relaciones internacionales contemporáneas; y los principios comunes de los grandes sistemas del derecho contemporáneo.⁷¹³ Los principios generales del derecho pueden dar lugar a normas *iuris cogentis*, como las otras dos fuentes mencionadas. Desde el extremo contrario, Alexidze considera que esos principios constituyen la única fuente de *ius cogens*. Sostiene que si bien no todos los principios fundamentales del derecho internacional general constituyen normas de *ius cogens*, estas se pueden encontrar en la mayoría de ellos.⁷¹⁴ Traza una diferencia interesante: distingue entre aquellos principios de los que resulta imposible que los Estados se aparten en el marco de sus relaciones jurídicas y los principios de los que está absolutamente prohibido apartarse. Pero hay una tercera categoría de principios, de los que los Estados pueden apartarse siempre que respeten otros fundamentales.

Entre los primeros, es decir, aquellos de los que apartarse (o cuya “derogación”) resulta imposible si se desea mantener el marco jurídico de las

⁷¹² ROZAKIS, C. L., *op. cit.*, p. 73; GÓMEZ ROBLEDOS, A., *op. cit.*, p. 85.

⁷¹³ *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, París, Sirey, 1960, pp. 474 y 475.

⁷¹⁴ ALEXIDZE, L., *op. cit.*, p. 260.

relaciones, se encuentra el principio de *pacta sunt servanda* o principio de cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Entre los segundos incluye los siguientes: igualdad y autodeterminación de los pueblos, no injerencia; prohibición del uso y de la amenaza de la fuerza, solución pacífica de las controversias; lucha colectiva contra la agresión de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas; defensa de la libertad, el honor y la dignidad de los seres humanos; prohibición del genocidio, del *apartheid* y todas las formas de discriminación racial; prohibición de la esclavitud; inviolabilidad de los principales derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles de los individuos; principios que prohíben los crímenes contra la humanidad, de conformidad con los Estatutos de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, y los Convenios de Ginebra; y principios que prohíben la apropiación de partes del espacio de vital importancia para todos los Estados del mundo.⁷¹⁵

Entre los terceros, en cambio, menciona el de igualdad soberana de los Estados y el de inviolabilidad de la integridad territorial y de las fronteras. Los Estados pueden apartarse de estos principios a condición de que respeten los principios de autodeterminación de los pueblos y de buena fe.⁷¹⁶ (He hecho esta larga paráfrasis de las ideas de este autor porque consideré pertinente reflejar la perspectiva de un jurista de esa época y ese país).⁷¹⁷

Ahora bien, si observamos con atención, los principios son las mismas normas de *ius cogens*, es decir, no son su fuente. Sin embargo, en todo este contexto, la terminología es equívoca. Incluso cuando se habla de la costumbre, parecería que las normas consuetudinarias pueden ser normas de *ius cogens*, con lo que se plantea el mismo problema.

⁷¹⁵ ALEXIDZE, L., *op. cit.*, p. 261.

⁷¹⁶ *Ibíd.*, pp. 260 y ss.

⁷¹⁷ *Ibíd.* Considera este autor que no debería reducirse el concepto de *ius cogens* al de mera jerarquía de normas. Por el contrario, sostiene, debe situarse fuera de esa jerarquía dado que su carácter específico se relaciona con el grado de obligatoriedad de sus prescripciones, por lo que puede encontrarse en cualquier nivel de la jerarquía normativa del derecho internacional general. Es decir, adopta, como hemos visto, un criterio sustantivo y no formal.

Miaja de la Muela sostiene una diferenciación similar a la de Alexidze con respecto a los principios “inderogables”, las normas de *ius cogens*. Afirma que: “No se concibe un ordenamiento interno en el que, expresos o no, falten los principios ‘obedece a la ley’, ‘cumple lo que prometas’, ‘obra de buena fe’, ‘respeta los derechos ajenos’, etc”.⁷¹⁸ Ahora bien, esos principios son los únicos “que se encuentran sustraídos a una posibilidad de derogación; todas las demás normas internas o internacionales son derogables mediante un proceso abrogatorio paralelo al que supuso la creación de la norma”.⁷¹⁹ Y se refiere a la “derogabilidad” del carácter dispositivo de una norma jurídica, que consistiría precisamente “en la autorización, concedida por la norma misma, para que sus destinatarios se sustraigan en un caso determinado a su fuerza vinculante”.⁷²⁰ (Esta categoría correspondería al tercer nivel de principios de Alexidze).⁷²¹

Miaja de la Muela concluye diciendo que: “el único elemento que caracteriza a las reglas de *ius cogens* es la imposibilidad, mientras estén en vigor, de sustraerse a ellas sus destinatarios de una manera jurídicamente válida”.⁷²²

Este autor encuentra en el campo de las organizaciones internacionales las normas más claras de carácter imperativo, o sea, de *ius cogens*. Por una parte, señala que, si bien los tratados por los que se crean dichas organizaciones constituyen pactos desde un punto de vista formal, desde un punto de vista material son “Constituciones de sociedades internacionales particulares”, aunque algunas, como las Naciones Unidas, tengan vocación universal. Ese carácter

⁷¹⁸ MIAJA DE LA MUELA, A., «‘Ius cogens’ y ‘ius dispositivum’ en derecho internacional público», en AAVV, *Estudios Jurídico-Sociales en Homenaje al Profesor Luis Legaz Lacambra*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1960, p. 1128. Recuerda que Ago califica esas reglas como “derecho espontáneo, no positivo”, pero sostiene que para él son “unas exigencias de derecho natural”.

⁷¹⁹ *Ibidem*. En efecto, un poco antes había explicado que, si las normas de derecho de gentes son creadas por la voluntad expresa, tácita o presunta de los Estados, una manifestación de voluntad contraria puede derogar cada una de aquellas normas, siempre que emane de los mismos sujetos internacionales que intervinieron en su formación. “*Eius est tollere, cuius est condere*”. *Ibidem*, p. 1127.

⁷²⁰ *Ibidem*.

⁷²¹ *Ibidem*, p. 1128.

⁷²² *Ibidem*, p. 1131.

“constitutivo”, podríamos decir, de los tratados mencionados, les confiere cierta rigidez no solo respecto a la posible reforma, sino a la relación jerárquica entre las normas contenidas en el texto del tratado y las emanadas de otros órganos. Por otra parte, las propias disposiciones del tratado que establecen obligaciones respecto de los Estados miembros tienen carácter de *ius cogens*. El ejemplo más claro está incluso formulado explícitamente en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, que dice: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

Fernández Tomás se refiere a las tres fuentes posibles de *ius cogens*, que son las mismas que las de las normas del derecho internacional general, a saber: la voluntad de los Estados, la costumbre y los principios generales del derecho. Tras señalar la contradicción de un derecho cuya obligatoriedad se basa en la voluntad de los Estados y que, por consiguiente, al mismo tiempo que las normas imperativas, admite que los Estados “se blinden en inmunidades ante tribunales que podrían juzgarlos sin su consentimiento previo”, nos hace notar la debilidad del *ius cogens* frente al voluntarismo estatal.⁷²³

Con respecto a la segunda fuente posible, la costumbre, advierte de que corremos el peligro de apoyarnos en una tercera ficción, dado que en el caso de las normas de *ius cogens* los Estados “dicen” aceptarlas pero no generan la correspondiente práctica mediante su cumplimiento. Sería esa la tercera ficción: dar por sentada la aceptación de los Estados de normas consuetudinarias generales imperativas. (No obstante, esto no constituye una crítica muy contundente contra el *ius cogens*, porque, como hemos visto, una de sus características es que no tiene un origen consuetudinario. Descartada la costumbre como fuente del *ius cogens*, examina la que considera única fuente posible: los principios generales del Derecho. Sin embargo, también frente a ellos adopta una

⁷²³ FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «El *Ius Cogens* y las obligaciones derivadas de normas imperativas: entre el mito y la realidad», en A. Salinas de Frías y M. Vargas Gutiérrez-Urrutia (coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional. Libro Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. I, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005, p. 624.

actitud escéptica. Considera que su modo de formación, cuando no sea “una expresión sintética de una regla consuetudinaria”, es un proceso “enigmático”. Sin embargo, no discute su “asombrosa existencia” en el derecho internacional. Y si bien los considera una ficción, se trata, a su juicio, de una ficción “positiva”, dado que “son los únicos medios de expresión eficaz del *ius cogens* en manos de un juez y en materia de derechos fundamentales”, y agrega que quizá son “el único punto de coincidencia entre el ser y el deber-ser en el derecho internacional, entre el ‘mundo tal como es y el que se intenta crear’”.⁷²⁴

Esto nos conduce a examinar los dos elementos que Espaliú Berdud destaca en el artículo 53: uno axiológico y otro técnico-jurídico. El primero consiste en un juicio de valor sobre la importancia de determinadas normas, que se consideran superiores por reflejar valores esenciales para todos los integrantes del grupo social en el que la norma rige, es decir, la comunidad internacional de Estados en su conjunto. El segundo, consiste en el mecanismo de nulidad de los tratados destinado a la protección de esas normas superiores.⁷²⁵

4. Naturaleza del *ius cogens*

4.1. El concepto de *ius cogens* como técnica jurídica

La teoría de Kolb puede resumirse en los términos siguientes. En primer lugar, al contrario de lo que puede parecer, su concepto de *ius cogens* es, en cierto sentido, más amplio que el concepto habitual, desde el momento que sustituye la idea de valores fundamentales de la comunidad internacional por la idea más

⁷²⁴ Ibídem. Por ello, a pesar de sostener que con respecto al *ius cogens* los Estados “han cometido un doble pecado: dejar los contenidos normativos sumidos en la penumbra, y no diseñar mecanismos que faciliten su aplicación”, dice que no coincide con Kolb en proponer una concepción hipertécnica del *ius cogens*, que lo desligue enteramente de los valores esenciales de la sociedad internacional.

⁷²⁵ ESPALIÚ BERDUD, C., «Reflexiones en torno a la presencia del "jus cogens" en el Derecho Internacional contemporáneo», en R. Casado Raigón e I. Gallego Domínguez (coords.), *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, vol. I, Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, p. 420.

amplia de interés público (*utilitas publica*). En segundo lugar, considera que el concepto sirve como **técnica jurídica**. Esto supone no percibirlo como un conjunto de normas fundamentales sino como una modalidad de derecho, de lo que se desprende también una aplicabilidad más amplia.

Su finalidad, según esta teoría, no es preservar determinados valores esenciales, sino preservar la integridad normativa, evitar la fragmentación de un régimen jurídico que se considera de interés general. Estima este autor que la teoría que asocia el *ius cogens* con los derechos fundamentales supone una “fallacieuse unité”.

Su perspectiva del *ius cogens* como técnica jurídica le permite distinguir múltiples matices en el concepto, por ejemplo, diferenciar el *ius cogens* dentro del orden público del *ius cogens* fuera del orden público, del *ius cogens* de los principios constitucionales, del *ius cogens* de diversos derechos imperativos universales y regionales, etc. Sin embargo, le permite también encontrar un criterio rector, a saber, “la ‘infragmentabilidad’ normativa con respecto a un interés objetivo, una necesidad superior, una exigencia pública”.⁷²⁶ No obstante, aclara que estos conceptos no pueden ser definidos en términos absolutos; a los efectos del *ius cogens* es suficiente alegar un interés relativamente superior.

Tal vez la conclusión más importante que extrae de su teoría del *ius cogens* es “la unidad del fenómeno jurídico en sus manifestaciones esenciales”, dado que encuentra las características que respaldan su definición en la tradición secular del derecho y de la teoría general. Desde la perspectiva del *ius cogens* como *utilitas publica*, este se desplaza de la esfera política a la esfera jurídica, de la *lex ferenda* a la *lex lata*, de la soberanía del Estado a la soberanía del derecho. Su punto de partida no es más la soberanía estatal, que condena toda limitación a la libertad de contratar a algunos casos excepcionales. El *ius cogens* “afirma su juridicidad también en relación a un discurso confuso, y a menudo intensamente político, de una soberanía de la comunidad internacional manifestada a través de ‘valores fundamentales’”. En pocas palabras, el *ius cogens*, “como técnica jurídica, se aplica a

⁷²⁶ KOLB, R., *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, op. cit., p. 376.

una gama de situaciones poco dramáticas en las que no está en juego ningún interés vital para la supervivencia de la comunidad internacional sino la necesidad de uniformidad normativa”.⁷²⁷

Este autor emprende una crítica de la definición de *ius cogens* asociado a la comunidad internacional, en el sentido de que esta asigna un estatuto jurídico superior a determinados valores fundamentales contra cualquier pretensión limitadora, bilateral o unilateral, por parte de los Estados. “El *ius cogens* se convierte en una profesión de fe; adquiere una dimensión mesiánica”.⁷²⁸ Critica sobre todo la ideología de los valores fundamentales en tanto puede hacer perder el rigor del concepto y no se ocupa de los aspectos técnicos jurídicos. Llega incluso a decir que “el *ius cogens* se ha convertido en un mito, una divinidad jurídica, que exige frecuentes sacrificios doctrinales”.⁷²⁹

Precisamente Kolb define el *ius cogens* como una técnica jurídica, consustancial a la idea de derecho público que se ha preservado desde la antigüedad romana y que obedece a una distinción puramente formal, la “derogabilidad”, que mejor se define por sus efectos que por sus causas. Además, considera que el concepto es el mismo en derecho interno y en derecho internacional. Podemos resumir la posición de este autor siguiendo el mismo esquema que presenta en la introducción a su obra. 1) El *ius cogens* internacional es un concepto con un alcance más restringido del que se presenta habitualmente: no consiste en un conjunto de normas fundamentales, es decir, de orden público, sino en una técnica jurídica de no derogabilidad que se asocia con normas de diversas categorías. 2) Es un concepto con un alcance más amplio del que se presenta habitualmente, dado que su efecto imperativo no se limita a las normas de orden público que protegen intereses sociales o morales fundamentales, sino que se extiende a toda norma que entrañe una utilidad pública; el *ius cogens* se

⁷²⁷ *Ibidem*, p. 377.

⁷²⁸ *Ibidem*. “Al ahondar excesivamente la eterna distancia entre un derecho internacional positivo [...] y las exigencias de una justicia superior, se tiende, a menudo sin proponérselo, a debilitar el derecho frente a la política”.

⁷²⁹ *Ibidem*, p. 25.

identificaría así al derecho público en sentido amplio. 3) El *ius cogens* es una técnica jurídica que tiene por objeto mantener la unidad y la integridad de un régimen jurídico prohibiendo su fragmentación normativa en regímenes separados, aplicables *inter partes*, cuando hubiese un interés público (colectivo) que así lo requiriese.⁷³⁰

En la finalidad de mantener la unidad e integridad del régimen jurídico, podemos incluir las teorías que Kolb denomina: la teoría del *ius cogens* como regla de colisión vertical, que se refiere a la jerarquía de las fuentes del derecho internacional; y la teoría del *ius cogens* como regla de colisión horizontal, referida al conflicto entre tratados sucesivos.

En la primera, podemos hablar de jerarquía formal o de jerarquía material. En el derecho interno el problema de la jerarquía entre las normas encuentra su solución en una serie de principios muy claros de derecho imperativo. Hay una jerarquía de órganos, y la jerarquía de las normas que estos producen puede asentarse en esa primera diferenciación. En cambio, en el derecho internacional, con la indistinción de las fuentes y la equivalencia de las normas, el problema de la jerarquía solo puede resolverse ateniéndose a la sustancia, es decir, el contenido de las normas. No se busca una jerarquía formal, sino una jerarquía especial cuyo fundamento reside en la importancia fundamental de determinadas normas para la comunidad internacional o el funcionamiento del derecho internacional. En ese sentido, Kolb considera que la consideración del *ius cogens* como jerarquía normativa obedece en gran parte a su identificación con el orden público, cosa con la que no está de acuerdo.⁷³¹

En la segunda teoría, el *ius cogens* como regla de colisión horizontal, referida al conflicto entre tratados sucesivos, las normas aplicables son autónomas con respecto al *ius cogens* porque cumplen una función más general y se basan en criterios de orden formal.

⁷³⁰ *Ibidem*, p. 29.

⁷³¹ *Ibidem*, p. 140.

Coincide con la doctrina que se rehúsa a definir el *ius cogens* por su contenido, pues considera que el *ius cogens* debe ir separado de la razón política y social de su existencia. “En derecho, sólo se percibe como una técnica jurídica, un atributo especial de determinadas normas no susceptibles de fragmentación en regímenes particulares. El acento se desplaza del contenido hacia el efecto”.⁷³²Y en apoyo de este argumento recuerda que esa ha sido la idea de derecho imperativo en la tradición civilista desde el derecho romano.⁷³³

4.2. Dimensión axiológica del *ius cogens*

Frente a esta concepción técnico-formal del *ius cogens*, se encuentra la que le atribuye una dimensión axiológica, asociando el *ius cogens* con la protección de determinados valores y poniendo el acento no en su forma sino en su contenido. Si bien es cierto que una de las mayores dificultades que se plantearon en la elaboración de la Convención fue determinar el contenido de las normas imperativas definidas en el artículo 53, es evidente que sin tener en cuenta ese contenido resulta muy difícil sostener una visión del *ius cogens* que no se limite al aspecto meramente técnico que hemos visto.

Para facilitar la exposición, he considerado adecuado seguir en cierto modo la clasificación que hace Kolb: las teorías que consideran al *ius cogens* como regla de derecho constitucional internacional, denominadas teorías de la constitución internacional o de los principios constitucionales internacionales, y las que denomina teorías de los principios generales o fundamentales.⁷³⁴

⁷³² *Ibíd*em, p. 84.

⁷³³ *Ibíd*em, p. 85.

⁷³⁴ *Ibíd*em, p. 105.

4.2.1. Las teorías de la constitución internacional o de los principios constitucionales internacionales

Representan una reacción contra el predominio de las teorías positivistas y voluntaristas del derecho internacional. Consideran que “la ausencia de constitución, como símbolo de poder y de integración social, condena la unidad del derecho internacional y le imprime el carácter de una *lex imperfecta*” [...] “postular una constitución supone asentar el derecho internacional sobre una base objetiva susceptible de conciliar, como en el derecho interno, poder y derecho”.⁷³⁵

Respecto al fundamento de los principios contenidos en esa “constitución internacional” se formaron dos escuelas discordantes entre sí: **la escuela germánica**, que vincula esos principios a consideraciones materiales susceptibles de traducir ideas de justicia y de bien común, y **la escuela italiana**, que se separa de la idea de un deber ser supremo, para disociarse de toda idea de un derecho natural, y que busca el fundamento de la constitución en instituciones sociales portadoras de un orden efectivo, preconstituido y vivido (sigue las ideas de la Escuela Histórica del Derecho de Von Savigny). Es a Santi Romano a quien se atribuye la paternidad de este pensamiento jurídico institucionalizado. En el sentido más amplio, la constitución se funda en un hecho social, la familia, la iglesia, las asociaciones o el Estado. En el ámbito internacional, el derecho correspondiente se define por la entidad social en la que se encarna y a la que rige, es decir, la comunidad internacional. Según Santi Romano, la costumbre y algunos principios fundamentales derivan de la estructura misma de la comunidad internacional; son la traducción normativa de la estructura fundamental de la comunidad en tanto hecho social.⁷³⁶ Esto significa que junto al derecho positivo, modificable y derogable, existe una constelación de normas presupuestas, absolutamente indispensables desde el punto de vista lógico o social (*ius necessarium*), y en consecuencia inderogables.

⁷³⁵ *Ibidem*, p. 102; cita a SANTI ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, Padua: Cedam, 1939, pp. 31 y ss.

⁷³⁶ SANTI ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, p. 34, (citado por KOLB, R. *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, *op. cit.*, p. 104).

Otros autores que se inscriben en esta escuela conciben el *ius cogens* como vinculado a los principios constitucionales de orden formal, es decir, los principios que hay que presuponer para integrar las funciones sistemáticas del orden jurídico (como la norma fundamental de Kelsen). Kolb cita como ejemplo a Quadri, si bien este autor también incorpora al *ius cogens* principios de orden material, como la prohibición del genocidio.⁷³⁷

Otro autor que Kolb comenta como seguidor de esta escuela es Schweitzer: el *ius cogens* se asocia a una jerarquía normativa, a una cúpula constitucional. En el punto culminante se encuentra un principio fundamental de obediencia al derecho, que es por supuesto *ius cogens* que no se puede derogar, y que constituye un *factum cogens formale*, y no una norma. Este *factum cogens* supremo se subdivide en tres aspectos, que denomina *factum cogens materiale*, y que son los siguientes: *pacta sunt servanda*, *consuetudo est servanda* y *principia generalia sunt servanda*. Por debajo de este *ius cogens* supremo, se encuentran normas de *ius cogens* propiamente dicho, normalmente consagradas en los tratados.⁷³⁸

Un grupo de autores intenta encontrar en la Carta de las Naciones Unidas una versión concreta de la constitución de la comunidad internacional. Ello obedecería a la vocación política universal de la Organización, y al carácter internacional de sus fines. Las disposiciones que se alegan en apoyo de esta argumentación son el artículo 103, el artículo 2, párrafo 6 (dándole una interpretación amplia) y los artículos del capítulo VII. Recordando los autores que extienden ese ámbito a los instrumentos constitutivos de otras organizaciones internacionales, Kolb señala que en estas posturas el *ius cogens* se identificaría con el derecho institucional internacional.

⁷³⁷ QUADRI, R. *Diritto internazionale pubblico*, Nápoles: Liguori, 1968, p. 108- 110. (citado por KOLB, R. *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, op. cit., p. 105).

⁷³⁸ SCHWEITZER, M., «*Ius Cogens im Völkerrecht*», en *Archiv des Völkerrechts*, n.º 15, 1971, pp. 217 y ss., (citado por KOLB, R. *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, op. cit., p. 105).

4.2.2. Las teorías de los principios fundamentales y las teorías del *ius cogens* sustantivo

Un poco al margen de esta corriente de principios constitucionales, encontramos los autores que postulan un *ius cogens* constituido por los principios generales del derecho. Decimos un poco al margen, porque algunos no atribuyen a estos un carácter constitucional. Entre los sostenedores de los principios generales, hay quienes consideran esos principios fundados en la idea de justicia objetiva (derecho natural) y quienes los consideran fundados en la analogía con principios admitidos universalmente en los derechos nacionales. Lo que los acomuna es que se trata de principios materiales no formales, que se apoyan en cierta tipicidad de las situaciones de los seres humanos y de las soluciones normativas, lo que se ha llamado “la naturaleza de las cosas”⁷³⁹. Entre esos principios se han mencionado: *pacta sunt servanda*, la buena fe, la prohibición del abuso de derecho, la fuerza mayor, el principio de cosa juzgada, la responsabilidad por falta etc.

No obstante, autores como Mosler consideran que algunos de estos principios no contienen una obligación suficientemente concreta como para ser aplicables inmediatamente. Se trata de condiciones, criterios o modalidades de las relaciones jurídicas que no pueden constituir *ius cogens*, porque carecen de contenido material y concreto.⁷⁴⁰ Virally rechaza también, pero por otras razones, como ejemplos de *ius cogens* el principio de *pacta sunt servanda* y el de buena fe. Sostiene que constituyen un objeto imposible de las facultades de contratación de los Estados. En efecto, se pregunta cómo los Estados podrían convenir en “derogar” una norma que establece el carácter obligatorio del acuerdo que están

⁷³⁹ Sobre la filosofía de la “naturaleza de las cosas”, un panorama general lo ofrece RECASENS SICHERS, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica ‘razonable’*, México: Fondo de Cultura Económica, 1971. En particular, WELZEL, H., *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, Buenos Aires -Montevideo: B de F, 2004.

⁷⁴⁰ MOSLER, H., «*Ius Cogens im Völkerrecht*», en *Schweizerisches Jahrbuch für internationale Recht* 25, n.º 9 (1968), pp. 30 y ss.

concertando; en el mismo sentido sería difícil imaginar cómo podrían los Estados contratantes excluir el principio de buena fe de su propio contrato.⁷⁴¹

Virally considera que el carácter esencial del *ius cogens* es la nulidad a la que se condena toda norma contraria, y señala que ello pone de relieve cuán excepcional es esta institución, dado que la nulidad es la sanción más grave que puede afectar a un acto jurídico pues suprime todos los efectos que ese acto podría tener. Sin embargo, no considera que el *ius cogens* pueda definirse por sus efectos, como lo hace Kolb, y sostiene que al parecer se debe recurrir a elementos materiales, es decir, el contenido de la norma, su significación ética y política. Admite la dificultad de tener en cuenta esos criterios pero cree que no por ello hay que desechar esta posición (la determinación del *ius cogens* por el contenido).⁷⁴²

Si bien la Comisión de Derecho Internacional ha optado por una configuración técnica de las normas de *ius cogens*, dado que las ha definido por sus efectos, es decir, la nulidad de las normas contrarias, en sus trabajos y comentarios ha predominado una vinculación del concepto de *ius cogens* con su contenido en un sentido que abriría el camino para asociarlo con los derechos fundamentales. En efecto, con respecto al artículo 50 (antecesor del artículo 53), la Comisión afirmó expresamente que no es la forma de la norma de derecho internacional sino “la naturaleza particular del tema que trata” lo que le confiere el carácter imperativo

⁷⁴¹ VIRALLY, M., *op. cit.*, p. 10.

⁷⁴² VIRALLY, M., *op. cit.*, p. 19. En el proyecto aprobado de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados figura un artículo, el 25, que dice así: “Ninguna disposición del presente capítulo [Circunstancias que excluyen la ilicitud] excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general”. Informe de la Comisión a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones, en relación al *Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, Volumen II, Segunda parte, Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/2001/Add. 1, Part 2, p. 28. En otra parte, la Comisión, refiriéndose a la naturaleza de las normas imperativas, ha reafirmado la aplicabilidad de esas normas a los actos unilaterales de los Estados, diciendo que “[...] esas normas son tan esenciales para la vida de la comunidad internacional que es todavía más inconcebible admitir que un Estado pueda decidir unilateralmente la inobservancia de las obligaciones que le incumben, por extremo que sea el estado de necesidad en que se encuentre”. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 32º período de sesiones (1980) párr. 37, p. 97 (Documento de las Naciones Unidas A/35/10).

de *ius cogens*.⁷⁴³ Y ya adentrándose en ese camino, uno de los Relatores, Fitzmaurice, afirmó, resumiendo la idea compartida entre todos ellos, que una característica común de las normas imperativas es que entrañan no solo normas jurídicas sino consideraciones de moral y de buen orden internacional.⁷⁴⁴ La delegación de Italia apoyó el artículo propuesto por la Comisión, pero se preguntó cuáles eran las normas con ese carácter y respondió lo siguiente: “Son las que protegen a la persona, que aseguran el mantenimiento de la paz, y la existencia y la igualdad de los Estados. Se encuentra aquí de nuevo el *ius naturale*, es decir el derecho que tiene su fuente primigenia en la conciencia jurídica humana. El positivismo creyó abrir brecha en el derecho natural. Pero esa doctrina condujo a los terribles acontecimientos de dos guerras mundiales. En consecuencia, no es de extrañar que la conciencia humana busque otra cosa. Es preciso pues agradecer a la Comisión de Derecho Internacional que haya tenido el valor de introducir el artículo 50 en la Convención”.⁷⁴⁵

Es interesante la observación que hace Blanc Altemir respecto de un sector de la doctrina que considera que el hecho de que la Comisión de Derecho Internacional emplee las expresiones “conciencia jurídica de los Estados”, “conciencia general”, “conciencia universal” como un *leitmotiv* en los trabajos relativos al *ius cogens* y al crimen internacional “supone dar primacía a la ética sobre la aridez del derecho positivo”.⁷⁴⁶

En representación del Uruguay, Jiménez de Aréchaga se pronunció en la Comisión a favor de la inclusión de la norma e hizo una referencia a su posible

⁷⁴³ Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados y comentarios, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en su décimo- octavo período de sesiones (1966), publicado en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, vol. II, p. 248. (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1966/Add.1).

⁷⁴⁴ Tercer Informe sobre el Derecho de los Tratados, 1958, elaborado por G. Fitzmaurice, Relator Especial (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/115 y Corr. 1.), en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1958, vol. II.

⁷⁴⁵ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (26 de marzo a 24 de mayo de 1968), Actas resumidas del primer período de sesiones. (Documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/11. 1969).

⁷⁴⁶ BLANC ALTEMIR, A., *op. cit.*, p. 89.

contenido: “La comunidad internacional reconoce ciertos principios que corresponden a intereses esenciales y a sus concepciones morales básicas, como la prohibición del uso de la fuerza y la agresión, del genocidio, de la discriminación racial o la violación sistemática de derechos humanos”. Pero advirtió de la necesidad de adoptar un criterio preciso para identificar tales normas, habida cuenta de que afectan a un principio clave del derecho internacional como *pacta sunt servanda*.⁷⁴⁷

Yasseen agrupó en dos rubros las normas que fueron consideradas como imperativas por la mayoría de los votantes en la Conferencia de Viena:

1. Normas relativas a los intereses vitales de la comunidad internacional en cuanto tal, como, por ejemplo, las normas que prohíben el recurso a la fuerza y que no admiten sino la solución pacífica de las controversias, y

2. Normas que reconocen los derechos fundamentales del hombre y que protegen ciertos valores morales y ciertos principios del derecho humanitario aplicable a los conflictos armados.⁷⁴⁸

En uno de los Proyectos sobre responsabilidad internacional de los Estados, en el artículo 19, párrafo 3⁷⁴⁹, se enumeraban casos que podrían ser considerados conductas ilícitas de los Estados y, por lo tanto, esclarecer el posible contenido de las normas de *ius cogens*. Se trataba de cuatro casos enunciados con una cláusula

⁷⁴⁷ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (26 de marzo a 24 de mayo de 1968), párr. 48, Actas resumidas del primer período de sesiones (Documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/11. 1969). Ante la afirmación de este jurista en el sentido de que los tratados que violan normas de *ius cogens* son poco frecuentes, Vallarta Marrón recuerda que la invasión de Irak en marzo de 2003 supuso un acuerdo entre los Estados Unidos y el Reino Unido, acuerdo que estaba en violación de la Carta de las Naciones Unidas. VALLARTA MARRÓN, J. L., *op. cit.*

⁷⁴⁸ YASSEEN, M. K., *op. cit.*, p. 204. Este autor cita allí a Verdross, para quien el criterio para distinguir tales normas radica en que no existen para satisfacer las necesidades particulares de los Estados sino los más altos intereses de la comunidad internacional en su conjunto. VERDROSS, V. A., «Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law», *op. cit.*, p. 58.

⁷⁴⁹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1996, Vol. II Informe de la Comisión a la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, p. 66 (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1996/Add.I, Part 2)

introdutoria idéntica: “violaciones graves de una obligación internacional de importancia esencial”: a) para la paz y la seguridad internacionales (como la que prohíbe la agresión); b) para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos (como la que prohíbe la dominación colonial); c) para la salvaguardia del ser humano (como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el *apartheid*), aunque en este caso la violación debía ser “grave y en gran escala”; d) para la salvaguardia y protección del medio humano (como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o los mares).⁷⁵⁰

Esto significa que hay normas que se consideran imperativas no solo porque los Estados coinciden en que no deben apartarse de ellas, que deben ser mantenidas sin que sea posible modificarlas, bilateral o multilateralmente, sino por los valores que esas normas están destinadas a proteger o promover.⁷⁵¹

Espaliú Berdud señala que la existencia de las normas de *ius cogens* es un indicio de que la comunidad internacional está comenzando a estructurarse, dado que esas normas proclaman valores esenciales que han sido asumidos colectivamente por la comunidad, y que esta es capaz de dificultar el quebrantamiento de esas normas “mediante el mecanismo de la nulidad de los actos que se opongan a ellas”⁷⁵².

Carrillo Salcedo considera que el concepto de comunidad internacional, así como los de reglas imperativas de derecho internacional general, obligaciones de los Estados respecto de la comunidad internacional en su conjunto, etc, son “manifestaciones jurídicas de los cambios y transformaciones del orden internacional”.⁷⁵³

⁷⁵⁰ *Ibidem*. Analizaré la evolución de este concepto en el capítulo siguiente, dedicado al tema de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.

⁷⁵¹ RAGAZZI, M., *op. cit.*, p. 49.

⁷⁵² ESPALIÚ BERDUD, C., *op. cit.*, p. 436.

⁷⁵³ CARRILLO SALCEDO, J. A., *La comunidad internacional entre la ilusión y la historia*, en R. Casado Raigón e I. Gallego Domínguez (coords.), *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, vol. I, Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, p. 291.

Señala que el derecho internacional contemporáneo se caracteriza por lo siguiente: “es menos formalista, ante todo, porque está más abierto a las exigencias éticas y a la dimensión finalista del Derecho; menos neutro, porque es más sensible a los valores comunes colectivamente legitimados por la comunidad internacional; menos voluntarista, por último, por la aceptación general de la idea de que existen reglas imperativas que prevalecen sobre la voluntad de los Estados”.⁷⁵⁴

Correia Baptista considera que la vinculación del *ius cogens* a determinados valores éticos no implica una libertad total para el intérprete. Sostiene que “la operación de calificación de una determinada norma internacional como *iuris cogens* no implica cualquier escala de valores, sino tan solo su ponderación y confrontación con el valor de la autonomía jurídica de los Estados, a fin de saber cuál ha de prevalecer”.⁷⁵⁵

Esta referencia a los valores no implica por parte de este autor ninguna asimilación del *ius cogens* al derecho natural. En efecto, recuerda que la evolución histórica del derecho internacional refleja precisamente una autonomía cada vez más marcada respecto del derecho natural. Como hemos visto en los Antecedentes históricos, ya en el siglo XVI la doctrina reconocía la existencia de un *ius cogens* internacional positivizado distinto del derecho natural, que, a partir del siglo XVII comienza a reducirse “a poco más que una mera Ética”.⁷⁵⁶

Resalta la dimensión axiológica del *ius cogens* Aguilar Cavallo remitiéndose a varios autores. Por ejemplo, Cassese ha afirmado que “por primera vez en la comunidad internacional, se han creado unos valores (respeto a la dignidad humana, autodeterminación de los pueblos, etc.) que deben tener prioridad sobre cualquier otro interés o exigencia nacional”⁷⁵⁷, y se ha referido a esta categoría de

⁷⁵⁴ *Ibíd.*, p. 293.

⁷⁵⁵ CORREIA BAPTISTA, E., *op. cit.*, p. 287.

⁷⁵⁶ *Ibíd.*, p. 267. Según este autor el *ius cogens* internacional presupone necesariamente intereses comunes: son normas que tutelan fines respecto a todos los Estados y no a cada uno. *Ibíd.*, p. 281.

⁷⁵⁷ CASSESE, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona: Ariel, 1993, p. 241.

normas como generadora de un nuevo *ethos* en la comunidad internacional, como un estímulo para nuevas expectativas en los Estados, en los pueblos y los individuos, además de la opinión pública internacional.⁷⁵⁸

También se remite a Crawford, quien señala que se podrían considerar como *ius cogens* "aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales".⁷⁵⁹

De estas consideraciones, Aguilar Cavallo deduce que "las normas de *ius cogens* se refieren a un núcleo de principios que reflejan valores superiores para la humanidad".⁷⁶⁰

Otros autores señalan otra característica de las normas de *ius cogens* en el sentido de que se apartan del enfoque puramente consensualista dado que una mayoría (calificada) de Estados puede obligar a una minoría. Eso lo ven como consecuencia de la finalidad del *ius cogens*, que es proteger los intereses fundamentales de la comunidad internacional y no los intereses particulares de determinados Estados. De esto a su vez se deriva que las situaciones de necesidad, emergencia o legítima defensa no pueden alegarse como justificaciones para violar las normas *iuris cogentis*. Solo la fuerza mayor que impida totalmente el cumplimiento de tales normas puede ser aceptada.

Frente a las alegaciones de uno de los más decididos críticos del *ius cogens*, Schwarzenberger, que dice que las normas de *ius cogens*, al prevalecer sobre toda norma en contrario, presuponen la existencia de autoridades dotadas de poderes

⁷⁵⁸ *Ibidem*, p. 242.

⁷⁵⁹ CRAWFORD, J., *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*, Madrid: Dykinson, 2004, p. 293.

⁷⁶⁰ AGUILAR CAVALLLO, G., «El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público», en *Ius et Praxis* 12, n.º 1 (2006), p. 121. También hace referencia a los términos "normas inconcucables" y "principios intransgredibles" empleados por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ, Reports, 1996.

supranaturales, como los sacerdotes legisladores del *ius sacrum*, o bien la existencia de un poder centralizado, por cuanto requieren un cierto grado de desarrollo institucional que es todavía ajeno a la sociedad internacional, Virally aclara que ello no es necesario para reconocer la existencia del *ius cogens*, porque no lo considera vinculado a elementos institucionales sino a elementos materiales, de contenido. Afirma: “La aparición del *ius cogens* depende, por cierto, de un nivel de desarrollo histórico de la sociedad internacional que le confiere cohesión, unidad, homogeneidad suficientes para lograr un acuerdo general entre todos sus miembros sobre algunas concepciones éticas comunes y para que una toma de conciencia de los intereses comunes adquiera suficiente fuerza como para tener un poder constrictivo”.⁷⁶¹ Observa que el desarrollo actual de la sociedad internacional nos permite ser testigos de un acercamiento de las concepciones ético-jurídicas de los Estados que la componen, no obstante las oposiciones ideológicas que puedan persistir y que no se puede deducir de éstas la inexistencia de un terreno común.⁷⁶²

4.2.3. *El ius cogens como un “mínimo”*

He vacilado antes de incluir esta idea del *ius cogens* bajo el epígrafe “Dimensión axiológica”, porque no siempre hablan los autores de un “mínimo ético”. Muchos hablan de un “mínimo indispensable” para la coexistencia, etc., o bien de un “mínimo existencial”. No obstante, como son más numerosos quienes hablan del mínimo ético, he optado, para facilitar la exposición, por incluirlo aquí.

Gómez Robledo, si bien no da ninguna definición de *ius cogens*, en vista de la variabilidad de los valores según el momento histórico, admite la definición que ha dado Antonio de Luna: “El mínimo esquema jurídico que la comunidad

⁷⁶¹ VIRALLY, M., *op. cit.*, p. 24.

⁷⁶² Como demostración de este “terreno común (cuya superficie exacta aún debe descubrirse)”, se remite al Comité especial sobre “los principios del derecho internacional sobre las relaciones amistosas y la cooperación entre los Estados” conforme a la Carta de las Naciones Unidas, establecido en virtud de la resolución VIII de 1966 de la Asamblea General.

internacional considera indispensable para su existencia en un momento determinado”.⁷⁶³

Otro autor, también positivista jurídico, Alfred von Verdross, considera que las normas de *ius cogens* incorporan un mínimo ético. Distingue dos tipos de normas *iuris cogentis*: 1) las normas individuales del derecho internacional consuetudinario, y 2) las normas *contra bona mores*, de una comunidad determinada. Con respecto a las segundas, Verdross afirmaba la existencia de un mínimo ético para todas las comunidades que consistía en el mantenimiento del derecho y el orden dentro del Estado, la defensa frente a ataques externos, la atención del bienestar físico y espiritual de los ciudadanos en el país, y la protección de los propios ciudadanos en el extranjero.⁷⁶⁴

May observa que tanto Hart como Verdross hacen referencia a un mínimo ético y que los ejemplos que dan confluyen en la idea de “seguridad” como algo que los ciudadanos esperan del orden jurídico.⁷⁶⁵ Lo interesante en Verdross es que extiende esta idea al ámbito internacional: mientras el Estado no protege a sus propios ciudadanos, no puede ser acreedor del respeto y el reconocimiento de los demás Estados.⁷⁶⁶

El positivismo moderado va aún más lejos dado que afirma que cuando los Estados amenazan la seguridad de sus ciudadanos violan el mínimo ético del

⁷⁶³ GÓMEZ ROBLEDO, A., *op. cit.*, p. 195.

⁷⁶⁴ VERDROSS, V. A., «Forbidden Treaties in International Law», en *American Journal of International Law* 31, n.º 4 (1937), p. 571. Véase también HART, H., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1993; FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980.

⁷⁶⁵ MAY, L., *Crime against humanity: a normative account*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 32. Recuerda que algunos positivistas contemporáneos, como Hart, sostienen la necesidad de un intercambio de mínima seguridad por parte del Estado y obediencia a las leyes por parte de los ciudadanos. Hart tiende un buen puente entre el derecho natural tradicional y el positivismo tradicional cuando habla del “contenido mínimo del derecho natural” que fundamenta las normas jurídicas. Sin embargo, esto lo aplicaba Hart al derecho interno y no al derecho internacional, que considera dependiente de la aceptación por parte de los Estados y no de otras normas. No acepta la idea de una base moral universal para determinadas normas jurídicas.

⁷⁶⁶ VERDROSS, V. A., «Forbidden Treaties in International Law», *op. cit.*, pp. 571-572.

comportamiento aceptable y los tribunales internacionales pueden intervenir legítimamente.⁷⁶⁷

Virally también afirma que el *ius cogens* constituye un mínimo: “Se trata de un mínimo, que constituye un umbral muy difícil de definir *a priori*, más allá del cual puede aparecer la idea del *ius cogens* en el derecho positivo. Esta evolución en la esfera de la psicología social, está vinculada a determinadas transformaciones de estructura de la sociedad [...]”.⁷⁶⁸

Por otra parte, hay una corriente de autores que consideran al *ius cogens* como garante a priori de la subsistencia del sistema y de las entidades que lo componen, y cuya teoría se denomina: la teoría del mínimo de existencia. Ahora bien, cabe preguntarse de la existencia de qué estamos hablando cuando deseamos asegurar ese mínimo. Y descubrimos que no siempre se habla de la misma cosa.

Algunos se refieren a las relaciones internacionales; se trataría entonces de principios indispensables a la vida internacional (Yasseen). Otros se refieren al orden jurídico (Abi Saab) y otros aún a la comunidad internacional (Dupuy, Paul, de Luna).

La orientación que más nos interesa aquí es la que hace referencia a ese mínimo en relación con los sujetos de derecho internacional. Para sus sostenedores, el *ius cogens* tiene la misión de proteger los derechos esenciales (inalienables) de los sujetos de derecho del orden jurídico internacional considerados individualmente. (Es decir, los derechos mínimos en cuanto indispensables).

⁷⁶⁷ MAY, L., *op. cit.*, p. 234. Pero esta tesis no fue compartida ni por Hart ni por Verdross, para quien la consecuencia última de la violación del mínimo ético sería la nulidad de los tratados pero no la intervención de tribunales internacionales.

⁷⁶⁸ VIRALLY, M., *op. cit.*, p. 21. Por otra parte, reconoce la dificultad de determinar *a priori* las normas del derecho internacional que revisten el carácter de *ius cogens*, sobre todo porque no es posible proceder mediante generalizaciones. Por ejemplo, considera que es difícil convertir en norma de *ius cogens* un principio abstracto, como el respeto de los derechos humanos. No obstante, sostiene que es posible atribuir tal carácter a normas que derivan de ese principio.

Kolb, siguiendo a Kadelbach, hace una clasificación del contenido de las normas imperativas cuyo objeto es garantizar la autodeterminación de esos sujetos. La clasificación sería la siguiente: derechos de los Estados, en particular el derecho a la existencia, a la soberanía, a la igualdad, y la prohibición del recurso a la fuerza; derechos de los grupos; autodeterminación de los pueblos, prohibición del genocidio, prohibición de la discriminación; derechos de los individuos: protección de la vida y de la integridad corporal, protección de la libertad, igualdad, protección contra actos criminales.⁷⁶⁹

4.2.4. *El ius cogens y el derecho natural*

Uno de las preguntas que se plantean respecto del *ius cogens* es si no estaríamos postulando un derecho natural. Thierry señala que, a pesar de su fuerte connotación ética, las normas de *ius cogens* no pierden su pertenencia al derecho positivo, si bien con un rango particularmente elevado.⁷⁷⁰ También en los debates de la Conferencia de Viena algunos delegados se inclinaban por enfocar el *ius cogens* más desde el derecho positivo que desde el derecho natural.⁷⁷¹

Es interesante la posición respecto al carácter de derecho natural atribuible al *ius cogens* que sostiene Casado Raigón, dado que intenta explicar la imperatividad de ciertas normas en el orden internacional “con moldes positivistas”, según sus propios términos. Dice: “el carácter obligatorio de este tipo de normas -con efecto *erga omnes*- podría encontrarse en un “pacto” (más tácito que expreso) entre todos y cada uno de los componentes de la comunidad internacional”. La diferencia que se ha señalado entre normas de derecho natural y

⁷⁶⁹ KOLB, R., *Théorie du ius cogens International. Essai de relecture du concept*, op. cit., p. 161.

⁷⁷⁰ Citado por DRNAS DE CLÉMENT, Z., op. cit., p. 9.

⁷⁷¹ El Relator H. Waldock explicó que: “[...] la Comisión de Derecho Internacional había basado su enfoque de la cuestión del *ius cogens* en el derecho positivo mucho más que en el derecho natural. Esto obedeció al convencimiento que la Comisión tenía de que en ese momento existían varios principios de derecho internacional que tenían carácter imperativo”. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (26 de marzo a 24 de mayo de 1968), Actas resumidas del 1º período de sesiones, pp. 327-328 (Documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/11. 1969).

de *ius cogens* es que estas últimas pueden ser derogadas, pero siempre que lo sean por “la comunidad internacional de Estados en su conjunto”.⁷⁷²

En cuanto al contenido de las normas de *ius cogens*, este autor considera que en este momento las normas de *ius cogens* se refieren principalmente al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a la existencia y a la igualdad de los Estados y al derecho de los pueblos a su libre determinación y, en general, a los derechos fundamentales del ser humano.⁷⁷³

Yasseen, por ejemplo, considera que no es difícil explicar la existencia de las normas de *ius cogens* apoyándose en la escuela del derecho natural, pero que tampoco lo es según las doctrinas positivistas voluntaristas. Sostiene en apoyo de esta aseveración que, a pesar de que no sea tan desarrollada como la comunidad interna, nacional, una comunidad internacional existe y desde el momento en que existe nadie puede discutir que existan varias normas indispensables para que dicha comunidad subsista. Es decir, para Yasseen, el concepto clave es el de comunidad internacional.⁷⁷⁴

Danilenko observa cómo va ganando terreno en la comunidad internacional el concepto de *ius cogens*, particularmente por la tendencia a aplicarlo más allá del derecho de los tratados, en la esfera de la responsabilidad de los Estados. En efecto, como veremos más adelante, la Comisión de Derecho Internacional propuso el concepto de crímenes internacionales resultante del incumplimiento por un Estado de una obligación internacional “esencial para la protección de intereses fundamentales de la comunidad internacional”⁷⁷⁵. (Sin embargo, hay que analizar

⁷⁷² CASADO RAIGÓN, R., *Notas sobre el ius cogens internacional*, Córdoba: Servicio de Publicaciones de la UCO, 1999, pp. 38-39. Otra cuestión que se plantea es la relativa a la existencia de *ius cogens* de alcance regional. Casado Raigón sostiene que ese *ius cogens* se asemejaría más al orden público interno y “estaría menos imbuido de consideraciones iusnaturalistas” que las normas de alcance universal.

⁷⁷³ *Ibíd.*, p. 64.

⁷⁷⁴ YASSEEN, M. K., *op. cit.*, pp. 204-212.

⁷⁷⁵ Informe de la Comisión a la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones en relación al Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, Anuario de la

hasta qué punto se trata en esas disposiciones de normas *ius cogens* o de obligaciones *erga omnes*, lo que veremos cuando analicemos el tema de la responsabilidad).⁷⁷⁶

Señala que si bien se han hecho en los debates de la Conferencia de Viena de 1969 varias referencias al derecho natural, como cuando se fundamentaba el *ius cogens* en la conciencia jurídica, las creencias morales de la humanidad, etc., no es admisible recurrir a conceptos extrajurídicos: “Desde una perspectiva más amplia, es también evidente que los intereses y valores morales de la comunidad no pueden ser considerados como parte del derecho, menos aún de un “derecho superior”, sin alguna forma de aprobación en el marco de procesos normativos reconocidos”.⁷⁷⁷

Virally, recordando la viva controversia entre dos notables juristas con respecto al *ius cogens* (Schwarzenberger, que se opone firmemente, porque lo considera nefasto, y Verdross, que ya desde mucho antes de la Convención de Viena, desde finales de la primera guerra se había mostrado muy favorable a la introducción de este concepto en el derecho internacional positivo), se sorprende de que haya tanta incertidumbre con respecto a un concepto que todos reconocen como muy importante para el orden jurídico internacional y cuya presencia o ausencia debería ser fácilmente reconocibles. Subraya, sin embargo, que se trata de un concepto relativamente nuevo en el derecho internacional, al que en el pasado se ha recurrido en forma muy excepcional. Su admisión en gran escala tendría consecuencias que “no sería exagerado calificar de revolucionarias”, sostiene, y que

Comisión de Derecho Internacional, 2001, Volumen II, Segunda parte (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/2001/Add. 1, Part 2).

⁷⁷⁶ DANILENKO, G. M., *op. cit.*, p. 43. Considera este autor que reviste mucha importancia el hecho de que los Estados desarrollen una tendencia a apoyarse en el concepto de *ius cogens* para lograr cambios profundos en el orden jurídico internacional actual. Desde una perspectiva teórica, se pregunta cómo la comunidad internacional, que carece de un poder legislativo, puede crear normas de importancia fundamental y que sean vinculantes para todos los Estados.

⁷⁷⁷ *Ibidem*, p. 46. En ese sentido encuentra apoyo en la versión final del artículo 53 de la Convención de Viena en la que se ha introducido como requisito para que una norma sea imperativa que sea “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto”.

“obligarán a revisar bastante sustancialmente la idea tradicional que tenemos del derecho internacional”⁷⁷⁸.

Interesa particularmente su afirmación en el sentido de que “aun si se deduce de concepciones éticas o de una representación normativa de la sociedad internacional, de origen naturalista o ideológico, el *ius cogens* no constituye derecho natural”.⁷⁷⁹ Es importante lo que alega en apoyo de esta afirmación: “el *ius cogens* evoluciona en función de las transformaciones de la situación socio-histórica de la sociedad internacional y de las modificaciones que tienen lugar en las concepciones políticas, éticas, filosóficas, ideológicas que se suceden. Es decir, las normas de *ius cogens* son normas de derecho positivo, no constituyen una categoría aparte”.⁷⁸⁰

No podemos olvidar a Vitoria y sus reflexiones sobre el derecho de gentes y la evolución que esas reflexiones han significado para la concepción de un derecho de la comunidad de Estados basado en el consentimiento de la mayoría. Por ello, considerar el *ius cogens* como un derecho natural, exponiéndolo así a su negación por parte de las teorías jurídicas que rechazan todo fundamento de carácter metafísico, supondría un retroceso con respecto a los avances que ha supuesto la doctrina de Vitoria.

4.3. Otras dimensiones

Bianchi, refiriéndose a la posición de Kolb en el sentido de que el *ius cogens* es meramente una técnica jurídica destinada a preservar la integridad formal del sistema, dice que considerar de esta manera el *ius cogens* equivale a pasar por alto

⁷⁷⁸ VIRALLY, M., *op. cit.*, p. 15.

⁷⁷⁹ *Ibídem*.

⁷⁸⁰ *Ibídem*, p. 16. Y ve en la aparición de estas normas “un cierto progreso, realizado gracias a la toma de conciencia de las necesidades de la sociedad internacional y vinculado al hecho de que esa sociedad ha llegado a determinado nivel de su desarrollo socio-histórico”, en vista de lo cual “el *ius cogens* se impondrá en la práctica con independencia de las opiniones que pueda profesar la doctrina respecto de los riesgos que comporta su conservación”. *Ibídem*, p. 23.

la función que esta institución está destinada a cumplir.⁷⁸¹ Es muy interesante la respuesta que da también a Kolb cuando este habla de una “dimensión mesiánica” que se atribuye al *ius Mogens*.⁷⁸² Bianchi dice que esta acusación no perturba para nada la conciencia de quienes creen que la religión, la mitología, e incluso la magia, no son totalmente extrañas al derecho. Afirma que, “como proyecciones de la conciencia individual y colectiva, pueden materializarse como valores de identidad para el cuerpo social y como factores de orden de las prácticas sociales”.⁷⁸³

Por ello, le parece paradójico que los efectos del *ius cogens* estén establecidos en una esfera en la que tiene menos importancia, el derecho de los tratados. En realidad es bastante improbable que dos o varios Estados concierten un acuerdo para cometer genocidio. De ahí la necesidad de investigar las normas de *ius cogens* establecidas en los instrumentos sobre derechos humanos.

Bianchi analiza dos dimensiones en las que funcionan las normas de *ius cogens*: una **dimensión sistémica** y una **dimensión contextual**.

4.3.1. Dimensión sistémica

En esta dimensión, las normas dan expresión normativa a valores supuestamente universales, al tiempo que configuran la conciencia de la comunidad, la identidad social del grupo y constituyen uno de los principales factores de orden de las relaciones sociales. Bianchi también hace referencia al poder evocador de esas normas, lo que vincula este tema con las demandas de la memoria histórica.

Ante el cuestionamiento por la relevancia práctica de estas consideraciones tan abstractas, Bianchi señala que esta dimensión puede tener significativos

⁷⁸¹ BIANCHI, A., «Human Rights and the Magic of Jus Cogens», en *The European Journal of International Law* 19, n.º 3 (2008), pp. 491-508.

⁷⁸² KOLB, R., *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, op. cit., p. 19.

⁷⁸³ BIANCHI, A., op. cit., p. 495. Es indudable que esta referencia a la conciencia individual y colectiva nos acerca a la memoria histórica, como fenómeno social que acompaña y reasegura los efectos de las normas del *ius cogens*.

efectos jurídicos.⁷⁸⁴ Se remite en apoyo de esta afirmación a una sentencia del Tribunal de primera instancia de las Comunidades Europeas en la que indirectamente se examinó la legalidad de las resoluciones antiterroristas del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a la luz de las normas de *ius cogens*. En esa sentencia, hemos podido observar que, a pesar del sólido respaldo normativo que fundamenta la ausencia de competencia del Tribunal comunitario para controlar la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad, habida cuenta de la primacía del derecho de las Naciones Unidas frente al derecho de las Comunidades Europeas, se considera que el Tribunal está facultado para examinar esas resoluciones a la luz de normas internacionales de *ius cogens*. E incluso se afirma que los órganos de las Naciones Unidas están sujetos a esas normas.⁷⁸⁵

⁷⁸⁴ *Ibídem*, p. 497.

⁷⁸⁵ Court of Justice of the European Union, T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation vs. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, 21 September 2005. En el resumen del texto de la Sentencia se explica lo siguiente (lo he traducido del inglés): Tras aclarar que “[a] la luz del principio de primacía del derecho de las Naciones Unidas con respecto al derecho comunitario, la alegación de que el Tribunal de Primera Instancia es competente para examinar indirectamente la legalidad (legitimidad) de las decisiones del Consejo de Seguridad conforme a la norma de protección de los derechos fundamentales reconocidos por el orden jurídico de la Comunidad no puede justificarse ni sobre la base del derecho internacional ni sobre la base del derecho comunitario. En primer lugar, esa jurisdicción sería incompatible con los compromisos contraídos por los Estados Miembros en la Carta de las Naciones Unidas, en particular los artículos 25, 48 y 103 de la misma, así como con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [...]. Por consiguiente, las resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas quedan, en principio, fuera del ámbito del examen judicial del Tribunal y el Tribunal no tiene competencia para poner en cuestión, ni siquiera indirectamente, su legalidad a la luz del derecho comunitario”. Se afirma: “Por el contrario, el Tribunal está obligado, en la medida de lo posible, a interpretar y aplicar la ley de una manera compatible con las obligaciones de los Estados Miembros a la luz de la Carta de las Naciones Unidas”. Sin embargo, se concluye: “ El Tribunal, por lo tanto, está facultado para controlar, indirectamente, la legalidad de esas resoluciones con respecto al *jus cogens*, entendido como un conjunto de normas superiores de derecho internacional público que obligan a todos los sujetos del derecho internacional, incluidos los órganos de las Naciones Unidas, y de las cuales no es posible apartarse. (Véanse los párrs. 264-266, 272-274, 276-277)” .

4.3.2. Dimensión contextual

En cuanto a esta dimensión, Bianchi explica que se trata de examinar la eficacia de estas normas en el contexto en que son invocadas, la jurisdicción internacional o la nacional, y la interpretación de la que son objeto. Por ejemplo, indica que el contexto en el que han sido invocadas más frecuentemente es el de las inmunidades jurisdiccionales.

Precisamente un caso decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el caso *Al Adsani*, trataba de la prohibición de la tortura frente a la norma sobre inmunidad. Si bien no se ponía en tela de juicio el carácter *ius cogens* de la prohibición, la mayoría del Tribunal sostuvo que no había ninguna base firme para concluir, como cuestión de derecho internacional, que un Estado extranjero fuera privado de la inmunidad que le reconoce el derecho internacional ante los tribunales de otro Estado cuando es acusado de actos de tortura.⁷⁸⁶ No obstante esta desestimación, hay algunas reflexiones del Tribunal que merece la pena tener presentes en cuanto al carácter *ius cogens* de la prohibición de la tortura. Por ejemplo, en el párrafo 60 reconoce la importancia primordial que reviste la interdicción de la tortura y señala que “[...] según varias decisiones judiciales, la prohibición de la tortura tiene ya valor de norma imperativa, es decir, de *ius cogens*...”.⁷⁸⁷

⁷⁸⁶ TEDH, caso *Al-Adsani vs. Reino Unido*, Sentencia de 21 de noviembre de 2001. Demanda Núm. 35763/1997. Se trataba de la demanda de un ciudadano de doble nacionalidad británica y kuwaití contra el Reino Unido presentada ante la Comisión el 3 de abril de 1997, alegando que, al acordar al Estado kuwaití la inmunidad de jurisdicción, los tribunales británicos habían dejado de reconocer al interesado el derecho de no ser sometido a la tortura y le habían denegado el acceso a un tribunal. Se alegaba la violación de los artículos 3 y 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos. La demanda fue desestimada.

⁷⁸⁷ *Ibidem*, párr. 60. Un conflicto similar entre inmunidad y delitos de genocidio, terrorismo y torturas se ha planteado en el caso *Pinochet*, en el que entró en juego el principio de jurisdicción universal, del que no me ocupó en el presente trabajo. Véase sobre el tema de la inmunidad en ese caso concreto, los textos de J. R. Serrano Piedecabras, pp. 111-116, y H. Hormázabal Malarée, pp. 163-221, en “Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet”, coordinadores M. García Arán y D. López Garrido, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

En otra sentencia del mismo Tribunal, se llega a otra conclusión: “En un asunto como el que el Tribunal tiene ante sí, la ley especial es el Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos. Los principios generales del derecho internacional no son consagrados por el Convenio salvo cuando hace expresamente referencia a ellos [...] por consiguiente, no se deberían aceptar sin más restricciones los derechos del Convenio que derivaran de principios del derecho internacional, como aquellos que establecen inmunidades y que no figuran ni siquiera entre las normas de *ius cogens*”.⁷⁸⁸

4.4. Normas de *ius cogens* y orden público

La comparación con el orden público se podría plantear en el marco de la analogía con el derecho interno. Virally advierte, con respecto a la asociación del *ius cogens* internacional con conceptos vecinos del derecho interno, tales como orden público o derecho constitucional, que no hay que olvidar las diferencias notables que existen entre la situación de la sociedad estatal y la de la sociedad internacional, particularmente acentuadas cuando se trata de los conceptos citados.⁷⁸⁹ Sostiene que las analogías utilizadas, en lugar de aclarar, crean obstáculos artificiales a la introducción del *ius cogens* en el derecho internacional. De ello deduce que para analizar el *ius cogens* en el derecho internacional hay que partir, a fin de evitar falsos problemas, del derecho internacional mismo, y no de conceptos del derecho interno.⁷⁹⁰

⁷⁸⁸ TEDH, caso *McElhinney vs. Irlanda*, Sentencia de 21 de noviembre de 2001. Demanda n.º 31253/1996.

⁷⁸⁹ VIRALLY, M., *op. cit.*, p. 7. En efecto, el derecho constitucional en el derecho interno responde a una estructura de órganos sumamente compleja que no existe en el derecho internacional; por su parte, quienes en el ámbito interno se encargan de definir cuáles son las normas del orden público no tienen equivalentes en el ámbito internacional.

⁷⁹⁰ *Ibídem*, p. 8. Con respecto al problema que se plantea en cuanto al órgano competente para determinar el *ius cogens*, problema que no se plantea en el derecho nacional, señala lo peligroso que es llevar muy lejos la analogía con el derecho interno, y sobre todo hacer depender la evolución normativa del derecho internacional de su evolución institucional. “La evolución normativa -dice- podría, una vez realizada, determinar una cierta evolución institucional”.

Meron señala que los fundamentos en los que se apoyan el *ius cogens* y el orden público de la comunidad internacional son los mismos: debido a la importancia decisiva que tienen determinadas normas y valores para la comunidad internacional, merecen una protección absoluta y los Estados no pueden apartarse de ellos, sea conjuntamente mediante tratados o separadamente mediante la acción unilateral legislativa o del poder ejecutivo.⁷⁹¹

Respecto de esta última, afirma que, frente a los actos que violan normas de *ius cogens*, los terceros Estados tienen tanto el derecho como la obligación de abstenerse de reconocerlos o de atribuirles valor jurídico.⁷⁹² Cita como ejemplo el auto de la Audiencia Nacional de España por el que consideró que la ley de amnistía chilena no impedía el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de España.⁷⁹³

Kolb se opone a identificar sin más el *ius cogens* con el orden público, dado que el primero constituiría una subcategoría del segundo. Sin embargo, explica que, si bien el *ius cogens* puede apoyarse en el orden público en la medida en que este represente un conjunto de normas supremas en el seno del ordenamiento jurídico, el *ius cogens* también puede apoyarse en otras causas que no son orden público, sino, por ejemplo, de carácter lógico o de interés público en sentido amplio. El problema de la identificación con el orden público es que este último está impregnado de causas específicas y de finalidades sociales. En la diferenciación que hace de dichos conceptos, Kolb indica, por una parte, que el *ius cogens* se aplica a otros contextos que no corresponden al ámbito del orden

⁷⁹¹ MERON, T., *The Humanization of International Law*, *op. cit.*, p. 397. Cita el caso *Furundzija*, en el que la Sala de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia reconoció varias consecuencias concretas derivadas de haber considerado que la prohibición de la tortura constituía *ius cogens*: se deslegitimaría cualquier medida legislativa, administrativa o judicial que autorizara la tortura. Por ejemplo, la amnistía concedida a actos de tortura daría lugar a la responsabilidad del Estado y no sería reconocida jurídicamente en el ámbito internacional. TPIY, caso *Furundzija*, Sentencia de primera instancia, de 10 de diciembre de 1998, (IT-95-17/1), párr. 155.

⁷⁹² *Ibidem*.

⁷⁹³ Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, (España), *Auto sobre la competencia de la Justicia Española para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena*, de 5 de noviembre de 1998, p. 8.

público, y por otra, que el efecto imperativo del orden público es solo una de sus consecuencias.⁷⁹⁴

Focarelli también se opone a esa asimilación y dice que no se puede transferir automáticamente y sin reflexionar un concepto arraigado en el derecho de los tratados hacia el derecho de la responsabilidad internacional. Los aspectos de no derogación no son *eo ipso* aplicables a la violación de normas.⁷⁹⁵

Señala que la estructura particular del derecho internacional nos lleva a constatar que el *ius cogens* es un fenómeno situado en el plano de las fuentes, es decir, de la creación de derecho, y no de los actos jurídicos no creadores de derecho.

Algunos autores hacen referencia directamente a un “orden público internacional”. El juez Mosler acuñó la frase “orden público de la comunidad internacional” y caracteriza ese orden como un orden “que consiste en principios y normas cuyo cumplimiento reviste tal importancia para la comunidad internacional en conjunto que cualquier acción unilateral o cualquier acuerdo que contravenga estos principios no puede tener fuerza jurídica. Ello resulta de un simple razonamiento lógico; el derecho no puede reconocer cualquier acto de un miembro o de varios miembros concertado como jurídicamente válido si ese acto va dirigido contra el fundamento mismo del derecho”.⁷⁹⁶

⁷⁹⁴ KOLB, R., *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, op. cit., pp. 172 y ss.

⁷⁹⁵ FOCARELLI, C., *Le contramisure nel diritto internazionale*, Milán: Guiffè, 1994, pp. 479-480.

⁷⁹⁶ MOSLER, H., *The International Society as Legal Community*, op. cit., p. 18. Como antecedente en la jurisprudencia, en su opinión individual, respecto de la sentencia de 28 de noviembre de 1958, sobre la aplicación del Convenio sobre la tutela de menores (1902), el juez Moreno Quintana hizo referencia al orden público internacional: “[...] El orden público internacional se confirma en el sistema del Derecho Internacional Público cuando establece ciertos principios, como los principios generales del Derecho de gentes y los derechos fundamentales de los Estados, cuyo respeto es indispensable para permitir la coexistencia jurídica de las unidades políticas que componen la comunidad internacional”. CIJ, *Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs* (Pays-Bas c. Suède), CIJ, Arrêts, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, Serie A/B, 1958, p. 106.

Visscher también habla de orden público internacional cuando distingue las normas de derecho internacional general de las normas imperativas. Las primeras son normas consuetudinarias -dice- se construyen sobre una práctica, en cambio las segundas proceden directamente de un juicio de valor moral o social: solo las normas “inderogables”, válidas con independencia de todo vínculo convencional, representan el *ius cogens*. Y afirma: “Sin ser susceptibles de una verdadera definición, parecen vinculadas a un orden público internacional”.⁷⁹⁷

También se ha asociado el derecho imperativo con un orden público internacional en el informe de la Comisión de Derecho Internacional, donde se destaca la existencia de “principios superiores del derecho internacional que pueden considerarse como los principios del orden público internacional”.⁷⁹⁸

Entre las normas de orden público internacional, Monaco incluye normas “que garantizan la estabilidad del orden internacional y que por consiguiente se oponen no solo a las estipulaciones convencionales, sino también a los comportamientos de los Estados que desconocen los principios universalmente reconocidos, de carácter moral o humanitario”.⁷⁹⁹

Se observa una tendencia hacia la inclusión de las normas de protección de los derechos más fundamentales en la esfera normativa de *ius cogens*.

Frente a los autores que identifican, como hemos visto, el *ius cogens* con el orden público internacional, hay otros que lo consideran como una de las diversas expresiones del orden público. Es el caso de Alcaide Fernández, que sostiene: “El orden público internacional tiene diversas expresiones normativas: las normas imperativas, las obligaciones *erga omnes*, los hechos ilícitos contra la comunidad

⁷⁹⁷ VISSCHER, C. de, «Positivisme et ‘jus cogens’» *op. cit.*, p. 9. Se remite a Villary, que dice que se las puede considerar “la expresión más perfecta del derecho internacional general”. (VIRALLY, M., *op. cit.*, p. 15).

⁷⁹⁸ Primer Informe sobre el Derecho de los Tratados, 1953, elaborado por H. Lauterpacht, Relator Especial (documento de las Naciones Unidas A/CN.4/63).

⁷⁹⁹ MONACO, R., «Cours général sur des principes de droit international public», en *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* 125, n.º III (1968), p 207.

internacional y, por último, la responsabilidad internacional penal de los individuos culpables de delitos contra el DI".⁸⁰⁰

5. *Ius cogens* y derecho interno

Blanes Salas vincula el concepto de *ius cogens* con la perspectiva monista de la relación entre derecho internacional y derecho nacional. Considera que ambos constituyen una "unidad jurídica" dado que el fundamento del derecho "como un todo" se encuentra en sus principios generales, enunciados en forma racional, como ideas y principalmente como valores, tales como la paz y la justicia. "De esta forma la soberanía estatal queda relegada a un segundo plano, exigiéndose una nueva lectura de su papel, ya no preponderantemente político, sino cada vez más subordinado a las exigencias de solidaridad, ética y responsabilidad".⁸⁰¹

En el ámbito de las fuentes del derecho reside la clave de las diferencias entre el *ius cogens* internacional y el interno, que sería el orden público. Si en el derecho interno no es necesario especificar que los individuos sujetos de derecho no pueden modificar ni derogar normas sancionadas por el legislador, en el derecho internacional los Estados sujetos de derecho reúnen en sí al sujeto creador de derecho y al sujeto destinatario del derecho. Esta distinción entre el régimen y la norma es indispensable para comprender la institución del *ius cogens*. En el derecho interno sería imposible que un particular derogara la norma establecida por el órgano respectivo, pero sí puede, en sus relaciones privadas, excluir el régimen aplicable a las mismas, cuando no se interpone la "inderogabilidad" característica del *ius cogens*.

Esta barrera que supone la norma establecida en el derecho interno se basa en la existencia de órganos competentes para la creación de normas, cosa que no sucede en el derecho internacional. De la identidad del sujeto creador y el

⁸⁰⁰ ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., «Orden público y derecho internacional: desarrollo normativo y déficit institucional» en A. Salinas de Frías y M. Vargas Gutiérrez-Urrutia (coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional, Libro Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. I, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005, p. 92.

⁸⁰¹ BLANES SALAS, J., «A Política Internacional e as Regras de Jus Cogens», en *IMES -Direito* 13, n.º VII (2007), pp. 29-36.

destinatario de la norma nace el peligro de apartarse de esta. Kolb señala como consecuencia de esa identidad la indiferenciación entre normas objetivas y actos jurídicos particulares.

Por ello, en el ámbito internacional lo que adquiere relevancia son las fuentes, y lo que se protege es el orden jurídico mismo, que sin esa protección quedaría a merced de sus sujetos, poro cuanto estos tendrían abierta la posibilidad de desviarse de las normas que ellos mismos han podido crear. Por ello, el concepto de *ius cogens* interno no puede ser traspuesto sin más al derecho internacional cuyas características propias es preciso tener en cuenta.⁸⁰²

Siguiendo una orientación muy similar en cuanto a la diferenciación del contexto internacional y el interno para aclarar el concepto de *ius cogens* desde una perspectiva formal, se encuentra la posición de Marek. Esta autora sostiene que el *ius cogens* se origina en el derecho interno y responde a un problema de libertad contractual, no en el sentido de libertad de contratar o no contratar sino en relación con el contenido del contrato. En este último sentido, afirma que ningún orden jurídico podría tolerar la libertad total de las partes para determinar el contenido del contrato, sin que tengan para nada en cuenta las normas del orden jurídico en cuyo contexto se celebra. Recuerda que el principio que establece la limitación pertinente ha sido consagrado en el Código Civil francés (y podemos encontrarlo en los Códigos que lo siguieron) en el artículo 6: “No se podrán transgredir, mediante acuerdo entre particulares, las leyes que conciernen al orden público y a las buenas costumbres” (la traducción es mía). Es una respuesta a una necesidad política y social, más que jurídica, dado que protege las bases fundamentales de una sociedad determinada. Pero también obedece a una necesidad lógica, porque sería inconcebible un sistema jurídico si los que están sujetos al mismo pudieran quebrantarlo cuando quisieran.⁸⁰³

⁸⁰² KOLB, R., *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept, op. cit.*, pp. 189 y ss.

⁸⁰³ MAREK, K., «Contribution à l'étude du jus cogens en droit international», en *Recueil d'études en hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra: Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 1968, pp. 428-429.

Destaca la imposibilidad de que una norma jurídica no esté inserta en una jerarquía de normas, remitiéndose a Kelsen, y hace notar la claridad de la pirámide en el derecho interno. Cuando nos preguntamos qué lugar ocupa el contrato vemos que el contrato carece de todo valor por sí mismo si la ley no se lo confiere. En la jerarquía de normas, es la ley la que confiere validez al contrato. En esto encuentra la autora la primera condición de funcionamiento del *ius cogens*: la subordinación del contrato a la ley en el marco de una jerarquía de normas.

A fin de trasponer el concepto de *ius cogens* del derecho interno al derecho internacional, es preciso encontrar en este una jerarquía de normas, pues sin ella no sería posible explicar la fuerza obligatoria de aquel. Por supuesto, el carácter aún primitivo del derecho internacional y su institucionalización imperfecta, aclara Marek, hacen menos real dicha jerarquía.⁸⁰⁴

Si bien los tratados derivan su validez del principio *pacta sunt servanda*, el lugar que ocupan en la jerarquía normativa internacional no es tan claro. En efecto, es posible que los tratados estén subordinados a la costumbre, no solo porque a ella pertenece el principio citado, sino porque la capacidad misma de concluir el tratado proviene de las normas consuetudinarias.

La diferencia esencial que señala esta autora entre el derecho interno y el derecho internacional radica en la confusión que se observa en este último respecto a la distribución de competencias para sancionar normas generales y normas convencionales: en el derecho internacional no hay diferencia entre legislador y destinatario de las normas. Es decir, los sujetos de derecho internacional pueden crear normas a todos los niveles de la pirámide jurídica. Coincide con el argumento de Kolb.

Ahora bien, Marek se pregunta quién es competente para declarar la nulidad de un tratado cuando se pretende que es contrario al *ius cogens*. Esto no suscita dudas en el ámbito nacional, pero en el internacional plantea un riesgo, porque son los mismos sujetos de derecho que han establecido la norma quienes pueden asumir esa facultad unilateralmente. Nos remite a un ejemplo clarísimo:

⁸⁰⁴ *Ibíd.*, p. 434.

en 1940, Alemania contesta la validez del artículo 79 del Tratado de Versalles alegando su inmoralidad dado que favorecía unilateralmente los deseos y opiniones de Francia.⁸⁰⁵

Kolb intenta dar una respuesta a la cuestión del *ius cogens* en el derecho nacional y en el internacional adoptando francamente la perspectiva monista: “Para nosotros, el *ius cogens*, como tantos otros conceptos jurídicos, constituidos desde la época del derecho romano y que han viajado a través de los siglos, adaptándose a mutaciones sociales e intelectuales, testimonian la unidad y la diversidad, la perennidad y el cambio. Manifiestan el profundo monismo de los fenómenos jurídicos. No lo hacen abstractamente, sino en relación a un único *tertium comparationis*, el derecho sin epíteto”.⁸⁰⁶

5.1. Aplicabilidad a los actos unilaterales de los Estados

En este tema se observa claramente el problema de la interpretación de la expresión *derogate from*. En el texto que figura a continuación utilizaré puntualmente la palabra inglesa *derogation*, o los calcos “derogación”, “derogar”, etc., para no emplear la traducción al español del artículo 53 de la Convención de Viena, que directamente elimina el problema al optar por la solución bilateral, y para no introducir una nueva traducción, como “apartarse de”, que considero correcta pero que no reflejaría el problema de interpretación planteado. A este respecto véase también, *supra*, la sección 2.2.3.

En este contexto, entenderemos por actos unilaterales de los Estados los actos, incluyendo las omisiones, que adopten los Estados en su propio territorio y en la esfera de su derecho interno.

⁸⁰⁵ *Ibidem*. La remisión es al *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1919-1942*, caso No 115. Este peligro fue advertido por H. Lauterpacht en 1937, «Règles générales du droit de la paix», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 62, n.º IV (1937), p. 307.

⁸⁰⁶ KOLB, R., *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, *op. cit.*, p. 190.

La cuestión de la aplicación de las normas de *ius cogens* a los actos unilaterales de los Estados puede revestir particular importancia porque las violaciones de derechos humanos casi siempre resultan de actos unilaterales de los Estados y no de acuerdos internacionales. En ese sentido, Kolb, un autor que ha analizado en profundidad el *ius cogens* y que centra la definición del mismo en la inderogabilidad, distingue la *derogation* de la modificación y de la violación. La distinción de esta última le conduce a concluir que el *ius cogens* no es aplicable a los actos unilaterales ilícitos.

Algunos autores, comenta Kolb, se oponen vehementemente a la equiparación entre violación y derogación, por ejemplo Weil. Éste considera que esa equiparación es un verdadero abuso del lenguaje basado en un formidable malentendido, una verdadera confusión intelectual. Afirma que no es posible hablar de derogación cuando se trata de un acto unilateral: estos actos, bien respetan el derecho internacional, bien lo violan, pero no lo derogan. Se trata de una imposibilidad lógica.⁸⁰⁷

En el mismo sentido se pronuncia Marek, quien considera que en un sistema en el que contrato y ley se confunden, en el que los legisladores son también partes contratantes, se hace imprescindible distinguir entre la actividad contractual lícita y la que no lo es, dado que esta distinción no se ve a primera vista. Esto no sucede cuando se trata de los actos unilaterales de los Estados, porque un Estado nunca puede legislar por su cuenta en derecho internacional. Un Estado solo no es más que un sujeto de derecho; sus actos u omisiones están sometidos *ipso facto* a una calificación en cuanto a su licitud o ilicitud sin que sea necesario recurrir al *ius cogens*, concepto que resultaría superfluo y equívoco.⁸⁰⁸ Es decir, para esta

⁸⁰⁷ WEIL, P., «Le droit international en quête de son identité», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 237, n.º IV, 1992, p. 281, citado por Kolb en *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, *op. cit.*, p. 89. Este es un caso de confusión terminológica, donde el autor emplea las voces “*dérogation*” y “*déroger*” en el sentido de anular o abolir, distinto del que tienen en francés, que es más próximo, por cierto, a “*violar*”.

⁸⁰⁸ MAREK, K., *op. cit.*, p. 438.

autora el *ius cogens* es aplicable únicamente a los actos bilaterales o multilaterales de los Estados.⁸⁰⁹

Bueno Arús y de Miguel Zaragoza admiten que “el concepto del *ius cogens* ha sido elaborado en el marco del derecho de los tratados y a efectos de apreciar su nulidad, ubicándolo en la parte V, sección segunda, del Convenio de Viena, que regula la nulidad de los tratados”, pero reconocen que “es evidente que se puede extrapolar a efectos de reconocer, caso por caso, si un delito internacional es además un delito contrario al *ius cogens*”.⁸¹⁰

En los comentarios al Proyecto de artículo 50 del Proyecto de Convención, que más adelante sería el artículo 53, Yasseen sostuvo que la prohibición allí enunciada implicaba también la prohibición de una “*derogation*” unilateral, por ejemplo, mediante una norma constitucional del derecho interno, situación en la que se produciría “la derogación de una norma de derecho internacional general por una norma de derecho interno”.⁸¹¹

En contra de esta opinión, Verdross sostuvo que un Estado no puede “*derogate*” unilateralmente una norma internacional, en el sentido técnico de ese término. Gómez Robledo, remitiéndose a Verdross, señala que la “derogación” solo puede tener lugar por vía contractual, y cita en apoyo de esta tesis la versión en español (“acuerdo en contrario”); la consecuencia sería que la prohibición del artículo 53 abarcaría solo los actos bilaterales o multilaterales.

⁸⁰⁹ *Ibidem*. Esta autora considera esencial delimitar claramente no solo en qué consiste el *ius cogens* sino en qué no consiste, porque observa una tendencia a expandir su alcance, llegando a lo que considera un verdadero deslizamiento conceptual (“un véritable glissement de pensée”). Para ella el *ius cogens* no designa otra cosa que lo siguiente: “normas de carácter imperativo de las que los sujetos de derecho no pueden apartarse (“déroger”) mediante acuerdos particulares bajo pena de nulidad”.

⁸¹⁰ BUENO ARÚS, F.; ZARAGOZA, M., *op. cit.*, p. 40.

⁸¹¹ Informe sobre el Derecho de los Tratados, 1963, elaborado por H. Waldock, Relator Especial, párr. 31, en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, vol. II, pp. 42 y ss (documento de las Naciones Unidas A/CN.4/156 y Add. 1-3).

Otros autores consideran que los Estados por sí solos únicamente pueden “violiar” una norma imperativa de derecho internacional.⁸¹²

Suy sostiene que los autores que se han ocupado del *ius cogens* a menudo han demostrado ser poco realistas “confundiendo el derecho de los tratados con el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados por violación de una norma imperativa”.⁸¹³ Y recuerda que durante la Conferencia de Viena la única delegación que alertó contra una exageración de la importancia de la teoría del *ius cogens* fue la del Uruguay, cuyo representante sostuvo: “Es lo corriente que, en la práctica, los tratados de este tipo sean poco frecuentes, me refiero a los tratados que desafían abiertamente la conciencia internacional y, asimismo, sucede muy raramente que un tratado sea nulo de nulidad absoluta como consecuencia de la aplicación de esta norma”.⁸¹⁴

Sin embargo, esta lectura podría también ser un argumento en favor de una aplicación más amplia de la norma, extendiéndola a las medidas que adoptaran los Estados en su jurisdicción interna, y no solo a sus relaciones convencionales, dada la escasa aplicación que se reconoce que en este último caso tendría. (No olvidemos la regla de interpretación del “efecto útil”, en virtud de la cual, las cláusulas de un tratado han de interpretarse de manera que permitan el logro del “objeto y fin”, de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena).

En este contexto interesa señalar que el Consejo Federal Suizo, en el Mensaje relativo a la Convención contra el Genocidio, declaró lo siguiente: “En la medida en que la prohibición del genocidio es una norma imperativa del derecho internacional (*ius cogens*), los Estados no pueden convenir en apartarse de ella. Es probable que un tratado de paz que consagre una amnistía para los actos de genocidio no debiera ser considerado válido jurídicamente”⁸¹⁵. Es interesante que mencione la amnistía, que normalmente es una medida de derecho interno, y a la

⁸¹² *Ibidem*, párrs. 34 y 79.

⁸¹³ CORTEN, O.; KLEIN, P., *op. cit.*, p. 1911.

⁸¹⁴ *Ibidem*, pp. 1911-1912; el delegado del Uruguay en esa sesión (53ª sesión, de 6 de mayo de 1968) era Jiménez de Aréchaga.

⁸¹⁵ *Ibidem*, pp. 1917-1918.

que podría ser aplicable la norma del artículo 53 si se diera a esta una interpretación más amplia.

Tampoco podemos afirmar con certeza que, con la evolución progresiva del derecho internacional, no se haya extendido el ámbito de aplicación de la norma contenida en el artículo 53, que ha adquirido, como señala Suy, el carácter de norma consuetudinaria, más allá del derecho convencional, habida cuenta de que las normas de *ius cogens* son principalmente invocadas en los casos de violaciones de derechos humanos. Al adquirir el carácter consuetudinario, también puede haberlo adquirido la aplicación que le han dado los tribunales nacionales e internacionales que suelen recurrir a la figura de *ius cogens* cuando designan los crímenes internacionales.

Waldock propuso, a fin de ampliar el concepto de *derogation*, incorporar al texto las palabras “*whether by agreement or otherwise*” (mediante acuerdo o de otro modo), pero la propuesta fue rechazada. Sin embargo, volvió a aparecer en el Comentario de la Comisión de Derecho Internacional donde se indica un sentido más amplio, al incorporar las palabras “*even by*” antes de “*agreement between States*”, con lo que la frase en español dice “incluso mediante acuerdo entre Estados”. Es decir, el acuerdo no sería la única forma en que puede “derogarse” la norma imperativa, sino una de las formas, por lo que se abre la posibilidad de la “derogación” unilateral.⁸¹⁶

Kolb sostiene una posición coherente con su definición del *ius cogens* a partir de la “inderogabilidad” como efecto meramente técnico. Si bien admite la aplicabilidad del *ius cogens* a los actos unilaterales, sostiene que esos actos han de ser actos jurídicos. Afirma que el derecho imperativo (parece equipararlo al *ius cogens*) es aplicable a los actos jurídicos unilaterales únicamente en la medida en que estos actos tienen en el derecho internacional fuerza normativa, es decir, son fuente de derechos y de obligaciones. Esta concepción parte de la premisa de que el *ius cogens* es un problema de “validez de los actos jurídicos”, no de licitud.

⁸¹⁶ Sin embargo, quedaría pendiente la cuestión de si el acto unilateral debe ser un acto jurídico creador de derecho o una norma del derecho interno, con lo que quedarían excluidos los actos ilícitos, o bien si ese acto unilateral podría ser también un acto ilícito.

“Se sitúa en la esfera de las fuentes del derecho y no de la responsabilidad por actos ilícitos”.⁸¹⁷

Me parece sumamente acertada la afirmación de Correia Baptista, siguiendo a Scelle, de que “un acto jurídico interno sobre una materia regulada por el derecho internacional, dado que produce necesariamente efectos jurídicos internacionalmente relevantes, es también un acto jurídico internacional unilateral, y por consiguiente, le resultan aplicables simplemente las reglas establecidas para este tipo de actos, siendo internacionalmente nulo si viola el *ius cogens*”.⁸¹⁸

No se trata de examinar si el derecho internacional prevalece sobre el nacional, sino si las normas *iuris cogentis* también rigen en el foro interno de los Estados independientemente de que éstos las hayan implementado de una forma u otra (me remito a la parte sobre las relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos, internacional y nacional). Es decir, aquí consideraremos si las normas mencionadas tienen una aplicabilidad directa en los ámbitos nacionales y si los actos estatales contrarios a esas normas carecen de validez o son nulos de pleno derecho.

Correia Baptista considera que en el caso de crímenes internacionales individuales no cabe duda al respecto, dado que el concepto mismo de esos crímenes supone la aplicabilidad directa de la norma que los establece, sobre todo cuando el Estado se niega a reconocer esos actos como internacionalmente prohibidos (como en el caso de las amnistías).

⁸¹⁷ KOLB, R., *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, op. cit., p. 90. Recordemos que para este autor el *ius cogens* solo actúa sobre el plano de la validez, y de la posible nulidad, de los actos jurídicos, porque de lo que se trata es de una limitación a la creación particular de normas con miras a evitar la fragmentación de la regulación de un tema determinado, en razón de un interés colectivo o público.

⁸¹⁸ CORREIA BAPTISTA, E., op. cit., pp. 509-510. Se remite a SCELLE, G., *Règles générales du Droit de la paix*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 46, n.º IV (1933), pp. 331-703.

La ausencia de una recepción en el derecho interno no excluye la aplicabilidad de las normas internacionales, siendo inadmisibles en estos casos las teorías dualistas o las que sostienen como escudo protector la soberanía estatal. Incluso sostiene que no se justifica establecer ninguna diferencia entre las normas *iuris cogentis* penales y las que no lo son, dado que las primeras gozan de aplicabilidad directa no por ser penales sino por ser de *ius cogens*.⁸¹⁹

Si bien el *ius cogens* fue elaborado inicialmente como limitación de la autonomía convencional de los Estados, a partir de la primera guerra mundial el derecho internacional comienza a regular cada vez en forma más sistemática la tutela de los ciudadanos, materia que toca más directamente la autonomía legislativa del Estado, lo que pone en crisis las posturas dualistas. Al mismo tiempo que se reafirma la consideración del individuo como sujeto de derecho internacional, por una parte, se debilita, por otra, la visión de la soberanía estatal amparada en la realidad de hecho de la efectiva capacidad del Estado de mantener a individuos bajo su jurisdicción sujetos a normas contrarias al derecho internacional, habida cuenta de que los individuos tienen derechos atribuidos directamente por el orden internacional.⁸²⁰

Dado que el derecho internacional no reconoce obligatoriedad jurídica a los actos internos contrarios al *ius cogens* con respecto a los ciudadanos del Estado, esos actos no pueden alegarse como justificación de las responsabilidades individuales (obediencia debida, desconocimiento de la ilicitud, coacción moral, etc.). Vale decir que ese derecho interno carecería de validez jurídica incluso en el ámbito nacional, por lo que la nulidad de sus normas podría ser oponible por los ciudadanos al propio Estado.⁸²¹

⁸¹⁹ *Ibíd*em, p. 511.

⁸²⁰ *Ibíd*em, p. 513. Cae también el postulado del dualismo de que cada ordenamiento es un "hecho" en relación a los demás, a menos que haya una recepción. Es interesante la remisión que hace este autor a las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y de la Asamblea General relativas a regímenes o medidas estatales que consideran contrarios a los principios del derecho internacional.

⁸²¹ *Ibíd*em, p. 516.

Este razonamiento, que reafirma la validez del *ius cogens* en el ámbito interno hasta el punto de entrañar la nulidad de las normas internas contrarias, se funda en un principio elemental de lógica jurídica: la imposibilidad de que un individuo, desde un punto de vista jurídico, si respetase el derecho internacional, desobedeciera el derecho interno, y si respetase el derecho interno, violara el derecho internacional (el párrafo 2 del artículo 11 de la Declaración Universal prohíbe que alguien pueda ser castigado simultáneamente por realizar o no realizar el mismo acto).⁸²².

La conclusión a la que llega este autor es la siguiente: el derecho internacional no puede declarar que un acto constituye un crimen internacional sin considerar nulo tal acto perpetrado en el ámbito nacional. Y, lo que es particularmente interesante en este tema, afirma que las sentencias internas que condenen a los individuos que incumplan el derecho interno inválido internacionalmente serían también nulas, y quienes las hayan dictado, punibles por promover un crimen internacional.⁸²³

Con respecto a la aplicabilidad del *ius cogens* a los actos unilaterales, sostiene que “el principio jerárquico, o el carácter esencial de los principios que contienen las normas imperativas, desborda el ámbito del Derecho de los tratados y despliega sus efectos igualmente sobre los actos unilaterales y [...] el Derecho de la responsabilidad de los Estados y de la responsabilidad penal del individuo”.⁸²⁴

Concluye explicando el contexto del *ius cogens*: “Más que sobre el consentimiento de cada Estado, el Derecho de la comunidad internacional reposa sobre el consenso general: tratados universales generales (en que los imperativos de los intereses comunes plantean límites a la relevancia del consentimiento, en particular, pero no únicamente, en el régimen de las reservas), costumbres generales y principios generales del Derecho”.⁸²⁵

⁸²² *Ibíd*em, p. 517.

⁸²³ *Ibíd*em.

⁸²⁴ *Ibíd*em, p. 93.

⁸²⁵ *Ibíd*em, p. 115.

La finalidad de las normas de *ius cogens* que amparan al ser humano es la atribución de derechos que puedan ser invocados por los individuos, a pesar de ser opuestos a las normas contrarias del Estado.⁸²⁶

Esta línea argumental no postula ninguna nueva limitación a la soberanía estatal, según este autor, salvo que se entienda que la violación del derecho internacional es un “derecho soberano” de cada Estado. Me parece muy inteligente esta observación porque si se aceptara esto se aceptaría la contradicción evidente que supondría reconocer un derecho a destruir el mismo derecho, en tanto conjunto de normas, orden jurídico, del que deriva.

Sin embargo, ello tampoco significa que exista una jerarquía jurídica entre derecho internacional y derecho interno, lo cual supondría aceptar una teoría dualista, ni considerar que el derecho internacional es el único fundamento de validez de los ordenamientos nacionales. Pero si no es fundamento de validez, puede considerarse como un parámetro de validez negativo, es decir, como límite material del contenido de las normas internas.⁸²⁷

Para resumir, la premisa en la que se basa la argumentación, que comparto plenamente, de este autor, es que todo acto jurídico interno sobre una materia internacional es simultáneamente un acto jurídico internacional.⁸²⁸

La imperatividad de las normas internacionales no tendría sentido si no tuviese ninguna repercusión en las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional. Siempre tropezamos en este tema con la barrera que opone la soberanía estatal: el Estado es su propio legislador y su propio juez, pero en el ámbito internacional, al sumarse a otros Estados y configurar una “comunidad internacional”, adquiere otras facultades para imponerse normas en su calidad de

⁸²⁶ *Ibíd*em, p. 518.

⁸²⁷ *Ibíd*em, p. 520. Plantea la situación en la que podrían encontrarse los tribunales si determinados órganos del Estado les impusieran obligaciones incompatibles con el derecho internacional. Si bien los tribunales también están sujetos al *ius cogens* internacional, es posible que las obligaciones que les impongan los órganos políticos tengan una intensidad mayor que la que puedan dejar sentir las normas internacionales. *Ibíd*em, p. 524.

⁸²⁸ *Ibíd*em, p. 523.

miembro de esa entidad. Es decir, las normas las impone como miembro de la comunidad internacional y las debe acatar como sujeto de derecho internacional. Hay un desdoblamiento que lo sitúa en una posición u otra respecto de las normas. Cuando las normas son imperativas, de *ius cogens*, la sujeción a las mismas es mayor porque no puede alegar razones para no acatarlas ni siquiera por haber participado como creador de las mismas. (Basta recordar el artículo 53, el párrafo 5 del artículo 60 y el artículo 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

De Wet se pregunta algo esencial para nuestro presente trabajo: ¿por qué normas que tienen fuerza suficiente para provocar la nulidad de las normas de un tratado no deberían también repercutir directamente en el derecho nacional, las acciones internas de los Estados y de sus agentes?⁸²⁹

Y formula la misma observación que varios autores que hemos citado en otros párrafos: “La incoherencia de un criterio que limite la repercusión del *ius cogens* al derecho de los tratados se ve reflejada también en el hecho de que la principal amenaza para la protección de las normas de *ius cogens*, tal como aquella a la que hace frente la prohibición de la tortura, no resulta de tratados bilaterales o multilaterales que faciliten su perpetración, sino de actos de órganos o funcionarios del Estado dirigidos contra individuos o grupos que se encuentran en su territorio”.⁸³⁰ A pesar de la claridad de esta posición, algunos autores la critican considerando que es una ampliación excesiva del concepto de *ius cogens*. Sostienen que si se hubiese deseado esa extensión se habría propuesto durante los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional que llevaron a la Conferencia donde se aprobó la Convención. Sin embargo, alega el autor que

⁸²⁹ DE WET, E., «The Prohibition of Torture as an International Norm of *jus cogens* and Its Implications for National and Customary Law», en *European Journal of International Law* 15, n.º 1 (2004): 97-121. En el caso de la tortura, a diferencia del genocidio, donde es más difícil imaginar un tratado concertado para cometerlo o que alguno de los que lo suscriben se comprometiera a cometerlo, es más fácil imaginar un tratado que prevea el traslado de detenidos de un país a otro a fin de que las torturas se realicen en ese otro país. E. de Wet considera que en ese caso el tratado seguiría vigente pero la obligación dimanante del mismo quedaría sin efecto. Cabe preguntarse si no sería nulo el tratado entero.

⁸³⁰ *Ibidem*, p. 99.

seguimos en este punto, no era ese el cometido de la Comisión, dado que sus trabajos se desarrollaban en el campo del derecho de los tratados y no de los efectos posibles del *ius cogens* fuera de ese contexto.

Creo que todo depende, en última instancia, del deseo de proteger los derechos humanos, y de la flexibilidad para no limitar la regulación del *ius cogens* internacional al artículo 53 de la Convención de Viena. Como sugiere De Wet, habría que repensar el ámbito de aplicación del *ius cogens*, coincidiendo con la decisión adoptada en el caso *Furundzija*, en el sentido de que el *ius cogens* debe obligar a los Estados tanto en sus relaciones contractuales con otros Estados como en sus actos internos en el plano legislativo, ejecutivo o judicial.⁸³¹

De Wet describe, como un ejemplo paradigmático del enfoque propuesto, la Constitución Federal de Suiza que, desde 1999, sujeta todos los niveles del ordenamiento jurídico nacional al *ius cogens*.⁸³² La Iniciativa Popular, presentada a las autoridades federales en julio de 1992, proponía, entre otras cosas, una cláusula constitucional que estableciera que los solicitantes de asilo que entraran ilegalmente al país fueran deportados sumariamente y sin posibilidad de recurso. En su respuesta oficial a la Iniciativa Popular, en 1994, el Gobierno Federal Suizo (concretamente, el Consejo Federal) destacó el carácter imperativo de la prohibición del *refoulement*, en cuya virtud los Estados debían abstenerse de deportar o extraditar personas a un país donde podrían ser sometidas a torturas u otros tratos inhumanos o degradantes. Para ello, los Estados debían investigar si la deportación o extradición tendría esos efectos, lo que sería imposible si se procedía, como proponía la Iniciativa, sumariamente, violando así una de las normas más elementales del derecho internacional. Y concluye su respuesta oficial aduciendo que, como el respeto a las normas fundamentales del derecho internacional es inherente al *Rechtsstaat*, la violación de esas normas socavaría al

⁸³¹ *Ibidem*, p. 100, cita en su apoyo a SUY, E., «The Concept of Jus Cogens in International Law», en AAVV, *Conference on International Law: Papers and Proceedings II* (Lagonissi, Grecia, 1966), Ginebra: Carnegie Endowment for International Peace, 1967, pp. 26-29.

⁸³² El reconocimiento *de facto* de esta limitación al proceso legislativo nacional ya había tenido lugar en 1996, cuando ambas Cámaras del Parlamento rechazaron una Iniciativa Popular que proponía una enmienda constitucional que violaba la prohibición imperativa del *refoulement*.

Estado de derecho mismo y causaría, tanto al país como a los individuos afectados, un daño irreparable.

En consecuencia, el Consejo Federal sugirió al Parlamento declarar inválida la Iniciativa Popular. El Parlamento lo hizo el 14 de marzo de 1996, y en 1999 tuvo lugar a nivel constitucional el reconocimiento de la limitación sustantiva que imponen las normas imperativas del derecho internacional al proceso legislativo nacional.

Esto fue una novedad muy importante porque hasta 1994 Suiza había reconocido el efecto predominante de las normas imperativas del derecho internacional en el contexto de los tratados, en una serie de procedimientos de extradición. De Wet señala que además la Constitución suiza fue (su texto es del 2004) el único ejemplo de reconocimiento constitucional explícito de la preeminencia del *ius cogens* internacional sobre al derecho interno. Aunque observa también que cada vez hay más tribunales nacionales de otros países dispuestos a aceptar la prevalencia del *ius cogens* frente al derecho interno o una posición predominante de las normas de *ius cogens* en el ordenamiento jurídico nacional.⁸³³

De Wet cita dos casos, *Princz vs. Federal Republic of Germany* (Estados Unidos)⁸³⁴ y *Distomo* (Grecia)⁸³⁵ en los que se planteaba la cuestión de las inmunidades frente a violaciones de normas de *ius cogens* internacional.

⁸³³ DE WET, E., *op. cit.*, p. 112. En la doctrina suiza el concepto de normas imperativas se interpreta en sentido amplio: las autoridades han de considerar que las normas internacionalmente reconocidas como de *ius cogens* constituyen un umbral mínimo, que ha de ser complementado por otras normas internacionales de importancia excepcional. *Ibidem*, p. 105.

⁸³⁴ En este caso, el Tribunal del Distrito de Columbia (District Court for the District of Columbia), examinó una indemnización civil por la tortura que el Sr. Princz (ciudadano estadounidense desde 1942, aunque no reconocido como tal por Alemania) sufrió en el régimen nazi durante la segunda guerra mundial y concluyó que el gobierno de los Estados Unidos debía reconocer las violaciones de *ius cogens* como una renuncia implícita de la inmunidad soberana. Dado que el derecho internacional es parte del derecho estadounidense, los tribunales federales tendrían que interpretar la ley relativa a las inmunidades (la FSIA) de manera compatible con el derecho internacional, y esa manera (la única) era considerar las violaciones de *ius cogens* como una renuncia implícita a la inmunidad soberana. *Ibidem*, pp. 105 y ss.

En ambos casos se deja sentado que la categoría de *ius cogens* de la prohibición de la tortura dejaría sin efecto todas las normas no imperativas que entrasen en conflicto con esa prohibición. También en ambos casos se plantea un problema en relación con el momento en que dicha prohibición adquiere carácter de *ius cogens*. Los actos de tortura que originan estos casos fueron cometidos bajo el régimen nazi, pero la prohibición de la tortura solo adquiere reconocimiento mundial después de 1969. Si bien la prohibición se encontraba entre las normas fundamentales identificadas en Nuremberg, porque esos juicios sirvieron como catalizadores para el desarrollo ulterior del *ius cogens*, ello no significa que estas normas ya hubiesen adquirido la categoría de *ius cogens* en ese momento. (No estoy de acuerdo con esta interpretación. Incluso se podría decir que la prohibición de la tortura ya era mucho antes de Nuremberg una norma de *ius cogens*, contenida al menos implícitamente en cualquier norma que protegiera la dignidad y la vida de los seres humanos).

Esta postura fue la que adoptó el Tribunal de Apelación de Amsterdam (actuando como tribunal de primera instancia) cuando examinó el caso *Bouterse*.⁸³⁶

En efecto, dicho Tribunal determinó que los asesinatos en cuestión constituían crímenes en el marco del derecho internacional consuetudinario, razón por la cual, a pesar de que la Ley holandesa que implementa la Convención contra la Tortura entró en vigor el 20 de enero de 1989, no era necesaria su aplicación retroactiva dado que la Convención mencionada tenía carácter declaratorio (lo que se ha dicho de la Convención contra el Genocidio), con lo que meramente

⁸³⁵ En este caso, el Tribunal de Primera Instancia de Levia examinó una demanda de indemnización presentada por varios particulares contra Alemania por la masacre de 218 civiles y la destrucción de sus bienes por miembros de las SS en junio de 1944. El Tribunal, en 1997, decidió no aplicar la ley griega que regulaba la inmunidad soberana de Alemania sosteniendo que no cabía razonablemente esperar que un Estado soberano se acogiera a la inmunidad respecto de graves violaciones del derecho internacional, equivalentes a la violación de normas de *ius cogens*. *Ibíd.*, pp. 105 y ss.

⁸³⁶ En ese caso, los tribunales examinaron la petición de enjuiciar al antiguo jefe militar de Suriname, Desi Bouterse, por haber ordenado 15 ejecuciones extrajudiciales en diciembre de 1982. El procedimiento fue iniciado por parientes de algunas de las víctimas que residían en los Países Bajos (20 de noviembre de 2000). *Ibíd.*, p. 112.

confirmaba que ya existían en el derecho internacional consuetudinario la prohibición, el castigo y la definición de tortura como crimen contra la humanidad.

Cuando el caso llegó a la Corte Suprema, esta rechazó la decisión del Tribunal de Apelación determinando categóricamente que, aunque la tortura fuera un crimen según el derecho internacional consuetudinario, no se podía neutralizar el principio de legalidad establecido en el artículo 16 de la Constitución y en el artículo 1 del Código Penal de los Países Bajos.

De Wet sostiene que esa falta de precisión no se resuelve sustituyendo la “etiqueta” de derecho consuetudinario por la de *ius cogens*, y si se admite el carácter *ius cogens*, siempre quedaría por resolver el momento en que la norma adquiere tal carácter.⁸³⁷

Ahora bien, la relación entre *ius cogens* y derecho interno que estamos analizando aquí es inevitable en materia de protección penal de los derechos humanos, dado que las normas que tipifican los crímenes son, por ahora, mayoritariamente normas internacionales, que los tipifican de una manera bastante incompleta y, salvo excepciones (los Estatutos de Roma y los especiales para Yugoslavia y Ruanda), no prevén penas. Por consiguiente, en tanto los Estados no tipifiquen a su vez esos crímenes, respetando los requisitos que impone el principio de legalidad, no habrá otro recurso, para evitar la impunidad, y no sin exponerse a críticas, que aplicar un sistema de desdoblamiento funcional, o sistema de aplicación indirecta, como señala Bollo Arocena.⁸³⁸

Con este sistema, “son los ordenamientos internos los que le dan al sistema el acabado necesario para poder funcionar, integrando el tipo delictivo en su ordenamiento interno, estableciendo la sanción que corresponde a tales conductas

⁸³⁷ *Ibíd.*, p. 118.

⁸³⁸ BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Bilbao: Universidad del País Vasco, 2004, p. 321.

y, por último, poniendo a su disposición sus órganos jurisdiccionales para proceder al enjuiciamiento”.⁸³⁹

5.1.1. *El ius cogens y los derechos humanos*

En la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados se ha destacado la intervención del representante de la Santa Sede, René-Jean Dupuy, dado que formuló un principio de interpretación del artículo 53 actual. En efecto, refiriéndose al artículo 50 (numeración que entonces llevaba el actual artículo 53) se preguntó si no sería posible establecer un principio de interpretación que diera al concepto de *ius cogens* una mayor precisión. El principio, ya consagrado universalmente por las Naciones Unidas, postularía la primacía de los derechos humanos. “¿Por qué no interpretar el artículo 50 como si se refiriese esencialmente a los derechos humanos?”⁸⁴⁰

En cierto modo, esta consideración hacia los derechos humanos se refleja en otro artículo de la Convención.

El artículo 60, titulado **Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación**, establece el principio *inadimplenti non est adimplendum*. Su párrafo 1 dice lo siguiente: “Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente”.

No obstante, el párrafo 5 del mismo artículo dice lo siguiente: “5. Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a

⁸³⁹ *Ibidem*.

⁸⁴⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (26 de marzo a 24 de mayo de 1968), Actas resumidas del primer período de sesiones. Documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/11 (1969), párr. 74. Observaciones formuladas por R.J. Dupuy en la Comisión Plenaria reunida el 30 de abril de 1968, 52ª sesión, párr. 7, p. 325.

las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados”.

Casi todos los ejemplos de normas *ius cogens* que encontramos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia son normas sobre derechos humanos.

Es evidente la relación intrínseca que hay entre *ius cogens* y derechos humanos. Si bien algunos consideran que la categoría normativa del *ius cogens* es una “caja vacía”, como señaló Abi-Saab, no por ello deja de ser útil, dado que si no tuviéramos la caja no la podríamos llenar.⁸⁴¹

Bianchi sostiene que es difícil negar que “la caja” contiene normas que protegen los derechos humanos. “Hay una relación casi intrínseca entre normas imperativas y derechos humanos”⁸⁴². Lo confirma el hecho de que, entre los ejemplos proporcionados por la Comisión de Derecho Internacional de normas que podían caracterizarse como imperativas, se destacaron las normas sobre derechos humanos.⁸⁴³

Con respecto a los derechos humanos se ha sostenido que han sido objeto de normas generales del derecho internacional gracias a la existencia de principios generales y no de normas consuetudinarias. En efecto, si bien requieren también reconocimiento y aceptación generales, no es necesario que ese reconocimiento y esa aceptación se basen en la práctica de los Estados. Los principios resultan de una serie de manifestaciones, entre ellas algunas de orden moral y humanitario.

Simma y Alston, al referirse a los tratados sobre derechos humanos como la fuente convencional por excelencia y que plantea las menores dificultades

⁸⁴¹ BIANCHI, A., *op. cit.*, p. 491. La cita de Abi-Saab es de «The Third World and the Future of the International Legal Order», en *Revue Egyptienne de Droit International* 29 (1973), p. 53.

⁸⁴² Recuerda la posición del representante de la Santa Sede en la Conferencia de Viena de 1969 durante la reunión del Comité Plenario, en el sentido de que la inclusión del artículo 53 en la Convención sancionaba la “positivización” del derecho natural. *Ibidem*.

⁸⁴³ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966, Volumen II: Documentos de la segunda parte del 27º período de sesiones y del 18º período de sesiones, incluso los informes de la Comisión a la Asamblea General de las Naciones Unidas (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1966/Add. 1).

jurisprudenciales, señalan que, dado que no es mayoritaria la participación de los Estados, es importante investigar la existencia de obligaciones de derecho consuetudinario o de derecho internacional general de carácter *erga omnes* fuera de las previstas en los instrumentos internacionales, a fin de que todos los Estados y no solo las partes en los instrumentos sobre derechos humanos en sus relaciones recíprocas puedan actuar en los casos de graves y persistentes incumplimientos de tales obligaciones.⁸⁴⁴

Estos autores, tras vincular el *ius cogens* a los derechos humanos (dado que como veremos más adelante emplean una expresión muy próxima, *erga omnes*), examinan detenidamente las tendencias que consideran las normas consuetudinarias como posibles fuentes de los derechos humanos. Sin descartar totalmente la costumbre, señalan que esta nace de la constante interacción de los Estados, de reclamaciones y de actitudes de tolerancia con respecto a lo que los Estados pueden hacerse unos a otros, mientras que el cumplimiento de las obligaciones más importantes sobre derechos humanos carece de ese elemento de interacción propiamente dicho: su cumplimiento o incumplimiento no tiene lugar “entre Estados”, sino entre Estados e individuos.⁸⁴⁵

Con respecto a los principios generales, si bien reconocen que no han tenido mucha aceptación debido a su cercanía al derecho natural y a las incertidumbres relativas a su establecimiento y aplicación, estiman que ofrecen, en la esfera de los derechos humanos, la ventaja de que resultan sin duda alguna de un proceso consensual, que da “expresión suficiente en forma jurídica”⁸⁴⁶a consideraciones humanitarias. Y concluyen destacando la preferencia por los principios generales frente a la costumbre como fuente de tales derechos y por lo tanto de *ius cogens*: “El derecho internacional se ha extendido hasta abarcar la protección de la persona humana espontáneamente y no como consecuencia de un hábito; en el desarrollo

⁸⁴⁴ SIMMA, B.; ALSTON, P., *op. cit.*, p. 87.

⁸⁴⁵ *Ibidem*.

⁸⁴⁶ Esta expresión la han tomado de la sentencia de la ICJ, *South West Africa (Liberia vs. South Africa; Ethiopia vs. South Africa)*, Judgments of 18 July 1966, ICJ, Reports, 1966, pp. 4-34.

del derecho de los derechos humanos los principios siempre han precedido a la práctica. Por último, la creación de derecho a través de la aceptación de principios generales parece mucho más idónea que el derecho consuetudinario para satisfacer los requisitos de formación de *ius cogens*".⁸⁴⁷

5.1.2. El *ius cogens* y los instrumentos internacionales

Con respecto a la identificación de los derechos humanos que pueden considerarse amparados en el *ius cogens*, en algunos casos son los mismos instrumentos internacionales los que ofrecen orientación. Ello sucede, por ejemplo, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 4 dice lo siguiente:

"1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18". (El resalte es mío).

Por una parte, el párrafo 1 se refiere a las demás obligaciones que impone el derecho internacional, en una formulación muy general, pero que deja entrever la existencia de normas de *ius cogens*. Por otra, precisa un poco más cuando prohíbe que las disposiciones que autoricen la suspensión no entrañen "discriminación

⁸⁴⁷ SIMMA, B.; ALSTON, P., *op. cit.*, p. 108. Es evidente que estos autores consideran equivalentes las normas de protección de los derechos humanos a las normas *ius cogens*, y al descartar el hábito como origen de esas normas, le asignan la dimensión valorativa que sin duda entrañan.

alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

No obstante, la enumeración que figura en el párrafo 2 deja claramente sentadas las disposiciones que se consideran inderogables, por lo tanto imperativas, por lo tanto de *ius cogens*.

El párrafo 1 del artículo 6: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

El artículo 7: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

Los párrafos 1 y 2 del artículo 8: “1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie estará sometido a servidumbre”.

El párrafo 1 del artículo 15: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

El artículo 16: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

El párrafo 1 del artículo 18: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”.

La prohibición del genocidio es un ejemplo claro de norma *ius cogens* de protección de derechos humanos.⁸⁴⁸ La Convención contra el Genocidio⁸⁴⁹ demuestra la función que en algunos casos cumplen los instrumentos convencionales, es decir el acuerdo entre las partes, en el sentido de que no crean normas sino que consagran o confirman normas ya existentes, sea como derecho consuetudinario o como principio general del derecho. En el Preámbulo de la Convención se hace referencia a la función declaratoria que ha cumplido la resolución de la Asamblea General en este caso. Esta función refleja también la existencia en el contexto internacional de un consenso respecto al carácter delictivo del genocidio previo a la Convención. El texto del Preámbulo dice:

“Considerando que la Asamblea General de las Naciones Unidas, por su resolución 96 (I) de 11 de diciembre de 1946, ha declarado que el genocidio es un delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena [...]”.⁸⁵⁰

Pero aún más explícito en el sentido de la existencia previa del delito de genocidio es el texto del primer párrafo dispositivo de la Convención, que dice:

“Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”.

⁸⁴⁸ WOUTERS, J. y VERHOEVE, S., «The Prohibition of Genocide as a Norm of *Ius Cogens* and Its implications for the Enforcement of the Law of Genocide», en *International Criminal Law Review*, n.º 1 (2005): 401-416.

⁸⁴⁹ *Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio*, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, mediante la Resolución 260 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con su artículo XIII.

⁸⁵⁰ “El genocidio es una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo humano del derecho a vivir: tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por estos grupos humanos y es contraria a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas [...]. El castigo del crimen de genocidio es un asunto de preocupación internacional [...]. La Asamblea General, por lo tanto, Afirma que el genocidio es un crimen del Derecho Internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices deberán ser castigados [...]”. Resolución 96 (I) de la Asamblea General, sobre *Genocidio*, 55ª reunión plenaria, 11 de diciembre de 1946.

6. El *ius cogens* en la jurisprudencia

6.1. En la Corte Internacional de Justicia

La Corte Internacional de Justicia ha empleado el concepto de *ius cogens* por primera vez en un caso en el que estaba en juego la prohibición de genocidio. Al desestimar el argumento del Congo de que la reserva de Ruanda al artículo IX de la Convención contra el Genocidio debía considerarse nula dado que era incompatible con la prohibición imperativa del genocidio, la Corte afirmó que el carácter imperativo de una norma no puede servir de base para determinar la jurisdicción de la Corte, fundada siempre en el consentimiento de las partes.⁸⁵¹

Cabe preguntarse, dice Bianchi, por qué utilizó el concepto de *ius cogens* en este caso. Una posible respuesta es que deseaba distinguirlo del de obligaciones *erga omnes*. Pero otra respuesta puede ser la opinión particular formulada por el juez *ad hoc* Dugard, quien realizó un análisis muy interesante de la dimensión contextual del *ius cogens*. Vale la pena citar algunos párrafos de esta opinión particular.

“4. Esta es la primera ocasión en que la Corte Internacional de Justicia ha prestado su apoyo al concepto de *jus cogens*. Es extraño que haya tardado tanto en llegar a este punto porque no ha demostrado ninguna vacilación en reconocer el concepto de obligación *erga omnes*, que, junto con el *jus cogens* afirma la jerarquía normativa del derecho internacional [...]. Hasta la presente Sentencia, la Corte ha evitado deliberadamente hacer suya la noción de *ius cogens* a pesar de las muchas oportunidades que tuvo de hacerlo”.⁸⁵²

⁸⁵¹ El artículo IX de la Convención contra el Genocidio dice: “Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia”.

⁸⁵² “Las normas de *ius cogens* son una combinación de principios y de política. Por una parte, afirman los altos principios del derecho internacional, que reconoce los derechos

No obstante, la opinión del juez Dugard no es una opinión disidente sino particular. En efecto, a pesar de la firme defensa del principio de *ius cogens*, considera que la Corte ha dado la solución correcta, puesto que no se le pedía que eligiera entre dos fuentes diversas a fin de hacer prevalecer la norma de *ius cogens*, sino de abandonar un principio establecido -el de que el consentimiento funda la competencia de la Corte- consagrado en el artículo 36 de su Estatuto y avalado por la *opinio juris*. Como dice el juez: “13. [...] se pide a la Corte que invoque una norma imperativa para dejar sin efecto una norma de derecho internacional general reconocida y aceptada por la comunidad internacional toda, y que ha guiado a la Corte durante más de 80 años. Es ir un poco lejos”.

Por ello coincide con la Corte en que, si bien debe reconocer las normas de *ius cogens* e invocarlas, es necesario establecer límites al *ius cogens*.⁸⁵³

En ello coincide Bianchi, que considera que el *ius cogens* no puede arrasar con todo cuando es aplicado a un caso, sin tener en cuenta el contexto ni consideraciones políticas. Debe haber límites. Y por ello considera que sería una pena que la comunidad internacional se deshiciera completamente de este concepto, renegando de la construcción de sus propios valores. Para ello, dice, la solución no es centrarse en la superioridad jerárquica de las normas sino en una interpretación bien ponderada, que tenga la finalidad de poner en práctica los valores que se desea proteger.⁸⁵⁴

más importantes del orden internacional -tales como el derecho a estar libre de agresión, genocidio, tortura y esclavitud, y el derecho a la autodeterminación- ; mientras que, por otra parte, dan forma jurídica a las políticas u objetivos más fundamentales de la comunidad internacional [...]. Esto explica por qué gozan de una superioridad jerárquica frente a otras normas del orden jurídico internacional. El hecho de que las normas de *ius cogens* promuevan tanto los principios como esa política significa que deben desempeñar un papel dominante en el proceso de elección judicial”. ICJ, *Democratic Republic of the Congo vs. Ruanda Judgment*, Separate Opinion of the Judge *ad hoc* Dugard, citado por BIANCHI, A., *op. cit.*, pp. 503 y ss.

⁸⁵³ *Ibidem*.

⁸⁵⁴ BIANCHI, A., *op. cit.*, pp. 506- 507. Señala que no son de ninguna ayuda los razonamientos en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (se refiere a los votos particulares del juez Cançado Trindade, en los que expone su teoría de que el *ius cogens* es una emanación de la conciencia humana, que ha de prevalecer sobre la voluntad de los Estados) que vinculan el *ius cogens* con vagas nociones de derecho natural.

En el caso sobre la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio* la Corte reiteró que el crimen de genocidio “choca la conciencia de la humanidad [...] y es contrario a las normas morales y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas”.⁸⁵⁵

Hoy día recibe amplio apoyo la idea de que la norma consuetudinaria contra el genocidio, así como la que prohíbe los actos de agresión, pertenece al *ius cogens*. Durante la codificación del derecho de los tratados el ejemplo más citado de norma imperativa en la esfera de los derechos humanos internacionales fue el de la prohibición del genocidio.

Es esencial recordar la Opinión Consultiva de la CIJ respecto de las *Reservas a la Convención contra el Genocidio*. La Corte hizo hincapié en el carácter vinculante de la prohibición del genocidio aún para los Estados que no hubiesen suscrito la Convención y expresó el carácter universal de la condena de tal crimen.⁸⁵⁶

En este caso, dado que la Convención no dice nada respecto a las reservas que los Estados miembros sostenían posiciones diversas sobre el tema, se pidió a la Corte que se pronunciara sobre la cuestión siguiente: si un Estado que había hecho una reserva podía ser considerado como Parte en la Convención a pesar de que uno o más Estados Partes hubiesen objetado su reserva. Esto revestía en ese momento gran importancia práctica, porque de la respuesta que se diera dependía que los Estados que habían hecho las reservas objetadas se contaran o no como Partes, y en consecuencia se contaran para alcanzar el número de 20 ratificaciones o adhesiones necesarias para que la Convención entrara en vigor.

Considera que cualquier exceso en la caracterización del *ius cogens*, sin examinar cuidadosamente si esa caracterización es compartida por la comunidad internacional, corre el riesgo de socavar la credibilidad del *ius cogens* como categoría jurídica, distinta del derecho natural y apta para cumplir importantes funciones sistémicas. Afirma que el centro de la atención debe desplazarse del “paradigma mecánico de la inderogabilidad” a un “nivel de interpretación más flexible” con miras a asegurar que el *ius cogens* se pueda aplicar al nivel del contexto con mayor eficacia y coherencia.

⁸⁵⁵ CIJ, caso *Aplicación de la Convención sobre la prevención y castigo del Genocidio*, (Bosnia-Herzegovina vs. Yugoslavia), Providencia sobre medidas provisionales de 8 abril 1993, párrafo 49. ICJ, Reports, 1993.

⁸⁵⁶ ICJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion of 28 May 1951, ICJ, Reports, 1951.

Ahora bien, hasta entonces la posición tradicional era considerar que el Estado que había formulado la reserva no era Parte si todas las demás Partes en el tratado no la hubiesen aceptado, expresa o tácitamente. Los principios que sustentaban esa posición eran los siguientes: en primer lugar, el principio de consentimiento, sobre cuya base un Estado no podía estar sujeto a una norma convencional sin haberla aceptado, con lo que la reserva no podría oponerse al Estado que la objetara. El segundo principio era que un tratado multilateral era el resultado del libre acuerdo entre las partes contratantes, de lo cual se deducía que una Parte contratante no podría frustrar el fin del tratado mediante su decisión unilateral. Conclusión: era necesario que todos los Estados Partes en un tratado aceptaran una reserva a fin de que el Estado que la formulase fuera Parte en ese tratado.⁸⁵⁷

En su Opinión Consultiva sobre el tema de las reservas a la Convención, la Corte reconoció esos problemas pero sostuvo lo siguiente: “Esa noción (se refiere a la de no reconocer como válida una reserva sino cuando ha sido aceptada por todas las Partes contratantes) conserva un innegable valor de principio, pero, por lo que respecta a la Convención contra el Genocidio, su aplicación debe ser flexible debido a un conjunto de circunstancias, entre las cuales cabe señalar el carácter universal de las Naciones Unidas, bajo cuyos auspicios se concertó la Convención, y la amplísima participación que la propia Convención ha pretendido lograr”.⁸⁵⁸

Esta última circunstancia fue un argumento decisivo, habida cuenta de que la Asamblea General de las Naciones Unidas tenía la intención de que el mayor número de Estados fuese parte en la Convención, incluidos aquellos que

⁸⁵⁷ Esta posición, a pesar de no carecer de lógica, en la práctica podía llevar a situaciones no deseadas. Por ejemplo, una minoría de Estados o incluso un solo Estado, al objetar una reserva, podían impedir que un Estado fuese Parte en un tratado, a pesar de que la reserva afectara a un aspecto secundario del mismo y de que la gran mayoría de Partes no tuvieran ninguna objeción respecto a la reserva. Esto se fue haciendo cada vez más intolerable a medida que aumentaba el número de los tratados multilaterales que se adoptaban en materias que revestían un interés muy especial, como la Convención contra el Genocidio, por su finalidad humanitaria. Véase en ese sentido RAGAZZI, M., *op. cit.*, p. 99.

⁸⁵⁸ ICJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, citado, p. 25. El hecho de que revistiese tal importancia dado su alcance universal y el tema tratado justificaba que se propusiera cierta flexibilidad para considerar la calidad de Partes, no obstante la formulación de reservas.

formularan reservas. Sin embargo, no se lograría la participación universal a cualquier costo, las únicas reservas que se admitirían serían las que fueran compatibles con el objeto humanitario de la Convención.

Para determinar esta compatibilidad, la Corte describe las características de la Convención y en ello encontramos precisamente los puntos de interés respecto de la relación *ius cogens* derechos humanos. La Corte dijo: “Los principios en los que se basa (la Convención) son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, incluso sin ninguna relación convencional; se ha querido que sea una convención de alcance universal; su finalidad es puramente humanitaria y civilizadora; los Estados contratantes no obtienen ninguna ventaja o desventaja, ni tienen intereses propios sino un interés común, el logro de esos elevados fines que son la *raison d’être* de la Convención”.⁸⁵⁹

Con estas palabras la Corte ha formulado uno de los criterios más claros para identificar una norma *iuris cogentis*: el interés común de la comunidad internacional. La Carta de las Naciones Unidas también contiene preceptos que son de derecho internacional general, por lo que no rigen solamente entre los miembros.

La Corte hace explícita esa relación de causa a efecto, en el párrafo siguiente:

“De todo ello puede concluirse que el objeto y fin de la Convención implican por parte de la Asamblea General y de los Estados que la aprobaron la intención de reunir al mayor número posible de participantes. Esa intención quedaría frustrada si una objeción a una reserva de menor importancia entrañara una exclusión completa. Por otra parte, no se puede pensar que las partes contratantes estuvieran dispuestas a sacrificar el objeto mismo de la Convención a favor de un vago deseo de obtener tantos participantes como fuera posible. Es, pues, la compatibilidad de la reserva con el objeto y

⁸⁵⁹ *Ibíd.*, p. 26.

fin de la Convención el criterio que debe determinar la actitud del Estado que hace la reserva y la del Estado que objeta a ella”.⁸⁶⁰

La Corte no resuelve este punto sino que lo deja librado a la apreciación de la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin de la Convención en función de las circunstancias particulares de cada caso concreto.⁸⁶¹

Lo que nos interesa señalar de estos argumentos es que coinciden en dar la mayor importancia e influencia al objeto y fin del tratado (según los términos del artículo 31 de la Convención de Viena), a saber, la protección de los derechos humanos y valores fundamentales, y reconocen la existencia de un interés general que trasciende los intereses particulares de los Estados, incluso el de la facultad de contratar, es decir, de obligarse, de los Estados soberanos, algo que siempre se ha considerado intocable en el derecho internacional.

6.2. En el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El empleo del concepto ha sido mucho menor en este Tribunal que, como veremos, en el ámbito interamericano. Me referiré a la sentencia en el caso *Al Adsani*, porque se trató de la relación entre una norma de *ius cogens*, la prohibición de la tortura, y normas sobre inmunidad, que no tienen tal carácter. Si bien el Tribunal desestimó la demanda admitiendo la excepción de inmunidad (se alegaron razones de materia, es decir, que se trataba de un procedimiento civil por estar en cuestión la indemnización), varios jueces emitieron opiniones disidentes,

⁸⁶⁰ *Ibidem*.

⁸⁶¹ Las críticas que se formularon a esta Opinión Consultiva se apoyan en los mismos fundamentos aducidos en la Opinión. Por ejemplo, varios jueces en su opinión conjunta disidente observaron que la consideración fundamental de la Convención es la “aceptación de obligaciones comunes [...] a fin de lograr un alto objetivo para toda la humanidad”. Partiendo de esta premisa llegan a la conclusión de que los “intereses de la comunidad internacional” exigen que un Estado que formula reservas no sea Parte en la Convención en contra de la objeción de una parte o varias partes en ella que se han comprometido a cumplir plena e incondicionalmente las obligaciones previstas en la Convención”. Otro argumento que sostuvo uno de los jueces fue que tratados tales como la Convención contra el Genocidio, que no se han “establecido en beneficio de los intereses privados sino en el del interés general”, constituyen un todo indivisible y no admiten reservas. *Ibidem*, pp. 46 y 47.

donde señalan que las normas de *ius cogens* tienen una jerarquía superior a las normas que no lo son:

«Al admitir que la norma que prohíbe la tortura es una norma de *ius cogens*, la mayoría reconoce que es una norma jerárquicamente superior a toda otra norma de derecho internacional, general o particular, consuetudinaria o convencional, con la excepción, por supuesto, de otras normas de *ius cogens*. Una norma de *ius cogens* tiene, en efecto, esta característica esencial, en tanto fuente de derecho en el orden jurídico internacional, vista desde el ángulo vertical, es superior a toda otra norma que no tenga la misma calidad. En caso de conflicto entre una norma de *ius cogens* y cualquier otra norma de derecho internacional, prevalece la primera. Como consecuencia de esta prevalencia, la norma en cuestión es nula ab initio o, en todo caso, no produce efectos jurídicos en contra del tenor de la norma imperativa».⁸⁶²

Otros casos donde se menciona el *ius cogens* son: caso *Jorgic contra Alemania*, Sentencia de 12 julio de 2007; caso *McElhinney contra Irlanda*, Sentencia de 21 noviembre 2001 (Gran Sala); caso *Demir y Baykara contra Turquía*, Sentencia de 12 noviembre 2008.

6.3. En los Tribunales para Ruanda y la ex Yugoslavia

En este tema es importante recordar el *obiter dictum* del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en la sentencia de primera instancia pronunciada en el caso *Furundzija*. Vale la pena citarlo extensamente porque establece que la violación de una norma de *ius cogens*, tal como la prohibición de la tortura, tiene consecuencias jurídicas directas en el derecho interno.

“El hecho de que la tortura esté prohibida por una norma imperativa del derecho internacional tiene efectos en los niveles interestatales e individuales. En el nivel interestatal, sirve para deslegitimar internacionalmente cualquier acto legislativo, administrativo o judicial que

⁸⁶² TEDH, caso *Al-Adsani vs. Reino Unido*, Sentencia de 21 de noviembre de 2001. Demanda Núm. 35763/1997, Opinión disidente de los jueces Rozakis y otros.

autorice la tortura. No tendría sentido aducir, por una parte, que, debido al valor de *ius cogens* de la prohibición de la tortura, los tratados o normas consuetudinarias que la prevén serían nulos *ab initio*, y luego no tener en cuenta que un Estado adopte medidas nacionales que autoricen o condonen la tortura o absuelvan mediante una ley de amnistía a quienes la cometan [...]”.⁸⁶³

De Wet hace notar que este fallo, que refleja una visión amplia de los efectos jurídicos de las normas de *ius cogens* (imperativas), que pueden llegar incluso a invalidar las medidas internas de los Estados que obstruyan la observancia efectiva de dichas normas, va mucho más lejos que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁸⁶⁴

6.4. En el ámbito interamericano

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos estudió el efecto de las normas *iuris cogentis* en las reservas a los tratados. En el caso en cuestión se trataba de dos personas condenadas por los Estados Unidos a la pena capital por delitos cometidos antes de la mayoría de edad. Los artículos de la Convención violados eran el artículo 4, que tutela el derecho a la vida, y el artículo 5.5, que establece la necesidad de someter a los menores de edad a procedimientos y penas distintos de los previstos para los adultos. Los Estados Unidos habían formulado una reserva con respecto a estas normas. La Comisión recurrió al *ius cogens* para resolver que los Estados Unidos habían violado la Convención.

⁸⁶³ TPIY, caso *Furundzija*, Sentencia de primera instancia, de 10 de diciembre de 1998, (IT-95-17/1). Se refiere también a la jurisdicción universal y a la prescripción: “Además, en el nivel individual, es decir, el de la responsabilidad penal, parecería que una de las consecuencias del carácter de *ius cogens* asignado por la comunidad internacional a la prohibición de la tortura es que cada Estado está facultado para investigar, enjuiciar y castigar o extraditar a individuos acusados de tortura, que estén presentes en un territorio bajo su jurisdicción [...] otras consecuencias incluyen el hecho de que la tortura no puede ser afectada por la prescripción y que no debe ser excluida de la extradición en virtud de ninguna exención aplicable a delitos políticos”.

⁸⁶⁴ DE WET, E., *op cit.*, p. 98.

La Comisión sostuvo la fuerza vinculante del *ius cogens* más allá de las obligaciones contraídas convencionalmente. “El carácter de *jus cogens* del principio de no discriminación implica que, por su carácter perentorio, estas reglas fundamentales deben ser observadas por todos los Estados, hayan o no ratificado las convenciones que lo contienen, ya que constituye un principio ineluctable del derecho internacional consuetudinario”.⁸⁶⁵

En la misma Opinión Consultiva, la Corte admitió una ampliación del alcance del *ius cogens*, más allá del derecho de los tratados. Afirmó: “En su evolución y por su propia definición, el *jus cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del *jus cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional”.⁸⁶⁶

La Corte Interamericana, en la sentencia en la que se declaró la responsabilidad del Paraguay por las desapariciones forzadas y actos de tortura cometidos en el país durante la dictadura de Stroessner entre el decenio de 1950 y el de 1990, hizo referencia al *ius cogens*.

“41. La tipificación de los crímenes contra la humanidad es una gran conquista contemporánea, abarcando en mi entender no solo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también el Derecho Penal Internacional, al reflejar la condenación universal de violaciones graves y sistemáticas de derechos fundamentales e inderogables, o sea, de violaciones del *jus cogens*; de ahí la no-aplicabilidad, en casos de su ocurrencia, de los llamados *statutes of limitations* propios de los sistemas jurídicos internos o nacionales. La configuración de los crímenes contra la

⁸⁶⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. *Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados*, de 17 de septiembre de 2003, Serie A n.º 18, p. 27. También se detiene en el análisis del *ius cogens* y de las obligaciones *erga omnes* el juez Cançado Trindade en su voto razonado (párrs. 65 a 73).

⁸⁶⁶ *Ibidem*, párr. 99.

humanidad es [...] a mi juicio, una manifestación más de la conciencia jurídica universal, de su pronta reacción contra crímenes que afectan la humanidad como un todo”.⁸⁶⁷

En este párrafo se destacan dos atributos esenciales de las normas de *ius cogens*. Por una parte la universalidad (habla de “condenación universal”), por otra, la imprescriptibilidad. Importante es también la referencia a la “conciencia jurídica universal”.

Un caso sumamente interesante que se sustanció ante la Corte ha sido el caso *Aloeboetoe*.⁸⁶⁸ Es un ejemplo claro de la aplicación del artículo 64 de la Convención de Viena referente al *ius cogens* superviniente. Se refiere a un tratado del 19 de septiembre de 1762, celebrado con los Países Bajos, en virtud del cual se permitía a los saramacas regirse por sus propias leyes y se pretende que las obligaciones del tratado son aplicables por sucesión al Estado de Suriname.. La Corte no ha considerado necesario investigar si ese instrumento es un tratado, dado que si lo fuese, sería nulo -declaró- “por ser contrario a reglas de *jus cogens superveniens*”.⁸⁶⁹ En efecto, en ese convenio los saramacas se obligan, entre otras cosas, a capturar los esclavos que hayan desertado, a hacerlos prisioneros y a devolverlos al Gobernador de Suriname, quien les pagará entre 10 y 50 florines por cada uno, según la distancia del lugar de su captura. “Un convenio de esta índole no

⁸⁶⁷ Corte IDH, caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C n.º 153, párr. 41.

⁸⁶⁸ Corte IDH, caso *Aloeboetoe y otros, vs. Suriname*. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C, n.º 15. Los saramacas son una tribu que vive en el territorio de Suriname y que se constituyó con los esclavos africanos que huían de los propietarios holandeses. Otro artículo faculta a los saramacas a vender a los holandeses, en calidad de esclavos, otros prisioneros que pudieren capturar. La cuestión de la validez de ese instrumento se planteaba en función de la determinación y distribución de las indemnizaciones a los familiares de las víctimas (asesinadas por el Gobierno de Suriname en su persecución de un grupo guerrillero). Es decir, interesaba saber si las leyes de Suriname relativas al derecho de familia se aplicaban a la tribu Saramaca. Las pruebas demostraron que las leyes de Suriname sobre esa materia no tenían eficacia respecto de aquella tribu, por lo que se debían tener en cuenta las leyes tribales.

⁸⁶⁹ *Ibídem*, párr. 57.

puede ser invocado ante un tribunal internacional de derechos humanos”.⁸⁷⁰ (Esta interpretación es un ejemplo de la aplicación del principio de intertemporalidad).

En cuanto a las relaciones entre derecho internacional y derecho interno, el juez Cançado Trindade, en uno de sus votos particulares, se pronunció por el predominio de las normas de *ius cogens* del derecho internacional. “Además de esta expansión horizontal, el *ius cogens* también se amplía en una dimensión vertical, de la interacción de los ordenamientos jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección. El efecto del *ius cogens*, en este segundo plano (vertical), es en el sentido de invalidar toda y cualquier medida legislativa, administrativa o judicial que, en el plano del derecho interno de los Estados, intente autorizar o tolerar la tortura”.⁸⁷¹

En otro de sus votos particulares, Cançado Trindade se pronuncia claramente a favor de la interpretación amplia del *ius cogens*, más allá del derecho de los tratados: “A pesar de que las dos referidas Convenciones de Viena consagran la función del *ius cogens* en el dominio propio del derecho de los tratados, es una consecuencia ineludible de la existencia misma de normas *imperativas* del derecho internacional que no se limitan éstas a las violaciones resultantes de tratados, y que se extienden a toda y cualquier violación, inclusive las resultantes de toda y cualquier acción y cualesquiera actos unilaterales de los Estados”.⁸⁷²

⁸⁷⁰ *Ibidem*.

⁸⁷¹ Corte IDH, caso *Tibí vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n.º 114. Voto razonado del juez Cançado Trindade, párr. 32.

⁸⁷² Corte IDH, caso *Blake vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C n.º 36, párr. 71. También asocia el *ius cogens* con la ilegalidad objetiva: “A la responsabilidad internacional objetiva de los Estados corresponde necesariamente la noción de ilegalidad objetiva (uno de los elementos subyacentes al concepto de *ius cogens*). En nuestros días, nadie osaría negar la ilegalidad objetiva de prácticas sistemáticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extra-legales, y de desaparición forzada de personas -prácticas éstas que representan crímenes de lesa humanidad-, condenadas por la conciencia jurídica universal, a la par de la aplicación de tratados”.

6.5. En el ámbito nacional

a) Jurisprudencia argentina

En la Sentencia de la Corte Suprema Argentina en el caso *Arancibia* el Ministro Maqueda, al fundamentar su voto se refirió concretamente al *ius cogens* diciendo que "el *ius cogens* también se encuentra sujeto a un proceso de evolución que ha permitido incrementar el conjunto de crímenes de tal atrocidad que no pueden ser admitidos y cuya existencia y vigencia opera independientemente del asentimiento de las autoridades de estos Estados. Lo que el antiguo derecho de gentes castigaba en miras a la normal convivencia entre Estados (enfocado esencialmente hacia la protección de los embajadores o el castigo de la piratería) ha derivado en la punición de crímenes como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad".⁸⁷³

Se observa en esta jurisprudencia una mención constante de la expresión *ius cogens*. Prácticamente no hay casos en los que no se mencione, tanto en argumentos en un sentido como en otro. Por ello me ha parecido necesario resaltar los votos en los que se hace una reflexión crítica de esta institución, reaccionando ante el empleo del *ius cogens* como una categoría absoluta, es decir, sin mayores explicaciones. Por ejemplo, en el caso *Mazzeo*, el juez Fayt, en su voto disidente, señala: "Cuando el *a quo* asigna al principio de imprescriptibilidad el carácter de norma *ius cogens*, no examina ni siquiera enuncia la práctica internacional de los Estados sobre la que supuestamente basa su conclusión. Obvio es señalar que no toda norma consuetudinaria del derecho internacional general tiene el carácter imperativo que por definición requiere una norma *ius cogens*".⁸⁷⁴

Y en relación con la posibilidad de extender el *ius cogens* fuera del derecho de los tratados, el mismo voto dice: "Por lo demás y tal como admite el señor

⁸⁷³ CSJN, caso *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*, causa n.º 259, A.533.XXXVIII, Sentencia de 24 de agosto de 2004; considerandos 44 a 49 del voto del juez Maqueda.

⁸⁷⁴ CSJN, caso *Mazzeo y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad*. Sentencia de 13 de julio de 2007, M. 2334, XLII y M. 2335 XLII, voto disidente del juez Fayt.

Procurador General, quien realiza una suerte de extensión para el caso de disposiciones unilaterales, el principio *ius cogens* sólo se utiliza para declarar nulos los tratados que se le opongan y más allá de que resulte posible realizar esta extensión, lo cierto es que aun dentro de su ámbito propio se ha señalado desde siempre la gran complejidad que encierra calificar una norma como tal”.⁸⁷⁵

Sin embargo, el argumento en que se basa para sostener esta postura, a mi juicio, se vuelve en contra suya. Dice que “[...] la propia Comisión de Derecho Internacional al realizar su informe sobre los arts. 53 y 64 de la Convención de Viena, reconoció que su enunciado "no está exento de dificultades ya que no hay ningún criterio sencillo para identificar una norma general de derecho internacional que tenga el carácter de *ius cogens*" [...] y, por ello, estimó conveniente establecer en términos generales que un tratado es nulo si es incompatible con una norma del *ius cogens* y dejar que el contenido de esta norma se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales”. Precisamente la práctica de los Estados y la jurisprudencia de esos tribunales, en particular de la Corte Interamericana, han dado al *ius cogens* un alcance amplio, que se extiende a las medidas y disposiciones unilateralmente adoptadas por los Estados en su derecho interno.

En otro caso de la jurisprudencia argentina, el caso *Reinhold*, en el voto parcialmente disidente del juez Abreu, respecto al *ius cogens*, dice que este afecta el principio de legalidad: “es claro que se ha debilitado el principio de legalidad al atribuir al *ius cogens* el carácter de ley penal, con la posibilidad de que la tipificación penal de conductas se funde en un derecho no escrito y de contornos borrosos. Ello crea un precedente peligroso”.⁸⁷⁶

⁸⁷⁵ *Ibídem*.

⁸⁷⁶ Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, Caso *Reinhold*, *Oscar Lorenzo y otros s/ privación ilegal de libertad*, Expediente 666/69, Sentencia de 18 de diciembre de 2008.

b) Jurisprudencia española

Me referiré al empleo de esta expresión en una sentencia en particular, la sentencia de la Audiencia Nacional en el caso *Scilingo*,⁸⁷⁷ dadas las consecuencias que atribuye al carácter *ius cogens* en el derecho interno.

El Tribunal se refiere, por ejemplo, a las dificultades que entraña la aplicación en el ámbito nacional de las normas internacionales de *ius cogens* en relación con el principio de legalidad (sin perjuicio de que volvamos a esta sentencia en el capítulo referido a dicho principio):

“En el caso de normas penales integradas en el *ius cogens* internacional, el problema es cómo se aplican éstas por el juez en el caso de que no vengán expresamente recogidas en el ordenamiento interno y, sobre todo en este caso, y partiendo de la obligatoriedad de la aplicación de estas normas, cuál es su contenido, tanto en la fijación de las conductas, como en el de la pena a imponer. La respuesta, nos tememos, es que por mucho que se reconozca la validez universal o *erga omnes* de dichas normas, si no están expresamente recogidas en el derecho interno resultan de facto inaplicadas y posiblemente desde un punto de vista técnico inaplicables, no pasando de ser algo parecido a un derecho puramente simbólico, a no ser que terminen incorporándose al ordenamiento interno, en cuyo caso, la pregunta es: ¿Cuándo entró en vigor la prohibición o mandato que contienen? Por tanto, el interrogante se plantea en los términos de que si, en efecto, existen normas de derecho interno que recogen las internacionales, cómo operan estas normas, si lo hacen siguiendo de todo punto la interpretación tradicional de los principios clásicos del derecho penal o existen situaciones en las que deben compatibilizarse ambos derechos bajo la supremacía del Derecho internacional”.⁸⁷⁸

⁸⁷⁷ Audiencia Nacional. Sala de lo Penal, Sección Tercera. Sentencia nº 16/2005, Sumario 19/1997, rollo de Sala 139/1997, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Sección 3ª, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

⁸⁷⁸ Fundamento de Derecho primero; sección B.1.

Al responder a estas cuestiones, el Tribunal lo hace resaltando la necesaria influencia que ha de tener el carácter *ius cogens* de las normas internacionales reflejadas por las normas internas en el alcance de estas.

“Estimamos que el carácter de *ius cogens* de la norma internacional a la que representa o recoge la interna, y cuya obligatoriedad con ello reconoce, le impide ir en contra de su contenido esencial o limitar su ámbito de aplicación temporal objetivo, subjetivo o territorial. Recibida en el derecho interno la norma de derecho internacional preexistente para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya obligatoria "per se" o de que por sus características y universalidad, con la finalidad de proteger valores superiores de la humanidad, son el conjunto de la Humanidad y la totalidad de los Estados en que ésta se organiza, y no un Estado concreto, los que tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos delitos”.⁸⁷⁹

Este párrafo resalta la fuerza vinculante del *ius cogens* en los ordenamientos nacionales, y la necesidad de que la norma interna no limite el alcance de la internacional, reconociendo a esta una obligatoriedad preexistente.

7. Balance crítico

Entre quienes adoptan una actitud de cautela frente al concepto encontramos a Fernández Tomás quien, recuerda las expectativas de cambio que generaron “la positivación del derecho imperativo” en la Convención de Viena de 1969, “la asunción de las obligaciones *erga omnes*” en el famoso *dictum* de la CPI, en 1970, y, por último, la aprobación por la Comisión de Derecho Internacional del proyecto Ago, en 1980, que incluía la noción de crimen internacional en el proyecto sobre responsabilidad de los Estados. Y hace la observación siguiente, que vale la pena reproducir por la elocuencia de sus términos: “Tantos éxitos formales forjaron el mito de que la sociedad y el derecho internacional estaban experimentando un profundo cambio, a través de las ficciones de humanidad y

⁸⁷⁹ *Ibidem*.

comunidad, y sus corolarios normativos. Veinte años después, sin embargo, no parece que haya cambiado tanto ni la sociedad ni el derecho internacional. Cuando parecía que el paso más difícil había sido dado al positivizar la teoría del derecho imperativo, hoy el concepto parece una pesa de hielo que puesta en el soleado platillo de una balanza se derrite y evapora. ¿Qué peso tiene el *ius cogens* en la realidad internacional actual?⁸⁸⁰ (El resalte es mío)

Creo que este comentario muy pesimista respecto del *ius cogens* se basa por una parte en una crítica a la formulación insuficiente, como hemos visto, de la Convención de Viena de 1969, y por otra, respecto a las normas *ius cogens* fuera del derecho de los tratados, a una actitud positivista, aunque en cierto modo atenuada. No olvidemos que considera que las ideas de humanidad y comunidad son ficciones, y que ello desde un principio lo sitúa en determinada posición frente al derecho no solo internacional sino general.

En cambio, Aguilar Cavallo considera que las normas imperativas del derecho internacional, es decir, de *ius cogens*, constituyen una categoría jurídica que ha jugado un papel fundamental en la evolución del derecho en general (dado que, como hemos visto, ha influido en la relación entre derecho internacional y derecho interno). La evolución, paralela a la globalización, se ha orientado hacia el proceso de humanización del derecho internacional público, entendiendo por tal un proceso que consiste en “poner la dignidad humana, tanto individual como colectiva, en el centro de las preocupaciones de este ordenamiento jurídico”.⁸⁸¹

8. Obligaciones erga omnes

La explicación más clara de este concepto se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Esta ya había anticipado el principio de las obligaciones *erga omnes* a comienzos de 1951, en una Opinión Consultiva sobre *Reservas a la Convención contra el Genocidio*. Allí concluyó que, en el marco de dicha Convención, los Estados no tenían “intereses propios; simplemente tenían,

⁸⁸⁰ FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *op. cit.*, pp. 621-622.

⁸⁸¹ AGUILAR CAVALLO, G., *op. cit.*, p. 118.

todos y cada uno, un interés común”.⁸⁸² La Corte observó también que los principios en los que se basaba la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, incluso sin que existiese ninguna obligación dimanante de un tratado. Estos principios tenían alcance universal. Las premisas en las que se basó fueron las siguientes: algunas obligaciones internacionales son tan fundamentales que rigen por igual para todos los Estados y cada Estado está facultado a exigir el cumplimiento de las mismas. Cuando un Estado incumple una obligación *erga omnes* perjudica a todos los Estados, incluso a los que no son afectados específicamente. Es decir, cada Estado es víctima de la violación de ese tipo de obligación.⁸⁸³

Como vemos, si bien la Corte no ha definido las obligaciones *erga omnes*, ha identificado dos características clave de las mismas: la primera sería su universalidad o cuasi universalidad y la segunda la solidaridad de los Estados en el interés protegido, por lo que se considera que cada Estado tiene un interés jurídico en que los demás Estados cumplan la obligación. Con esas dos características se pueden distinguir las obligaciones *erga omnes* de las obligaciones dimanantes de tratados. Algunos autores consideran que también se distinguen por el juicio de valor que connotan, en virtud del cual la comunidad internacional en conjunto considera imperativo el cumplimiento de las mismas.

El principio *erga omnes* fundamenta el derecho de los Estados, basado en el interés general de la comunidad internacional, a exigir a otros Estados el respeto de los derechos humanos.⁸⁸⁴

⁸⁸² ICJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, citado, párrafos 15-23.

⁸⁸³ En el caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, que versaba sobre graves violaciones de privilegios diplomáticos y consulares, la Corte Internacional de Justicia hizo hincapié en que las violaciones tenían implicaciones para la comunidad internacional entera. ICJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, (United State of America vs. Iran), Judgment of 24 May 1980, párrafos 3, 92. ICJ, Reports, 1980.

⁸⁸⁴ MERON, T., *The Humanization of International Law*, *op. cit.*, p. 263. Meron señala que la cristalización del carácter *erga omnes* de los derechos humanos, basada en los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, está teniendo lugar de manera creciente a pesar de la incertidumbre que critican algunos autores. Por ejemplo, algunos cuestionan si un Estado no implicado directamente en un asunto por la necesidad de proteger a sus propios

El caso *Barcelona Traction* abrió paso a la creciente aceptación en el derecho internacional del principio de que todos los Estados tienen un interés legítimo en que no se perpetren violaciones graves de los derechos humanos consuetudinarios, con independencia de la nacionalidad de las víctimas.⁸⁸⁵ ¿Por qué nos interesa tanto este caso? Porque contiene un *obiter dictum* que reconoce la existencia de obligaciones del Estado frente a la comunidad internacional, ante cuyo incumplimiento pueden reaccionar todos los Estados, y porque esas obligaciones son asociadas generalmente con normas imperativas, dado que pueden dimanar de ellas.

Se trataba de una declaración de quiebra por un tribunal español de la compañía canadiense *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*, cuyos accionistas eran principalmente belgas. Bélgica inicialmente entabló un procedimiento ante la CIJ en 1958 para reclamar indemnización por los perjuicios causados a la Compañía como consecuencia de actos supuestamente cometidos por órganos del Estado español en violación del derecho internacional. Tres años después, Bélgica solicitó la interrupción del procedimiento a fin de que se solucionara el asunto mediante arreglo entre las partes. Las negociaciones fracasaron y en 1962 Bélgica entabló un nuevo procedimiento pero modificando sus alegaciones. Ya no reclamaba la reparación de los perjuicios sufridos por la Compañía, sino de los sufridos por ciudadanos belgas accionistas de la misma. Al final de la segunda fase del procedimiento, en 1970, la CIJ admitió una de las objeciones preliminares presentadas por España (había presentado cuatro), por la que se sostenía que Bélgica no estaba legitimada para interponer ninguna acción. La Corte no se pronunció sobre ningún otro aspecto del caso y desestimó la demanda de Bélgica.

En su sentencia la Corte sostuvo que cuando un Estado admite inversiones extranjeras en su territorio asume obligaciones relativas al trato que ha de dar a

nacionales puede *ut singulus* interponer una acción ante un tribunal internacional para exigir reparación al Estado infractor. *Ibidem*, p. 262.

⁸⁸⁵ ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, (Belgium Vs, Spain), Second Phase. Judgment, 5th February of 1970, ICJ, Reports, 1970.

esas inversiones. La cuestión residía en saber qué tipo de obligaciones tenía ese Estado. Para responder, la Corte distinguió dos tipos: las del Estado frente a la comunidad internacional, y las del Estado frente a otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Si se decidía que las obligaciones de España eran del segundo tipo, como no existía ningún tratado sobre la materia ni ningún acuerdo diplomático entre ambos países, Bélgica no podía amparar su demanda de resarcimiento en ninguna disposición del derecho internacional convencional.⁸⁸⁶

Ahora bien, estos argumentos no sirvieron de fundamento para el fallo, que no se apoyó en los mismos; en otras palabras, no constituyeron la *ratio decidendi*. Sin embargo se los considera *obiter dictum*.⁸⁸⁷

España, en su tercera excepción preliminar, alegaba que Bélgica no estaba legitimada para presentar una demanda ante la Corte en nombre de una compañía canadiense, dado que las obligaciones internacionales relativas a la protección de los nacionales de otro Estado son estrictamente bilaterales. En este contexto y en respuesta a la alegación de Bélgica de denegación de justicia por los tribunales españoles, España sostuvo que la denegación de justicia a una persona en particular no es un tipo de crimen contra la comunidad internacional en su conjunto o uno de sus miembros; es un delito internacional cometido por un Estado frente al Estado de la persona de que se trate. Los dos párrafos que se refieren a las obligaciones *erga omnes* son los siguientes.

En el párrafo 33 se explica y define el concepto de obligación *erga omnes*:

"33. [...] En particular, una distinción esencial ha de establecerse entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional "en su

⁸⁸⁶ El expediente constaba de 60.776 páginas.

⁸⁸⁷ Esta calificación sirve para designar declaraciones o afirmaciones hechas por los tribunales o por sus miembros individualmente, que no se refieren a los asuntos principales del caso. No todos los *obiter dictum* tienen el mismo peso, pero para calibrar su importancia es necesario seguir su desarrollo posterior. En efecto, uno de los jueces de este caso que acabamos de citar, G. Fitzmaurice, admitió que, si bien los *obiter dictum* formulados por la Corte no tienen valor de sentencia, en ausencia de leyes internacionales los pronunciamientos judiciales constituyen el principal instrumento para aclarar y desarrollar el derecho internacional. Citado por RAGAZZI, M., *op. cit.*, p. 7.

conjunto", y aquellas que nacen con respecto a otro Estado en el marco de la protección diplomática. Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos en cuestión, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en la protección de esos derechos; las correspondientes obligaciones son obligaciones *erga omnes*".

En el párrafo siguiente se indican cuatro ejemplos de esas obligaciones:

"34. Esas obligaciones dimanar, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la calificación de ilícitos de los actos de agresión y de genocidio, pero también de principios y de normas que conciernen a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y de la discriminación racial. Algunos de los correspondientes derechos de protección se han incorporado al derecho internacional general [...] otros son conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o cuasiuniversal".⁸⁸⁸

Mosler comenta la distinción establecida en este párrafo diciendo que se aproxima a una división entre normas de *ius cogens* y de *ius dispositivum*.⁸⁸⁹

La importancia de este *Dictum* es evidente: establece una distinción entre las obligaciones internacionales según la importancia de ciertas materias para la comunidad internacional en su conjunto. Esto abre la vía a todos los Estados para reclamar la responsabilidad del Estado autor del ilícito. Se rompe así el esquema bilateral de la responsabilidad entre el Estado infractor y el Estado víctima. La relación de responsabilidad se establece entre el Estado infractor y la comunidad internacional en su conjunto.⁸⁹⁰

⁸⁸⁸ Se remite a ICJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, citado, p. 23.

⁸⁸⁹ MOSLER, H., *The International Society as Legal Community*, op. cit., p. 136.

⁸⁹⁰ Cabe recordar una Resolución de la Asamblea General, la "Carta de derechos y deberes económicos de los Estados", que contiene un capítulo titulado "Responsabilidades comunes hacia la comunidad internacional". Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea

Ragazzi señala dos rasgos característicos de las obligaciones *erga omnes* tal como se describen en el *Dictum*: 1) la universalidad, en el sentido de que son vinculantes para todos los Estados sin excepción; 2) la solidaridad, en el sentido de que se considera que cada Estado tiene un interés jurídico en su protección, es decir, en que se respeten.⁸⁹¹

Cebada Romero considera que en el *Dictum* citado las obligaciones *erga omnes* se caracterizan por dos rasgos esenciales: se contraen ante toda la comunidad internacional e incorporan valores esenciales para la comunidad internacional (protegen derechos esenciales), y por ello todos los Estados están interesados en su cumplimiento. Esta autora señala que al referirse a esos dos rasgos esenciales la Corte introdujo “un elemento generador de confusión al distinguir un doble origen de las obligaciones *erga omnes* [...]”.⁸⁹² Por una parte lo definitorio es el grupo de sujetos frente al que se asume la obligación y, por otra parte, lo es el contenido material de la obligación. Esto tiene consecuencias para la distinción entre *erga omnes* y *ius cogens*, que veremos más adelante.

Otro caso en que la Corte se ocupó del concepto de obligaciones *erga omnes* es el de *Nuclear Tests*. En esa ocasión constató que Francia había asumido una obligación (cesar los ensayos nucleares en el Pacífico Sur) mediante “declaraciones unilaterales hechas por las autoridades francesas fuera de la Corte, públicamente y *erga omnes*”.⁸⁹³ La Corte dijo que no era necesario que las declaraciones fueran dirigidas a un Estado en particular, y que tampoco se requería la aceptación de

General de las Naciones Unidas, *Carta de derechos y deberes económicos de los Estados*, 12 de diciembre de 1974.

⁸⁹¹ RAGAZZI, M., *op. cit.*, p. 17.

⁸⁹² CEBADA ROMERO, A., «Los conceptos de obligación *erga omnes*, *Ius Cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (2002): disponible en www.reei.org/reei4/Cebada.pdf.

⁸⁹³ ICJ, *Nuclear Tests Cases* (New Zealand and Australia vs. France), Judgments of 20 December 1974, ICJ, Reports, 1974, pp. 457 y ss. En mayo de 1973 Australia y Nueva Zelanda presentaron sendas demandas contra Francia respecto de la legalidad de los ensayos nucleares realizados en la atmósfera por el Gobierno francés en el Pacífico Sur. En su sentencia, la Corte concluyó que la reclamación de los demandantes ya no tenía objeto. Los demandantes pedían que se pusiera fin a los ensayos. Francia anunció públicamente su intención de cesarlos en 1974.

cualquier otro Estado. Consideró que Francia había asumido una obligación frente a todos los Estados y que no era función del Tribunal constatar que Francia no cumpliera.

La CIJ también se apoyó en el concepto de obligaciones *erga omnes* al considerar el caso de la *Convención contra el Genocidio* (Bosnia contra Yugoslavia). En Objeciones Preliminares, la Corte afirmó en su decisión que “los derechos y obligaciones consagrados en la Convención son derechos y obligaciones *erga omnes*”, por lo cual la jurisdicción temporal de la Corte no se limitaba al momento en que Bosnia y la ex República de Yugoslavia estaban obligadas por la Convención.⁸⁹⁴

8.1. Relación entre normas de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*

Ragazzi indica algunas similitudes entre el concepto de obligaciones *erga omnes* y el de *ius cogens*. En primer lugar, tanto las obligaciones mencionadas como las normas de *ius cogens* están destinadas a proteger intereses comunes de los Estados y valores morales fundamentales. En segundo lugar, los ejemplos clásicos de normas *ius cogens* que emergieron durante la codificación del derecho de los tratados coinciden en gran parte con los ejemplos de obligaciones *erga omnes* contenidos en el *Dictum* sobre el caso *Barcelona Traction*. En tercer lugar, hay muchas expresiones típicas asociadas con el concepto de *ius cogens*, como “la comunidad internacional en su conjunto” que aparecen en el *Dictum*.⁸⁹⁵

Ragazzi señala una analogía importante entre la Opinión Consultiva en el caso de las *Reservas a la Convención* y el *Dictum* de la Corte en el caso *Barcelona Traction*. En la primera, la CIJ derivó el efecto universal de los principios que sustentan la Convención contra el Genocidio de la concepción del genocidio como contrario a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas, y sobre la base de esta premisa reconoció que la prohibición del genocidio es vinculante para

⁸⁹⁴ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro), Preliminary Objections, Judgment 11 July 1996, párr. 616, ICJ, Reports, 1996.

⁸⁹⁵ RAGAZZI, M., *op. cit.*, p. 72.

todos los Estados, *sean o no partes en la Convención*.⁸⁹⁶ “Esto introduce un fuerte elemento de analogía con el *Dictum* pronunciado en el caso *Barcelona Traction*, en el que la Corte trazó la distinción entre obligaciones hacia un Estado en particular y obligaciones *erga omnes* sobre la base de la “naturaleza” de las obligaciones de que se trata y de la “importancia” de los correspondientes derechos de protección”.⁸⁹⁷

Con respecto al *ius cogens*, el artículo 53 de la Convención de Viena se refiere a la “comunidad internacional en su conjunto” solamente para afirmar la existencia de una norma imperativa. La comunidad internacional es, por lo tanto, fuente de esas normas, pero no es el ente con respecto al cual los Estados estén obligados. En cambio, cuando se habla de obligaciones *erga omnes*, la comunidad internacional toda es titular de los derechos correspondientes a esas obligaciones. El *Dictum* citado se refiere a obligaciones hacia la “comunidad internacional en su conjunto”.⁸⁹⁸

En el Comentario a la Convención de Viena se observa que los dos conceptos tienen la misma fuente, las normas imperativas, pero sus efectos son distintos. “Un tratado en conflicto con el *ius cogens* es nulo, mientras que un acto o una acción que violara una norma imperativa que contuviese una obligación *erga omnes* entrañaría una responsabilidad especial del Estado”.⁸⁹⁹

Con respecto al ámbito de aplicación de las dos categorías de normas, algunos autores consideran que son dos caras de la misma moneda, es decir que a

⁸⁹⁶ “En su razonamiento sobre el carácter *erga omnes* de la prohibición jurídica del genocidio, la Corte no solo se apoyó en el elemento positivo del reconocimiento por los Estados, sino también en las consideraciones morales en que se funda la prohibición”. *Ibíd.*, p. 104.

⁸⁹⁷ *Ibíd.*

⁸⁹⁸ PICONE, P., «La distinzione tra norme internazionali di Jus Cogens e norme che producono obblighi erga omnes», en *Rivista di diritto internazionale*, n.º 1 (2008), p. 9.

⁸⁹⁹ CORTEN, O.; KLEIN, P., *op. cit.*, p. 1912. Un ejemplo de un acuerdo o acuerdos violatorios de normas de *ius cogens* sobre derechos humanos lo encontraríamos en lo que se conoce como Plan Cóndor (en cuyo marco se coordinaron, principalmente en los años 70 y 80, las operaciones represivas de las dictaduras del Cono Sur sudamericano, que incluían, entre otras acciones, el asesinato, la tortura y las desapariciones forzadas).

todas las normas de *ius cogens* corresponderían, en caso de violación, obligaciones *erga omnes*, mientras que otros consideran que no todas las obligaciones *erga omnes* derivan de normas de *ius cogens*. Pero aún otros sostienen en cambio que los respectivos ámbitos de aplicación son distintos.

Picone, que se encuentra entre estos últimos, considera que la idea de que las dos categorías de normas se superpongan y tengan el mismo ámbito de aplicación parte de una premisa falsa: dar central importancia a la “inderogabilidad”, característica definitoria de las normas de *ius cogens*. Este autor sostiene que en algunos casos las normas que establecen obligaciones *erga omnes* pueden ser derogables y que considerar que no lo son siempre lleva a equívocos, dado que cumplen una función distinta de las normas de *ius cogens*. Mientras estas últimas cumplen la función de tutelar valores supremos de la comunidad internacional (sustantivos o estructurales), las segundas cumplen la función de hacer posible, mediante la acción colectiva de los Estados, la protección de bienes y valores que de otro modo no sería posible tutelar.⁹⁰⁰

En materia de derechos humanos dentro de un determinado Estado, señala que se reconoce en general que, en caso de que se hayan formado normas de *ius cogens*, éstas no serán solo normas inderogables sino normas constitutivas de obligaciones *erga omnes*, exigibles por todos los Estados. Porque sostiene que solo de esta manera se podrá responder a la exigencia de que las graves violaciones de los derechos humanos que cometa un Estado con respecto a sus nacionales no permanezcan impunes.⁹⁰¹

En otra Opinión Consultiva más reciente, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que Israel había violado el derecho de auto-determinación del pueblo palestino y determinadas obligaciones del derecho humanitario internacional, que consistían en obligaciones *erga omnes*. Además, al determinar los deberes de los

⁹⁰⁰ PICONE, P., «La distinzione tra norme internazionali di Jus Cogens e norme che producono obblighi erga omnes», *op. cit.*, p. 17. Aclara que si se las compara con las normas del derecho interno, las que establecen las obligaciones *erga omnes* se parecen a las normas constitucionales, y las de *ius cogens* a las normas de orden público.

⁹⁰¹ *Ibidem*. Véase también PICONE, P., «Obblighi erga omnes e codificazione della responsabilità degli Stati», en *Rivista di diritto internazionale*, 2005: 893-954.

demás Estados ante tales violaciones de obligaciones *erga omnes*, la Corte implícitamente aplicó el artículo 41 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 2001, que obliga a los Estados a no reconocer como lícita una situación creada por una violación grave de una norma imperativa, y a no prestar ayuda ni asistencia para mantener esa situación.⁹⁰²

También el TPIY vinculó ambos conceptos cuando estableció que la prohibición de la tortura es tanto una norma imperativa del derecho internacional general como una obligación *erga omnes*.⁹⁰³

Sin embargo, el mismo Tribunal, en el asunto *Furundzija* diferenció claramente ambas expresiones: “Mientras que la naturaleza *erga omnes* [...] corresponde a la esfera de la coerción internacional (en sentido amplio), la otra característica principal del principio que prohíbe la tortura guarda relación con la jerarquía de las normas en el orden normativo internacional. Habida cuenta de la importancia de los valores que protege, este principio se ha convertido en una norma imperativa o de *ius cogens*, es decir, una norma que se sitúa a un rango más elevado que el derecho convencional e incluso que las normas de derecho consuetudinario “ordinario”. La consecuencia más evidente es que los estados no pueden apartarse de (*déroger à*) ese principio mediante tratados internacionales, costumbres locales o especiales, ni siquiera normas consuetudinarias generales que no tengan el mismo valor normativo”⁹⁰⁴

A pesar de las divergencias entre los autores, casi todos coinciden en que el concepto de *ius cogens* tiene que ver con la jerarquía de las normas, mientras que el de *erga omnes* concierne a la exigencia de cumplimiento de las normas de *ius cogens*, y en ese sentido se complementarán. Es decir: la violación de una norma

⁹⁰² ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories*, Advisory Opinion of 9 July 2004, párrafos 155-157, disponible en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm>.

⁹⁰³ TPIY, caso *Kupreskyć*, Sentencia de primera instancia, de 14 de enero de 2000, (IT-95-16) párrafos 519 y 520.

⁹⁰⁴ TPIY, caso *Furundzija*, Sentencia de primera instancia, de 10 de diciembre de 1998, (IT-95-17/1).

de *ius cogens* es la violación de una norma tan fundamental para la comunidad internacional que cada miembro de esa comunidad puede alegar un interés legal en el cumplimiento de esa norma y, en consecuencia, cuando tenga lugar una violación, aunque no resulte directamente afectado, puede tomar medidas para exigir el cumplimiento. Sin embargo, los autores citados se preguntan cuáles son esas medidas.⁹⁰⁵

Una primera medida está prevista en el artículo IX de la Convención contra el Genocidio, que dice lo siguiente: “Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia”. Es decir que cualquier Estado puede someter a la Corte un caso contra otro Estado Parte que supuestamente haya incumplido sus obligaciones dimanantes de la Convención, porque esas obligaciones tienen el carácter de *erga omnes* y porque las normas que las establecen tienen el carácter de *ius cogens*.⁹⁰⁶

⁹⁰⁵ Véanse al respecto FROWEIN, J. A., «Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 248, n.º IV (1994), pp. 405-406; del mismo autor, «Collective Enforcement of International Obligations», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 47 (1987), p. 68; y WYLER, E., «From 'State Crime' to Responsibility for Serious Breaches of International Obligations under Peremptory Norms of General International Law», en *European Journal of International Law*, n.º 13 (2002), p. 1157.

⁹⁰⁶ También cabe admitir la exigencia de cumplimiento por parte de un Estado que no sea Parte en la Convención pero haya aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte, según dispone el artículo 36.2 del Estatuto de la CIJ, cuyo texto, en la parte pertinente, dice así: “2. Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria ipso facto y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a. la interpretación de un tratado; b. cualquier cuestión de derecho internacional; c. la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; d. la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional”.

En ese aspecto, esas obligaciones permiten “desbilateralizar la relación de responsabilidad”⁹⁰⁷ en el sentido de que su incumplimiento legitima a cualquier Estado de la comunidad internacional para exigir el cumplimiento y la aplicación de una sanción, pero también legitimaría a cualquier sujeto a interponer una acción, abriendo así la vía a la *actio popularis*.⁹⁰⁸

Algunos autores llegan incluso a subordinar el concepto de *ius cogens* al de *erga omnes*. Hannikainen, por ejemplo, formula una observación interesante: el carácter de *ius cogens* de una norma depende de que las obligaciones que establezca sean obligaciones de todos los Estados respecto de la comunidad internacional.⁹⁰⁹ Y en ese sentido coincide con Ragazzi, quien señala que los ejemplos en los que hay en general acuerdo con respecto a su carácter de *ius cogens* (señalados por Waldock, Relator especial que sucedió a Fitzmaurice), a saber, la prohibición del uso de la fuerza, de los crímenes internacionales, de la esclavitud, la piratería o el genocidio, son prácticamente idénticos a los ejemplos de obligaciones *erga omnes* mencionados en el caso *Barcelona Traction*.⁹¹⁰

Ragazzi sostiene que el carácter imperativo de una norma no supone necesariamente que las obligaciones dimanantes de la misma sean *erga omnes*. Esto lleva a la conclusión de que para determinar si una obligación es *erga omnes* no es necesario probar que deriva de una norma aceptada y reconocida como norma de *ius cogens* por la comunidad internacional en su conjunto. Por

⁹⁰⁷ DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 11ª ed., Madrid: Tecnos, 1996, p. 673.

⁹⁰⁸ AGUILAR CAVALLO, G., *op. cit.*, p. 123.

⁹⁰⁹ HANNIKAINEN, L., *Peremptory Norms (Ius cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988, p. 725.

⁹¹⁰ Ragazzi señala que el problema verdadero se plantea cuando se intenta ir más allá de esos ejemplos. Por ejemplo, la propuesta de la Santa Sede, que hemos mencionado *supra*, de un principio de interpretación que dé primacía a la protección de los derechos humanos, obligaría a determinar cuáles serían los derechos humanos que merecerían una protección imperativa, es decir, universal y obligatoria para todos los Estados. RAGAZZI, M., *op. cit.*, p. 183.

consiguiente, será necesario probar otras características de las obligaciones para considerarlas *erga omnes*.⁹¹¹

En el *Obiter Dictum* sobre *Barcelona Traction*, la Corte estableció que determinadas obligaciones son *erga omnes* “por su naturaleza misma”. En consecuencia, requería que se examinaran las cualidades o propiedades esenciales de una obligación para asignarle tal carácter.

Según Ragazzi, la Corte ha seguido el mismo criterio que había aplicado en el caso de las *Reservas a la Convención contra el Genocidio*, considerando que los principios en que se basaba la Convención eran vinculantes para todos los Estados, con prescindencia de cualquier obligación convencional.

Afirma que “de las palabras y ejemplos empleados por la Corte Internacional, es evidente que la justificación de la oponibilidad universal de las obligaciones *erga omnes* no ha de buscarse en un principio extrínseco, tal como (estipula la Convención de Viena) el predominio de la voluntad presunta o efectiva de la mayoría de los Estados frente a una minoría disidente, sino en el reconocimiento de la validez universal de valores morales fundamentales que esas obligaciones están destinadas a proteger”.⁹¹² Prueba de ello, alega, es que las cuatro obligaciones enumeradas en el *Dictum* por la Corte reflejan una norma moral sin excepciones (moral absoluta). (Es evidente que este autor se opone a una rígida separación entre moral y derecho, otro de los temas que se plantean en este trabajo).

Bassiouni está de acuerdo en que el primer criterio para determinar si una obligación tiene el nivel de *erga omnes* se encuentra en las palabras “las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional en su conjunto”, empleadas en el *Dictum* formulado en el caso *Barcelona Traction*, citado *supra*. Sin embargo, señala que en ningún momento la Corte aclara qué quiere decir con esa frase. Tampoco hay ninguna indicación en la jurisprudencia de la Corte que formule explícitamente cómo una norma se convierte en norma de *ius cogens* ni

⁹¹¹ *Ibídem*, p. 182.

⁹¹² *Ibídem*, p. 183.

por qué ni cuándo se convierte en norma de la que se derive una obligación *erga omnes*, ni las consecuencias de tal derivación.⁹¹³

Concluye diciendo que, dado que la expresión *erga omnes* significa “*flowing to all*” (dimanante para todos), las obligaciones derivadas de normas de *ius cogens* presuntamente son *erga omnes* sobre la base de la premisa lógica de que lo que constituye derecho imperativo (*compelling law*) debe necesariamente engendrar una obligación que dimana para todos. Pero considera que se trata de un problema circular: porque lo que dimana para todos es imperativo y lo que es imperativo se dirige a todos. Es difícil distinguir entre lo que constituye un principio general que crea una obligación tan auto-evidente como para ser “imperativa” y tan “imperativa” como para “dimanar para todos”, es decir, ser vinculante para todos los Estados.

Cabe preguntarnos entonces si se trata de dos expresiones equivalentes. Cebada Romero afirma que si bien de una norma *ius cogens* “siempre se derivan obligaciones *erga omnes* [...] puede haber obligaciones contraídas frente a toda la comunidad internacional, de carácter general, que no se recogen en una norma imperativa”⁹¹⁴. (Da como ejemplo la inmunidad de Estados extranjeros, a la que el Estado beneficiario podría renunciar). Sin embargo, aclara que no sería el caso de las obligaciones a las que se refiere el *Dictum*, dado que no se estarían protegiendo “derechos esenciales”.

8.2. Obligaciones erga omnes y derechos humanos

Ragazzi analiza los términos utilizados en el *Dictum Barcelona* para luego examinar más de cerca la relación entre ambos términos, obligaciones *erga omnes* y derechos humanos. La Corte se refiere a “principios y normas que conciernen a los derechos fundamentales de la persona humana”⁹¹⁵. Sin entrar ahora en la

⁹¹³ BASSIOUNI, M. C., «The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework», en *International Criminal Law*, vol. I, Nueva York: Ardsley, 1999, p. 90.

⁹¹⁴ CEBADA ROMERO, A., *op. cit.*, p. 5.

⁹¹⁵ *Dictum, Barcelona Traction*, citado, párr. 34.

distinción entre principios y normas, me interesa señalar aquí que la Corte ha indicado que las obligaciones *erga omnes* pueden referirse indistintamente a principios como a normas, introduciendo así un elemento de analogía con el *ius cogens*, a pesar de que este último se acerca más a los principios fundamentales del derecho internacional. Según la posición que se adopte respecto de la distinción entre principios y normas, es decir, si son más amplios los primeros que las segundas, dependerá también la consideración de la extensión de la obligación dimanante de los mismos.⁹¹⁶ Si asignamos a los principios un ámbito de aplicación más amplio, las obligaciones que de ellos dimanen no estarán limitadas a las cláusulas concretas contenidas en alguna disposición en particular.

Ragazzi prosigue su análisis terminológico examinando qué se entiende por “derechos fundamentales de la persona humana”.⁹¹⁷ Se detiene en el análisis de las expresiones “derechos humanos fundamentales” o “derechos humanos” sin ningún calificativo. Dice que ambas se han empleado en muchos instrumentos indistintamente como si fueran equivalentes. Sin embargo, en el contexto de las obligaciones *erga omnes* la distinción puede revestir importancia. En efecto, cabe preguntarse ¿son todas las obligaciones internacionales establecidas para proteger los derechos humanos obligaciones *erga omnes*? En su *Dictum*, la Corte citó solo tres ejemplos de esas obligaciones en la esfera de los derechos humanos: la prohibición del genocidio, la protección contra la esclavitud y la discriminación racial. Ragazzi observa que al introducir el calificativo de fundamentales para los derechos de la persona humana, puede interpretarse que la Corte no quiso

⁹¹⁶ Ragazzi recuerda la distinción que hizo G. Fitzmaurice en el sentido de que un principio es algo en lo que se basa una norma, y explica o proporciona una razón para establecerla. (FITZMAURICE, G. G., «The General Principles of International Law considered from the Standpoint of the Rule of Law», en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye* 92, n.º II, (1957), p. 7). También menciona la distinción de Mosler, quien coincide con la distinción de G. Fitzmaurice pero la extiende sosteniendo que los principios tienen un sentido más amplio y dan lugar a una diversidad de formas de aplicación, mientras que las normas definen derechos y obligaciones con mayor claridad. (MOSLER, H., *The International Society as a Legal Community*, op. cit. p. 73). Ambos citados por RAGAZZI, M., op. cit., p. 136.

⁹¹⁷ He traducido al español del francés el término “*fondamentaux*” como “fundamentales”; en inglés el calificativo es “*basic*”.

extender el carácter *erga omnes* a las obligaciones relacionadas con todos los derechos humanos, sino a aquellas referidas a los calificados de fundamentales.

Este autor recuerda una Resolución del Instituto de Derecho Internacional titulada: “La protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados”. El artículo 1 dice lo siguiente: “Los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana. La obligación para los Estados de garantizar el respeto de esos derechos deriva del reconocimiento mismo de esta dignidad, ya proclamada en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esta obligación internacional es, según la fórmula utilizada por la Corte Internacional de Justicia, una obligación *erga omnes*; incumbe a todo Estado frente a la comunidad internacional en su conjunto, y todo Estado tiene un interés jurídico en la protección de los derechos humanos. Esta obligación implica además un deber de solidaridad entre todos los Estados con miras a asegurar lo más rápidamente posible una protección universal y eficaz de los derechos humanos”.⁹¹⁸

Del examen del texto de esta Resolución, Ragazzi concluye que, en la esfera de los derechos humanos, el atributo *erga omnes* no se asigna a una obligación determinada sino a la obligación general de respetar dichos derechos. Además, en el contexto específico de la Resolución citada, se da preeminencia al respeto de los derechos humanos frente al principio de no intervención.⁹¹⁹

8.3. *Ius cogens, erga omnes y crímenes internacionales*

Bianchi señala que el examen del *ius cogens* no puede hacerse sin tener en cuenta otros conceptos que aparecen paralelamente, como las obligaciones *erga omnes* y los crímenes internacionales. Todo parece indicar que estos tres conceptos, *ius cogens*, obligaciones *erga omnes* y crímenes internacionales conducen a una reestructuración de la comunidad internacional, al configurar un

⁹¹⁸ Tableau des Résolutions adoptées (1957-1991), pp. 207- 213, citada por RAGAZZI, M., *op. cit.*, p. 141 (lo he traducido del original francés).

⁹¹⁹ RAGAZZI, M., *op. cit.*, p. 143.

conjunto de valores e intereses, al que el *ius cogens* proporcionaría cierto orden, desde el momento que sugiere la existencia de una determinada jerarquía de normas.⁹²⁰

Sin embargo, la Comisión de Derecho Internacional introdujo una distinción entre las violaciones de las normas imperativas, dado que algunas pueden constituir un crimen internacional y otras no. Sostuvo que “la categoría de las obligaciones internacionales respecto de las cuales no se admite acuerdo en contrario es más amplia que la de las obligaciones cuya violación es necesariamente un crimen internacional”.⁹²¹ (A efectos de seguir la argumentación de los autores que se han ocupado de ambos conceptos, utilizaré la expresión crimen internacional, a pesar de que el actual Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados lo ha sustituido por el de violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (artículo 40)).

Blanc Altemir pone en relación el concepto de *ius cogens* y el de crimen internacional, cotejando el texto del párrafo 2 del artículo 19 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados y el texto del artículo 53 de la Convención de Viena. El primero decía: “el hecho internacionalmente ilícito resultante de la violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto”. El de la Convención define la norma correspondiente al *ius cogens* “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario”.⁹²²

⁹²⁰ BIANCHI, A., *op. cit.*, p. 495. Llega incluso a decir que la asociación entre el *ius cogens* y los derechos humanos es prácticamente un reflejo intelectual.

⁹²¹ Informe de la Comisión a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la labor realizada en su 28º período de sesiones. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1976, vol. II (segunda parte), párr. 62, p. 118.

⁹²² BLANC ALTEMIR, A., *op. cit.* p. 98.

Afirma que es evidente la existencia de puntos de conexión entre ambos conceptos, sobre la base principalmente de la competencia determinante de la comunidad internacional tanto para el reconocimiento del crimen internacional como para la atribución del carácter de *ius cogens* a la norma que lo prevé. No obstante, este autor previene contra la tentación de asimilar totalmente ambos conceptos dado que la categoría de normas de *ius cogens* es más amplia que la de normas cuya violación equivale a un crimen internacional. Ahora bien, ello no significa desconocer el elemento común entre ambos: la referencia a intereses que afectan a la comunidad internacional en su conjunto.

Gil Gil asocia el *ius cogens* a los crímenes internacionales. Afirma: “No se concibe un Derecho penal internacional que no sea *ius cogens*, es decir, del que los Estados pudieran voluntariamente eximir a sus ciudadanos. No se comprende un Derecho penal que no sea obligatorio y general”.⁹²³

De la conexión entre el derecho penal internacional y las normas de *ius cogens* se ocupa también Cherif Bassiouni, quien pone en relación ambos conceptos con el de obligaciones *erga omnes*.⁹²⁴

Aclara que el *ius cogens* se refiere al estatus jurídico de determinados crímenes internacionales y las obligaciones *erga omnes* a las consecuencias jurídicas dimanantes de la caracterización de determinados crímenes como *ius cogens*. Dice: “*Erga omnes* [...] es consecuencia de un determinado crimen internacional que se ha elevado al nivel de *ius cogens*. Por lo tanto, no es una causa o condición para la inclusión de un crimen en la categoría de *ius cogens*”.⁹²⁵

Señala que el problema que divide a la doctrina reside en determinar las normas imperativas y los factores que convierten a una norma en imperativa, y

⁹²³ GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, op. cit., p. 53.

⁹²⁴ BASSIOUNI, M. C., «International Crimes: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes», en *Law & Contemporary Problems* 59, n.º 4 (1996), pp. 63-74.

⁹²⁵ *Ibidem*, p. 90. Se remite a la Opinión Consultiva de la CIJ en el caso *Reservas a la Convención contra el Genocidio* (citado *supra*) en el que la Corte hizo hincapié en el carácter vinculante de la prohibición del genocidio aun para los Estados que no hubiesen suscrito la Convención y expresó el carácter universal de la condena de tal crimen. También se repite esta concepción en los casos *South West Africa* y *Barcelona Traction*.

que ese problema no es de fácil solución dado que radica en las diferencias significativas entre las premisas filosóficas de los distintos autores. Hace referencia también a distintas posiciones metodológicas pero considero que éstas derivan de las premisas filosóficas.

En el ámbito del derecho penal internacional, Bassiouni indica que, a pesar de las divergencias mencionadas, cabe encontrar cierta unanimidad en cuanto a la consideración como *ius cogens* de los crímenes internacionales siguientes: agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, piratería, esclavitud y prácticas conexas, y tortura. Afirma que existen bases jurídicas suficientes para concluir que todos ellos forman parte del *ius cogens*.⁹²⁶

Hace referencia como bases jurídicas, en términos generales, a las siguientes:

“I. Pronunciamientos internacionales, es decir, lo que suele denominarse *opinio iuris*, que reflejan el reconocimiento de que tales crímenes son parte del derecho consuetudinario general; II. Textos de preámbulos o de otras disposiciones de tratados aplicables a estos crímenes que indican que tienen un estatus superior en el derecho internacional. III. El gran número de Estados que hayan ratificado tratados sobre estos crímenes. IV. Las investigaciones *ad hoc* y los juicios a los autores de esos crímenes”.⁹²⁷

Bassiouni formula su propio criterio para determinar si un crimen tiene el estatus de *ius cogens*: cuando afecta los intereses de la comunidad internacional en su conjunto, es decir, amenaza la paz y la seguridad de la humanidad y cuando choca la conciencia de la humanidad. Ambos elementos son necesarios, pero pueden darse por separado. En efecto, por ejemplo, si bien el genocidio y los

⁹²⁶ El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el del Tribunal Penal Internacional para Ruanda contemplan el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. También lo hace el *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (documento de las Naciones Unidas A/CN.4/L.532/1996, de 8 de julio de 1996).

⁹²⁷ BASSIOUNI, M. C., «International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes», en *op. cit.*, p. 86.

crímenes contra la humanidad chocan la conciencia de la humanidad, no siempre puede decirse que amenazan la paz y la seguridad de la humanidad. Lo mismo puede decirse de la tortura y la esclavitud. Pero hay un tercer elemento que caracteriza implícita o explícitamente estos crímenes y que los distingue de otros crímenes internacionales: se trata de una actuación del Estado, sea por acción o por omisión. Considera que este tercer elemento está presente cuando lo están los dos primeros.⁹²⁸

Bassiouni considera que el hecho de reconocer que ciertos crímenes internacionales pertenecen a la categoría de *ius cogens* conlleva “el deber de enjuiciar o de extraditar, la imprescriptibilidad y la universalidad de la jurisdicción sobre tales crímenes, independientemente del lugar donde se hayan cometido, de la identidad de su autor (incluidos jefes de Estado), de la categoría de las víctimas y del contexto en el que se perpetraron (tiempo de guerra o tiempo de paz). Sobre todo, la caracterización de determinados crímenes como *ius cogens* impone a los Estados la *obligatio erga omnes* de no conceder impunidad a los autores de tales crímenes”.⁹²⁹

Y esta es la consecuencia más importante de que la caracterización de crímenes como *ius cogens*.⁹³⁰

⁹²⁸ *Ibidem*, p. 86. Menciona también otras consideraciones, además de las indicadas para fundamentar la consideración de *ius cogens* de los crímenes mencionados *supra*, que sirven para considerar otros crímenes como de *ius cogens*. Estas son: la evolución histórica del crimen, es decir, el mayor número de instrumentos internacionales que reafirmen que el crimen pertenece a esta categoría, el número de Estados que los hayan incorporado a sus legislaciones nacionales y el número de juicios internacionales y nacionales que hayan tenido lugar respecto de determinado crimen y la forma en que haya sido caracterizado. (He traducido la palabra “characterized” por caracterizado, y no por el término más técnico, tipificado, porque considero que no denota la descripción del tipo delictivo sino la categoría de *ius cogens*).

⁹²⁹ BASSIOUNI, M. C., «The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework», *op. cit.*, p. 80. También del mismo autor, «La represión de crímenes internacionales: jus cogens y obligaciones erga omnes», en *Represión nacional de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario (sistemas romano-germánicos)*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra: Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario C.I.C.R., 1998, p. 30.

⁹³⁰ Expresan con claridad esa relación entre los tres elementos BUENO ARÚS Y DE MIGUEL ZARAGOZA, cuando afirman: “La categoría dogmática de delitos contra el *Ius Cogens*

Concluyendo respecto de la relación entre ambos conceptos, Bassiouni afirma que *erga omnes* es una consecuencia, y no una causa o condición, de que determinado crimen internacional tenga el estatus de *ius cogens*.

Bassiouni considera que desde que determinadas normas de protección de los derechos humanos se han incorporado en el derecho penal internacional puede decirse que allí donde el derecho de los derechos humanos es “el escudo”, el derecho penal internacional es “la espada”. Porque mientras que el primero es “prescriptivo” el segundo es “proscriptivo”.⁹³¹

Es interesante su descripción del proceso de transformación del derecho de los derechos humanos de declaraciones de valores en formulaciones de prohibiciones penales para la protección de esos valores. Lo describe como un proceso no sistemático que ha seguido cinco etapas: 1) la etapa enunciativa: emergen valores comunes, que se perciben a nivel internacional; 2) la etapa declarativa: dichos valores, formulados como derechos en términos generales, son declarados en instrumentos internacionales no jurídicamente vinculantes; 3) la etapa prescriptiva: sobre la base de los valores y derechos generales se configuran principios, derechos y normas o pautas específicos que luego se articulan en instrumentos internacionales vinculantes jurídicamente; 4) la etapa de aplicación: en esta etapa se desarrollan modalidades de implementación civiles o administrativas a través de convenciones generales o específicas que están destinadas a exigir el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a los derechos que han sido declarados objeto de protección; 5) la etapa de criminalización: las violaciones de derechos humanos son criminalizadas

entraña una serie de consecuencias jurídicas que traducen la obligación *erga omnes* de todos los Estados de evitar la impunidad. Entre esas consecuencias está el no reconocimiento de la inmunidad de los Jefes de Estado, el no reconocimiento de la causa de justificación de la obediencia debida o la imprescriptibilidad”. BUENO ARÚS, F.; DE MIGUEL ZARAGOZA, J., *Manual de Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 41.

⁹³¹ BASSIOUNI, M. C., «The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework», *op. cit.*, p. 91.

(tipificadas como crímenes) mediante la elaboración y articulación de proscripciones y modalidades penales a efectos de su prevención.⁹³²

Señala Bassiouni que los problemas que dividen a la doctrina cuando se trata el *ius cogens* en el marco del derecho penal internacional son dos: cómo alcanza un crimen la categoría de *ius cogens* y cómo satisface ese crimen los requisitos del principio de legalidad.

El primero se vincula con el concepto de obligaciones *erga omnes*, dado que la cuestión que se plantea es si esa categoría de crímenes impone a los Estados obligaciones *erga omnes* o simplemente les confiere derechos para proceder contra los autores del crimen.⁹³³

Bassiouni sostiene la primera opción, dado que en el otro caso *ius cogens* no denotaría una norma imperativa del derecho internacional.

La consecuencia de optar por dicha perspectiva supone lo siguiente: reconocer el nacimiento de la obligación de juzgar o extraditar; la no aplicabilidad de los plazos de prescripción; la universalidad de la jurisdicción, independientemente de quiénes sean los autores de los crímenes (incluso jefes de Estado), de la categoría de las víctimas y del contexto en el que los hechos hayan tenido lugar (guerra o paz). Pero sobre todo -aclara- la caracterización de determinados crímenes como *ius cogens* impone a los Estados la obligación *erga omnes* de no conceder la impunidad a los perpetradores.⁹³⁴

⁹³² *Ibíd*em, p. 80.

⁹³³ A este respecto, aclara que, tal como está planteada la cuestión, supone que no se está usando el término obligación en el sentido del término latino *obligatio*, es decir, en el sentido amplio, sino en un sentido “desnaturalizado” por el derecho internacional, o sea, haciendo referencia a la existencia de un derecho y no de una obligación jurídicamente vinculante. *Ibíd*em, p. 80,

⁹³⁴ Sin embargo, señala que la brecha que separa las expectativas jurídicas de la realidad jurídica es muy amplia (al menos en la fecha en que ha publicado el texto al que nos hemos remitido), dado que no hay suficientes disposiciones positivas que clasifiquen los crímenes como *ius cogens*, no hay uniformidad en cuanto al reconocimiento de la jurisdicción universal, no hay muchas pruebas del cumplimiento de la obligación *aut federe aut iudicare*, y pocos son los casos en que no se ha tolerado la impunidad de los crímenes internacionales. *Ibíd*em, p. 81.

Señala además los dos problemas básicos que, debido a su innegable carga axiológica, plantea el concepto de *ius cogens*: la certeza jurídica, en relación con la forma o modo en que un crimen internacional adquiere el estatus de *ius cogens*, y su conformidad con los requisitos del principio de legalidad.

Refiriéndose a este principio, Bassiouni afirma algo fundamental en este contexto. “El problema del positivismo normativo se hace más evidente en el caso de una laguna en el derecho positivo frente a una injusticia obvia y palpable, tal como con respecto a los ‘crímenes contra la humanidad’, enunciados en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional y en el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945”.⁹³⁵

Es fundamental esta afirmación porque reconoce la deformación de un positivismo jurídico que reivindique el respeto estricto del principio de legalidad y sus corolarios. Aunque no esté en la norma, una enorme injusticia es una injusticia enorme, según otros criterios y pautas que se mantienen, no en la ley sino en el origen de la ley, la sociedad, cuando esa ley se origina en sus destinatarios y no en los detentadores de un poder totalitario. Por ello reconoce la imposibilidad de adoptar, como pretende hacerlo el positivismo jurídico, un enfoque neutral en cuanto a los valores.⁹³⁶

Para concluir, con respecto a la diferenciación entre los tres conceptos -*ius cogens*, *erga omnes* y crímenes internacionales- es muy útil la descripción gráfica que ha hecho Gaja. Este autor describe una figura de tres círculos concéntricos que se superponen. La serie más reducida de actos que constituyen crímenes internacionales de los Estados queda totalmente comprendida en la esfera intermedia de normas de *ius cogens*, abarcada, a su vez, por la esfera más amplia de obligaciones *erga omnes*. En esa figura, todas las normas perentorias constituyen o dan lugar a obligaciones *erga omnes*, pero no sucede a la inversa. Es

⁹³⁵ *Ibíd*em, 87. No obstante, aclara que, si bien los crímenes contra la humanidad definidos en el artículo 6 c) de ese Estatuto entran en la categoría en la que existía una laguna en el derecho positivo, había otras fuentes de derecho que apoyaban la formulación del crimen, aunque no fuese expresamente.

⁹³⁶ *Ibíd*em, p. 88.

decir, no todas estas obligaciones derivan de normas perentorias. Análogamente, no todas las infracciones del *ius cogens* tienen la gravedad de crímenes internacionales, pero estos violan siempre normas perentorias.⁹³⁷

9. Recapitulación

He dedicado este capítulo al concepto de *ius cogens*, a pesar de que para los especialistas en derecho internacional es un concepto de una generalidad tal que disuade su investigación, pero he observado que se emplea con suma frecuencia en la jurisprudencia de los tribunales que se ocupan de las graves violaciones de los derechos humanos. Se trata de una presencia “fundamentadora”, en el sentido de que se esgrime esa expresión como un argumento con el que se pretende cerrar el debate. Podría decirse que cumple una función metafísica, como si mencionando al *ius cogens* no hubiese nada más que objetar al argumento que en el *ius cogens* se ampara. Sin embargo, no todos lo aceptan sin más.

Al preguntarme qué entienden por *ius cogens* quienes lo emplean, he observado que quienes lo emplean muchas veces discrepan, no sobre su pertinencia para calificar determinadas normas, sino sobre su significado mismo.

Se trata de un concepto muy antiguo y a la vez muy nuevo. Para encontrar sus orígenes hay que remontarse al derecho romano, a la Escuela española, al derecho de gentes de Vitoria y Suárez, donde ya se planteaba esa idea de obligatoriedad y la necesidad de fundamentarla que es la que se intenta reflejar en el *ius cogens*. Pero es, como dije, también muy nuevo, dado que ha sido incorporado en 1969 a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Es decir, es una expresión que roza el derecho natural, pero a la vez ha sido “positivizado” en un instrumento internacional. Por una parte, conserva aún la carga axiológica que tenía en sus orígenes; por otra, figura ahora en una norma jurídica, que puede ser interpretada conforme a criterios del derecho positivo.

⁹³⁷ GAJA, G., «Obligations Erga Omnes, International Crimes and Jus Cogens. A Tentative Analysis of Three Related Concepts», en *International Crimes of State: a Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, en J. H. H. Weiler; A. Cassese y M. Spinedi (eds.), Berlin: Gruyter, 1989, pp. 151 y ss.

No obstante, no solo plantea los problemas habituales entre iusnaturalistas y iuspositivistas, sino problemas complejos de interpretación.

De esa interpretación surgen posiciones que determinan su ámbito de aplicación, inclinándose unos por restringirlo al ámbito de los tratados y otros por extenderlo a los actos unilaterales de los Estados; unos por considerarlo un concepto de mera técnica jurídica, cuyo objeto es evitar la fragmentación del orden jurídico, y otros por considerar que consagra valores esenciales de la comunidad internacional.

Tantas divergencias para un concepto que resulta tan necesario (de lo contrario no se utilizaría con tal frecuencia) me ha inducido a investigarlo. Sin embargo, lo he investigado sobre todo por su estrecha vinculación con el tema central, dado que la calificación de la obligación de perseguir penalmente que atribuimos al Estado del territorio es determinante para medir la fuerza vinculante de esa obligación.

El *ius cogens*, conforme a la interpretación amplia que me parece la más adecuada y útil, traspasa la "lateralidad" y entra en la universalidad. Las obligaciones dimanantes de normas de *ius cogens* no son obligaciones entre Estados Partes, son obligaciones entre Estados miembros de la comunidad internacional.

El *ius cogens* es el equivalente de la sanción en el derecho interno para determinadas clases de obligaciones internacionales: las obligaciones en las que no hay un Estado o varios Estados interesados particularmente en su cumplimiento, en el caso de tratados bilaterales o multilaterales, sino aquellas en cuyo cumplimiento está interesada la comunidad internacional toda, es decir, todos los Estados.

Sin embargo, muchas veces decir "todos" es decir ninguno. Por ello se hace necesario expresar ese interés reforzando el enunciado de la obligación. Al calificarse la obligación internacional como de *ius cogens*, o la norma de la que se deriva esa obligación como de *ius cogens*, estamos expresando un interés mayor, tal vez menos concreto pero más sustantivo en su cumplimiento.

El *ius cogens* es un concepto esencial para el derecho penal internacional. El examen detenido en este contexto se justifica porque si consideramos que un crimen reviste el carácter de *ius cogens*, las consecuentes obligaciones para los Estados de perseguir penalmente esos crímenes también revestirán ese carácter. Si la obligación de perseguir los crímenes no tiene carácter imperativo, las normas que los prohíben y sancionan pierden ese carácter.

Ello no significa que el incumplimiento de la obligación de perseguir penalmente los crímenes internacionales constituya a su vez un crimen internacional. Como hemos visto, el círculo que engloba las obligaciones dimanantes del *ius cogens* es más amplio que el que engloba los crímenes internacionales.

La obligación de *ius cogens* es una obligación que puede ser exigida por todos los Estados; por ello podemos decir que también es una obligación *erga omnes*, es decir, frente a todos los Estados. Y su violación supone la violación de una norma esencial para la comunidad internacional. No hay responsabilidad penal del Estado, pero hay responsabilidad internacional. Veremos qué significa la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones de *ius cogens* y *erga omnes*, en el próximo capítulo.

CAPÍTULO IV

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE PERSEGUIR PENALMENTE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES COMETIDOS EN SU TERRITORIO

1. La responsabilidad internacional del Estado

Dupuy afirmaba que la responsabilidad constituye el "epicentro" de un sistema jurídico: la naturaleza de los derechos, la estructura de las obligaciones, la definición de las sanciones por su violación, todo converge y se entremezcla en ella en conexiones lógicas y relaciones de estrecha interdependencia. Y agrega: "No es extraño, pues, que cada época proyecte en la responsabilidad su concepción de la relación entre los sujetos de derecho, sus actos y la colectividad a la que pertenecen".⁹³⁸

El principio del derecho romano que inspiró la teoría de Grocio (considerada como la primera teoría científica sobre este tema) postulaba que sin culpa no había responsabilidad, es decir, no se originaba ninguna obligación. Este principio expresaba una reacción a la responsabilidad solidaria. Sostenía que "[s]i alguien debe reparar lo que su ministro o funcionario hace sin su culpa, no será de

⁹³⁸ DUPUY, P. M., «Le fait générateur de la Responsabilité internationale des États», en *Récueil des Cours de l'Académie de La Haye* 188, n.º V, 1984, p. 21.

conformidad con el Derecho de Gentes [...] sino con el derecho civil, e incluso esa norma de derecho civil no es general".⁹³⁹

Grocio se propone buscar en qué forma el Estado puede concurrir al hecho criminal del particular de modo que pueda ser considerado responsable. Indica dos formas principales y más corrientes: la *patientia* y el *receptus*. La primera tiene lugar cuando el Estado sabe que un particular planifica cometer un delito contra otro Estado o contra un soberano extranjero y no lo impide pudiendo hacerlo. La segunda, cuando el Estado acoge en su territorio a un delincuente y se niega a extraditarlo o castigarlo, sustrayéndolo de esa manera a la pena aplicable. En ambos casos nace una cierta solidaridad entre el Estado y el delincuente derivada de la aprobación tácita del hecho.

El primero en atacar esta teoría fue Triepel, pero solo en la esfera de satisfacción política o moral, reconociendo la necesidad de mantenerla respecto de la obligación de la reparación material.

Pérez Giralda recuerda que, tras los primeros trabajos europeos encaminados a elaborar visiones de conjunto de la responsabilidad (Haffter en 1840, Triepel en 1899) cabe destacar la obra fundamental de Dionisio Anzilotti titulada *Teoria generale della responsabilità dello Stato in Diritto internazionale* (1902). Señala que el aporte de Anzilotti consiste en el abandono de la culpa como fundamento de la responsabilidad, despojando a sus consecuencias de toda connotación punitiva. Define el acto ilícito basándose en dos únicos elementos: la acción material y su contradicción con la regla de Derecho. La consecuencia de la contradicción entre el acto y la norma se reduce a la reparación, eliminándose cualquier idea de que a la falta corresponda un castigo con connotación penal.⁹⁴⁰

⁹³⁹ GROCIO, H., *The Law of war and Peace (De Jure belli ac Pacis)*, traducido por L. R. Loomis, Nueva York: Walter Black, 1949, L. ii. c. 17, s. 20 y c. 21, 5.2. La teoría de la culpa se propuso para sustituir la doctrina germana de las represalias basada en la responsabilidad colectiva por daños causados a un Estado o sus nacionales por un tercer Estado.

⁹⁴⁰ Esta concepción está presente en la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Fábrica de Chorzów*: "es principio del Derecho Internacional que la violación de un compromiso acarrea la obligación de reparar". PCIJ, *Factory at Chorzów (Germany vs. Poland)*, Judgment on the Merits, 13 September 1928, Series A, No 17.

Dada su influencia en el régimen de responsabilidad del Proyecto de artículos de las Naciones Unidas, así como la época en la que fue elaborada, considero que la teoría de Anzilotti merece en este trabajo un examen más detenido.

La obra se publica en una época en que era primordial en el derecho internacional la soberanía de los Estados, por lo que la responsabilidad se consideraba en el marco de una relación bilateral, o multilateral, entre iguales. Una premisa importante de la que parte es la importancia de no intentar construir la teoría de la responsabilidad del Estado sobre ideas y conceptos propios del derecho privado, dadas las diferencias entre los sujetos, los tipos de derechos lesionados, etc. Afirma: “Por cierto, si debemos confrontar la responsabilidad internacional con la responsabilidad penal o civil en el derecho interno, la analogía subsiste con la civil y no con la penal; pero la verdad es que en las relaciones interestatales no tenemos ni una responsabilidad penal ni una civil; tenemos simplemente una responsabilidad de derecho internacional”.⁹⁴¹

En ese mismo sentido se pronunciará Kelsen cuando analiza el tema del Estado como sujeto de responsabilidad internacional. “La responsabilidad del Estado establecida por el derecho internacional general no es ni civil ni penal”.⁹⁴² Su razonamiento parte de las sanciones que se vinculan a esa responsabilidad: las represalias y la guerra. Afirma que esas sanciones no tienen “el carácter específico de una penalidad”. Pero también se basa en la tesis de que “[e]n el derecho internacional no existe la diferenciación entre derecho civil y derecho penal”.⁹⁴³ En Kelsen, la responsabilidad internacional del Estado es una responsabilidad colectiva (como en realidad lo son las sanciones de represalias y guerra). Sin embargo, esa responsabilidad lo es “por las violaciones al derecho internacional

⁹⁴¹ ANZILOTTI, D., *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel Diritto Internazionale, Parte Prima, Il problema della responsabilità nel Diritto Internazionale*, traducido por A. Guadagnin, Florencia: Lumachi-Libraio Editore, 1902, p. 101.

⁹⁴² KELSEN, H., *Principios de Derecho Internacional Público*, traducido por H. Caminos y E. Hermida, Buenos Aires: El Ateneo, 1965, p. 101. (*Principles of International Law*, R. W. Tucker (ed.), Nueva York: Rinehart and Winston, 1967).

⁹⁴³ *Ibidem*.

cometidas por medio de una conducta que puede ser interpretada como conducta del Estado, es decir, por la conducta de un ser humano individual imputable al Estado". Y aclara que dicha conducta "es llamada usualmente 'acto de Estado' (comprendiendo tanto las acciones como las omisiones de los actos prescriptos por el derecho internacional)".⁹⁴⁴

Anzilotti, en cambio, considera que el Estado es responsable no por la conexión directa o indirecta entre su voluntad y la acción del individuo, ni por una eventual intención culpable o maliciosa, sino por no haber cumplido la obligación que le impone el derecho internacional. Lo que hace responsable al Estado no es la falta o la culpa sino un hecho contrario al derecho internacional. Y ello se explica porque la violación del derecho internacional es la falta de diligencia en sí misma, tanto en la prevención del acto del individuo como en su castigo.⁹⁴⁵ Anzilotti hace notar que la responsabilidad del Estado no nace del hecho del individuo sino de la "aprobación tácita" del hecho.⁹⁴⁶

Anzilotti se refiere también a Gentili, quien, aun antes de Grocio, había expuesto un argumento similar: el Estado no ha de responder por los hechos de sus ciudadanos salvo cuando no se haya ocupado de reprimir el hecho. Dice Gentili que no puede considerarse culpable al que sabiendo que debe impedir un hecho no lo impida, pero la ciudad que ha sido advertida no puede alegar ignorancia y puede, y por lo tanto debe, mediante la jurisdicción que le compete, reprimir los delitos de los ciudadanos, e incurre en culpa si no lo hace.⁹⁴⁷

⁹⁴⁴ *Ibíd.* En lo que se refiere la posibilidad de imputar al Estado la acción u omisión de un individuo, dice que el orden jurídico nacional "determina las condiciones en que el individuo actúa como órgano del Estado y [...] el orden jurídico internacional delega en los órdenes jurídicos nacionales la determinación de los individuos que, en su calidad de órganos del Estado, deben realizar los actos prescriptos o facultados por el derecho internacional [...]". *Ibíd.*, p. 102.

⁹⁴⁵ ANZILOTTI, D., *op. cit.*, pp. 172-173.

⁹⁴⁶ *Ibíd.*, p. 15.

⁹⁴⁷ *Ibíd.*, Anzilotti se remite a GENTILI, A., "De iure belli", lib. I, cap. 21. Anzilotti subraya que la teoría de Grocio más precisa y completa fue la que perduró a través de juristas posteriores, llegando a convertirse en una *communis opinio*. Entre esos juristas menciona a Zouch, Puffendorf, Burlamaqui, Wolf, Günther, Wildman.

Sin embargo, señala Anzilotti que estas teorías parten de un punto de vista moral más que jurídico y que fue necesario llegar a tiempos más cercanos para encontrar análisis que trataran el tema de la responsabilidad de manera más profunda y amplia, como una verdadera institución general del derecho internacional.⁹⁴⁸ García Amador recuerda que varios autores intentaron conciliar la teoría de la responsabilidad objetiva y la teoría de la culpa.⁹⁴⁹

Para Anzilotti reviste suma importancia el concepto de comunidad internacional “[...] dado que no cabe duda de que los Estados se encuentran entre ellos en tales *relaciones de hecho* que pueden constituir una *comunidad jurídica*, se trata de ver si hay una voluntad capaz de imprimir a las normas que regulan las relaciones internacionales la fuerza obligatoria que distingue al derecho [...]” con miras a determinar “el concepto y el carácter de las infracciones a aquellas normas y, en consecuencia, de la responsabilidad dimanante de esas infracciones”.⁹⁵⁰ Su

⁹⁴⁸ El autor al que atribuye un primer tratamiento sistemático del tema de la responsabilidad, si bien partiendo del derecho privado, es Heffter. Este expone la teoría de las obligaciones internacionales del Estado en dos partes: la primera dedicada a los tratados, y la segunda, a las obligaciones que nacen sin convención, que a su vez se divide en función de que el hecho que origine la obligación sea lícito o ilícito. (La obra a la que se remite Anzilotti es *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, Berlín, 1888).

⁹⁴⁹ Por ejemplo, Shoen (*The Responsibility of States in International Law*, 1928), que admitía la culpa en los casos de responsabilidad por actos de particulares, debiendo demostrarse la falta de diligencia por parte del Estado, pero en todos los demás casos aplicaba el criterio de la responsabilidad por la mera violación del derecho. Otro autor que seguía un criterio similar, Strupp, exigía la culpa para los delitos de omisión, por falta de diligencia, mientras que en los actos positivos lo decisivo era la ilegalidad del acto (*Éléments du Droit International Public, Universel, Européen et Américain*, 1930). (Citados por García Amador en «State Responsibility: Some new problems», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 94, n.º II (1958), p. 384-385). El propio Anzilotti reconsideró su postura inicial y sostuvo luego que siempre que una norma prevea la responsabilidad del Estado es necesario determinar si esa norma, de manera expresa o tácita, subordina su imputación a la falta o al dolo del órgano, o, por el contrario, señala solo la existencia de un hecho objetivamente contrario al derecho internacional. ANZILOTTI, D., *op. cit.*, pp. 443-444.

⁹⁵⁰ *Ibidem*, p. 29. En este punto se ve con claridad la orientación positivista de Anzilotti. “Una voluntad capaz de dar vida a normas jurídicas reguladoras de las relaciones interestatales no puede ser otra que la voluntad de los Estados. Es cierto, en efecto, que ni la ciencia ni la denominada conciencia jurídica universal pueden imponer autoritativamente a los Estados normas de conducta”, pp. 29 y 30. Y más adelante encontramos una afirmación incluso más categórica: “Ya hemos tenido ocasión de decir que, incluso en nuestro campo, no se puede imaginar la existencia de derechos subjetivos si no en relación con las normas jurídicas positivas: por lo tanto, cualquier construcción

respuesta es que esa voluntad es la voluntad de varios Estados: “Solo la voluntad de varios Estados, convirtiéndose en una voluntad colectiva o común, puede asumir el carácter de una voluntad superior a la de cada Estado, capaz de imponer obligatoriamente a la conducta de los Estados normas positivas, a las que no falte el carácter esencial del derecho”.⁹⁵¹

Es curioso que a pesar de hablar de una voluntad colectiva o común no la atribuya a la comunidad jurídica. Esto se ve confirmado más adelante, en la misma obra, cuando vuelve a referirse a la voluntad creadora de normas jurídicas: “La voluntad que imprime el carácter obligatorio a las normas reguladoras de las relaciones interestatales es, como hemos visto, una voluntad superior a la de cada uno de los Estados, una autoridad a la que están sometidos, pero que no se encarna en ningún sujeto, no es, como algunos desearían, la voluntad de la comunidad jurídica de los Estados; la voluntad no existe independientemente de la norma jurídica que de ella emana, sino solo en ella y por ella”.⁹⁵²

Este normativismo de la voluntad o voluntarismo de la norma, es el modelo de la responsabilidad objetiva. En la sesión del *Institut de Droit International* celebrada en Lausana en 1927, Maurice Bourquin sostenía el concepto de responsabilidad objetiva incluso con respecto a la responsabilidad dimanante de omisiones, como la falta de diligencia por parte de los órganos o funcionarios del Estado. Consideraba que era la falta de diligencia misma la que originaba la responsabilidad del Estado en el derecho internacional, a la que atribuía un carácter puramente objetivo, basado en la idea de garantía. (Es interesante vincular esto con el “deber de garantía” que hemos visto en el capítulo II).⁹⁵³

teórica de derechos fundamentales, esenciales, inmutables, preexistentes al orden jurídico positivo, se revela carente de valor científico, incapaz de resistir un examen crítico serio”. p. 98.

⁹⁵¹ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

⁹⁵² *Ibidem*, p. 83.

⁹⁵³ *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Lausana, 1923.

2. Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

La codificación de la responsabilidad ya había conocido al menos dos intentos previos: uno privado, elaborado por el *Institut de Droit International* en 1927; otro, bajo la égida de la Sociedad de las Naciones (en la Conferencia de La Haya) en 1930. Ambos fracasaron sobre todo por desacuerdos en materia de protección diplomática.

La Comisión de Derecho Internacional fue establecida el 21 de noviembre de 1947, mediante la Resolución 174 (II) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con la finalidad de cumplir el mandato, impartido a las Naciones Unidas por la Carta de “impulsar el desarrollo progresivo del Derecho internacional y su codificación”.

En su programa de trabajo la Comisión seleccionó 14 temas entre los que no figuraba el de la responsabilidad del Estado, tema que anteriormente había sido seleccionado para la codificación en la Sociedad de las Naciones.

Mediante la Resolución 799 (VIII), de 7 de diciembre de 1953, la Asamblea General pidió a la Comisión que procediera a la codificación de los principios de derecho internacional que regían la responsabilidad internacional de los Estados, considerando que esa labor era conveniente para desarrollar las relaciones pacíficas entre los Estados.⁹⁵⁴

En su séptimo período de sesiones, en 1955, la Comisión decidió iniciar el estudio de la responsabilidad de los Estados y nombró Relator Especial de ese tema a F. V. García Amador. En los períodos de sesiones sucesivos, entre 1956 y 1961, el Relator presentó seis informes centrados en la responsabilidad por daños a las personas o los bienes de los extranjeros. Sin embargo, los desacuerdos

⁹⁵⁴ Resolución 799 (VIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Petición de codificación de los principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado, aprobada el 7 de diciembre de 1953, en *Documentos oficiales de la Asamblea General, Resoluciones aprobadas por la Asamblea General durante el octavo período de sesiones*, p. 56.

impidieron el avance de los debates hasta que en 1962 una Subcomisión recomendó que la CDI se centrara “en la definición de las normas generales de la responsabilidad internacional del Estado”.⁹⁵⁵ La primera parte (15 artículos), que constaba de cinco capítulos y fue aprobada en 1980, circunscribía el tema de la responsabilidad a la responsabilidad de los Estados originada en actos ilícitos (la de los individuos se desarrollaba en el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad). (Paralelamente se elaboraba la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, que ha excluido de su ámbito de aplicación el tema de la responsabilidad de los Estados).⁹⁵⁶

En 1996, durante su 48º período de sesiones, la Comisión concluyó la primera lectura de la segunda y tercera partes del proyecto y decidió remitirlo a los gobiernos para que formularan observaciones.

De modo que en ese momento el Proyecto de artículos constaba de las tres partes siguientes:

- 1) El origen de la responsabilidad internacional;
- 2) El contenido, las formas y los grados de la responsabilidad;
- 3) Modo de hacer efectiva la responsabilidad internacional y solución de controversias.

En ese articulado, que se denomina Proyecto Ago, el nombre del Relator que lo presentó, se sigue y desarrolla la teoría de Anzilotti, definiendo la

⁹⁵⁵ Informe de la Comisión a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones, en relación al Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, Volumen II, Segunda parte. (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/2001/Add. 1, Part 2).

⁹⁵⁶ La disposición que la excluye es el artículo 73: “Casos de sucesión de Estados, de responsabilidad de un Estado o de ruptura de hostilidades. Las disposiciones de la presente Convención no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia de una sucesión de Estados, de la responsabilidad internacional de un Estado o de la ruptura de hostilidades entre Estados”.

responsabilidad en términos exclusivamente objetivos, como lo demuestra el artículo 1 (que sobrevivió a las posteriores versiones).⁹⁵⁷

Así como Anzilotti prescindía de la culpa, el proyecto de Ago prescinde del daño, lo que reflejaba la estructura de la sociedad internacional basada en la soberanía estatal.

La primera parte se refería a cuestiones de responsabilidad surgidas de la violación de cualquier obligación internacional por parte de un Estado. Es decir, no limitaba el ámbito de aplicación del articulado a las obligaciones frente a otros Estados, dado que no especificaba frente a quién surgía esa responsabilidad.⁹⁵⁸

Como señala Crawford, que fue el Relator que presentó el Proyecto final, el Proyecto Ago respondía a “un enfoque universal del problema de la responsabilidad, que lo liberaba de categorías particulares de normas [...]”.⁹⁵⁹

Otra contribución importante del proyecto de 1996 a este tema es la distinción entre normas primarias y normas secundarias, que, según Crawford, constituye la “principal noción estructurante” de dicho proyecto. Las normas primarias determinaban el derecho relativo al contenido y la duración de las obligaciones sustantivas del Estado, mientras que las normas secundarias indicaban las consecuencias de la violación de las normas primarias.⁹⁶⁰ Crawford explica que “sin una diferenciación de este tipo, existía efectivamente el riesgo constante de tratar de decirles a los Estados más de la cuenta acerca de qué clase

⁹⁵⁷ Durante el proceso de elaboración del primer Proyecto de artículos, entre 1955 y 1996, fueron Relatores especiales F. V. García Amador, R. Ago, W. Riphagen, G. Arangio Ruiz y J. Crawford, que presentaron varios informes cada uno.

⁹⁵⁸ CRAWFORD, J., *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*, op. cit., p. 20.

⁹⁵⁹ *Ibidem*, p. 32. El artículo 1, titulado Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos, decía: “Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”.

⁹⁶⁰ La Corte Internacional de Justicia, en el asunto del *Gabcikovo-Nagymaros Project*, estableció claramente la distinción entre los dos tipos de normas en el marco de la relación entre el derecho de los tratados y el derecho de responsabilidad. ICJ, *Gabcikovo-Nagymaros Project*, (Hungary vs. Slovakia), Judgments 25 September 1997, ICJ, Reports, 1997, p. 7, párr. 47; pp. 38 y 39.

de obligaciones podrían asumir”, es decir, la distinción sentaba un marco general para la responsabilidad del Estado sin entrar en el contenido de las obligaciones concretas.⁹⁶¹

En su 49º período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión nombró Relator Especial a J. Crawford, quien presentó tres informes entre 1998 y 2000. El último de esos informes examinaba el Proyecto de artículos a la luz de las observaciones de los gobiernos, las decisiones judiciales, la práctica estatal y la bibliografía sobre la materia. La Comisión concluyó la segunda lectura del Proyecto en su 53º período de sesiones, en 2001, teniendo en cuenta las nuevas observaciones formuladas por los gobiernos. Durante este mismo año y tras pasar por el Comité de Redacción, el proyecto fue finalmente aprobado por la Comisión en su 56º período de sesiones (A/56/10), celebrado en 2001, y presentado en el quincuagésimo período de sesiones de la Asamblea General, celebrado en 2002, con la recomendación de que lo incluyera como Anexo a una Resolución y que estudiase, a la luz de la importancia del tema, la posibilidad de convocar una conferencia internacional de plenipotenciarios para examinar el Proyecto con miras a la concertación de una Convención sobre el tema.⁹⁶² La Asamblea General ha incluido el proyecto como anexo de su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.⁹⁶³

⁹⁶¹ *Ibíd.*, p. 37.

⁹⁶² Es interesante recordar los argumentos a favor o en contra de la concertación de una Convención sobre este tema. Los partidarios de esa idea sostenían que la tarea de la Comisión era declarar el derecho, lo que solo podía hacerse mediante convenciones, además de que la importancia del tema exigía un conjunto de normas vinculantes. Quienes se oponían, sostenían que, a diferencia del derecho de la inmunidad de los Estados, el derecho de la responsabilidad de los Estados necesitaba ser recogido en la legislación nacional, y que no resultaría claro, si se concertaba una convención, cuáles serían los efectos para los Estados que fuesen partes.

⁹⁶³ Documentos oficiales de las Naciones Unidas, Resolución 56/83 de la Asamblea General, 56º período de sesiones, Tema 162 del programa, 28 de enero de 2002. Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (A/RES/56/83, pp. 1-14) El texto de los artículos, que se reproduce en el Anexo de la Resolución, figura en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001, Volumen II, Segunda parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo período de sesiones*, documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), pp. 76-153.

Se trata de un instrumento no vinculante, dado que no ha sido negociado por los Estados, como se negocian las Convenciones o Convenios internacionales. No obstante, al haber sido incorporado a una Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas expresa un consenso de la comunidad internacional, de la doctrina y de los Estados con respecto al tema de la responsabilidad de los Estados.

A continuación analizaré los puntos pertinentes a este trabajo siguiendo los artículos del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con algunos de sus comentarios y referencias a la doctrina.

2.1. Diferencia entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del individuo

El Proyecto de artículos que examinamos, sobre responsabilidad de los Estados, se refiere a la responsabilidad del individuo en uno de los últimos artículos, el artículo 58, "Responsabilidad individual", cuyo texto es el siguiente: "Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado".

Un evento decisivo en el sentido del reconocimiento del individuo como sujeto responsable del derecho internacional es la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 1 de octubre de 1946, que estableció lo siguiente: "El hecho de que el derecho internacional imponga derechos y obligaciones a los individuos así como a los Estados ha sido reconocido desde hace tiempo [...] los individuos pueden ser castigados por el derecho internacional. Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a los individuos que cometieron esos crímenes podrán hacerse cumplir las disposiciones del derecho internacional [...]".⁹⁶⁴

⁹⁶⁴ *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal: Proceeding Volumes (Blue Series)*, vol. XXII, pp. 465-466, (Citado por CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, op. cit., p. 43).

Con respecto concretamente a los crímenes contra la humanidad, el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad reconoce expresamente ambos tipos de responsabilidad.

El artículo 2, titulado "Responsabilidad individual", dispone: "1. Un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad comportará responsabilidad individual".

Mientras que el artículo 4, titulado "Responsabilidad de los Estados", dispone: "El hecho de que el presente Código prevea la responsabilidad de las personas por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no prejuzga ninguna cuestión de la responsabilidad de los Estados en virtud del derecho internacional".⁹⁶⁵

En lo que se refiere a la práctica internacional más reciente, el establecimiento por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de los tribunales especiales para Yugoslavia y Ruanda se basa en un planteamiento análogo. Ambos tribunales se ocupan solo del enjuiciamiento de personas. En su decisión relativa a una *subpoena duces tecum* en el asunto *Blaskic*, la Sala de apelación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia consideró que "con arreglo al derecho internacional actual, no cabe duda de que los Estados, por definición, no pueden ser objeto de sanciones penales similares a las que se prevén en los ordenamientos penales nacionales".⁹⁶⁶

El Estatuto de Roma establece también la competencia de la Corte sobre "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto", pero limita esa competencia a las "personas naturales" (párrafo 1 del artículo 25). El mismo artículo especifica que nada de lo dispuesto en el Estatuto

⁹⁶⁵ Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, citado *supra*.

⁹⁶⁶ TPIY, caso *Blaskić*, Sentencia de la Sala de apelación, de 29 de julio de 2004, (IT-95-14).

"respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional"⁹⁶⁷

Chinchón Álvarez señala las razones que pueden inducir a la confusión con respecto a esos dos tipos de responsabilidad. Si bien hay instrumentos que establecen claramente que en sus normas se originarán ambos tipos de responsabilidad, como la Convención contra el Genocidio⁹⁶⁸, hay otros que requieren la participación del Estado en una forma directa o indirecta.⁹⁶⁹ Y en la práctica, hay ciertos crímenes en los que la participación del Estado o la connivencia expresa o tácita del Estado resulta imprescindible para su comisión (el ejemplo más claro es el crimen de agresión).

Es muy pertinente a este contexto la distinción que hace Werle entre los crímenes de trascendencia internacional (entre los que se encuentran los crímenes de derecho internacional), cometidos por individuos, y los denominados actos ilícitos internacionales, cometidos por los Estados. La responsabilidad por estos últimos surge de las infracciones del derecho internacional imputables al Estado. Los fines que se persiguen en el caso de los crímenes internacionales y en el de los actos ilícitos son también distintos, porque en el primer caso hay una finalidad

⁹⁶⁷ Esto a pesar de que en el Estatuto de Londres de 1945 se preveía la posibilidad de que un "grupo u organización" fuese declarado "criminal", (véase Estatuto del Tribunal Militar).

⁹⁶⁸ Artículo IV: "Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares".

⁹⁶⁹ Es el caso de la Convención contra la Tortura, cuyo artículo 1 dice: "A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales [...] cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia"; y el de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, cuyo artículo 2 dispone: "Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes".

punitiva y preventiva, mientras que en el segundo se pretende solamente establecer o restaurar una situación conforme a derecho.⁹⁷⁰

La distinción que traza este autor entre “crímenes de trascendencia internacional” y “crímenes internacionales” también tiene repercusiones en materia de responsabilidad de los Estados.⁹⁷¹ En el caso de los crímenes internacionales, la responsabilidad penal nace directamente del derecho penal internacional; en cambio, respecto del otro grupo no existe una responsabilidad directa en el sentido internacional sino indirecta, dado que es el Estado quien debe sancionar en su ordenamiento jurídico esos delitos. El sujeto de la responsabilidad es el Estado, no el individuo, quien, al cometer un delito de este tipo, no infringe ninguna norma penal internacional. “En estos casos se puede a lo sumo hablar de una penalidad indirecta conforme al derecho internacional, a través del ordenamiento jurídico interno del Estado”.⁹⁷² Creo que en esta clasificación excluye los casos en que el individuo comete un delito o crimen internacional grave, porque en ellos el individuo estaría infringiendo una norma internacional, lo que originaría su responsabilidad penal internacional. De todos modos la distinción que hace resulta útil en el contexto de la responsabilidad del Estado, dado que pone de relieve su obligación de perseguir la comisión individual del crimen.

Chinchón Álvarez aclara este tema señalando la posibilidad de que un mismo hecho comprometa tanto la responsabilidad individual como la estatal. Concluye que solo podrían dar lugar a confusión los casos en que el comportamiento del particular sea atribuible al Estado, pero que en esos casos,

⁹⁷⁰ WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional, op. cit.*, p. 91. Los crímenes de derecho internacional pertenecen al grupo de los que este autor denomina “crímenes de trascendencia internacional”. Werle separa claramente la tipificación internacional de la nacional, y no subordina la primera a la segunda. “La calificación de un delito como un crimen de derecho internacional es independiente de si un ordenamiento jurídico interno de un Estado permite a los tribunales de ese Estado la aplicación directa de las normas (penales) internacionales”, p. 92.

⁹⁷¹ Los así llamados “crímenes fundamentales” (*core crimes*) son los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto; y están sujetos a la competencia de la Corte Penal Internacional. *Ibíd.*, pp. 77, 93 y 94. Esta clasificación se examina con más profundidad en el capítulo dedicado a los crímenes internacionales.

⁹⁷² *Ibíd.*, p. 93.

además de la responsabilidad internacional del individuo, se deberá tener en cuenta “la existencia de obligaciones estatales que proscriban este tipo de crímenes, resultando, en tal caso, que un mismo hecho o conjunto de hechos comprometería/n la responsabilidad, de un lado, del particular que los comete, y del otro, del Estado al que es posible atribuir ese comportamiento”.⁹⁷³

En consecuencia, partiendo de la base de que ambas responsabilidades son distintas a pesar de que surjan de un mismo hecho o, en otras palabras, que un mismo hecho puede generar ambas responsabilidades, cabe observar 1) que ninguna de ellas excluye a la otra, y 2) que es posible configurar jurídicamente una complementariedad entre ambas.

Sin embargo, y esto nos lleva al tema que nos ocupa en el presente trabajo, “la exigencia de responsabilidad individual puede presentarse incluida dentro de la responsabilidad estatal”.⁹⁷⁴ En efecto, en la Comisión de Derecho Internacional se debatió la posibilidad de que de las normas de responsabilidad estatal internacional nacieran obligaciones relativas a la responsabilidad internacional del individuo, de modo que ante la violación grave de una norma imperativa (o de *ius cogens*), todos los Estados tendrían la obligación de perseguir a los individuos responsables. Pero no se admitió tal posibilidad, ante el temor de que diera lugar a una injerencia indebida en los asuntos internos.⁹⁷⁵

En el tema que nos ocupa, la responsabilidad originada en el incumplimiento de la obligación internacional de adoptar medidas jurisdiccionales, la confusión entre una responsabilidad y otra es más difícil, porque si bien cabe la posibilidad de que un individuo cometa crímenes contra la humanidad, no sucede lo mismo cuando se trata de adoptar medidas jurisdiccionales, que solo el Estado puede adoptar. Nos encontramos frente a una obligación de carácter internacional

⁹⁷³ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, *op. cit.*, p. 52.

⁹⁷⁴ *Ibíd.*, p. 63.

⁹⁷⁵ Comisión de Derechos Humanos, Tema: Responsabilidad de los Estados, (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SR. 2662, 17 de agosto de 2000). Acta resumida de la 2662ª Sesión, extracto del Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2000, Volumen I.

que no nace directamente del crimen internacional. No se trata de la responsabilidad del Estado por haber cometido un genocidio, por ejemplo. Se trata de la responsabilidad del Estado por no investigar si se ha cometido o no un delito de genocidio o por no haber adoptado las medidas necesarias para investigarlo, o bien, por haber adoptado medidas, como la amnistía o el indulto, que impidan la sanción o la investigación.

En ese sentido, la responsabilidad del Estado precede a la del individuo. Mientras el Estado no investigue si realmente se ha cometido un crimen internacional determinado, no podrá atribuir responsabilidad al individuo culpable de ese crimen. Esto llevaría a analizar la relación entre la responsabilidad del Estado y la de los individuos.

Anzilotti recuerda que durante mucho tiempo la doctrina se ocupó de la responsabilidad del Estado por los hechos de sus ciudadanos. Con respecto a la responsabilidad asociada con los individuos pero no como autores del hecho que da lugar a la responsabilidad, sino como víctimas, observa que en su época, en la que la emigración adquirió mucha importancia, ese tipo de responsabilidad se consideraba en los casos derivados de daños a particulares extranjeros.

En estos casos, paralelamente a las relaciones entre los Estados, surgen también, de distintos modos, derechos individuales, que no siempre resulta fácil definir. No obstante, dado que en su época los únicos sujetos de derecho internacional eran los Estados, afirma: “Los derechos del individuo, como tales no encuentran en el derecho internacional ningún tipo de reconocimiento; tanto que [...] el derecho que hace valer el Estado en casos similares (se refiere al Estado del ciudadano extranjero) no es para nada el derecho del individuo ofendido o lesionado, sino el derecho propio del Estado, completamente distinto y diverso, tanto en el origen como en el contenido y el fin”.⁹⁷⁶

Hasta allí son evidentes las diferencias que se notan con respecto al derecho internacional actual, en el que el individuo está presente no solo como autor sino como víctima, pero si continuamos la lectura, observamos cuánto este autor se ha

⁹⁷⁶ ANZILOTTI, D., *op. cit.*, p. 7.

anticipado a su tiempo. En efecto, dice: “Sin embargo, dado que el reconocimiento y la protección de los derechos e intereses individuales en el ordenamiento jurídico interno se produce a menudo **como consecuencia de auténticos deberes internacionales**, ocurre que, en un mismo hecho se originen relaciones jurídicas distintas y destinadas a desarrollarse en campos totalmente diversos y, no obstante, tan vinculadas y entretrejidas entre ellas que resulta imposible comprender y definir claramente unas sin el conocimiento exacto e íntegro de las otras”.⁹⁷⁷ (El resalte es mío). Precisamente la evolución del derecho penal internacional no se ha detenido en el reconocimiento de la responsabilidad individual, sino que ha llegado a reconocer al individuo también como destinatario de la protección de las normas internacionales frente a los hechos de su propio Estado. Esto se deduce de la posibilidad que tienen los individuos de recurrir directamente a algunos tribunales internacionales (como la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Pero también del establecimiento de obligaciones de los Estados con respecto a sus propios ciudadanos, con independencia de las normas del derecho interno.

2.2. El hecho generador de la responsabilidad internacional del Estado

El artículo 1 del Proyecto de artículos, titulado “Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos”, dice lo siguiente: “Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”.

Dupuy designa al hecho que da lugar a la responsabilidad “hecho generador”. Considera que este hecho está constituido por dos elementos complementarios: uno objetivo, que consistiría en la violación de una norma establecida en el orden jurídico internacional, y uno subjetivo, constituido por el vínculo de imputación que une ese hecho al sujeto de derecho de que se trate.⁹⁷⁸

⁹⁷⁷ *Ibidem*.

⁹⁷⁸ DUPUY, P. M., «Le fait générateur de la Responsabilité internationale des Etats», *op. cit.*, pp. 22 y ss.

Anzilotti, sin reconocer la responsabilidad individual en el derecho internacional y refiriéndose al Estado como único sujeto responsable en ese ámbito, describe el tipo de obligación que genera la responsabilidad del Estado que intento destacar en este trabajo, diciendo: “no la culpa, sino el hecho contrario al derecho internacional lo obliga [al Estado]; no obstante, el hecho contrario al derecho internacional no surge de la acción del individuo, sino de la conducta (*contegno*) del Estado frente al acto realizado por el individuo”.⁹⁷⁹ El castigo que se inflige al individuo, agrega, no es consecuencia de la responsabilidad del Estado, sino cumplimiento del deber internacional que tiene el Estado de castigar ese tipo de crimen. Precisa que el mencionado “deber internacional” cuyo incumplimiento da lugar a la responsabilidad estatal es sumamente complejo. Se trata de un deber que abarca actos legislativos, como la sanción de normas jurídicas que prohíben y castigan los actos a los que nos referimos; actos administrativos, que tienden a prevenirlos o impedirlos, y actos judiciales en los que se concreta la sanción que se les debe aplicar.⁹⁸⁰ Aclara que el motivo de la responsabilidad se encuentra en el poder jurisdiccional del Estado: el Estado es responsable por no haber impedido ni reprimido todos los hechos que internacionalmente debía impedir o reprimir.

En el mismo sentido Chinchón Álvarez dice que la responsabilidad internacional del Estado, “considerada como elemento fundamental de la efectividad del propio derecho internacional, viene dada por la falta de conformidad entre el comportamiento, ya sea una acción o una omisión, de un Estado, y el que debería haber seguido para atenerse a una obligación de derecho internacional determinada”.⁹⁸¹

El párrafo 5) del Comentario al artículo 1 dice que “[...] la expresión “responsabilidad internacional” del artículo 1 abarca las relaciones que nacen, en

⁹⁷⁹ ANZILOTTI, A., *op. cit.*, pp. 172 y 173.

⁹⁸⁰También se ocupa de los actos de los funcionarios cuando actúan fuera del límite de su competencia (dado que cuando actúan dentro de ésta, el acto puede atribuirse al Estado), y dice que si bien no se consideran actos del Estado, se vinculan con la organización de éste y se producen en ocasión de su actividad, por lo que el deber del Estado en el ámbito internacional es más riguroso dado que comprende la obligación de impedir el ilícito.

⁹⁸¹ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, *op. cit.*, p. 45.

derecho internacional, del hecho internacionalmente ilícito de un Estado, ya se limiten dichas relaciones al Estado infractor y a un Estado lesionado o ya se extiendan también a otros Estados o incluso a otros sujetos de derecho internacional, e independientemente de que estén centradas en obligaciones de restitución o indemnización, o entrañen también para el Estado lesionado la posibilidad de contestar con la adopción de contramedidas”.⁹⁸²

Me ha interesado particularmente este párrafo porque admite que las relaciones derivadas del hecho ilícito pueden extenderse también a otros sujetos de derecho internacional, por lo que está ya admitiendo a los individuos (con el Estatuto de Roma el individuo se considera sujeto de derecho internacional).

2.3. “Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado”

Este es el título del artículo 2, cuyo texto dice: “Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y
- b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado”.

2.3.1. Acción u omisión

El hecho ilícito, en su “materialidad”, tiene dos aspectos: uno positivo y otro negativo, a saber, la comisión o acción y la omisión o no acción. Esta distinción no se diferencia mucho de la existente en el derecho interno. Sin embargo, con respecto a la omisión, Anzilotti dice que debe revestir siempre el carácter de ilegitimidad: “como regla segura [...] de las omisiones el Estado solo debe

⁹⁸² Todas las citas del articulado y sus comentarios provienen del documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), citado *supra*.

responder cuando una norma positiva de derecho internacional prescriba hacer algo".⁹⁸³

La consideración de la omisión ilícita se vincula con el tema de la responsabilidad internacional del Estado por los actos de sus funcionarios, en un momento en que aún no se hablaba de la responsabilidad internacional del individuo.⁹⁸⁴

Lo que nos interesa particularmente es el origen de la responsabilidad del Estado por determinados actos individuales: "el Estado es responsable no por el concurso directo o indirecto de su voluntad al hecho del individuo, no por una intención dolosa o culposa que se le pueda reprochar, sino por no haber procedido en la forma que le imponía el derecho internacional, por haber violado su deber hacia los demás Estados, que consiste en no tolerar el hecho o en castigarlo si se ha cometido".⁹⁸⁵

El Proyecto trata este punto en el artículo 2, cuyo texto he citado *supra*. En el Comentario a este artículo nos interesa señalar la referencia a las omisiones, dado que la responsabilidad desde la perspectiva con que la estamos analizando nace generalmente de la omisión del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la perpetración de crímenes internacionales. En el Comentario, párrafo 4), se explica lo siguiente: "El comportamiento atribuible al Estado puede consistir en acciones u omisiones. Los casos en que se ha invocado la responsabilidad internacional de un Estado por una omisión son por lo menos tan frecuentes como los que se basan en acciones, y en principio no existe ninguna diferencia entre unos y otros. Además, puede ser difícil aislar una "omisión" de las circunstancias concurrentes que sean pertinentes para determinar la responsabilidad...".

⁹⁸³ ANZILOTTI, A., *op. cit.*, pp. 113 y 114.

⁹⁸⁴ En efecto, Anzilotti sostiene: "El acto del individuo no es jamás en sí mismo una violación del derecho internacional; la responsabilidad deriva únicamente del deber internacional que incumbe al Estado con respecto a los hechos de los que se habla, mientras que estos, considerados en sí mismos, son, desde el punto de vista internacional, irrelevantes". *Ibíd.* p. 172.

⁹⁸⁵ *Ibíd.*, p. 172.

2.3.2. Hecho atribuible al Estado según el derecho internacional

El párrafo 6) del Comentario relativo a la atribución del hecho al Estado (apartado a)) sigue la posición de Kelsen en cuanto a la imputación, porque dice que “la atribución de un comportamiento al Estado es necesariamente una operación normativa. Lo fundamental es que un hecho determinado esté suficientemente relacionado con un comportamiento (acción u omisión) atribuible al Estado con arreglo a alguna de las normas establecidas en el capítulo II”.

Dentro de este mismo punto, conviene examinar, en el capítulo II, titulado “Atribución de un comportamiento al Estado”, el artículo 4, “Comportamiento de los órganos del Estado”, que en su párrafo 1 dispone: “Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado”.

El párrafo 5) del Comentario explica que por órgano se entiende “toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado”. Jiménez de Aréchaga se pronunciaba a favor de lo dispuesto en este artículo cuando decía que “[l]a responsabilidad internacional del Estado puede configurarse por los actos u omisiones de cualquiera de sus órganos, cualesquiera sean las funciones que desempeñen. El Estado es responsable por sus órganos, sólo por sus órganos, y por todos sus órganos”.⁹⁸⁶

Esta afirmación tan categórica la hacía frente a la idea de que solo los órganos encargados de las relaciones internacionales del Estado podían comprometer su responsabilidad internacional. Consideraba esta idea equivocada porque los órganos que ejercen funciones internas también pueden tener ocasión de aplicar y, por lo tanto, de infringir normas de derecho internacional que afecten a otros Estados. (Añadiría también la ocasión “de no aplicar” dichas normas). Y esto es precisamente lo que se ha establecido en el artículo 4.

⁹⁸⁶ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 1980, p. 327.

En el Comentario se explica que este constituye “el primer principio de atribución, a los efectos de la responsabilidad del Estado en derecho internacional [...]”, que “sirve de punto de partida para los demás casos”. En el párrafo 5) se reitera que, a los efectos de la responsabilidad internacional, y sobre la base del principio de la unidad del Estado, “las acciones u omisiones de todos sus órganos deben considerarse acciones u omisiones del Estado, y que no se ha de hacer ninguna distinción entre los órganos que pueden cometer hechos internacionalmente ilícitos y los que no”.

Respecto a una determinación más específica de los órganos, el Comentario se remite a un asunto en el que el Tribunal declaró que “el Estado responde de los actos de sus dirigentes, ya pertenezcan a la rama legislativa, ejecutiva o judicial, siempre que los actos sean realizados en calidad oficial”.⁹⁸⁷

En ese sentido, el poder legislativo puede infringir normas internacionales promulgando leyes contrarias al derecho internacional (sería el caso de determinadas amnistías), o no modificando sus leyes de manera que se pueda dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en el plano internacional.

García Amador se refiere a los casos de responsabilidad del Estado por actos u omisiones del poder judicial, en particular la denegación de justicia. Distingue entre la situación en que un tribunal se rehúsa a entender en determinado caso por falta de competencia y aquella en que se niega a pesar de ser competente. En la primera situación, el problema requeriría que se examinara si la falta de competencia es contraria al derecho internacional, en cuyo caso sería atribuible a una omisión por parte de las autoridades que elaboraron la Constitución o de la legislatura, si el Estado está obligado internacionalmente a prever esa competencia. La segunda situación constituiría simplemente una denegación de justicia. Habría una tercera, no menos interesante: el caso de una decisión injusta. Sostiene que si bien no correspondería analizar si la decisión es

⁹⁸⁷ United Nations, *Claim of the Salvador Commercial Company (El Triunfo Company)*, Award of arbitrators of 8 May 1902, Reports of International Arbitral Awards, vol. XV, 1902, p. 477.

compatible con el derecho interno, correspondería en cambio verificar si es compatible o no con el derecho internacional.⁹⁸⁸

También Jiménez de Aréchaga menciona tres casos en que puede nacer la responsabilidad del Estado por actos del poder judicial: cuando se dicta una sentencia incompatible con una norma internacional, cuando se da un caso de “denegación de justicia”, y cuando se pronuncia una decisión judicial contraria al derecho interno pero, dadas las circunstancias, esa decisión hace nacer la responsabilidad internacional del Estado.

El primer caso no ofrece dificultades mayores, salvo que normalmente la incompatibilidad debe ser manifiesta. Respecto al segundo, la doctrina consideraba que había denegación de justicia únicamente cuando un extranjero no obtenía el acceso a los tribunales para hacer valer sus derechos o cuando tenía lugar una demora indebida e inexcusable en dictar sentencia, es decir, cuando había una “falta de ejercicio de jurisdicción”.⁹⁸⁹ En el tercer caso también era definitiva la presencia del “extranjero”, la violación del derecho interno, que debía ser flagrante e inexcusable, “debía entrañar un elemento subjetivo de mala fe o intención discriminatoria por parte de los tribunales”.⁹⁹⁰

En el Proyecto, que refleja la evolución progresiva del derecho internacional, la presencia del extranjero no es determinante, dado que el elemento que hace que la obligación del Estado sea internacional se vincula con el carácter internacional de las normas, y no con los sujetos frente a los que el Estado puede estar obligado.

Con respecto a la promulgación de leyes que hagan nacer la responsabilidad internacional del Estado, Jiménez de Aréchaga se refiere a la cuestión del *tempus commisi delictum*. Cuando se trata de no promulgar una ley que sea contraria a las obligaciones internacionales del Estado, se pregunta a partir de qué momento el

⁹⁸⁸ GARCÍA AMADOR, F. V., «State Responsibility: Some new problems», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 94, n.º II, 1958, pp. 398 y 403.

⁹⁸⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., *El derecho internacional contemporáneo*, op. cit., p. 333.

⁹⁹⁰ *Ibidem*, p. 335.

Estado incurre en responsabilidad internacional. Responde que ese momento ha de coincidir no con la promulgación sino con el momento a partir del cual se sufre el daño como consecuencia de la misma, es decir, del momento de la aplicación.⁹⁹¹ (En el caso de las leyes de amnistía, ese momento coincidiría con la promulgación, dado que a partir de entonces quedaría imposibilitado el ejercicio de la jurisdicción contra los delitos amnistiados).

En cuanto a los actos imputables al poder judicial, la evolución no ha sido tan pacífica. Como dice Jiménez de Aréchaga, “[l]os principios de la separación y de la independencia del poder judicial en el derecho interno, y del respeto debido al carácter definitivo de las sentencias judiciales, han ejercido una influencia importante en la forma como el principio general de la responsabilidad del Estado se ha aplicado a los actos u omisiones de los órganos judiciales”⁹⁹² Como explica este autor, si bien el poder judicial es independiente del Gobierno, no lo es del Estado: “la sentencia dictada por una autoridad judicial, emana de un órgano del Estado en la misma forma en que una ley se sanciona por el órgano legislativo o el órgano ejecutivo toma una decisión”.⁹⁹³

Interesa señalar aquí que en el texto del Proyecto de artículos que venimos analizando no se hace mención alguna a la “denegación de justicia”, ni con respecto a los extranjeros ni con respecto a los nacionales.

Este punto reviste particular importancia en el presente trabajo, dado que examinamos el incumplimiento por el Estado de la obligación de investigar y sancionar determinados crímenes. La mayoría de las veces esa investigación es solicitada a los tribunales por particulares víctimas o familiares de víctimas. Es curioso que al tratar concretamente de la responsabilidad del Estado por actos (u omisiones) de sus órganos, entre ellos el judicial, no se considere la posibilidad de que los tribunales puedan infringir normas internacionales que establezcan el derecho de acceso a la justicia tras la comisión de supuestos crímenes

⁹⁹¹ *Ibídem*, p. 329.

⁹⁹² *Ibídem*, p. 331.

⁹⁹³ *Ibídem*, p. 331.

internacionales. (El tema de la denegación de justicia lo examino más adelante en este mismo capítulo).

En este contexto, la responsabilidad del Estado es una responsabilidad directa, y no es necesario analizar la dogmática penal con respecto a la responsabilidad de los dirigentes, al autor mediato, etc., porque no se trata de una responsabilidad penal, sino solamente internacional. La vinculación con el derecho penal reside en que el hecho que genera la obligación y la responsabilidad por su incumplimiento es un hecho criminal.⁹⁹⁴

2.3.3 *Exclusión de la culpa*

El Comentario al artículo 2 se refiere al tema de la culpa: “Una cuestión conexas es la de si la culpa constituye un elemento necesario del hecho internacionalmente ilícito de un Estado. Tal no es ciertamente el caso si por “culpa” se entiende la existencia, por ejemplo, de una intención de causar daño. A falta de toda exigencia específica de un elemento mental en lo que atañe a la obligación primaria, lo único que cuenta es el acto del Estado, con independencia de cualquier intención”.⁹⁹⁵

En consecuencia quedaron eliminados de este Proyecto (aunque como señalan algunos autores, solo aparentemente) tanto el daño como la culpa, y la única fuente de responsabilidad es el acto del Estado, lo que consagra una “objetivización” de la responsabilidad típicamente positivista.⁹⁹⁶

Comenta Dupuy que el derecho internacional ha “evacuado” el concepto de “culpa” siguiendo las tesis positivistas voluntaristas, entre las que destaca particularmente las de Anzilotti. Recuerda que este último ha definido “el acto

⁹⁹⁴ Respecto al tema de la responsabilidad de los dirigentes en el ámbito de los crímenes internacionales, véase FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

⁹⁹⁵ Está en contradicción con el párrafo 8 del Comentario al artículo 40, que habla expresamente de la intención para calificar la violación como grave.

⁹⁹⁶ WYLER, E., *op. cit.*, p. 1152.

ilícito internacional como un acto en oposición con el derecho objetivo internacional”.⁹⁹⁷ Considera que esta concepción de la responsabilidad es conveniente porque elimina todos los problemas que implica la investigación psicológica que exigiría el concepto de culpa. Y sostiene que este concepto “parece tanto más inadecuado cuando se tiene presente que el Estado, persona moral, es una abstracción”.⁹⁹⁸

3. Separación entre el derecho internacional y el derecho interno

Hay dos artículos que establecen expresamente esta separación. Se trata del artículo 3 y del artículo 32. El primero, titulado Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito, dispone: “La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”.

El segundo, titulado “Irrelevancia del derecho interno”, dispone: “El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte”.

Ambos artículos revisten suma importancia porque pueden considerarse comprendidas en ellos la cuestión de la amnistía y la consiguiente violación de la obligación internacional de persecución de los crímenes contra la humanidad.

⁹⁹⁷ DUPUY, P. M., *Droit International Public, op. cit.*, p. 494. La definición de Anzilotti procede de un artículo publicado en la *Revue Générale de Droit International Public*, en 1906.

⁹⁹⁸ *Ibidem*, p. 495. Para demostrar cuán difícil es mantener en la práctica esta concepción “objetiva” del hecho ilícito se remite a un fallo de la Corte Internacional de Justicia donde la Corte se plantea si Serbia y Montenegro han sido cómplices de los serbios de Bosnia en el genocidio de Srebrenica, y llega a la conclusión (que este autor considera paradójica) de que no hubo complicidad porque la complicidad, aunque sea por parte de un Estado y no de un individuo, supone asistencia en la comisión del crimen “con conocimiento de causa” (CIJ, Asunto relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio (Bosnia-Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), Sentencia de 26 de febrero de 2007, parágrafo 438).

En el párrafo 3) del Comentario al artículo 3 encontramos la siguiente afirmación: “[...] el Estado no puede alegar la conformidad de su comportamiento con las prescripciones de su derecho interno para impedir que se califique de ilícito ese comportamiento según el derecho internacional. El hecho de un Estado debe calificarse de internacionalmente ilícito si constituye una violación de una obligación internacional, aunque ese hecho no contravenga el derecho interno del Estado, ni siquiera en el caso en que, con arreglo a tal derecho, el Estado esté en realidad obligado a ese comportamiento”.

Con esta afirmación queda excluida toda relevancia que pudiera atribuirse al derecho interno para descargar al Estado de su responsabilidad internacional.

Una norma análoga la encontramos en la Convención de Viena de 1969, cuyo artículo 27 dice: "Una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.." En la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional se había sostenido que “con respecto al derecho internacional [...] las leyes nacionales son meros hechos”⁹⁹⁹ No es ahora esa la razón por la que no se puedan invocar las normas internas, que nunca dejan de considerarse jurídicas, sobre todo si se adopta una postura monista, como la que adopto en el presente trabajo (aunque una postura dualista también consideraría normas jurídicas las normas internas desde la perspectiva del derecho internacional). Ahora la razón es la calificación de *ius cogens* de algunas normas internacionales y la configuración de una jerarquía entre estas normas y las normas nacionales sobre la misma materia.

El problema que plantea el artículo 3 -según Dupuy- es la inevitabilidad del recurso al derecho interno respecto del régimen de responsabilidad porque el derecho internacional no determina cuáles órganos del Estado pueden

⁹⁹⁹ Asunto relativo a ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca. CPJI, caso *Polish Upper Silesia* (Alemania vs. Polonia), Sentencia de 25 de mayo de 1926, Serie A, No 7, p. 19. “Desde el punto de vista del Derecho internacional y del de la Corte, que es su órgano, las leyes nacionales **son meros hechos** que expresan la voluntad y que constituyen las actividades de los Estados, en la misma forma en que lo hacen las decisiones judiciales o las medidas administrativas”. (El resalte es mío). Es interesante observar cómo califica la Corte las leyes, sentencias y medidas nacionales, como meros hechos, lo que refleja una posición dualista, a mi juicio, dado que no les atribuye categoría normativa.

comprometer la responsabilidad de este, así como tampoco el alcance y el carácter de su competencia. “Se encuentra uno en presencia de uno de los puntos de contacto más íntimos entre dos órdenes jurídicos distintos, el interno y el internacional”.¹⁰⁰⁰

4. Diferentes grados de responsabilidad

4.1. Crímenes y delitos

El esfuerzo por definir esos conceptos llevó al reconocimiento de las obligaciones *erga omnes* y de la existencia de un *jus cogens internacional*.¹⁰⁰¹

En 1976, la Comisión de Derecho Internacional incorporó la distinción entre delitos y crímenes internacionales en el artículo 19 del Proyecto de artículos, el denominado Proyecto Ago (aprobado en 1996). De esa forma se introduce por primera vez en un proyecto de codificación el concepto de crimen internacional del Estado.

“Artículo 19 Crímenes y delitos internacionales

1. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada
2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional.

¹⁰⁰⁰ DUPUY, P. M., *Droit International Public, op. cit.*, p. 511. Esta clasificación encuentra sus orígenes doctrinarios en la obra de Bluntschli (1868) y en las distinciones efectuadas por H. Lauterpacht y Levin (1946), quienes diferenciaban las violaciones ordinarias del Derecho internacional de aquellas que *socavan los cimientos del orden jurídico*.

¹⁰⁰¹ DRNAS DE CLÉMENT, Z., *op. cit.*, p. 3.

3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular:

a) De una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;

b) De una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial;

c) De una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el apartheid;

d) De una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.

4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2 constituye un delito internacional”.

Como se desprende del texto citado, los crímenes corresponden a una categoría restringida de infracciones particularmente graves; los delitos, a una categoría mucho más amplia que abarca toda la gama de infracciones menos graves. La distinción se justificaba por la necesidad de aplicar dos regímenes distintos de responsabilidad internacional, que repercutiera en las consecuencias jurídicas que se atribuyeran a los respectivos hechos.¹⁰⁰²

¹⁰⁰² El enfoque de las consecuencias (introducido por el Relator Especial Arangio-Ruiz) parte de la observación de profundas diferencias entre las consecuencias de los delitos y las de los crímenes. No es posible encontrar un “común denominador lo suficientemente significativo como para justificar un régimen parcialmente idéntico para los delitos y los crímenes”, que suponga simplemente añadir consecuencias adicionales para estos últimos. *Informe preliminar sobre la responsabilidad de los Estados*, elaborado por G. Arangio-Ruiz, Relator Especial (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/416), p. 4

El Proyecto Ago reflejaba la intención de reforzar la legalidad internacional poniendo el acento en la obligación y su violación más que en la conducta del culpable y sus efectos en la víctima. Así lo demuestra el artículo 1 del proyecto, que ha permanecido inalterado. (“Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”).

Wylter ve en esta posición la consecuencia de desplazar el centro de gravedad del régimen, dado que, al eliminar la culpa, el autor del ilícito pierde su fuerza de atracción, y al eliminar el daño, se eclipsa gran parte de la atracción de la víctima: el centro entonces del marco conceptual de responsabilidad del Estado reside en la “obligación”.¹⁰⁰³

También se reflejaba en ese proyecto el deseo de tener en cuenta el concepto de *ius cogens* y el de comunidad internacional en que se basaba el primero. Ambos conceptos suponían el nacimiento de obligaciones esenciales para la comunidad internacional “en su conjunto”, y se consideró necesario crear un régimen especial para contemplar el incumplimiento de esas obligaciones, que, a pesar del empleo del término “crímenes”, fuese independiente de analogías con el derecho penal nacional.¹⁰⁰⁴ Se intentó introducir un régimen de responsabilidad “agravada”, pero que no tuviera al “castigo” como finalidad principal sino que persiguiera sobre todo la salvaguardia de la legalidad internacional, de esa especie de orden público que acompañaba al concepto de *ius cogens*.

Las obligaciones dimanantes de este régimen (que en parte se ha mantenido en el proyecto Crawford) no corresponden solo al Estado infractor, que debe reparar el daño y se expone a las contramedidas, sino a los demás Estados, a todos los miembros de la comunidad internacional, que se comprometen a no reconocer la situación resultante del crimen, a no prestar asistencia al Estado que lo comete y a cooperar para restablecer la legalidad internacional. Tal vez este sea el punto más notable del régimen de responsabilidad configurado en el Proyecto, porque supone la transformación de las relaciones de bilateralidad, encaminadas a la

¹⁰⁰³ WYLER, E., *op. cit.*, p. 1152 (lo ilustra con un gráfico).

¹⁰⁰⁴ *Ibidem*, p. 1151.

reparación del daño, en relaciones multilaterales que involucraran a todos los Estados de la comunidad internacional.

Como hemos visto, el párrafo 2 del artículo 19 incorpora una definición de crimen internacional. En los comentarios, el Relator hizo presente, en el párrafo 159, lo que sigue: “La necesidad de distinguir, dentro de la categoría general de hechos internacionalmente ilícitos de los Estados, una categoría aparte que abarque los casos de ilicitud excepcionalmente graves, se hizo sentir [...] más evidentemente al finalizar la Segunda Guerra Mundial.”.. En el párrafo 16) señaló lo siguiente: “Tres circunstancias parecen tener, a juicio de la Comisión, una importancia considerable como prueba directa o indirecta de ese convencimiento: a) la distinción, consagrada recientemente en el marco de las normas de derecho internacional, de una categoría especial de normas calificadas de “imperativas” o de *jus cogens*; b) el establecimiento del principio en virtud del cual el individuo-órgano que con su comportamiento ha violado obligaciones internacionales de un determinado contenido debe ser considerado personalmente punible, a pesar de haber actuado en calidad de órgano del Estado [...]; c) el hecho de que la Carta de las Naciones Unidas atribuya consecuencias que se determinan especialmente a la violación de ciertas obligaciones internacionales.”..

En el párrafo 59) del Comentario se explica que se ha optado por la denominación “crimen internacional” por haberse convertido en una expresión de uso corriente en la práctica de los Estados, en las obras científicas contemporáneas, en resoluciones de la Sociedad de las Naciones y de las Naciones Unidas, como así también en instrumentos internacionales relevantes. En ese mismo punto subraya que no debe confundirse “crimen internacional” (atribuible al Estado) con crimen de derecho internacional (imputable al individuo que cometió el hecho).¹⁰⁰⁵

¹⁰⁰⁵ Se introduce así una nueva clasificación de los crímenes internacionales, además de las que hemos visto, no en función de la gravedad de los mismos sino de los autores. En esta clasificación los crímenes más graves serían los imputables a los individuos pues generan responsabilidad penal.

Una corriente de la doctrina, que postulaba la responsabilidad penal de los Estados, distinguía entre hechos simplemente ilegales, que solo dan lugar a responsabilidad civil, y los hechos punibles, que dan lugar a responsabilidad penal. Pero esta responsabilidad penal únicamente implicaría para el Estado la obligación de castigar a los individuos-órganos concretamente responsables.

Más adelante, la doctrina se plantea abiertamente la diferencia entre hecho internacionalmente ilícito en función de la gravedad de la obligación violada, y comienza a utilizarse progresivamente el término “crimen internacional” para las infracciones más graves.

Se establece una analogía con la responsabilidad de las personas jurídicas (la polémica en el derecho interno se ve agravada en el derecho internacional por la soberanía estatal). Se propone la imposición de sanciones penales a los representantes del Estado, pero esta propuesta se rechaza en la Comisión de Derecho Internacional aduciendo que al considerar la responsabilidad del individuo-órgano no se agota la posible responsabilidad internacional del Estado.

Con respecto a la esencialidad de la obligación *para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional*, la Comisión descartó la idea de una lista taxativa de obligaciones internacionales cuya violación constituyera un crimen internacional, porque ello no reflejaría la evolución de la conciencia jurídica de la humanidad.

Entre los defensores de la distinción entre crimen y delito se destaca Pellet, quien la considera indispensable en el derecho internacional contemporáneo. Afirma que es “absolutamente inaceptable asimilar pura y simplemente el genocidio a una violación “ordinaria” del derecho internacional, digamos una violación de un acuerdo comercial internacional. Ambos son, en efecto, actos internacionalmente ilícitos, y, en consecuencia, ambos generan la responsabilidad del autor de esos actos. Pero parece obvio, evidente, necesario, y por cierto

indispensable, que las consecuencias que se deriven de estos dos actos sean claramente diferenciadas.¹⁰⁰⁶”

En apoyo de esta diferenciación alega que la violación del acuerdo comercial concierne únicamente a la relación entre las (dos o más) partes en el acuerdo, mientras que un genocidio amenaza a la sociedad internacional toda, a “la base misma de la aún frágil comunidad internacional”.¹⁰⁰⁷

La posición de Pellet respecto de la aceptación de la idea de crímenes internacionales se vincula con su aceptación del concepto de *ius cogens*, hasta el punto de que afirma de manera contundente que “[...] sería más fácil y conveniente definir al crimen internacional como una violación de una norma de *ius cogens*”. Y señala que ello no modificaría la definición existente en el artículo 19 del proyecto de 1996.¹⁰⁰⁸

Respecto a si la definición de crimen en función de la violación de una norma de *ius cogens* supondría o equivaldría a decir que es la violación de una obligación *erga omnes*, responde que, si bien todas las normas de *ius cogens* dan ciertamente lugar a obligaciones *erga omnes*, no sucede lo contrario (por ejemplo, difícilmente se puede decir que la violación del derecho de pasaje por un estrecho o canal internacional constituya un crimen internacional). Y con este argumento aporta claridad al debate sobre la coincidencia entre obligaciones *erga omnes* y normas de *ius cogens*, que hemos visto en el capítulo III.

Pellet se pronuncia en contra del empleo del término “delito”, advirtiendo contra los equívocos que pueden surgir de las analogías entre el derecho internacional y el derecho nacional. (Alega además, coincidiendo en ello con

¹⁰⁰⁶ PELLET, A., «Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!» en *European Journal of International Law* 10, n.º 2 (1999), p. 426.

¹⁰⁰⁷ *Ibidem*, p. 427. Se remite al dictum de la CIJ en el caso *Barcelona Traction*, y se pregunta si un crimen constituye una violación de una obligación *erga omnes*.

¹⁰⁰⁸ En cuanto a cómo se consideraría en cada caso concreto si un acto es un crimen o no, Pellet había propuesto que se incluyera un artículo en el proyecto que estableciera, en caso de conflicto respecto a la existencia de un crimen, la jurisdicción obligatoria de un tribunal arbitral o de la CIJ. *Ibidem*.

Kelsen, que la responsabilidad internacional no es ni civil ni penal, sino internacional).¹⁰⁰⁹

Gaja se refiere también a la vinculación entre las normas imperativas del derecho internacional y el derecho de la responsabilidad del Estado. Observa, refiriéndose a la misma versión del Proyecto que estamos analizando, que las normas imperativas pueden revestir importancia en el estudio de la responsabilidad del Estado, principalmente porque el incumplimiento de las obligaciones impuestas por dichas normas puede traer aparejadas consecuencias más graves que las asociadas a un acto ilícito derivado de otras normas. Refiriéndose concretamente a la relación entre el artículo 53 de la Convención de Viena y el párrafo 2 del artículo 19 del Proyecto de artículos (en la versión aprobada en 1996), afirma que, si bien es evidente que ambas disposiciones tienen elementos en común, la presencia misma en el Proyecto de artículos de una definición de normas imperativas (también definidas en el artículo 53 de la Convención de Viena) indica que se intentó establecer cierta distinción. Ambas definiciones asignan importancia al reconocimiento por la comunidad internacional “en su conjunto”.

Sin embargo, en el caso del artículo 53 el objeto del reconocimiento es una “norma imperativa de derecho internacional general”¹⁰¹⁰ En cambio, en el caso del artículo 19, párrafo 2, el objeto del reconocimiento por parte de la comunidad

¹⁰⁰⁹ *Ibidem*. Sin embargo, sigue pareciéndole aceptable el término “crimen” porque incorpora a ese término el elemento intencional. Afirma, “cuando un Estado incumple una obligación esencial para los intereses de la comunidad internacional en su conjunto, nunca actúa por casualidad o sin intención; por consiguiente, los elementos de intención o de culpa, no siempre presentes en otros actos ilícitos internacionales, forman parte de los crímenes, así como sucede en el derecho interno”, p. 434.

¹⁰¹⁰ “Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

internacional “es el hecho de que el incumplimiento de determinada obligación constituye un crimen”.¹⁰¹¹

El concepto de “crimen internacional” fue contestado vehementemente por determinados países y por ciertos sectores doctrinales. El argumento principal que mantenían tanto la doctrina como los Estados que se oponían a la categoría de “crimen internacional” se basaba en que admitir dicha noción podría conducir “a una *criminalización* de los Estados en los casos de violación del Derecho internacional, cuando las connotaciones penales debían quedar al margen del Derecho internacional sobre la responsabilidad”.¹⁰¹²

El artículo 19 planteó debates tan intensos que se decidió posponer la decisión al respecto, pero es interesante recordar los motivos que se adujeron. Se dijo que la Comisión no se ocuparía de momento del Proyecto de artículo 19 y consideraría si el desarrollo sistemático dentro del Proyecto de artículos de nociones clave como la de obligaciones *erga omnes*, normas imperativas (*ius cogens*) y una posible categoría de las violaciones más graves de una obligación internacional podrían ser suficientes para resolver las cuestiones suscitadas por el artículo en cuestión.¹⁰¹³

Tras la decisión de la CDI en 1998 de dejar a un lado provisionalmente el artículo 19, Francia, Japón, el Reino Unido y los Estados Unidos, entre otros, abogaron por la eliminación definitiva del concepto de crimen internacional. El argumento principal que sostenían era que diferenciar la gravedad de una obligación no entrañaba una cuestión de calidad, de categoría, sino de grado.¹⁰¹⁴

¹⁰¹¹ GAJA, G., «Jus Cogens Beyond the Vienna Convention», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 172, n.º III (1981), p. 300.

¹⁰¹² CEBADA ROMERO, A., *op. cit.*, p. 8.

¹⁰¹³ *Report of the International Law Commission on the work of its fiftieth session, 20 April - 12 June and 27 July - 14 August 1998*, en *Official Records of the General Assembly, Fifty-third session, Supplement n.º 10* (documento no disponible en español; la traducción es mía).

¹⁰¹⁴ Se pronunciaron en cambio a favor de mantener esta disposición Austria, los Países Bajos y España, entre otros.

Hago un paréntesis en el análisis del Proyecto para recordar que en uno de sus votos razonados, el juez Cançado Trindade se pronuncia a favor de mantener la categoría de crimen de Estado. Tras afirmar que “el concepto de crimen de Estado debe ser estudiado con profundidad y no eludido”, dice: “El crimen de Estado afigúrase, en suma, como una violación particularmente grave del derecho internacional acarreado una responsabilidad agravada [...] la gravedad de la violación afecta directamente los valores fundamentales de la comunidad internacional como un todo. Los detractores del concepto de crimen de Estado, en vez de tener presentes dichos valores, se pusieron a relacionar aquel concepto con una equivocada analogía con el derecho penal en el sentido de que éste se reviste en el derecho interno”.¹⁰¹⁵

Crawford aduce que si los crímenes de Estado, según el artículo 19, fuesen verdaderos crímenes “y no simplemente una manera peyorativa de describir violaciones graves de ciertas normas, surgiría la cuestión del tipo de régimen que deberían conllevar”.¹⁰¹⁶ Enumera entonces los elementos que podría reunir un régimen de este tipo: 1) una estricta definición que respondiera al principio *nullum crimen sine lege*; 2) un procedimiento adecuado para su investigación en nombre de la comunidad; 3) un procedimiento con las debidas garantías para el enjuiciamiento de los responsables; 4) un tipo de sanciones adecuadas a la comisión del crimen; 5) algún método para que el Estado pueda “quedar limpio”, es decir, cumplir su condena. “Estos elementos” -dice- “no deberían ser dejados en manos de un desorganizado clamor internacional”.¹⁰¹⁷

¹⁰¹⁵ Corte IDH, caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre 2003. Serie C n.º 101, voto razonado del juez Cançado Trindade (*V. El Crimen de Estado en Relación con los Intereses Fundamentales o Superiores de la Comunidad Internacional*), párr. 28. Y observa: “[...] no fue esto lo que tuvo en mente Roberto Ago al avanzar en 1976 el concepto de crimen internacional o crimen de Estado en el célebre artículo 19 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado de la CDI. La distorsionada analogía con el derecho penal interno ignora la especificidad del crimen de Estado en el derecho internacional, y minimiza de modo lamentable el reconocimiento de los intereses fundamentales o superiores de la comunidad internacional”.

¹⁰¹⁶ CRAWFORD, J., *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*, *op. cit.*, p. 40.

¹⁰¹⁷ *Ibidem*, p. 41.

Crawford, a pesar de ser el autor del Proyecto en el que se elimina la distinción entre crímenes y delitos, considera que no se soluciona todo con “cerrarle la puerta sin más a la idea de crímenes de Estado”.¹⁰¹⁸ Hay crímenes que solo el Estado puede cometer, como el de agresión o el de genocidio. Por más difícil que resulte definir con precisión el concepto de crimen internacional, nadie vacilaría en considerar que el genocidio es un crimen internacional. Sin embargo, le ha parecido mucho más viable introducir el concepto de obligaciones frente a la comunidad internacional en su conjunto cuyo incumplimiento puede constituir una violación grave.

Se llegó así a la solución siguiente: se suprimiría el concepto de crímenes internacionales de los Estados (es decir, el artículo 19); en la Segunda Parte se establecerían las consecuencias especiales de una violación grave de una obligación internacional debida a la comunidad internacional en su conjunto, como daños “agravados”; se establecerían obligaciones para terceros Estados que consistirían en el no reconocimiento como lícitas de las violaciones y sus consecuencias y en la obligación de cooperar para ponerles fin.

Algo muy importante fue que se reconocería a todo Estado el derecho a invocar la responsabilidad por las violaciones de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto, con independencia de la gravedad de esas violaciones. Es decir, el concepto de crimen internacional queda sustituido por el de violación de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto.¹⁰¹⁹

Actualmente se sigue observando, como hemos visto en el capítulo II, la tendencia a diferenciar dos categorías de ilícitos internacionales, como señala Ollé Sesé: los más graves, de trascendencia para la comunidad internacional en su

¹⁰¹⁸ *Ibidem*.

¹⁰¹⁹ Crawford hace notar cómo la supresión del párrafo 1 del artículo 42, que preveía la posibilidad de que una violación grave diera lugar al pago de daños y perjuicios que reflejaran la gravedad de la violación, muestra la “reticencia a introducir en el ámbito de la responsabilidad del Estado nada que tenga carácter punitivo”. *Ibidem*, p. 62.

conjunto (*core crimes*, crímenes fundamentales, principales, esenciales, nucleares, etc.); y otros crímenes de trascendencia internacional.

4.2. *Ni crímenes ni delitos*

En el proyecto Crawford, tal como figuraba en su tercer informe, se formulaba una solución que fue adoptada por la Comisión: se suprime el artículo 19. Al suprimirse el artículo 19 se suprime la distinción entre crímenes y delitos y todos los ilícitos se consideran de la misma naturaleza, es decir, internacional, pero con una gradación diferente según la gravedad. El régimen de responsabilidad sigue manteniendo una distinción entre violaciones y violaciones graves.

En efecto, el artículo 12, titulado “Existencia de violación de una obligación internacional” (incluido en el capítulo III, titulado “Violación de una obligación internacional) dice así: “Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación”.

Sin embargo, como sostiene Crawford, “[e]l genocidio, la agresión, el apartheid y la denegación por la fuerza de la libre determinación, por ejemplo, todos ellos aceptados generalmente como prohibidos por normas imperativas de Derecho internacional general, constituyen males que ‘repugnan a la conciencia de la humanidad’. Resulta con seguridad conveniente traducir esto en términos de consecuencias asociadas a su violación”.¹⁰²⁰

En consecuencia, se adopta un régimen agravado de responsabilidad para determinadas violaciones. Dicho régimen se ha establecido en el capítulo III, titulado: “Violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general”. En este capítulo se parte de la premisa de que un Estado no puede cometer un crimen, si bien esto no se dice tan claramente sino

¹⁰²⁰ *Ibidem*, p. 64.

mediante referencias, como podemos ver en el Comentario al capítulo en general.¹⁰²¹

En el párrafo 5) se afirma la exclusividad de la responsabilidad penal individual: “En suma, como dijo en 1946 el Tribunal Militar Internacional: ‘Los crímenes contra el derecho internacional se cometen por hombres, no por entidades abstractas, y únicamente pueden hacerse cumplir las disposiciones del derecho internacional castigando a quienes cometen esos crímenes.’”

Y en el párrafo 6): “Según este planteamiento, a pesar de que los tribunales militares de Nuremberg y Tokio juzgaron y condenaron a diversas personas por hechos criminales cometidos en su calidad de miembros o funcionarios del gobierno, ni Alemania ni el Japón fueron tratados como ‘criminales’ en los instrumentos por los que se crearon esos tribunales”.

Es interesante la observación de Dupuy respecto de los términos empleados. Señala que determinados hechos ilícitos han sido calificados como crímenes en los instrumentos internacionales pertinentes (el genocidio, el *apartheid*). Recuerda que la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas también emplea este término respecto de la “guerra de agresión”.¹⁰²² Hace notar, que una sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 26 de febrero de 2007 en el asunto entre Bosnia-Herzegovina y Serbia y Montenegro, *Aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio*, dio una interpretación por la que se considera al Estado como autor del genocidio, por lo que se califica el acto ilícito del Estado como crimen. Concretamente, a pesar de que el título mismo de la Convención dice “prevención y

¹⁰²¹ En efecto, se habla de la falta de desarrollo de las consecuencias penales que suponen las violaciones de normas fundamentales y de que en el derecho internacional no se reconocen las indemnizaciones punitivas.

¹⁰²² En esa Resolución se emplea el término “crimen” para calificar un hecho que no puede atribuirse al individuo, que es claramente atribuible a un Estado, a diferencia del criterio adoptado por el Estatuto de Roma, donde se definen los crímenes de competencia de la Corte como crímenes cometidos por personas físicas. El párrafo 2 del artículo 5 del Anexo a la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *Definición de la Agresión*, de 14 de diciembre de 1974, dice: “La agresión es un crimen contra el derecho internacional”.

represión”, la Corte declaró: “El artículo 1 tiene el efecto de prohibir a los Estados partes cometer ellos mismos un genocidio”.¹⁰²³ Ahora bien, aunque respecto del genocidio se han previsto una serie de conductas individuales, no hay duda de que la intervención del Estado es indispensable, por lo que podría decirse -como sostiene Dupuy- que el hecho ilícito entraña dos tipos de responsabilidad, la estatal y la individual.

Al mismo tiempo, esto nos remite a la distinción entre responsabilidad del individuo y del Estado, que ya hemos visto al comienzo.

4.3. Violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa de derecho internacional general

El artículo 40, titulado “Aplicación de este capítulo”, dice lo siguiente:

“1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general.

2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable”.

En el comentario se precisa el alcance de los términos que califican la violación.

4.3.1. Violación grave

La supresión de la distinción, y concretamente del concepto de crímenes del Estado, hizo nacer la necesidad de establecer una distinción resaltando la gravedad, que en el proyecto anterior se reflejaba con el término “crímenes”.

¹⁰²³ El artículo 1 dice: “Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar. Dupuy aclara que tal vez esa interpretación se basa en el contexto histórico y político en el que se negoció la Convención y la posibilidad de que los Estados no hayan querido enunciar expresamente la existencia de un “crimen de Estado”.

¿Qué supone que “la violación sea grave”? El párrafo 2 lo explica diciendo que el incumplimiento de la obligación violada es grave cuando es *flagrante* o *sistemático*.¹⁰²⁴

El Comentario, en el párrafo 8), explica que, para ser considerada “sistemática”, una violación debe llevarse a cabo de manera organizada y deliberada; en cambio, el término “flagrante” se refiere a la intensidad de la violación o de sus efectos; corresponde a violaciones de naturaleza flagrante que equivalgan a un ataque directo y abierto contra los valores que protege la norma. Esos términos no son, por supuesto, mutuamente excluyentes; las violaciones graves serán normalmente sistemáticas y flagrantes. Entre los factores que permiten establecer la gravedad de una violación estarán la intención de violar la norma; el alcance y el número de violaciones individuales; y la gravedad de sus consecuencias para las víctimas. También hay que tener presente que algunas de las normas imperativas de que se trata, muy especialmente las prohibiciones de la agresión y del genocidio, requieren por su propia naturaleza una violación intencional en gran escala.

Resulta un tanto extraño el requisito de la intención, dado que se ha excluido el aspecto subjetivo con la exclusión de la culpa, ya en el proyecto Ago. Por ello parecen acertadas las observaciones de Wyler cuando se pregunta si la sustitución del término crimen por la expresión más extensa relativa a las obligaciones emanadas de normas imperativas supone otro desplazamiento del centro de gravedad del régimen o constituye meramente un “ejercicio cosmético”, reproduciendo el mismo movimiento hacia el polo de atracción de la obligación.¹⁰²⁵

Comparando el artículo 19 del proyecto Ago con el artículo 40 del proyecto Crawford, Wyler llega a la conclusión de que no ha habido un cambio significativo a pesar de la eliminación del concepto “crimen”. Se basa en que a partir de la

¹⁰²⁴ “El agravamiento se produce por una ampliación de las consecuencias que se derivan de la comisión del ilícito y por una ampliación del ámbito de sujetos legitimados para invocar la responsabilidad del Estado infractor”. CEBADA ROMERO, A., *op. cit.*, p. 8, nota 21.

¹⁰²⁵ WYLER, E., *op. cit.*, p. 1153.

naturaleza de la obligación y la gravedad de su violación (gravedad que se mide en función de elementos idénticos) es difícil vislumbrar una diferencia estructural entre ambos artículos.¹⁰²⁶

No obstante, Crawford explica que la supresión del artículo 19 y del término “crimen” no entraña un problema meramente terminológico, sino que toca aspectos sustantivos. En primer lugar, los hechos internacionalmente ilícitos de un Estado conforman una única categoría que ya no se divide en crimen y delito. En segundo lugar, el concepto de crimen internacional ha sido sustituido por el concepto paralelo de normas imperativas. Sin embargo, en otras disposiciones no se mantiene esa frase sino la expresión “obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto” (artículos 42 b) y 48.1b) del proyecto de 2001).¹⁰²⁷

4.3.2. *“Norma imperativa de derecho internacional general”*

El párrafo 2 del artículo 19 anterior definía el crimen internacional como “[e]l hecho internacionalmente ilícito resultante de la violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto”.

De tal modo, atribuía a la comunidad internacional un papel decisivo y determinante. Este requisito desaparece en el nuevo Proyecto, y en cierto sentido se gana en protección dado que el parámetro fijado podía excluir violaciones graves pero que no se considerasen violaciones de una obligación “tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional”.

Dadas las críticas que se hicieron a la expresión “comunidad internacional en su conjunto”, la Comisión, para evitar equívocos, acordó reemplazarla por el concepto de “obligación que emane de una norma imperativa de Derecho internacional general”. No obstante, la expresión criticada se mantuvo en otros

¹⁰²⁶ *Ibidem*.

¹⁰²⁷ Cabe preguntarse con respecto a la frase contenida en el primer párrafo si existen acaso normas imperativas que no sean de derecho internacional general.

artículos del Proyecto, por ejemplo, en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 48, que dice: “La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto”. Además, el concepto de comunidad internacional sigue presente en el artículo 40 dado que en la definición de “norma imperativa de derecho internacional general”, conforme al artículo 53 de la Convención de Viena, uno de los elementos definatorios de la norma imperativa es “la comunidad internacional en su conjunto”. (La parte pertinente del artículo 53 dice: “Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto”).¹⁰²⁸

Es decir, en el régimen general de responsabilidad, en el que incluimos no solo el Proyecto de artículos aquí examinado sino el Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el papel de la comunidad internacional no ha desaparecido sino que se ha anticipado en el tiempo, porque su intervención tiene lugar antes, cuando se reviste a una norma internacional del carácter imperativo.¹⁰²⁹

El párrafo 2) del Comentario explica que el concepto de “norma imperativa de derecho internacional” es reconocido “en la práctica internacional, en la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales y nacionales y en la doctrina jurídica”.

La Comisión adopta el mismo criterio que se ha adoptado en el artículo 53 de la Convención de Viena, por cuanto no da ejemplos de las normas imperativas. Sin embargo, en el párrafo 3) del Comentario aclara: “Las obligaciones a que se refiere el artículo 40 dimanar de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales”.

¹⁰²⁸ Análisis más detenidamente la expresión “la comunidad internacional en su conjunto” en el capítulo sobre el *ius cogens*, como parte del análisis del artículo 53.

¹⁰²⁹ CEBADA ROMERO, A., *op. cit.*, p. 9.

4.3.3. Diferencia entre los conceptos

Como he señalado, la expresión “comunidad internacional en su conjunto” se ha mantenido en el Proyecto del 2001, y cumple una función importante. En efecto, se ha incluido en la Tercera parte, “Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado”, en el capítulo I, “Invocación de la responsabilidad del Estado”, en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 48. El concepto sirve así para diferenciar las consecuencias de la responsabilidad, cumpliendo en cierto modo la función que cumplía la anterior distinción entre crímenes y delitos.

En su párrafo 7), el Comentario general al capítulo III, que estamos examinando, explica la diferencia entre las dos expresiones empleadas en cada uno de los artículos. Por una parte se admite que entre las normas imperativas de derecho internacional general y las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto, independientemente de que sean aspectos de una idea básica única, hay al menos una coincidencia sustancial, como lo demuestran los ejemplos de unas y otras que ha dado la Comisión. Los ejemplos de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto se refieren a obligaciones dimanantes de normas imperativas, y los ejemplos de normas imperativas entrañan obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto. Sin embargo, continúa diciendo, hay al menos una diferencia en cuanto a la importancia que se les asigna: “Mientras que las normas imperativas de derecho internacional general se centran en el alcance y la prioridad que ha de darse a un cierto número de obligaciones fundamentales, en el caso de las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto el centro de atención es esencialmente el interés jurídico de todos los países en su cumplimiento, es decir, su derecho a invocar la responsabilidad de un Estado que cometa una violación”. Habiendo aclarado esto, se ha procurado en el Proyecto reflejar las consecuencias de los dos conceptos de manera que se refleje también la distinta orientación de ambos: en uno, el centro es la obligación generadora de la responsabilidad, en el otro, es el derecho a invocar esa responsabilidad.

Por tanto, en el artículo 40 la atención se centra en la importancia de la obligación violada y en la gravedad de la violación, en cambio, en el artículo 48, donde se emplea la expresión “comunidad internacional en su conjunto”, lo que se pone de relieve es la posibilidad de “invocar” la responsabilidad.

5. Consecuencias del hecho internacionalmente ilícito para los demás Estados

Para el supuesto de que se trate de una violación grave, es aplicable el artículo 41, “Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo”:

- “1. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40.
2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.
3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional”.

Como señala Dupuy, se establecen consecuencias particulares de una violación grave solo respecto de los demás Estados, pero no para el Estado responsable, al que se le aplican las disposiciones previstas en la segunda parte para las violaciones en general. Este autor ve como “resultado paradójico” de la codificación que, por una parte, consagre abiertamente la incidencia del derecho imperativo sobre el régimen de responsabilidad, reforzando así la institución del *ius cogens* en el derecho internacional, y, por otra, debilite esa institución al no

establecer ninguna conclusión particular en cuanto a la agravación de las obligaciones secundarias a cargo del Estado violador de la “supernorma”.¹⁰³⁰

Interesan para nuestro tema en particular las frases siguientes del Comentario. Con respecto al párrafo 1 del artículo, el párrafo 3) del Comentario dice: “Sin embargo, está claro que la obligación de cooperar se aplica a los Estados independientemente de que resulten o no afectados por la violación grave. Lo que se pide es que ante las violaciones graves todos los Estados realicen un esfuerzo conjunto y coordinado para contrarrestar los efectos de esas violaciones..”.

Con respecto al párrafo 2 del artículo, el párrafo 4) del comentario resalta el “deber de abstención” que tienen los Estados, y que comprende dos obligaciones: la primera, “no reconocer como lícita ninguna situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40”, y la segunda, “no prestar ayuda ni asistencia para mantener esa situación”.

Y en el párrafo 5) explica que la primera de esas dos obligaciones se refiere a la obligación de “no reconocimiento colectivo por la comunidad internacional en su conjunto de la legitimidad de situaciones directamente resultantes de violaciones graves en el sentido del artículo 40”.

Si bien se plantea el problema de la intervención en muchos casos políticamente dudosos, es evidente que no se puede pasar por alto la cantidad de casos en que la presión internacional, en las organizaciones internacionales, por ejemplo, hubiese podido al menos denunciar graves violaciones de derechos humanos. (Por ejemplo, cuando se han aceptado como miembros de las Naciones Unidas países con gobiernos francamente violadores de los derechos humanos, o no se ha adoptado ninguna actitud que manifestara la oposición a esos gobiernos).

La Comisión de Derecho Internacional ha mantenido la obligación de todos los Estados distintos del Estado responsable de adoptar una “posición no neutral”. Esto significa: cooperar para poner fin, por medios lícitos, a todo hecho ilícito contra la comunidad internacional, por ejemplo, no reconociendo la legalidad de la

¹⁰³⁰ DUPUY, P. M., *Droit International Public, op. cit.*, p. 503.

situación creada. Esta obligación de no reconocimiento -señala Alcaide Fernández- aplica la llamada ‘doctrina Stimson’, recogida en dos resoluciones de las Naciones Unidas: “No se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de amenaza o el uso de la fuerza”.¹⁰³¹ Además, “está en íntima conexión con la naturaleza imperativa de la norma que contiene la obligación violada”.¹⁰³²

Es notable el efecto que puede tener esta disposición. Ante un Estado que se encuentra en una situación en que incurre o ha incurrido en una violación grave, nace la obligación para todos los demás Estados de “no reconocer como lícita” esa situación. Sin embargo, el no reconocimiento de la situación como lícita no supone la posibilidad de adoptar contramedidas, dado que estas solo pueden ser adoptadas por el Estado lesionado. (Sin embargo, esta expresión, Estado lesionado, que se define en el artículo 42, puede ser interpretada en sentido amplio).

El otro artículo relativo a las consecuencias de la violación de las obligaciones es el artículo 48, titulado “Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado”. (El régimen aplicable a los Estados lesionados, artículos 42 a 46, y el capítulo relativo a las contramedidas no son pertinentes al tema que estamos tratando, dado que no nos interesa la relación entre Estados, sino en la medida en que suponga una reacción al comportamiento del Estado frente a sus nacionales).

El texto del artículo 48 es el siguiente:

“1. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si:

- a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o

¹⁰³¹ Resolución 2625 (XXV) y Resolución 3314 (XIX) de la Asamblea General.

¹⁰³² ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 90.

b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

2. Todo Estado con derecho a invocar la responsabilidad según el párrafo 1 podrá reclamar al Estado responsable:

a) La cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30; y

b) El cumplimiento de la obligación de reparación, de conformidad con lo dispuesto en los precedentes artículos, en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada”.

Examinaré los comentarios y las observaciones de la doctrina respecto del apartado b) del párrafo 1 y del apartado b) del párrafo 2 porque son los que revisten interés en el tema que estamos considerando.

El párrafo 8) del Comentario explica que el apartado b) del párrafo 1 tiene por objeto poner en práctica la declaración de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*, donde estableció la distinción básica entre las obligaciones frente a determinados Estados y las obligaciones frente a la “comunidad internacional en su conjunto” y declaró, respecto a las segundas, que “habida cuenta de la importancia de los derechos de que se trata, cabe sostener que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección: son obligaciones *erga omnes*”.¹⁰³³

Varios autores ponen de relieve la preferencia de la Comisión por la expresión “la comunidad internacional en su conjunto” como destinataria de la obligación violada, a la expresión “obligaciones *erga omnes*”, dado que, como se explica en el párrafo 9) del Comentario: “Aun cuando recogen la esencia de esta declaración, los artículos evitan utilizar las palabras “obligaciones *erga omnes*”, que transmiten menos información que la referencia hecha por la Corte a la

¹⁰³³ ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, (Belgium Vs, Spain) Second Phase. Judgment 5th of February 1970, ICJ, Reports, 1970.

comunidad internacional en su conjunto y que se han confundido, en ocasiones, con las obligaciones debidas a todas las partes en un tratado”.

Como explica Scobbie, esta precisión se relaciona con la intención de trascender la bilateralidad que ha caracterizado siempre a las cuestiones de responsabilidad, adoptando un enfoque más inclusivo, como el de “comunidad internacional”, que comprende entidades no estatales.¹⁰³⁴

Alcaide Fernández sostiene que los hechos ilícitos contra la comunidad internacional son la expresión más clara de la ruptura de la bilateralidad de las relaciones de responsabilidad de los Estados.¹⁰³⁵

Respecto de la bilateralidad, Picone formula una crítica a la última versión del Proyecto de artículos en el sentido de que en este “[...] se procede en todas partes a una contraposición entre el ‘Estado lesionado’ y los Estados ‘distintos del Estado lesionado’, casi como si no pudiesen existir hipótesis, que potencialmente son las más numerosas, en las que el ilícito *erga omnes* que se debe perseguir *no* comporte la existencia de un Estado lesionado (y produzca por lo tanto la lesión de los intereses y valores de la comunidad internacional solamente, considerada como un todo)”.¹⁰³⁶

La distinción entre Estados lesionados y no lesionados afecta sobre todo al régimen de las contramedidas. El texto del artículo 42, “Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado”, y el del artículo 48, “Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del lesionado”, establecen una diferencia entre ambos conceptos.¹⁰³⁷ Pérez Giralda, resumiendo esas consecuencias, dice: “a

¹⁰³⁴ SCOBIE, I., «The Invocation of Responsibility for the Breach of ‘Obligations’», en *European Journal of International Law*, n.º 13 (2002), p. 1209.

¹⁰³⁵ ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 101.

¹⁰³⁶ PICONE, P., «La distinzione tra norme internazionali di Jus Cogens e norme che producono obblighi erga omnes», *op. cit.*, p. 18.

¹⁰³⁷ En el primero, la obligación que nos interesa en este contexto, con relación a la comunidad internacional en su conjunto, así como la violación de esa obligación, han de afectar especialmente “a ese Estado”, es decir, al Estado lesionado, y ha de ser tal que modifique radicalmente la situación de todos los demás con los que existe esa obligación. En cambio, en el artículo 48, en el supuesto que nos interesa, a saber, el apartado b), el Estado (distinto del lesionado) no ha de cumplir ningún requisito adicional para invocar la

los Estados "lesionados" del artículo 42 se les aplican en su totalidad las consecuencias previstas en la Parte II, en cambio los Estados del artículo 48 solamente pueden invocar la responsabilidad para exigir la cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, así como el cumplimiento de las obligaciones de reparación en relación con el Estado lesionado o con los beneficiarios de la obligación violada".¹⁰³⁸

Me interesa recalcar el párrafo 12) del Comentario porque destaca, respecto del apartado b) del párrafo 2 del artículo 48, que la reclamación de una reparación debe hacerse en interés del Estado lesionado, en su caso, o de "los beneficiarios de la obligación violada": "Este aspecto del párrafo 2 del artículo 48 entraña una medida de desarrollo progresivo, que está justificada ya que es un medio de proteger el interés comunitario o colectivo en juego". Y recuerda que diversos tratados sobre derechos humanos permiten que cualquiera de los Estados Partes haga valer la responsabilidad del Estado infractor. La frase final de este punto del Comentario es muy interesante porque deja abierta la posibilidad de que el Estado reclamante actúe en nombre de un particular lesionado. Esto se deduce del texto: "Cuando la parte lesionada es un Estado [...]" (deja, pues, abierta la posibilidad de que no lo sea). Además, en la nota se remite a los párrafos 3) y 4) del Comentario al artículo 33. En ambos hay una referencia explícita a las personas físicas afectadas por violaciones de derechos humanos. Me refiero más detenidamente a esto en el punto relativo al alcance de las obligaciones.

El párrafo 13) del Comentario al artículo 48 se refiere al párrafo 3 del artículo, y explica que cumple una doble finalidad: por una parte dicho párrafo

responsabilidad por la violación de una obligación existente con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

¹⁰³⁸ PÉREZ GIRALDA, A., «El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (2002): disponible en www.reei.org/reei4/PerezGiralda.pdf. Dupuy interpreta, en cambio, que la frase "beneficiarios de la obligación violada" podría abarcar a todos los miembros de la comunidad internacional, lo que podría dar lugar a la adopción unilateral de contramedidas. Pero este autor, al parecer, considera que existe una vinculación entre el artículo 48 y la parte relativa a las contramedidas; en cambio, creo que la vinculación ha de hacerse con el artículo 54, como lo dice el texto de este último. DUPUY, P. M., *Droit International Public*, op. cit., p. 551.

aclara que una violación grave en el sentido del artículo 40 entraña las consecuencias jurídicas previstas para todas las violaciones en los capítulos II y III de la segunda parte, o sea, el Estado responsable debe cesar el hecho ilícito, continuar el cumplimiento de la obligación, dar garantías y seguridades de no repetición y dar reparación. Por otra parte -continúa explicando el párrafo 14) del Comentario- el párrafo 3 deja abierta la posibilidad a toda otra consecuencia que la violación grave pueda generar según el derecho internacional, con lo que establece que la enumeración del artículo no tiene carácter taxativo.

5.1. “Invocación”

Respecto del término “invocación”, Scobbie señala que, a pesar de que se utiliza en varios artículos y de la significación central que tal concepto tiene en el régimen de la responsabilidad, no figura en el Proyecto de artículos ninguna definición de lo que se entiende por invocación, por lo que se hace necesario recurrir al párrafo 2) del comentario al artículo 42, que dice lo siguiente¹⁰³⁹: “Este capítulo se expresa en términos de la invocación por un Estado de la responsabilidad de otro Estado. Con tal objeto, debe entenderse que la invocación significa adoptar medidas de carácter relativamente oficial, por ejemplo, la presentación de una reclamación contra otro Estado o la iniciación de procedimientos ante una corte o tribunal internacional. Un Estado no invoca la responsabilidad de otro Estado tan sólo porque critica a dicho Estado por una violación y pide que se cumpla la obligación, o incluso si se reserva sus derechos o protesta [...]”.

5.2. *Contramedidas y otras medidas*

Es evidente que estas solo pueden ser adoptadas por los Estados lesionados. Los párrafos del Comentario al capítulo II, “Contramedidas”, de la Tercera parte, “Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado”, dejan pocas dudas acerca de que es únicamente el Estado lesionado el que puede adoptarlas.

¹⁰³⁹ SCOBBIIE, I., *op. cit.*, p. 1205.

Así lo establece expresamente el párrafo 1 del artículo 49: “El Estado lesionado solamente podrá tomar contramedidas contra el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumban en virtud de lo dispuesto en la segunda parte”. Si bien el término “solamente” se vincula con el objeto de las contramedidas, como aclara el Comentario en su párrafo 1) “[l]as contramedidas sólo pueden ser adoptadas por un Estado lesionado con objeto de inducir al Estado responsable a cumplir las obligaciones que le incumban [...]”.¹⁰⁴⁰ Ello significa que los Estados previstos en el artículo 48 no pueden recurrir a las contramedidas.

No obstante, el artículo 54, “Medidas tomadas por Estados distintos del Estado lesionado”, les reconoce la facultad de tomar otro tipo de medidas. Su texto es el siguiente: “Este capítulo no prejuzga acerca del derecho de cualquier Estado, facultado por el párrafo 1 del artículo 48 para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada”.

Considero que este artículo es fundamental para el tema del presente trabajo, dado que faculta a los demás Estados a tomar medidas a favor de las víctimas de los crímenes internacionales que el Estado tiene la obligación de investigar.

Como hemos visto, se repite la frase “o de los beneficiarios de la obligación violada”, reconociéndose implícitamente, como ya he señalado, la existencia de una responsabilidad internacional frente a los ciudadanos de otros Estados, en cuanto víctimas de los hechos ilícitos de su propio Estado. Es una garantía internacional frente al incumplimiento por los Estados de las obligaciones que les corresponden frente a los ciudadanos. La comunidad internacional se hace garante del Estado, en tanto este es uno de sus miembros, y en tanto los ciudadanos de los Estados también son sujetos de la comunidad internacional.

¹⁰⁴⁰ El párrafo 2 del artículo 49 especifica: “Las contramedidas se limitarán al incumplimiento temporario de obligaciones internacionales que el Estado que toma tales medidas tiene con el Estado responsable”.

El párrafo 1) del Comentario dice que “[...] en lo que respecta a las obligaciones mencionadas en el artículo 48, se reconoce que esos Estados [se refiere a cualquier Estado en caso de violación de una obligación frente a la comunidad internacional en su conjunto, o a cualquier miembro de un grupo de Estados cuando se trate de proteger los intereses colectivos del grupo] tienen un interés jurídico en el cumplimiento. La cuestión está en determinar hasta qué punto esos Estados pueden hacer valer legítimamente un derecho a reaccionar contra violaciones no reparadas”. En el párrafo 3) se indica que la práctica ha sido limitada, y que en los casos en que ha habido reacciones, estas han adoptado la forma de sanciones económicas o medidas de otra índole. Se citan ejemplos, de los que recordaremos los más pertinentes a nuestro tema.

5.2.1. Ejemplos

En 1978, el Congreso de los Estados Unidos aprobó una normativa por la que se prohibía exportar productos y tecnología a Uganda e importar cualquier cosa de ese país alegando que “el Gobierno de Uganda había cometido genocidio contra los ugandeses y que los Estados Unidos deben adoptar medidas para desvincularse de todo gobierno extranjero que cometa el crimen internacional de genocidio”.

En 1981 Estados Unidos y otros países occidentales tomaron medidas contra Polonia y la Unión Soviética, entre ellas la suspensión con efecto inmediato (sin seguir los procedimientos previstos) de los tratados que conferían derechos de aterrizaje a *Aeroflot* en los Estados Unidos, alegando la imposición de la ley marcial y la represión de manifestaciones y encarcelamiento de disidentes por el Gobierno polaco.

En 1985 el Congreso de los Estados Unidos adoptó la *Comprehensive Anti-Apartheid Act* por la que se suspendían, con efecto inmediato, los derechos de aterrizaje de *South African Airlines* en territorio estadounidense, en contra de lo dispuesto en el Acuerdo de Aviación concertado en 1947 con la Unión Sudafricana. Es interesante poner de relieve la justificación aducida: inducir al Gobierno de

Sudáfrica a “adoptar medidas que llevaran a instaurar una democracia sin distinción de razas”.

En 1991, los Estados miembros de la Comunidad Europea, en respuesta a la reanudación de los combates en Yugoslavia, denunciaron el Acuerdo de Cooperación con Yugoslavia en forma incompatible con las condiciones estipuladas en dicho Acuerdo. Lo justificaron por la amenaza para la paz y la seguridad de la región

En 1998, los Estados miembros de la Comunidad Europea adoptaron leyes para la congelación de los fondos yugoslavos y la prohibición inmediata de los vuelos para varios países. El Reino Unido, dado que esa prohibición implicaba el incumplimiento del Acuerdo bilateral concertado con la República Federativa de Yugoslavia, adujo como justificación lo siguiente: “del historial cada vez más grave que tiene el Presidente Milosevic en materia de derechos humanos se desprende que, desde una perspectiva moral y política ha privado a su Gobierno del derecho a insistir en que se le aplique el plazo de 12 meses de antelación que se le aplicaría normalmente”.¹⁰⁴¹

Las reacciones o medidas legítimas, conforme al artículo 54, por parte de Estados distintos del lesionado, que las adoptan invocando un interés general o colectivo, no son frecuentes ni siquiera en los casos de graves violaciones de derechos humanos. Parecería entonces mucho más improbable que tengan lugar en caso de que el hecho ilícito del Estado consista en el incumplimiento de las obligaciones que le impone el derecho internacional de perseguir penalmente las violaciones cometidas en su territorio.

No obstante, el régimen de responsabilidad existe, las obligaciones mencionadas están reconocidas en varios instrumentos internacionales, emanan de normas imperativas del derecho internacional, es decir, tienen carácter *ius cogens*, desde el momento en que se asocian con la efectividad de la protección de los derechos humanos contra los crímenes internacionales. Habría que

¹⁰⁴¹ Los ejemplos los he tomado del Comentario al Proyecto de artículos, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, *op. cit.*

investigar si antes de proceder a la persecución de los crímenes cometidos en otro Estado en ejercicio de la jurisdicción universal, los Estados no tendrían que intentar inducir al cumplimiento de las obligaciones que le corresponden en ese sentido al Estado del territorio. También es posible que el ejercicio mismo de la jurisdicción universal sea una “medida lícita” encaminada a, de un modo u otro, “asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada”, según el artículo 54.

5.2.2. Extensión en el tiempo

El artículo 14, titulado “Extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional” tiene el texto siguiente:

“1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren.

2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.

3. La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación”.

La pertinencia de este artículo para nuestro tema reside en que contempla indirectamente el delito de desaparición forzada, que se caracteriza por su extensión en el tiempo. En el párrafo 4) del Comentario se hace referencia expresa a este delito. Dice que “[e]l hecho de si un acto ilícito se ha consumado o tiene un carácter continuo dependerá tanto de la obligación primaria como de las circunstancias del caso. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos

Humanos ha interpretado la desaparición forzada o involuntaria como un hecho ilícito continuado, que persiste mientras el interesado se encuentre en paradero desconocido”.¹⁰⁴²

El párrafo 6) del Comentario establece con claridad qué se entiende por hecho de carácter continuado, diferenciando la continuación de los efectos de la continuación del hecho mismo:

“Un hecho no tiene un carácter continuado únicamente porque sus efectos o consecuencias se extiendan en el tiempo. Debe ser el hecho ilícito como tal el que continúa. En muchos casos, las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos pueden ser prolongadas. El dolor y el sufrimiento causados por anteriores actos de tortura o los efectos económicos de una expropiación de bienes persisten aunque la tortura haya cesado o el título de los bienes haya sido restituido. Esas consecuencias constituyen el objeto de las obligaciones secundarias de reparación, incluida la restitución, que se enuncian en la segunda parte de los artículos”.

6. Consecuencias del hecho internacionalmente ilícito para el Estado responsable.

Con respecto a las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito para el Estado responsable del mismo es necesario volver al artículo 41, del capítulo III de la segunda parte, que dice: “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte [...]”. Entre dichas consecuencias se encuentran las obligaciones del Estado responsable previstas en los artículos 30 y 31. El primero reza: “El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: a) A ponerle fin si ese hecho continúa; b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen”. El segundo: “1. El Estado responsable está obligado a reparar

¹⁰⁴² Se remite al caso *Blake*, sustanciado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Corte IDH, caso *Blake vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C n.º 36, párr. 67.

íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. 2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”.

En el capítulo II de esa misma parte se describen las formas de reparación, enumeradas en el artículo 34. De ellas nos interesan la prevista en el artículo 36, la indemnización, y la prevista en el artículo 37, la satisfacción. Respecto a la indemnización, el párrafo 2 del artículo 36 dice: “La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado”. El párrafo 19) del Comentario se refiere a la indemnización por daños personales, que se ha planteado en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la Corte Interamericana de Justicia.

Sin embargo, resulta difícil imaginarse la cuestión de la indemnización por el incumplimiento de la obligación del Estado de ejercer su jurisdicción penal respecto de los crímenes internacionales perpetrados en su territorio. Más fácil, en cambio, resulta imaginarse la obligación de dar satisfacción. El párrafo 1 del artículo 37 dice: “El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización”. A tenor del párrafo 2 del mismo artículo, “[l]a satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada”.

El Comentario, en el párrafo 5), explica que las formas indicadas son solo ejemplos, dado que la forma de satisfacción adecuada dependerá de las circunstancias y no puede prescribirse de antemano. Dice: “Hay muchas posibilidades, incluida una investigación de las causas de un accidente que provocó un daño, un fondo fiduciario para gestionar el pago de indemnizaciones en interés de los beneficiarios, medidas disciplinarias o penales contra las personas cuya conducta causó el hecho internacionalmente ilícito [...]. Las seguridades o garantías de no repetición [...] también pueden ser una forma de satisfacción”.

Aún más pertinente es la modalidad que menciona el Comentario en el párrafo 6), como una de las más corrientes en el caso de un perjuicio no material o moral: “la declaración de la ilicitud del hecho por una corte o tribunal competente”. (Por ejemplo, en el caso de una ley de amnistía, la declaración de su nulidad por la Corte Suprema de Argentina, o en el caso de España la anulación de las sentencias pronunciadas por los Tribunales especiales de represión (el Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público o los tribunales militares, por ejemplo).¹⁰⁴³

Asocio con esto lo que sostenía Anzilotti en el sentido de que una mera declaración solemne de la norma jurídica que se pretende violada puede ser más que suficiente a los efectos que persiguen los Estados que no son el afectado, dado que si en el caso del afectado la finalidad de la acción es obtener reparación, en el caso de los no afectados directamente es la afirmación y defensa del derecho objetivo.¹⁰⁴⁴ Esto se debe -afirma- a que los Estados tienen un gran interés en que se respeten las normas más generales del derecho internacional, aquellas que “el consenso común considera obligatorias para todos los Estados y fundamentales”.¹⁰⁴⁵

Ahora bien, los demás Estados seguirán teniendo ese interés aun cuando la violación no los afecte directamente. No obstante, para Anzilotti, esta actividad no

¹⁰⁴³ Sobre estos tribunales véase: DEL ÁGUILA, J. J., *El TOP: la represión de la libertad (1963-1977)*, Barcelona, Planeta, 2001 y PORTILLA, G., *La consagración del Derecho penal de autor durante el franquismo. El Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo*, Granada, Editorial Comares, 2009.

¹⁰⁴⁴ ANZILOTTI, D., *op. cit.*, p. 89. En cambio, la situación del Estado afectado por la violación es otra: este ejerce un auténtico derecho fundado en la responsabilidad del Estado autor del ilícito. Pero la responsabilidad de este último tiene carácter reparatorio y no satisfactorio: el derecho del Estado afectado se limita al resarcimiento del daño y a eventuales garantías para el futuro.

¹⁰⁴⁵ *Ibidem*. A pesar de la analogía con la teoría de Jakob, de la necesidad de afirmación de la norma que ha sido violada, considero que el contexto internacional es muy diferente al interno en cuanto a las reacciones al ilícito y que lo dicho respecto a la satisfacción no puede considerarse una aplicación de esta doctrina.

tiene su razón de ser en la responsabilidad del Estado autor de la violación, sino en la necesidad de tutelar un interés de la comunidad internacional.¹⁰⁴⁶

6.1. Alcance de las obligaciones internacionales del Estado responsable

Otro artículo que trasciende la bilateralidad del régimen de responsabilidad nombrando como destinataria de la responsabilidad estatal nuevamente a la comunidad internacional en su conjunto es el 33, titulado “Alcance de las obligaciones internacionales enunciadas en la presente parte”. Su texto es el siguiente:

“1. Las obligaciones del Estado responsable enunciadas en la presente parte pueden existir en relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto, según sean, en particular, la naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de la violación.

2. La presente parte se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional de un Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado”.

La “parte” a la que se refiere es la segunda parte del Proyecto de artículos, titulada “Contenido de la responsabilidad internacional del Estado”, y en ella se establecen, a tenor del artículo 28, las consecuencias jurídicas que produce la responsabilidad internacional del Estado.

El párrafo 2 del artículo es muy claro con respecto a la posibilidad de que los destinatarios de la reparación por el hecho ilícito sean individuos. El párrafo 3) del Comentario da el ejemplo pertinente a nuestro tema. Dice que “la responsabilidad de un Estado por la violación de una obligación que le incumbe conforme a un tratado relativo a la protección de los derechos humanos puede existir en relación con todas las partes del tratado, pero las personas interesadas

¹⁰⁴⁶ *Ibídem*.

deben considerarse como beneficiarias en última instancia y, en tal sentido, como los titulares de los derechos pertinentes”.

Como aquí nos interesa considerar lo que sucede dentro del marco de los derechos humanos, cabe preguntarse con Meron si al violar los derechos humanos de sus propios nacionales un Estado ofende el orden jurídico internacional, con lo que ofende igualmente a cada Estado que integra ese orden. La respuesta sería afirmativa: cualquier Estado tendría la legitimidad necesaria para interponer una acción contra aquellos Estados que perpetran violaciones de los derechos humanos en su propio territorio, y ello se vincularía con la jurisdicción universal.¹⁰⁴⁷

Meron se remite al Comentario de la Comisión de Derecho Internacional al anterior artículo 3 del Proyecto de artículos donde se explicaba que el derecho internacional hoy día establece cada vez más obligaciones de los Estados frente a sus propios ciudadanos. Basta observar las convenciones sobre derechos humanos o los convenios internacionales del trabajo. Cuando se viola una de esas obligaciones, la violación no causa normalmente ningún daño económico a otros Estados Partes en la convención o convenio.¹⁰⁴⁸ Sin embargo, constituye evidentemente un acto ilícito internacional.

Cabe destacar que al eliminarse el requisito del daño de la definición de responsabilidad internacional, y consagrar la responsabilidad objetiva, normativa, por la mera violación de la norma, en el Proyecto de artículos se ha separado la responsabilidad estatal del bilateralismo tradicional, subordinado al daño. “Si la violación entraña automáticamente la responsabilidad, ello puede significar que la violación misma del derecho constituye un perjuicio que permite a quien lo ha sufrido reclamar el restablecimiento del orden jurídico”.¹⁰⁴⁹

En la Comisión de Derecho Internacional se ha descrito la idea de la responsabilidad objetiva como un reconocimiento de que existía una legalidad

¹⁰⁴⁷ MERON, T., *The Humanization of International Law*, *op. cit.*, p. 249.

¹⁰⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁴⁹ STERN, B., «La responsabilité dans le système international: Conclusions générales», en AAVV, *La responsabilité dans le système international*, París: Pedone, 1991, pp. 319 y 331.

internacional y que los Estados debían respetarla aun cuando si no lo hicieran no estarían infligiendo un daño directo a otros Estados. En pocas palabras, se reconocía la existencia de una “sociedad de derecho” en el ámbito internacional.

7. El *ius cogens* y la responsabilidad de los Estados

El texto del artículo 26, titulado “Cumplimiento de normas imperativas”, dice lo siguiente: “Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general”.

Con esta disposición el régimen de exclusión de la ilicitud desarrollado en varios artículos del capítulo V queda subordinado a las normas imperativas, es decir, de *ius cogens*. El Comentario, en el párrafo 4), explica que “resulta conveniente dejar en claro que las circunstancias que excluyen la ilicitud en el capítulo V de la primera parte no autorizan ni excusan ninguna desviación de una norma imperativa de derecho internacional general”. Y afirma también que “el estado de necesidad no puede excusar la violación de una norma imperativa”.

En el párrafo siguiente del Comentario se hace referencia al artículo 53 de la Convención de Viena, con lo que se confirma la intención de seguir la definición de normas imperativas en ella contenida, y la necesidad de dar a esta definición un alcance más amplio que el del derecho de los tratados. La última frase del párrafo 5) del Comentario dice que “[...] diversos tribunales, tanto nacionales como internacionales, han afirmado la idea de las normas imperativas en contextos que no se limitan a la validez de los tratados. Esas normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas comprenden las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos contra la humanidad y tortura, y el derecho a la libre determinación”.

Este es un aporte fundamental para el debate sobre la extensión del artículo 53 más allá del derecho de los tratados, dado que confirma la interpretación de su aplicabilidad a los actos unilaterales de los Estados.¹⁰⁵⁰

Queda confirmada también aquí la dimensión axiológica del *ius cogens* que hemos considerado en el capítulo III, dado que al reflejar valores fundamentales para la comunidad internacional, las normas de *ius cogens* prevalecen respecto del consentimiento de los Estados. “Ante todo [...] las normas de *ius cogens*, al igual que en los ordenamientos internos, suponen un límite a la autonomía de la voluntad; como se ha señalado, constituyen, sin duda alguna, el más fuerte límite que el medio colectivo en que los Estados viven y desenvuelven su actividad impone al relativismo del Derecho internacional, al voluntarismo y subjetivismo de los Estados soberanos”.¹⁰⁵¹

Se ha señalado que los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional ponen de manifiesto el papel del *ius cogens* “como elemento corrector, como factor de filtro, como derecho que debe observarse tanto en la constitución como en el contenido de toda relación jurídica de responsabilidad internacional”.¹⁰⁵²

Los autores citados señalan que en el proyecto aprobado en 2001 persiste con la misma intensidad la impronta del *ius cogens* a pesar de la desaparición formal de la distinción entre crímenes y delitos.¹⁰⁵³ Pero consideran que la

¹⁰⁵⁰ CASADO RAIGÓN, R.; VÁZQUEZ GÓMEZ, E.M., «La impronta del *Ius cogens* en el Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos», en A. Salinas de Frías y M. Vargas Gutiérrez-Urrutia (coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. I, 343-360, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005.

¹⁰⁵¹ CASADO RAIGÓN, R., *Notas sobre el ius cogens internacional*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁰⁵² CASADO RAIGÓN, R.; VÁZQUEZ GÓMEZ, E. M., *op. cit.*, 346- 347. Deducen que la norma imperativa, con independencia de la gravedad de su violación, “convierte en lesionado a todo Estado o, en otro caso, le otorga al menos el derecho de invocar en las condiciones establecidas la responsabilidad del Estado al que se imputa el hecho internacionalmente ilícito”.

¹⁰⁵³ *Ibidem*, p. 350. Se preguntan a este respecto por qué la Comisión ha empleado la expresión obligación que existe “en relación con la comunidad internacional en su conjunto”, en lugar de la expresión que ha utilizado en el artículo 40, obligación que emana de una “norma imperativa de derecho internacional general”, (que equiparan a normas de

referencia a la “comunidad internacional en su conjunto’ es esencial no sólo en la búsqueda del lesionado sino también en la calificación del hecho y en la decisión de sus consecuencias”.¹⁰⁵⁴

A mi juicio, con la desaparición de la distinción entre crímenes y delitos el papel del *ius cogens* ha adquirido mayor relevancia, dado que el concepto de violación grave de una obligación emanada de una “norma imperativa de derecho internacional general” ha quedado como único parámetro para calibrar la gravedad del ilícito.

Para concluir, merece la pena reproducir un párrafo de un voto particular del juez Cançado Trindade, que considera que el *ius cogens* es un elemento fundamental del régimen de responsabilidad internacional del Estado:

“El concepto de *jus cogens* efectivamente no se limita al derecho de los tratados, y es igualmente propio del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados. Los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en 2001, dan testimonio de este hecho. [...] En mi entendimiento, **es en este capítulo central del Derecho Internacional, el de la responsabilidad internacional (quizás más que en el capítulo del derecho de los tratados), que el *jus cogens* revela su real, amplia y profunda dimensión**, alcanzando todos los actos jurídicos (inclusive los unilaterales), e incidiendo (inclusive más allá del dominio de la responsabilidad estatal) en los propios fundamentos de un derecho internacional verdaderamente universal”.¹⁰⁵⁵ (El resalte es mío).

Como ha puesto de relieve hace varios años García Amador, así como los Estados ya no son los únicos sujetos de las obligaciones del derecho internacional,

ius cogens). Responden que al parecer la primera de las expresiones mencionadas es más neutra y elude la difícil identificación de las normas de *ius cogens*.

¹⁰⁵⁴ *Ibidem*, p. 360

¹⁰⁵⁵ Voto Concurrente del juez Cançado Trindade, en la Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados, de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18.

éste actualmente “no se ocupa únicamente de regular las relaciones entre Estados, porque uno de los objetivos de sus normas es proteger intereses y derechos que no corresponden realmente al Estado”. Y observa que es fácil comprender la gran influencia que esta nueva situación puede tener en la función que ha de cumplir en el futuro el régimen jurídico de la responsabilidad internacional.¹⁰⁵⁶

8. Responsabilidad del Estado en relación con el ejercicio de la jurisdicción

En el marco de la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se inscribe el incumplimiento de la obligación del Estado de perseguir penalmente la comisión de graves crímenes cometidos en su territorio. En este tema, es preciso distinguir la obligación jurisdiccional del Estado, es decir, el cumplimiento de la función de administración de justicia con respecto a los crímenes internacionales, en cuanto obligación internacional del Estado, con independencia de las demandas de los ciudadanos, y esa obligación en cuanto respuesta al derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, o sea, como obligación del Estado de atender las demandas de justicia presentadas por los ciudadanos.

Podríamos entonces, con la terminología de Ferrajoli, denominar la primera situación, es decir, la del ámbito internacional, criminalidad estatal externa, y la segunda, criminalidad estatal interna. Esta, según dicho autor, “se expresa en los delitos del Estado contra sus ciudadanos [y] es, al menos en principio, un problema de derecho penal interno, dando por descontado que desde este punto de vista es imputable, propiamente, no al Estado sino a los sujetos que ejercen poderes estatales”.¹⁰⁵⁷

Kai Ambos se inclina a considerar que los Estados que no persiguen las graves violaciones de los derechos humanos contravienen el derecho internacional “y cometen un delito internacional”, aunque sostiene que “según cómo se juzgue la

¹⁰⁵⁶ GARCÍA AMADOR, F. V., *op. cit.*, p. 375.

¹⁰⁵⁷ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducido por A. Ruiz Miguel; J.C. Bayón Mohino; J. Terradillos Basoco; R. Cantarero Bandrés y P. Andrés Ibañez, Madrid: Trotta, 1997, pp. 936 y 937.

relación entre el derecho internacional y el nacional se tendrá o no como contrario al derecho internacional un comportamiento del derecho nacional que se oponga a aquél, por ejemplo una ley de amnistía”.¹⁰⁵⁸

Se han tratado extensamente las limitaciones al ejercicio de la jurisdicción, a la potestad punitiva del Estado, las garantías que supone el debido proceso, pero no tanto la falta de actividad jurisdiccional por parte del Estado. Es decir, se han considerado los excesos pero no los defectos, entendiendo por tales también el retardo de justicia o la falta de la debida diligencia.

La razón de esta situación, creo, se debe a que el ejercicio de la jurisdicción se ha visto siempre como una prerrogativa de la soberanía. La función jurisdiccional es el ejercicio por excelencia de la soberanía estatal. Como dice Guzmán Dalbora, “la función jurisdiccional resulta inconcebible desligada de la soberanía”.¹⁰⁵⁹ De ahí que se haya intentado regular este ejercicio, contener sus posibles extralimitaciones.¹⁰⁶⁰ La relación que se da en el ejercicio habitual de la jurisdicción penal es la relación entre el individuo o los individuos delincuentes y el Estado. En el caso de los crímenes internacionales, según la definición que he dado en el capítulo II, la relación se invierte, siempre será una relación entre el Estado y los individuos, porque la responsabilidad penal es individual, pero el crimen se ha perpetrado con la participación o bajo el amparo del Estado. Por lo tanto, en cierto sentido el Estado es juez y parte, aunque como juez lo represente otro gobierno distinto del que ha sido “parte”.

¹⁰⁵⁸ AMBOS, K., *Impunidad y derecho internacional*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 121.

¹⁰⁵⁹ GUZMÁN DALBORA J. L., «La administración de justicia como objeto de protección jurídica. (Observaciones preliminares a los delitos que la ofenden)», en A. Messuti y J. A. Sampedro Arrubla (comps.), *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, p. 124. Puntualiza que “la función jurisdiccional es una función bien precisa del Estado, que constituye una de las tres funciones en las que se despliega el poder soberano de la entidad estatal”. *Ibíd.*, p. 125.

¹⁰⁶⁰ Por ejemplo, Zaffaroni, considerando el ejercicio de la jurisdicción como posibilidad, es decir, facultad, dice: “Comprobada la existencia de un delito, corresponde a la agencia judicial la habilitación para el ejercicio de cierto poder punitivo sobre la persona identificada como su sujeto activo. Frente a este requerimiento, la agencia tiene la *posibilidad de proporcionar una respuesta punitiva*”, ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. W., *Derecho penal: parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 837.

Ante ello Ferrajoli se pregunta “¿[c]uáles son, más allá del derecho de resistencia, los remedios para las lesiones de los derechos fundamentales producidas por la criminalidad y la impunidad de los mismos Estados que deberían garantizarlos”. Y añade: “¿qué defensas tiene el ciudadano del Estado ‘delincuente’ en el caso de que sea inefectivo frente a él el derecho penal y procesal interno?”.¹⁰⁶¹

Deduce Ferrajoli de esa posible inefectividad del derecho interno y del carácter fundamental de “los derechos vitales” de los ciudadanos frente a los Estados el carácter “supraestatal” de estos derechos, es decir, su internacionalidad.¹⁰⁶² Parecería que únicamente el derecho internacional puede asegurar y garantizar al ciudadano su derecho a una tutela judicial efectiva. Sin embargo, también en el derecho interno está previsto este derecho individual y el delito correspondiente a su negación por parte de las autoridades. Por ello, antes de examinar las disposiciones internacionales que se refieren a esa obligación, consideraré las normas nacionales, en la legislación española y en la argentina, que prevén la obligación mencionada del Estado de administrar justicia.

8.1. Responsabilidad por denegación de justicia

El incumplimiento de la obligación del Estado de atender a las demandas de justicia por los crímenes contra la humanidad puede constituir un delito de denegación de justicia. Cuando el Estado invoca para no entender en esas causas leyes, o argumentos como la prescripción o la irretroactividad de la ley penal, o incluso el principio de legalidad, podríamos decir que nos encontramos ante el supuesto previsto en el artículo 27 de la Convención de Viena, que no permite que el Estado invoque disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado, considerando que por “tratado”, entendemos también las normas internacionales de *ius cogens* que le imponen obligaciones no siempre originadas en tratados.

¹⁰⁶¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 937.

¹⁰⁶² *Ibidem*.

También el Proyecto de artículos que hemos analizado en el presente capítulo contiene dos disposiciones en ese sentido. Se trata del artículo 3 y del artículo 32, que hemos citado en la primera parte del presente capítulo. Uno se refiere a la calificación del hecho y el otro, coincidiendo con el artículo 27 de la Convención de Viena, excluye la posibilidad de invocar como justificación del hecho ilícito una disposición del derecho interno.

Sin embargo, no solo el derecho internacional impone la obligación de ejercer la jurisdicción penal, también está tipificado como delito en el derecho interno el comportamiento del juez que se niega a juzgar en determinadas circunstancias.

En el Código Penal argentino, en el Título 11, Delitos contra la administración pública, capítulo 11, Denegación y retardo de justicia, se encuentra el artículo 273: “Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley”.

La denegación y retardo de justicia es un delito reprimido por el Código Penal argentino en los artículos 273 y 274, por el cual se tutela el derecho individual y colectivo de recurrir a la justicia en amparo de sus derechos.

En el artículo 273 el sujeto activo del delito es el juez en sentido amplio, ya sea un juez individual o un miembro de tribunales colegiados, aunque no comprende ni a árbitros ni a amigables componedores. La pena asignada es la de inhabilitación absoluta de uno a cuatro años.

La función del juez es aplicar la ley en los casos concretos, para lo cual debe realizar una labor interpretativa, y no puede en ningún caso negarse a juzgar. Si lo hiciera, bajo la excusa de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurriría en el delito previsto por esta norma, aun cuando no ocasionare perjuicio a nadie. Sin embargo en la práctica es muy difícil que un juez alegue estas causales para negarse a juzgar; cualquier otro pretexto no implicaría delito, ya que las conductas deben adecuarse exactamente a lo prescrito, para ser delictivas. Tampoco lo constituye no juzgar.

La segunda parte del artículo tiene mayor aplicabilidad y trata del retardo de justicia, caso en que se aplica la misma sanción que en la denegación. En este caso se considera el delito cuando el sujeto activo, que es también el juez, en forma maliciosa no administre justicia (no dicte cualquier resolución que deba dictar) vencidos los plazos legales y habiendo sido requerido por las partes. Tampoco se requiere que el retardo ocasione perjuicio.

En el derecho español, el tipo previsto en el artículo 447 del Código Penal, incluido en el Título XX, “Delitos contra la administración de justicia”, dice: “El juez o magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años”.¹⁰⁶³

Sorprende a algunos autores que este delito sea incluido en el Código Penal a pesar de su escasa aplicación, dado que los dos requisitos típicos que comporta, la ausencia de pronunciamiento y la concurrencia de alguna de las motivaciones enumeradas en el artículo 448, prácticamente no se dan “en la vida judicial española”.¹⁰⁶⁴ Sin embargo, esa inclusión se puede explicar por “el propósito del legislador de otorgar la máxima cobertura (penal incluso) al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24, párrafo 1 de la Constitución, y artículo 11, párrafo 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)).¹⁰⁶⁵

¹⁰⁶³Esta disposición ya figuraba en el artículo 1, apartado 7, del Título preliminar del Código Civil de 1974: “los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

¹⁰⁶⁴ GOYENA HUERTA, J., *Los delitos contra la administración de justicia*, J. Goyena Huerta; J. Grinda González; J. Muñoz Cuesta y J. Hernández García (eds.), Elcano: Aranzadi, 2002, p. 12.

¹⁰⁶⁵ El párrafo 1 del artículo 24 de la CE dice: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión”. El párrafo 3 del artículo 11 de la LOPJ dispone: “Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes”.

En efecto, en uno de los Comentarios al artículo se destaca: “El artículo 448 tiene como bien jurídico la tutela judicial efectiva, y como presupuesto la concepción del sistema jurídico como un sistema completo y sin lagunas, en el que no existe ni oscuridad, ni insuficiencia o silencios en la Ley. Por esta razón en el artículo 448 se equipara la conducta de negarse a juzgar sin alegar causa legal, aparentemente más grave, y la consistente en dar como pretexto las citadas deficiencias del ordenamiento jurídico”.¹⁰⁶⁶

El supuesto básico del tipo es la denegación de justicia, que consiste en la declaración de que no se va a resolver sobre la pretensión ejercitada. La negativa puede consistir en una conducta puramente omisiva o bien en una resolución jurisdiccional, es decir, mediante providencia, auto o sentencia. Sin embargo, no es pacífico en la doctrina que la conducta pueda consistir en una omisión, en particular frente a la conducta, recogida en el artículo siguiente, de retardo malicioso en la Administración de Justicia.

Goyena Huerta considera que el tipo incluye la conducta omisiva. Me parece interesante la argumentación que sostiene este autor y la distinción que hace entre los dos tipos. Dice que la omisión puede consistir en una “omisión absoluta”, sin determinación del motivo o causa, o en una omisión que pretende ampararse en la obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley o en causas no previstas en la norma. En este caso, se trataría de un delito de omisión *sui generis* porque la negativa iría precedida de una resolución donde se pretextarían las razones mencionadas.¹⁰⁶⁷ La posición sustentada por este autor también se apoya en la diferencia de los bienes jurídicos protegidos por los dos tipos contemplados en los artículos 448 y 449. En el primero, el bien jurídico protegido es la tutela judicial efectiva, como vimos, establecido en el artículo 24 párrafo 1 de la CE; en el segundo, en cambio, es el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es decir, el párrafo 2 del mismo

¹⁰⁶⁶ ARROYO ZAPATERO, L.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; FERRÉ OLIVÈ, J.C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J. R. y TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Iustel, 2007.

¹⁰⁶⁷ GOYENA HUERTA, J., *op. cit.*, p. 13. Este autor cita en apoyo de su opinión una sentencia del Tribunal Supremo que equipara la pasividad reiterada y, en consecuencia, reflejo de una voluntad rebelde o contumaz, a la negativa abierta a tomar una decisión. (STS de 18 de abril de 1997, RJ, 1997, 2991).

artículo 24 (que consagra el derecho “a un proceso público, sin dilaciones indebidas y con todas las garantías”).

En uno de los Comentarios al artículo 448 se admite la omisión en el tipo del artículo siempre que la negativa, aun en forma de omisión, sea “manifiesta” o “concluyente”. Dice así:

“Quizás la diferencia entre ambas infracciones pueda encontrarse en que en la presente [la conducta prevista en el artículo 448] se trata de una inhibición manifiesta de las funciones del juez o magistrado, como expresa el texto, en una negativa a ejercer su función, mientras que en la del artículo siguiente no se produce tal rechazo de plano del derecho a tutela judicial, sino un ataque distinto: el retrasar el curso de la Administración de Justicia. En este sentido, es cierto que en el ámbito del [...] precepto, el juez “hace” algo concreto que es, precisamente, “negarse” a juzgar. A pesar de ello, parece que, siempre que la negativa exista, la cuestión de que el comportamiento sea activo u omisivo no resulta esencial: lo decisivo es que el juez o magistrado, ya sea expresamente o mediante una actuación u omisión concluyente, se niegue a juzgar”.¹⁰⁶⁸ En el mismo sentido, se ha dicho que “ambas formas denotan un *delito de acción*, de carácter negativo, ya que se requiere un acto expreso en el que conste la negativa a juzgar, pues en los dos casos se produce una denegación de la justicia [...]”.¹⁰⁶⁹

El mismo Comentario concluye diciendo que “[d]e este modo, el precepto se configura como sanción penal de la obligación de juzgar [...]”¹⁰⁷⁰ que acompaña como reverso a la función jurisdiccional [...]”¹⁰⁷¹ y protege así el derecho

¹⁰⁶⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, G.; BARREIRO, A. J., *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Civitas, 1997.

¹⁰⁶⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.; SOBRINO MARTÍNEZ, A. I., *op. cit.*, p. 90. Estos autores precisan que la negativa debe plasmarse por escrito porque de lo contrario se trataría del retardo malicioso.

¹⁰⁷⁰ Artículos 24 de la CE, y 7 y 11.3 de la LOPJ.

¹⁰⁷¹ Artículos 117 CE y 1 LOPJ.

fundamental a la tutela judicial efectiva [...] ¹⁰⁷²”. Es clara la relación que se establece entre la obligación de juzgar y el derecho a la jurisdicción. De la vinculación entre el derecho a la jurisdicción y el derecho a la tutela judicial efectiva se desprende una interpretación amplia del primero, que no solo incluye “el derecho a promover la actividad de la Administración de Justicia, sino también a que ésta ‘desemboque en una resolución fundada en Derecho’” ¹⁰⁷³.

Con respecto al rechazo inicial a la admisión de una denuncia o querrela se considera que no viola ningún derecho absoluto del ofendido por el delito a la incoación de la instrucción penal, ni a la apertura del juicio oral. “La inadmisión de querrelas sólo requiere, desde el punto de vista constitucional, que las resoluciones judiciales que las declaren contengan una motivación razonada y razonable de las causas que han llevado a dicha solución” ¹⁰⁷⁴.

En el caso de que se alegue una causa que legitime la negativa, esa causa debe encontrarse entre las previstas en otras disposiciones de carácter procesal (por ejemplo, en las causas de abstención, el artículo 219; en el planteamiento de cuestiones prejudiciales, el artículo 10, párrafo 2; en los conflictos de competencia, el artículo 48, todos ellos de la LOPJ, o en la inadmisión de la querrela por falta de competencia, el artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En cuanto al tipo subjetivo, dado que consiste en el incumplimiento de un deber, se exige el dolo directo. Es un delito especial porque los autores son solamente los jueces o magistrados. El momento en que se consuma es el momento en que se incorpora a los autos la resolución de denegar, porque es un acto procesal. La jurisprudencia, por lo demás, ha puesto de relieve que se trata de un

¹⁰⁷² Artículos 24.1 CE y 7 LOPJ.

¹⁰⁷³ *Ibidem*.

¹⁰⁷⁴ STC 297/1994, de 14 de noviembre, citada por GOYENA HUERTA, J., *op. cit.*, pp. 13 y 14. También se remite este autor a las sentencias del Tribunal Constitucional 203/1989 y 191/1992, entre otras.

delito intencional que requiere ánimo de perjudicar a alguna de las partes y que puede incurrirse en responsabilidad disciplinaria en los casos no intencionales.¹⁰⁷⁵

Es notable, por su razonabilidad, el comentario que cito a continuación: “la cuestión que aquí se plantea es la de si debe, o no, entenderse cometido el presente tipo en aquellos casos en los que la oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley aducidos por el juez para su negativa no representen un "pretexto",¹⁰⁷⁶ sino una propia y verdadera realidad de la norma, por existir una efectiva oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley. Pues si bien, en términos generales, cabe entender que en la interpretación del ordenamiento jurídico no debe darse ninguna de estas tres situaciones, no cabe descartar la posibilidad de que alguna de ellas efectivamente se dé y sea aducida por el juez para motivar su voluntad de no juzgar. La observancia del texto del artículo 448, como acatamiento que viene impuesto por el principio de legalidad, obliga a resolver la cuestión planteada en el sentido de rechazar la estimación del presente tipo de delito”.¹⁰⁷⁷ Supone esta interpretación que el ordenamiento puede no ser completo, lo que es razonable, pero revela al mismo tiempo una admisión de la legalidad estricta, dado que si se aceptase la legalidad en sentido amplio, con inclusión de las normas

¹⁰⁷⁵ “[...] el tipo penal contemplado en el art. 448 del Código Penal exige la existencia de algo más que el mero retraso o dilación resolutoria” (ATSJ Madrid, Sala de lo Civil y Penal, 23.10.02). “[...] lo tipificado en dicho precepto es la negativa de un juez a juzgar, que no es sino la traslación al campo punitivo de la infracción por aquel del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24 de la Constitución” (ATSJ Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, 12.3.04). “[...] no es cuestión pacífica si el delito del artículo 448 del Código Penal exige necesariamente haber dictado una resolución negándose a juzgar, pero sí debe estimarse que no se trata simplemente de una omisión, siendo necesaria una conducta activa, pues hay que diferenciar este tipo del retardo malicioso en la Administración de Justicia, aparte naturalmente de que la tipificación exige una suerte de taxatividad en las razones dadas para no juzgar” (ATSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, 14.2.05). Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Práctica Jurisprudencial del Código Penal, Análisis temático y sistemático de Jurisprudencia Penal*, vol. IV, Barcelona: Bosch, 2006, pp. 2874-2875.

¹⁰⁷⁶ El Diccionario de la Lengua dice que el término “pretexto” equivale a “motivo o causa simulada o aparente que se alega para hacer una cosa o para excusarse de no haberla ejecutado”.

¹⁰⁷⁷ CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARAN, M., *Comentarios al Código Penal Parte Especial*, vol. II, Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 2147.

internacionales, sería casi imposible, sobre todo si se aceptan las normas consuetudinarias y los principios, que se dieran las situaciones indicadas.

Esto se relaciona con la extensión que se atribuya al término “ley”. Por ejemplo, Guzmán Dalbora dice: “[...] la palabra ley debe aquí [se refiere a la jurisdicción] tomarse en su amplia acepción de legislación -e incluye, por ende, las leyes en sentido estricto, los tratados internacionales, la misma Constitución política y las diversas disposiciones legiferantes (decretos, órdenes, etc.) - es decir que comprende todas las normas del Derecho escrito de un país”. Pero a continuación extiende aún más el significado hasta el punto de que considera que “la ley es apenas una fuente de conocimiento del Derecho, o sea, un procedimiento formal en que se manifiesta la norma [...] pero la ley no constituye la norma ni puede hacerlo, pues el Derecho yace en meandros más profundos de la comunidad en el conjunto de principios y exigencias de comportamiento colectivo que ésta cultiva [...]”.¹⁰⁷⁸

Otros autores consideran que la denegación de justicia constituye un delito de prevaricación, que se basaría también en “una idea esencial, cual es la de que el sistema jurídico es un orden «completo» y, por lo tanto, no tiene carencias o lagunas por resolver, aunque puedan existir en orden a la interpretación de las leyes. En el Derecho penal, la falta de ley solo tiene un efecto, dado el sometimiento absoluto al principio de legalidad: la atipicidad del hecho [...]”. Y luego se detienen en el significado de la negativa a juzgar: “Negarse a juzgar no es solamente negarse a dictar sentencia, sino que alcanza a la totalidad de la denegación de actuación jurisdiccional, en cualquier orden judicial. Por lo tanto, puede darse esa conducta en la negativa a admitir el ejercicio de una acción penal o no penal, siempre, por supuesto, y en el caso de la acción penal, que no se trate de un auto de rechazo de la misma por estimar -aunque sea con manifiesta injusticia, lo cual nos llevaría al

¹⁰⁷⁸ GUZMÁN DALBORA, *op. cit.*, pp. 125 y 126. Llega incluso a afirmar: “los jueces son órganos del Derecho, antes que del Estado”. Y lo fundamenta en el hecho de que el Derecho no es producto de la voluntad del Estado sino una función de la comunidad que no puede encerrarse en un catálogo circunscripto de leyes y reglamentos. He desarrollado el significado del término “ley” en el capítulo sobre legalidad.

artículo 446 CP- que los hechos no son constitutivos de delito, pues en tal supuesto se habría ‘juzgado’, aunque se hubiese ‘juzgado mal’”.¹⁰⁷⁹

No obstante esa amplitud, precisan una limitación importante en relación con el artículo 408 del Código Penal, que castiga a «la autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia». Los Jueces, aclaran, están constitucionalmente encargados de juzgar los delitos, pero esa actividad no equivale a “promover la persecución de delitos”.¹⁰⁸⁰

Ahora bien, dado que el tema que estamos tratando no abarca solo la obligación de los jueces de juzgar sino la obligación del Estado de perseguir penalmente los crímenes internacionales, cabe preguntarse si no tendría que ocuparme aquí del tipo previsto en el mencionado artículo 408, incluido en el título “Delitos contra la Administración Pública”.¹⁰⁸¹

Ante inquietudes como esta, me sirven de contención los crímenes con respecto a los cuales analizo la obligación del Estado: son los que me señala la memoria histórica, y a los que me he referido en líneas generales en el capítulo II. La situación no es la misma que ante un delito común, del “que tenga noticia” una autoridad o funcionario. La situación de los crímenes internacionales, en general, es que toda la sociedad, todos los funcionarios y todas las autoridades “han tenido noticia”, es decir, han tenido conocimiento. El tipo previsto en el artículo 408 es especial porque su sujeto activo es una autoridad o un funcionario. Este requisito

¹⁰⁷⁹ QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona: Aranzadi, 2005, p. 1747.

¹⁰⁸⁰ “La obligación de perseguir y denunciar corresponde a la Policía judicial, al Ministerio Fiscal o, en su caso, a cualquier funcionario que tenga conocimiento de un hecho susceptible de merecer la calificación de delito, en cuyo caso debe ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la Autoridad judicial. Que los Jueces puedan y deban dictar órdenes de persecución y de captura para que sean coactivamente sometidos a su jurisdicción aquellos que están implicados en los procedimientos que instruyan o juzguen, no quiere decir que esa actividad suya equivalga o sea lo mismo que ‘promover la persecución de los delitos’”. *Ibidem*.

¹⁰⁸¹ Artículo 408: “La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”.

se asocia con el término “delitos”, porque se supone que la autoridad o funcionario tiene conocimiento de que se puede tratar de un delito. En el caso de los crímenes internacionales, ni siquiera todos los que tienen conocimiento de los hechos están dispuestos a calificarlos de delitos o crímenes. Por eso, la función que cumple el derecho internacional es la de canalizar ese conocimiento para que los hechos sean calificados como corresponde.

Encontramos una referencia directa a la denegación de justicia en un párrafo del *Dictum* de la Corte Internacional de Justicia en *Barcelona Traction*: “Con respecto más concretamente a derechos humanos, a los que ya se ha hecho referencia en el párrafo 34 del presente *Dictum*, debe observarse que estos derechos incluyen también la protección contra la denegación de justicia”.¹⁰⁸²

De Hoogh, refiriéndose a la denegación de justicia, dice que solo en el derecho consuetudinario internacional existe una norma que la prohíbe y se limita al régimen aplicable a los extranjeros. Considera que ese ilícito no sería aplicable a los ciudadanos del Estado a los que este deniega el acceso a la justicia.¹⁰⁸³ Sin embargo, no hay que olvidar que el carácter *ius cogens* de las normas que establecen derechos humanos y sancionan su violación, así como el de *erga omnes* de las obligaciones correspondientes, es en cierto modo independiente de que un Estado sea Parte en un tratado sobre esa materia para estar sujeto a dichas normas, y de los requisitos que habitualmente se exigían a una norma para que fuese norma consuetudinaria, como hemos visto en el capítulo correspondiente al *ius cogens*, en la parte relativa a sus fuentes.

Desde la perspectiva internacional, es preciso señalar que la obligación del Estado de perseguir penalmente los supuestos crímenes internacionales existe aunque no se hayan tipificado determinados hechos como delitos en el ordenamiento interno. No es admisible que el incumplimiento de la obligación de

¹⁰⁸² ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, (Belgium Vs, Spain) Second Phase. Judgment 5 February 1970, ICJ, Reports, 1970, párr. 34.

¹⁰⁸³ Véase el desarrollo de este argumento en HOOGH, A., *Obligations Erga Omnes and International Crimes. A Theoretical Inquiry into the Implementation of the Responsibility of States*, La Haya: Kluwer Law International, 1996, pp. 43 y 52.

tipificar como delito un crimen internacional sirva para justificar el incumplimiento de la obligación de perseguir penalmente ese crimen. No se ampara un incumplimiento en otro.

8.2. El derecho a la jurisdicción o a la tutela judicial efectiva

El fundamento de este derecho se vincula íntimamente con el fundamento del derecho mismo, como orden normativo que previene y soluciona los conflictos que pueden surgir en la vida comunitaria. El orden normativo jurídico es el “tercero” necesario para impedir la solución directa entre agresor y lesionado, y ello en el sistema penal es mucho más patente.

Si en caso de conflicto (en su acepción más amplia), el ciudadano no puede acceder a los mecanismos que ha previsto ese orden para solucionar sus diferencias, todo el sistema normativo perderá su razón de ser. Como dice Figueruelo Burrieza, refiriéndose al derecho a la tutela judicial efectiva: “El fundamento básico del derecho que analizamos se encuentra en el hecho de que a las personas se les ha prohibido satisfacer por sus propios medios el conjunto de derechos e intereses que constituyen su patrimonio jurídico”.¹⁰⁸⁴

Este derecho a la jurisdicción constituye el derecho por excelencia de la persona en cuanto sujeto de derecho. Si no tiene posibilidad de ejercerlo, no tiene ninguna garantía para el ejercicio de todos los demás derechos, que quedarían sin protección alguna.

8.2.1. Ámbito internacional

Los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho

¹⁰⁸⁴ FIGUERUELO BURRIEZA, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid: Tecnos, 1990, p. 50.

internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”,¹⁰⁸⁵ en la Sección VIII, titulada “Acceso a la justicia”, disponen: “12. La víctima de una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o de una violación grave del derecho internacional humanitario tendrá un acceso igual a un recurso judicial efectivo, conforme a lo previsto en el derecho internacional”.

Los instrumentos internacionales destinados a la protección contra los crímenes internacionales prevén especialmente este derecho, aunque muchas veces lo enuncian junto a la obligación correlativa del Estado.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce expresamente el derecho a la jurisdicción cuando, tras enunciar en su artículo 2 el compromiso de los Estados de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto, dice en su artículo 3:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un **recurso efectivo**, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; [...]”. (El resalte es mío).

La Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes reconoce el derecho a la jurisdicción, y establece la necesidad de garantizar su ejercicio, en el artículo 13, cuyo texto estipula:

“Todo Estado Parte velará por que toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes. Se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado”.

¹⁰⁸⁵ Aprobados el 16 de diciembre de 2005, mediante Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, durante el sexagésimo período de sesiones (Documento de las Naciones Unidas A/RES/60/147).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce este derecho en su artículo 25, titulado “Protección Judicial”, donde dice:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos establece en su artículo 13, titulado “Derecho a un recurso efectivo”, lo siguiente:

“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.¹⁰⁸⁶

Es decir, prevé directamente la posibilidad de que se trate de órganos del Estado.

La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en el capítulo VI, titulado “Justicia” reconoce expresamente en el artículo 47 el Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial:

“Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial,

¹⁰⁸⁶*Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Roma 4 de noviembre de 1950, revisado de conformidad con el Protocolo n.º 11 completado por los Protocolos n.º 1 y 6 por la Secretaria del TEDH, junio de 2010.

establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar”.

Y en el párrafo 3 reafirma la importancia que confiere a este derecho, dado que prevé la prestación de “asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”.

En uno de sus votos razonados, el juez Cançado Trindade, recordó el caso *Goiburú vs. Paraguay*,¹⁰⁸⁷ en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dio “un paso adelante en cuanto a las prohibiciones del *ius cogens* [...] al reconocer que dicho derecho imperativo abarca igualmente el derecho de acceso a la justicia *lato sensu*, o sea, el derecho a la prestación jurisdiccional plena”.¹⁰⁸⁸

En una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se recuerda que el artículo 13 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos garantiza la existencia en el derecho interno de un recurso que permite hacer valer los derechos y libertades consagrados en el Convenio y se deduce que esta disposición exige un recurso interno en virtud del cual la instancia nacional competente tome conocimiento del contenido de la reclamación y ofrezca la reparación adecuada. Si bien se reconoce cierto margen de libertad al Estado en cuanto a la forma de cumplir las obligaciones que le impone este artículo, la sentencia deja bien claro que el recurso ha de ser “efectivo” tanto en la práctica como en derecho, en el sentido de que no sea su ejercicio obstaculizado de manera injustificada por actos u omisiones del Estado demandado.¹⁰⁸⁹

¹⁰⁸⁷ Corte IDH, caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C n.º 153, párr. 131. En ese caso, la Corte dijo: “[...] El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el Derecho Internacional para juzgar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo”.

¹⁰⁸⁸ Corte IDH, caso *Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros vs. Perú)*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de septiembre de 2006. Serie C n.º 158, Voto razonado del juez Cançado Trindade.

¹⁰⁸⁹ TEDH, caso *Kurt vs. Turquía*, Sentencia de 25 mayo, Demanda n.º 24276/94.

En otro caso más reciente, el caso *Bulacio*, la Corte Interamericana declaró que “[e]l derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”.¹⁰⁹⁰

8.2.2. *Ámbito nacional*

En el derecho argentino, no hay en la Constitución ninguna norma que recoja expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva o el derecho a la jurisdicción. No obstante, cabe deducir ese derecho del artículo 43, que prevé el recurso de amparo.

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.”

También cabe deducirlo, indirectamente, del artículo 75, inciso 22, de la Constitución, que reconoce jerarquía superior a las leyes a los instrumentos internacionales que enumera y que, como hemos visto, reconocen el derecho a la jurisdicción como derecho fundamental en el ámbito nacional.

Sin embargo, el Código Procesal Penal argentino¹⁰⁹¹ establece el derecho a la querrela en dos artículos. Se trata del artículo 82, respecto a los delitos de acción pública, y del artículo 415 respecto a los delitos de acción privada. Artículo 82: “Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante y como tal impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezcan”.

¹⁰⁹⁰ Corte IDH, caso *Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C n.º 100.

¹⁰⁹¹ Ley N.º 23.984, sancionada el 21 de agosto de 1991, promulgada el 4 de septiembre de 1991.

Artículo 415: “Toda persona con capacidad civil que se pretenda ofendida por un delito de acción privada tendrá derecho a presentar querrela ante el tribunal que corresponda y a ejercer conjuntamente la acción civil reparatoria”.

En la Constitución española, el párrafo 1 del artículo 24, declara el derecho a la tutela judicial efectiva, correspondiente a la obligación jurisdiccional del Estado:

“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en las ocasiones que se ha referido a este derecho se ha inclinado por brindarle una protección amplia y efectiva. Por ejemplo, en una Sentencia de 2005¹⁰⁹², refiriéndose concretamente al principio de legalidad y la interpretación de las normas, dijo que “aun cuando la verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales constituya, en principio, una cuestión de estricta legalidad ordinaria, a este Tribunal le corresponderá revisar aquellas decisiones judiciales en las que tales presupuestos procesales se hayan interpretado de forma arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurriendo en un error patente. Y, además, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, dicha revisión también habrá de ser procedente en los casos en que la normativa procesal se haya interpretado de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican”.¹⁰⁹³

Insiste particularmente el Tribunal en el carácter de principio protegido constitucionalmente del principio *pro actione* y recalca “el carácter más incisivo que posee el canon del acceso al proceso”, dado que aun interpretaciones “que satisfagan el test de razonabilidad, y de las que incluso fuera predicable ‘su corrección desde una perspectiva teórica’, pueden conllevar una denegación del acceso a la jurisdicción a partir de una consideración excesivamente rigurosa de la

¹⁰⁹² TCE, Sentencia n.º 237/2005 de 26 septiembre RTC 2005\237.

¹⁰⁹³ Se remite a las sentencias siguientes: SSTC 122/1999, de 28 de junio [RTC 1999, 122], F. 2; 179/2003, de 13 de octubre [RTC 2003, 179], F. 2; 3/2004, 14 de enero [RTC 2004, 3], F. 3; 79/2005, de 2 de abril [RTC 2005, 79], F. 2) y STC 133/2005, de 23 de mayo (RTC 2005, 133), F. 2.

normativa aplicable [...] y vulnerar, con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva en la citada vertiente”.

En otra sentencia, de 2007, el Tribunal Constitucional también hace referencia a la actividad interpretativa, poniendo de relieve la necesidad de que al realizarla se tenga presente el principio *pro actione*, así como la necesidad de evitar una interpretación que suponga “una reducción teleológica de la Ley”. En efecto, dice: “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 artículo 24.1 CE”.¹⁰⁹⁴

Ambas sentencias resultan también muy pertinentes al tema que desarrollo en el contexto de la legalidad, dado que previenen contra una “consideración excesivamente rigurosa de la normativa aplicable”, así como contra “una aplicación del Derecho rigorista y desproporcionada”, porque pueden llevar a conculcar derechos fundamentales.

8.3. El derecho a saber o el derecho a la verdad

Dedicar a este tema toda la atención que merece exigiría otra tesis. Sin embargo, me ha parecido mejor tratarlo de manera muy sumaria que no tratarlo en absoluto. Los motivos son dos: por una parte, puede considerarse paralelo al derecho a la tutela judicial efectiva o incluso comprendido en este; por otra, es uno de los derechos correspondientes a una de las obligaciones de las que me ocupo, a saber, la obligación de investigar.

Ha sido reconocido a nivel jurisprudencial, tanto nacional como internacional, que la no información a las personas interesadas sobre la suerte de familiares desaparecidos puede considerarse equivalente a la tortura. Además, los

¹⁰⁹⁴ TCE, Sentencia n.º 227/2007 de 22 octubre RTC 2007\227, FJ. 3.

tribunales también han inferido que el derecho a la verdad forma parte del deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos fundamentales.¹⁰⁹⁵

Méndez presenta el derecho a la verdad como uno de los principios emergentes en derecho internacional y lo define en términos de la obligación que corresponde a ese derecho. Dice así: “en presencia de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos más fundamentales (a la vida, a la integridad física de las personas, al debido proceso o a un juicio justo), el Estado está obligado a investigar, procesar y castigar a quienes resulten responsables, y a revelar a las víctimas y a la sociedad todo lo que pueda establecerse sobre los hechos y circunstancias de tales violaciones”.¹⁰⁹⁶

El derecho a la verdad surge después de cometerse la violación de otro derecho humano, cuando las autoridades no proporcionan información sobre la violación inicial.

¹⁰⁹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Kurt vs. Turquía*, Sentencia de 25 mayo 1998. Demanda n.º 24276/94; caso *Tas vs. Turquía*, Sentencia del 14 de noviembre de 2000. Demanda n.º 24396/94; y caso *Chipre vs. Turquía*, Sentencia del 10 de mayo de 2001. Demanda n.º 25781/94). Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4; caso *Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C n.º 34; caso *Blake vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C n.º 36, párr. 97; Corte IDH, caso *Bamaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C n.º 70; caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre 2003. Serie C n.º 101; caso de los *hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C n.º 110; caso *19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C n.º 109; caso *Tibí vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n.º 114; caso *Molina Theissen vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C n.º 108; caso *Aldea de Moiwana vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C n.º 124; caso *Carpio Nicolle vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C n.º 117; caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C n.º 120; y caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134).

¹⁰⁹⁶ MÉNDEZ, J., «Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos», en AAVV, *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: CELS, 1997, p. 526.

Las fuentes normativas, en el sentido de instrumentos internacionales, del derecho a la verdad son pocas. Una primera se encuentra en el derecho internacional humanitario, en los artículos 32 y 33 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 y 1977, que consagran la obligación de las partes en conflicto de buscar a las personas desaparecidas.

Una de las formas delictivas más odiosa y corriente de las violaciones de los derechos humanos es la desaparición forzada. Se ha reconocido que tiene el carácter de delito continuado o permanente. Es decir, el delito no cesa mientras no se informe sobre el paradero del desaparecido. Tal vez por ello el único instrumento que hace referencia al “derecho a saber” es la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006.¹⁰⁹⁷ En el Preámbulo de la Resolución por la que se ha aprobado y abierto a la firma la Convención se afirma “el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de una desaparición forzada y la suerte de la persona desaparecida, así como el respeto del derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones a este fin”.

El artículo 23, párrafo 2, dispone: “Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto”.

Precedieron a esta Convención muchas resoluciones de la Asamblea General, adoptadas desde 1974, que reconocían, en general, “el deseo de saber” como una “necesidad humana básica”.¹⁰⁹⁸ Por ejemplo, en la Resolución 39/111, de

¹⁰⁹⁷ *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, aprobada el 12 de enero de 2007 mediante Resolución 61/177 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, durante el sexagésimo primer período de sesiones (Documento de las Naciones Unidas A/RES/61/177).

¹⁰⁹⁸ Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas: 3220 (XXIX), *Asistencia y Cooperación para Localizar a las Personas Desaparecidas o Muertas en Conflictos Armados*, de 6 noviembre de 1974; 33/173, *Personas desaparecidas*, de 20 de diciembre de 1978 (A/RES/33/173); 35/193, *Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*, de 15 de diciembre de 1980 (A/RES/35/193); 36/163 *Cuestión de las Desapariciones Forzadas o*

14 de diciembre de 1984, la Asamblea General, tras manifestar su profunda preocupación por la persistencia de las desapariciones forzadas o involuntarias, ha expresado “su profunda emoción por la angustia y el pesar de las familias de dichas personas (las desaparecidas) que deberían conocer la suerte corrida por sus familiares”.

Además, el derecho a la verdad puede considerarse amparado en una norma del derecho consuetudinario aplicable tanto en los conflictos internacionales como en los nacionales.¹⁰⁹⁹

Pero también ha sido inferido de numerosos derechos consagrados en tratados de derechos humanos. Por ejemplo, en un Dictamen de 1996, el Comité de Derechos Humanos, que está encargado de supervisar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, reconoció que “el derecho a saber es una forma de hacer cesar o prevenir la tortura psicológica (artículo 7 del Pacto) de los familiares de víctimas de desapariciones forzadas”, como lo es, en caso de fallecimiento, el derecho a saber la ubicación de la sepultura.¹¹⁰⁰

Involuntarias, de 16 de diciembre de 1981 (A/RES/36/163); 37/180 *Cuestión de las desapariciones o forzadas o involuntarias*, de 17 de diciembre de 1982 (A/RES/37/180); 38/94 *Cuestión de las desapariciones o forzadas o involuntarias*, de 16 de diciembre de 1983 (A/RES/38/94); 39/111 *Cuestión de las desapariciones o forzadas o involuntarias*, de 14 de diciembre de 1984 (A/RES/39/111); 40/147 *Cuestión de las desapariciones o forzadas o involuntarias*, de 13 de diciembre de 1985 (A/RES/40/147); 41/145 *Cuestión de las desapariciones o forzadas o involuntarias*, de 4 de diciembre de 1986 (A/RES/41/145); 42/142 *Cuestión de las desapariciones o forzadas o involuntarias*, de 7 de diciembre de 1987 (A/RES/42/142); 43/159 *Cuestión de las desapariciones o forzadas o involuntarias*, de 8 de diciembre de 1988 (A/RES/43/159); 44/160 *Cuestión de las desapariciones o forzadas o involuntarias*, de 15 de diciembre de 1989 (A/RES/44/160); 45/165 *Cuestión de las desapariciones o forzadas o involuntarias*, de 18 de diciembre de 1990 (A/RES/45/165); 46/125 *Cuestión de las desapariciones o forzadas o involuntarias*, de 17 de diciembre de 1991 (A/RES/46/125); 47/132 *Cuestión de las desapariciones o forzadas o involuntarias*, de 18 de diciembre de 1992. (A/RES/47/132)).

¹⁰⁹⁹ Norma 117 en HENCKAERTS, J. M. et. al., *Customary international humanitarian law*, vol. I Rules ICR, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 421.

¹¹⁰⁰ Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, caso *Lyashkevich vs. Belarús*, de 3 de abril de 2003, Comunicación n.º 887/1999 (documento CCPR/C/77/D/950/2000), párrs. 9.2 y 11; Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, caso *Khalilova vs. Tayikistán*, de 30 de marzo de 2005, Comunicación n.º 973/2001, (documento CCPR/C/83/D/973/2001); Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, caso *Valichon Aliboev vs. Tayikistán*, de 16 de noviembre

Tiene que ver también con el derecho a la verdad el derecho del niño a preservar su identidad (artículo 8 de la Convención sobre los derechos del niño). Esto se relaciona también con el crimen de desaparición forzada, que se presenta así como un crimen muy particular. Por una parte afecta a la muerte, con todo lo que significa para los que integraban el entorno de la víctima directa, y que se convierten también en víctimas no solo por la muerte y el dolor que provoca, sino precisamente por la ignorancia de todo lo que concierne a esa muerte, de todo lo que es necesario saber para que la muerte sea la muerte de un ser en sociedad, es decir, que permita el rito y el duelo; para que, en cierto sentido, se “humanice”. Por otra, afecta al nacimiento, porque el niño se ve separado de sus padres desde el comienzo mismo de su vida, y desde ese momento se le niega su identidad, se le roba al recién nacido lo único que posee, su familia, su nombre, y se le roba, robándolo a él mismo, como si fuese una cosa que se traslada simplemente de un lugar a otro.

Siempre se piensa que se han previsto todas las posibilidades, pero el crimen de desaparición forzada y de sustracción de identidad (que es una forma de desaparición forzada) nos ha demostrado que no era así. Por eso también es muy particular este crimen, porque de él ha nacido la conciencia de la necesidad de reconocer como derecho algo que sin el crimen no nos hubiéramos imaginado que deberíamos reconocer.

En muchas resoluciones de la Asamblea General se ha subrayado la importancia de “establecer la verdad” mediante comisiones de investigación que lleven a consolidar la paz y la reconciliación y a combatir la impunidad.¹¹⁰¹

de 2005, Comunicación n.º 985/2001, (documento CCPR/C/85/D/985/2001.57); CIDH, Informe n.º 136/99, caso 10.488, *Ignacio Ellacuría, S. J. y otros vs. El Salvador*, de 22 de diciembre de 1999, en Informe Anual 1999, OEA/Ser.L/V/II. 106, Doc. 3 Rev. (1999), párr. 221.

¹¹⁰¹ Véanse las resoluciones de la Asamblea General 57/105 *Asistencia para el socorro humanitario, la rehabilitación y el desarrollo de Timor-Leste*, de 22 de noviembre de 2002, párr. 12 (A/RES/57/105); 57/161 *Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala*, de 16 de diciembre de 2002, párr. 17 (A/RES/57/161); 55/118 *Situación de los derechos humanos en Haití*, 4 de diciembre de 2000, párr. 8. (A/RES/55/118); 48/149 *Situación de los derechos humanos en El Salvador*, de 7 de marzo de 1994, párr. 4 (A/RES/48/149); 42/147 *Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales*

Sin embargo, el reconocimiento más explícito del “derecho a la verdad” se encuentra en el estudio del experto independiente sobre la impunidad designado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Louis Joinet, quien, en su informe final de 1997, se refirió al derecho inalienable a la verdad:

“Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad es esencial para evitar que en el futuro se repitan las violaciones”.¹¹⁰²

Según Joinet, este derecho corresponde tanto a la víctima como a sus familiares, pero también es un derecho colectivo: “el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y debe por ello conservarse”.¹¹⁰³

El corolario de esto último es el “deber de recordar” del Estado: “[...] al Estado le incumbe el “deber de recordar”, a fin de protegerse contra esas

en Chile, de 7 de diciembre de 1987, párr. 10 (A/RES/42/147); 40/145 *Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Chile*, de 13 de diciembre de 1985, párr. 6 (A/RES/40/145); 35/188 *Protección de los derechos humanos en Chile*, de 15 de diciembre de 1980, párrs. 6-8 (A/RES/35/188); 34/179 *Derechos humanos en Chile*, de 7 de febrero de 1980 (A/RES/34/179); 33/172 *Personas desaparecidas en Chipre*, 20 de diciembre de 1978, párr. 1 (A/RES/33/172); 32/128 *Personas desaparecidas en Chipre*, de 16 de diciembre de 1977, párr. 1 (A/RES/32/128); 32/118 *Protección de los derechos humanos en Chile*, de 16 de diciembre de 1977, párr. 6 (A/RES/32/118); 3450 (XXX) *Personas desaparecidas en Chipre*, de 9 noviembre de 1974, considerando 5 y párr. 1 (A/RES/3450).

¹¹⁰² Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Comisión* (documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1), Anexo I, Principio 1. Más recientemente, esos principios fueron actualizados por la profesora Diane Orentlicher, designada a tal efecto por la Comisión.

tergiversaciones de la historia que llevan por nombre revisionismo y negacionismo”.¹¹⁰⁴

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha deducido o inferido el derecho a la verdad del derecho de no sufrir tortura o malos tratos, el derecho a un recurso eficaz y el derecho a una investigación efectiva y a ser informado de los resultados; además, la omisión por parte del Estado de realizar una investigación eficaz para aclarar la suerte y el paradero de personas desaparecidas en circunstancias que hagan temer un peligro para su vida viola el deber procesal de proteger el derecho a la vida.¹¹⁰⁵

En su voto razonado concurrente respecto a la sentencia de fondo del caso *Bámaca Velásquez*, el juez Sergio García Ramírez dedica interesantes reflexiones a ese derecho, a su naturaleza y a la necesidad de su reconocimiento. Se refiere a una vertiente individual y a una vertiente social del derecho a la verdad. La primera estaría asociada con el derecho “correspondiente a la indagación de los hechos violatorios y el enjuiciamiento de sus autores”, mientras que la segunda responde al “requerimiento social de saber lo que ha ocurrido”.¹¹⁰⁶

¹¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹¹⁰⁵ Véanse, entre otros, los casos *Kurt vs. Turquía*, Sentencia de 25 mayo 1998, Demanda n.º 24276/94; *Tas vs. Turquía*, Sentencia del 14 de noviembre de 2000, Demanda n.º 24396/94; y *Chipre vs. Turquía*, Sentencia del 10 de mayo de 2001, Demanda n.º 25781/94, párrs. 53 y 136; véase también, entre otros, los casos *Aksoy vs. Turquía*, Sentencia del 18 diciembre de 1996. Demanda n.º 21987/93; y *Kaya vs. Turquía*, Sentencia del 28 de marzo de 2000. Demanda n.º 22535/93.

¹¹⁰⁶ En el párrafo 20 de su voto, dice: “En la resolución de la Corte a la que se asocia este voto concurrente, el Tribunal se ha ceñido a la vertiente individual del derecho a la verdad, que es el estrictamente vinculado a la Convención, a título de derecho humano. De ahí que, en la especie, ese derecho se recoja o subsuma en otro que también es materia de la Sentencia: el correspondiente a la indagación de los hechos violatorios y el enjuiciamiento de sus autores. Así, la víctima -o sus derechohabientes- tienen el derecho a que las investigaciones realizadas o por realizar conduzcan a conocer lo que “verdaderamente” sucedió. Por ese cauce corre el derecho individual a la verdad, que halla sustento en la Convención y, a partir de ésta, en el reconocimiento que hace la Corte a través de su Sentencia”. En el párrafo 21 dice: “Por otra parte, la satisfacción del derecho a la verdad que corresponde a las víctimas, a través de la investigación de los hechos y el enjuiciamiento de los responsables, que se difunde públicamente -como lo ha dispuesto la Corte en los puntos resolutivos de la Sentencia- permite atender además el requerimiento social de saber lo que ha ocurrido”. Y en el siguiente: “Esta es la primera vez que la Corte se refiere explícitamente al derecho a la verdad, aducido en la demanda de la Comisión. La

Reconociendo la “vertiente social” del derecho a la verdad, la Corte ha afirmado que “toda sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de que esos hechos no vuelvan a ocurrir en el futuro”.¹¹⁰⁷

Años después, y reafirmando su posición inicial, la misma CIDH ha considerado que: “el derecho a la verdad es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a la información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y a la vez un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación”.¹¹⁰⁸

Me interesa señalar lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez, porque desvincula el deber de investigar de la posibilidad de sancionar a los autores del crimen, y lo asocia con el derecho a la verdad de los familiares de las víctimas, así como con el derecho a localizar los restos: “El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde

novedad que la Sentencia aporta en este punto pudiera conducir a mayor exploración en el porvenir, que contribuya a fortalecer el papel de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos como factor de lucha contra la impunidad. La demanda social de conocimiento de los hechos violatorios y el derecho individual al conocimiento de la verdad se dirigen claramente al destierro de la impunidad, que propicia la violación de los derechos humanos”. Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C n.º 70, Voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez.

¹¹⁰⁷ CIDH, Informe Anual 1985-1986, p. 205 (OEA/Ser.L/V/II.68. Doc. 8 rev. 1, 26 de septiembre de 1986).

¹¹⁰⁸ CIDH, Informe n.º 136/99, *op. cit.*, párr. 224.

se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance”.¹¹⁰⁹

Incluso ha de considerarse que la obligación del Estado de dar a conocer la verdad de los hechos generadores de violaciones de los derechos humanos tiene carácter imprescriptible, en concordancia con el derecho correspondiente.¹¹¹⁰

Sobre la base de la doctrina sentada en *Velásquez*, y tras la realización de un estudio muy completo, el Relator Especial de Naciones Unidas para la Restitución, Indemnización y Rehabilitación de las Víctimas de Violaciones Flagrantes a los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, el jurista holandés Theo Van Boven, ha concluido:¹¹¹¹

“Aparte de la clara norma del DIH sobre la obligación de proporcionar a los familiares de las víctimas información sobre las circunstancias de la desaparición de personas, la definición de un ‘derecho a la verdad’ más general parece incierta. Sin embargo, el derecho a la verdad ha sido reconocido, sin objeción alguna, por varios órganos internacionales y tribunales de nivel internacional y nacional, y ha sido refrendado como principio rector en numerosos instrumentos por los que se establecen comisiones de la verdad y reconciliación, así como en ordenamientos jurídicos nacionales. Algunos especialistas también han señalado que el derecho a la verdad es un derecho consuetudinario”.

¹¹⁰⁹ Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4, párr. 181.

¹¹¹⁰ La Corte ha dicho “puede configurarse como un derecho imprescriptible, en tal sentido, subsistirá mientras exista la incertidumbre sobre los hechos o las violaciones”. *Ibídem*.

¹¹¹¹ El estudio fue encomendado en la Resolución 2005/66 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *El derecho a la verdad*, aprobada sin votación el 20 de abril de 2005 (documento E/CN.4/2005/L.10/Add.17). En dicha Resolución se pide que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos prepare un estudio sobre ese derecho “en el que figure información sobre los fundamentos, el alcance y el significado de ese derecho en el derecho internacional”, que se tomará en consideración en el próximo (sexagésimo segundo) período de sesiones.

Méndez se pregunta qué verdad es la que el Estado está obligado a buscar y revelar. “En primer lugar, ese esfuerzo deberá estar destinado a establecer la verdad sobre la estructura represiva que condujo a la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluyendo las líneas de mando, las órdenes impartidas, los establecimientos que se hayan utilizado y los mecanismos utilizados conscientemente para asegurar la impunidad y el secreto de esas operaciones”.¹¹¹²

En la resolución 2005/66 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, titulada "El derecho a la verdad", se recuerda el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad,¹¹¹³ y se subraya el derecho que asiste a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y a sus familiares de conocer la verdad sobre lo acaecido, en particular la identidad de los autores, las causas, los hechos y las circunstancias en que ocurrieron. Se señala, además "la necesidad imperativa" de que dicho derecho se encuentre contemplado en el sistema jurídico interno de cada Estado.¹¹¹⁴

En los Principios actualizados para la lucha contra la impunidad, que he mencionado *supra*, se establece tanto el derecho como la obligación correspondiente del Estado. Los principios básicos se encuentran en la sección titulada “Derecho a saber”, bajo el epígrafe Principios generales, y son los siguientes:

Principio 2. El derecho inalienable a la verdad. “Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes

¹¹¹² MÉNDEZ, J., *op. cit.* p. 7. Es el modelo seguido en Argentina por la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP).

¹¹¹³ Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, (Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1) y actualizado por Diane Orentlicher (Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005).

¹¹¹⁴ Resolución 2005/66 de la Comisión de Derechos Humanos, El derecho a la Verdad, aprobada sin votación en la 59ª Sesión, el 20 de abril de 2005. (Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/L.10/Add.17).

aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones”.¹¹¹⁵

En el Principio 4, titulado “El derecho de las víctimas a saber”, se separa claramente el derecho a la verdad del derecho a la tutela judicial. Dice lo siguiente:

“Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima”.

El principio 5, “Garantías para hacer efectivo el derecho a saber”, establece, en cambio, el deber de los Estados. Tiene presente la intervención del poder judicial, pero prevé también procesos no judiciales y la creación de comisiones de la verdad o de investigación. Reitera la importancia de la preservación de los archivos donde quede constancia de las violaciones de derechos humanos.¹¹¹⁶

¹¹¹⁵ El principio 3, titulado “El deber de recordar” trata una cuestión diferente, que demuestra hasta qué punto se enuncian juntos principios con carácter normativo, dado que formulan deberes para los Estados, que tocan temas muy vecinos pero que, dada la importancia de algunos de ellos, deberían enunciarse por separado, o en otros instrumentos. Este principio hace una referencia en general a la preservación de la memoria colectiva, y dice así: “El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas”.

¹¹¹⁶ “Incumbe a los Estados adoptar las medidas adecuadas, incluidas las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento independiente y eficaz del poder judicial, para hacer efectivo el derecho a saber. Las medidas apropiadas para asegurar ese derecho pueden incluir procesos no judiciales que complementen la función del poder judicial. Las sociedades que han experimentado crímenes odiosos perpetrados en forma masiva o sistemática pueden beneficiarse en particular con la creación de una comisión de la verdad u otra comisión de investigación con objeto de establecer los hechos relativos a esas violaciones de manera de cerciorarse de la verdad e impedir la desaparición de pruebas. Sea que un Estado establezca o no un órgano de ese tipo, debe garantizar la preservación

Los perfiles de este derecho no están claramente dibujados, a pesar de las sentencias y resoluciones que lo mencionan. Muchas veces se habla del derecho de las víctimas, empleado este término en sentido amplio, a saber lo que ha sucedido en el caso de desapariciones forzadas, pero también muchas veces se habla del derecho de la sociedad a saber, a estar informada. No hay un titular específico del bien jurídico, el derecho a la información, ya que pueden ser individuos como grupos. Por otra parte, tampoco la obligación del Estado está formulada con precisión. El acto de proporcionar información o de facilitar información puede realizarse en un contexto judicial o no. Si se facilita a través de comisiones no judiciales el Estado no estaría cumpliendo su obligación de perseguir penalmente. La obligación que estamos examinando es una obligación centrada en un órgano, el poder judicial.

8.3.1. Juicios por la verdad

La Corte Interamericana analizó por primera vez el derecho a la verdad en el caso *Suárez Mason (Lapacó) contra Argentina*. Carmen Lapacó había solicitado a la Cámara Federal de la Capital Federal que se requiriera la información existente en las fuerzas que habían dependido del I Cuerpo del Ejército acerca del destino final de su hija Alejandra y de todas las demás personas desaparecidas. El 18 de mayo la Cámara accedió reconociendo el derecho a la verdad. Dado que el Ejército se negó a proporcionar la información solicitada, la interesada presenta una nueva solicitud a la Cámara que, en esta ocasión, la rechaza sosteniendo que excede de su jurisdicción habida cuenta de las normas de la impunidad.

El caso llega a la Corte Suprema en 1995, pero en 1997 el Procurador General afirma que el juicio por la verdad debía continuar, destacando la compatibilidad entre lo solicitado y la cosa juzgada así como la importancia de la actuación judicial en esa materia. No obstante, el 13 de agosto de 1998, la Corte falla rechazando el recurso (5 votos contra 4). Los jueces que rechazaron alegaron que la investigación criminal tenía por finalidad comprobar un hecho y descubrir a

de los archivos relativos a las violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y la posibilidad de consultarlos”.

sus autores y que ello no era posible porque “la causa ya había agotado su objeto procesal: no se podía reabrir un proceso contra quienes habían sido sobreseídos definitivamente y que carecía de sentido la acumulación de pruebas contra un sujeto pasivo contra el que no se podían hacer valer.”¹¹¹⁷

Otro caso sobre el derecho a la verdad fue *Urteaga, Benito*,¹¹¹⁸ en el que la Corte reconoció la existencia de una vía constitucional para tramitar las peticiones referidas al destino de las víctimas. En efecto, varios jueces, en sus votos individuales, reconocieron el derecho de F. Urteaga en virtud del artículo 43 de la Constitución argentina, que establece el derecho a interponer acción expedita y rápida de amparo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que lesione sus derechos, y en el último párrafo se refiere concretamente a la desaparición forzada y admite una legitimación amplia para interponer el recurso.

Uno de los casos argentinos se presentó a la Comisión Interamericana en octubre de 1988.¹¹¹⁹ La petición estaba fundamentada en el derecho a la verdad y el derecho al duelo. La Comisión admitió la petición así como la alegación de los peticionarios. En este caso se llegó a un Acuerdo amistoso con el gobierno argentino que reviste por su contenido mucha importancia, porque se define el derecho a la verdad, se reconoce el carácter imprescriptible de la obligación correspondiente, se reconoce la competencia del poder judicial, concretamente de las Cámaras Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal, para entender de las

¹¹¹⁷ FILIPPINI, L. «Informes finales de la Comisión Interamericana», en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, de V. Abramovich; A. Bovino y C. Curtis (eds.), Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2007, p. 158.

¹¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 159. El interesado, F. Urteaga reclama información sobre su hermano, supuestamente ‘abatido’ en julio de 1976, pero su pedido fue denegado en primera y segunda instancia. 15 de octubre de 1998.

¹¹¹⁹ CIDH, Informe n.º 21/00, caso 12.059, *Carmen Aguiar de Lapacó vs. Argentina*, 29 de febrero de 2000, en Informe Anual 1999, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3 rev (1999). Los peticionarios alegaron que las autoridades judiciales argentinas rechazaron la solicitud de la señora Carmen Aguiar de Lapacó a efectos de determinar lo ocurrido a su hija Alejandra Lapacó, detenida desaparecida desde el 17 de marzo de 1977, fundamentada en el derecho a la verdad y el derecho al duelo.

causas sobre el derecho a la verdad, y se prevé una especialización en la justicia para la investigación de los casos de desapariciones forzadas.¹¹²⁰

Con la recomendación de la Comisión Internacional de Derechos Humanos en la causa *Aguir de Lapacó* y la doctrina de la Corte Suprema en la causa *Urteaga* comenzó a reconocerse el derecho que asiste a las víctimas de los hechos acaecidos durante el terrorismo de Estado, a sus parientes y a las diversas organizaciones no gubernamentales interesadas de obtener la verdad de lo acaecido mediante la intervención de magistrados, y a través de procesos que aseguren la publicidad necesaria para el ejercicio de la memoria colectiva.¹¹²¹

Un hito importante en este período queda marcado en el año 1995, cuando la Cámara Nacional Federal en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Buenos Aires accedió en pleno al pedido de Emilio Mignone para que la justicia le garantizara el derecho a la verdad sobre el destino de su hija, desaparecida por miembros de la ESMA (la Escuela Mecánica de la Armada, el centro de represión más terrible).

¹¹²⁰ Las cláusulas pertinentes son: “1. Derecho a la verdad: El Gobierno Argentino acepta y garantiza el derecho a la verdad que consiste en el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento acerca de lo sucedido con las personas desaparecidas. Es una obligación de medios, no de resultados, que se mantiene en tanto no se alcancen los resultados, en forma imprescriptible [...]. 2. Competencia exclusiva a las Cámaras Federales: El Gobierno Argentino gestionará la normativa para que las Cámaras Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de todo el país, tengan competencia exclusiva en todos los casos de averiguación de la verdad sobre el destino de las personas desaparecidas con anterioridad al 10 de diciembre de 1983, con la única excepción de las causas por secuestro de menores y sustracción de identidad que continuarán según su estado. 3. Fiscales especiales coadyuvantes: El Gobierno Argentino gestionará ante el Ministerio Público Fiscal para que destine un cuerpo de fiscales *ad hoc*, -por lo menos dos-, para que actúen en forma coadyuvante sin desplazar a los naturales, en todas las causas de averiguación de verdad y destino final de personas desaparecidas, a fin de que se alcance una especialización en la búsqueda e interpretación de datos y una mejor centralización y circulación de información entre las causas dispersas”.

¹¹²¹ PORTELA, M. A., «La verdad procesal y los juicios por la verdad», en E. Rezsés (comp.), *Aportes jurídicos para el análisis y juzgamiento del genocidio en Argentina*, Buenos Aires: Secretaría de Derechos Humanos, Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, 2007, p. 334.

Desde ese momento se reprodujeron los juicios por la verdad en distintas jurisdicciones del país. (Paralelamente tuvieron lugar varios juicios por la sustracción de menores).¹¹²²

Lo novedoso de estos procesos es que se trata de obtener la verdad de lo ocurrido dentro de las competencias territoriales de los tribunales federales que entienden en ellos. Es decir, no se busca el castigo de los responsables, solo el conocimiento de lo ocurrido. Queda entonces fuera de ellos cualquier debate relativo a la utilidad de la pena, el valor de la retribución, etc. “No hay otra expectativa que la reconstrucción de un suceso histórico, que obviamente permitirá a los familiares de los desaparecidos elaborar mejor su duelo o comenzar a elaborarlo [...]”.¹¹²³

Se trata de procesos de tipo declarativo, previstos en el artículo 322 del Código Procesal Penal, que tienen lugar “para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiese de otro medio legal para ponerle término inmediatamente”.¹¹²⁴

Los procesos de la verdad no tienen un plazo determinado, ya que depende su duración de los hechos que hayan ocurrido y que se deba averiguar. En ellos tampoco hay limitación en cuanto a las pruebas. A pesar de que se iniciaron cuando las leyes de impunidad impedían la sustanciación de los juicios contra los autores de los crímenes y de que en este momento esos juicios se están sustanciando, siguen abiertos varios “procesos por la verdad” porque responden a una finalidad propia.

8.4. Requisitos que debe cumplir la investigación

¹¹²² *Ibíd*em, p. 515.

¹¹²³ *Ibíd*em, p. 335.

¹¹²⁴ *Ibíd*em, p. 332

La obligación de investigar es una obligación de comportamiento, de ejecución, no de resultado (o, como vimos en el caso citado, es una obligación “de medios”). Si bien debe encaminarse a obtenerlo, su cumplimiento no se agota con la obtención de algún resultado, sino con la ejecución de todas las acciones necesarias para obtener el resultado más satisfactorio posible. Este carácter de la obligación permite también considerar que se ha cumplido a pesar de no haber dado resultado alguno cuando todas las acciones necesarias se han ejecutado de una manera exhaustiva, inmediata e imparcial.¹¹²⁵

Si se reconoce la estrecha relación entre el derecho internacional y el derecho nacional en materia de crímenes internacionales, así como la estrecha relación entre la obligación de proteger los derechos que esos crímenes lesionan y la obligación de investigar la comisión de dichos crímenes, se deduce que el Estado no puede cumplir esta última obligación sin respetar determinados requisitos que le impone el derecho internacional.

A la seriedad y efectividad de la investigación, la jurisprudencia internacional se ha referido en repetidas ocasiones. Por ejemplo, la Corte Interamericana ha afirmado que “en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Estado tiene el deber de **iniciar ex officio y sin dilación**, una investigación **seria, imparcial y efectiva**”.¹¹²⁶ (El resalte es mío).

Con respecto a la expresión “sin dilación”, la Corte explicó que significa que se procederá “una vez que las autoridades tengan conocimiento de los hechos”.¹¹²⁷

¹¹²⁵ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, op. cit., pp. 251-252.

¹¹²⁶ Corte IDH, caso *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140; y Corte IDH, caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C n.º 160.

¹¹²⁷ Caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. *Ibíd.*

La expresión **seria, imparcial y efectiva** figuraba en un informe¹¹²⁸ aprobado por la Comisión en el marco del asunto *Barrios Altos* y al que se remite la Corte en su sentencia sobre este caso. En dicho informe se recomendaba al Estado que “conduzca una investigación seria, imparcial y efectiva de los hechos, con el objeto de identificar a los responsables de los asesinatos y lesiones de este caso, y continúe con el procesamiento judicial [...] y por la vía del proceso penal correspondiente, se sancione a los responsables de estos graves delitos, de acuerdo con la ley”.¹¹²⁹

La Corte también emplea los tres adjetivos mencionados para referirse a los requisitos que debe reunir la investigación en otro asunto en el que hace referencia a la insuficiencia de las acciones civiles en los casos de violaciones de los derechos humanos realizadas por agentes del Estado, y afirma que ante una situación, como la de ese caso, en la que se han constatado múltiples ejecuciones extrajudiciales, “la jurisprudencia del Tribunal es inequívoca: el Estado tiene el **deber de iniciar ex officio, sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva**”.¹¹³⁰ (El resalte es mío).

Concretamente, refiriéndose a la seriedad de la investigación, en otra sentencia dice que “debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura,

¹¹²⁸ Comisión IDH, Informe n.º 28/00, caso 11.528, *Barrios Altos (Chambipura y otros) vs. Perú*, de 7 de marzo de 2000, en Informe Anual 2000, OEA/Ser.L/V/II. 111, Doc. 20 rev. (2000).

¹¹²⁹ Corte IDH, caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de de 14 de marzo de 2001. Serie C n.º 75.

¹¹³⁰ Corte IDH, caso *Aldea de Moiwana vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C n.º 124, párr. 145, donde se remite al caso *Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C n.º 99, párrs. 127 y 132. En un caso contra Paraguay, la Corte vuelve a enumerar los cinco requisitos. “Así, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación ex officio, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida”. Corte IDH, caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C n.º 153, párr. 88.

enjuiciamiento y, en su caso, el castigo de todos los responsables de los hechos, especialmente cuando están involucrados agentes estatales”.¹¹³¹

En el caso de la *Aldea de Moiwana vs. Suriname*, la Corte determinó que el Estado tiene la obligación de iniciar *ex officio* e inmediatamente, de forma real y seria, investigaciones imparciales y eficaces, que no deben ser realizadas como una mera formalidad que dé lugar a una ineficacia de las mismas.¹¹³²

La Corte Interamericana ha venido estableciendo una serie de *debidas diligencias* o actuaciones mínimas para los fiscales y los jueces.

En el caso Velásquez Rodríguez, manifestó que dicha obligación de investigar “debe emprenderse con seriedad y no como una **simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa**, debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no **como una simple gestión de intereses particulares**, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”.¹¹³³

Es interesante respecto a este tema, las desapariciones forzadas, la actitud crítica de la Corte frente a las medidas adoptadas por Perú en el caso *La Cantuta*, concretamente en cuanto a la identificación de los restos humanos y la búsqueda de víctimas desaparecidas.¹¹³⁴

¹¹³¹ Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. *Ibidem*.

¹¹³² Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Aldea de Moiwana vs. Suriname*, citado *supra*, párrs. 145-146; *Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, citado *supra*, párr. 143; y *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134.

¹¹³³ *Ibidem*, párr. 177.

¹¹³⁴ Corte IDH, caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162, párr. 135. La Corte señaló: “Durante las diligencias de exhumación e identificación realizadas por esa Fiscalía, se presentaron diversas falencias en cuanto a la identificación de otros restos humanos encontrados. Además, no se realizaron otras gestiones para la búsqueda de los restos de las otras víctimas” Y más adelante, en la misma sentencia: “Asimismo, ha sido probado que durante las exhumaciones [...] se encontraron algunos restos de huesos y pertenencias de algunas de

Con respecto a las diligencias concretas que se deben realizar, la Corte Interamericana se remite a dos documentos de las Naciones Unidas. En la sentencia del *Penal Castro Castro*,¹¹³⁵ la Corte se remite al “Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias” (Protocolo de Minnesota).¹¹³⁶ Y en la sentencia *Gutiérrez Soler contra Colombia*¹¹³⁷ se remite al “Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (Protocolo de Estambul).¹¹³⁸

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia en el caso *Finucane*, de 1º de julio de 2003, señala la existencia de ciertos derechos concretos que exigen la puesta en marcha de una investigación oficial efectiva que permita asegurar el disfrute de los mismos por parte de los individuos.¹¹³⁹ El Tribunal confirma su jurisprudencia al afirmar que “para que una investigación sea

las víctimas, aunque no consta que se hayan realizado las diligencias necesarias para identificar todos los restos encontrados en las fosas clandestinas. Tampoco consta que el Estado haya emprendido las demás diligencias pertinentes para buscar y en su caso identificar los restos de las víctimas desaparecidas [...]”. *Ibíd.*, párr. 230.

¹¹³⁵ Caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, citado *supra*, párr. 383. “Este Tribunal ha especificado que la eficiente determinación de la verdad en el marco de la obligación de investigar una muerte, debe mostrarse desde las primeras diligencias con toda acuciosidad. En este sentido, con base en el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas la Corte ha señalado los principios que deben orientar tales diligencias”.

¹¹³⁶ Protocolo de Minnesota de 1991, *Manual sobre la prevención y la investigación de ejecuciones sumarias, extrajudiciales y arbitrarias*. (Documento de las Naciones Unidas E/ST/CSDHA/12 (1991)).

¹¹³⁷ Corte IDH, caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C n.º 132, párr. 100. “Los referidos procedimientos [se refiere a los procedimientos penales], además, deben tomar en consideración las normas internacionales de documentación e interpretación de los elementos de prueba forense respecto de la comisión de actos de tortura [...], y particularmente las definidas en el *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (“el Protocolo de Estambul”)”.

¹¹³⁸ Protocolo de Estambul de 1999, *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. (Documento de las Naciones Unidas HR/P/PT/8 (1999)).

¹¹³⁹ TEDH, *Finucane vs. Reino Unido*, Sentencia de 1 de julio de 2003; *McCann y Otros vs. Reino Unido*, Sentencia de 27 de septiembre de 1995. Demanda n.º 19009/04, párr. 161; *Kaya vs. Turquía*, citado *supra*; *Masacres de Ituango vs. Colombia*, citado *supra*.

considerada efectiva, es necesario que las personas responsables de llevarla a cabo sean independientes de aquellas implicadas en los hechos. Esto no solo significa una ausencia de jerarquía o conexión institucional sino también una independencia en la práctica”.¹¹⁴⁰

En cuanto al contenido de la investigación, el Tribunal indica, además, que “las autoridades deben haber realizado todo aquello que, de forma razonable, esté a su alcance para asegurar que las pruebas relativas a los hechos concretos, incluidos, *inter alia*, los testimonios de testigos oculares, pruebas forenses y, en caso de que fuera necesario, autopsias que proporcionen un registro completo y exacto de la lesión así como un análisis objetivo de los hallazgos clínicos [...]”.¹¹⁴¹

Volviendo al requisito de la celeridad, el Tribunal considera que dicha exigencia “está implícita en este contexto. [...] Una pronta respuesta por parte de las autoridades en la investigación sobre el uso de una fuerza letal, por lo general puede considerarse como esencial para mantener la confianza pública en su adhesión al imperio de la ley y en la prevención de cualquier apariencia de connivencia o tolerancia con actos ilegales”.¹¹⁴²

En casos de desaparición forzada, la exigencia de que se actúe lo más rápidamente posible es esencial dado que no se sabe si aún se puede salvar la vida de la víctima. Sin la ayuda del Estado, sin su intervención en la búsqueda, resulta sumamente difícil obtener resultados. Pero no se trata solo de un motivo práctico, sino de una obligación jurídica del Estado de investigar las desapariciones, como es su obligación investigar la comisión de los demás delitos.

¹¹⁴⁰ *Finucane vs. Reino Unido*, p. 68; véase también Sentencia *Güleç vs. Turquía*, de 27 de julio de 1998. Informes 1998-IV, p. 1733, párrs. 81-82; *Ogur vs. Turquía* (GC), n.º 21594/93, párrs. 91-92. CEDH 1999-III; *Ergi vs. Turquía*, de 28 de julio de 1998. Informes 1998-IV, pp. 1778-1779, párrs. 83-84, y los recientes casos norirlandeses previamente citados, por ejemplo *Mckerr*, párr. 128, *Hugh Jordan*, párr. 120 y *Kelly y otros*, párr. 114.

¹¹⁴¹ *Ibidem*.

¹¹⁴² TEDH, *Finucane vs. Reino Unido*, p. 70; véase Sentencia del caso *Yasa vs. Turquía*, de 2 de septiembre de 1998, Informes 1998-VI, pp. 2439-2440, párr. 102-104; *Çakici vs. Turquía*, n.º 23657/94, párrs. 80, 87 y 106-107, CEDH 1999-IV; *Tanrikulu vs. Turquía*, párr. 109; *Mahmut Kaya vs. Turquía* n.º 22535/93, párrs. 106-107, CEDH 2000-III; véase asimismo *Hugh Jordan*, párrs. 108, 136-140.

Así lo ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “Teniendo presente la responsabilidad de las autoridades de responder de por los individuos bajo su control, el artículo 5 les exige adoptar medidas efectivas para prevenir el riesgo de desaparición y realizar una investigación pronta y eficaz de una reclamación creíble de que una persona ha sido detenida y no ha sido vista desde entonces”.¹¹⁴³

En este párrafo la obligación del Estado nace de su situación como responsable de, ya no frente a, los “individuos bajo su control”; entiendo por esto sus ciudadanos. El Estado ha de saber responder de sus ciudadanos frente a todos los demás ciudadanos y frente a la comunidad internacional, de la que sus ciudadanos, en cierto sentido, también son miembros. La única condición que impone y que puede representar obstáculos, es que la reclamación sea “creíble”.

9. Problemas que se plantean a los gobiernos a la hora de cumplir sus obligaciones internacionales respecto de los crímenes internacionales

Chinchón Álvarez se refiere a dos tipos de problemas: cuantitativos y cualitativos. Los primeros, de orden puramente fáctico, residen en la cantidad de casos que deben afrontar los tribunales, la falta de recursos para hacerlo, la consiguiente falta de especialización para resolver casos complejos, que abarcan diversas disciplinas (derechos humanos, derecho internacional, relaciones entre el derecho nacional y el internacional, etc.). Los segundos residen en cuestiones sustantivas: los sujetos que han de ser acusados y sancionados y la relación política con esos sujetos, así como el tratamiento de los crímenes cometidos, que exceden con mucho de los tipificados hasta recientemente en los códigos nacionales.

Estos dos órdenes de problemas llevaron, siguiendo a este autor, a considerar la admisibilidad de un “paréntesis inicial” que permitiera el fortalecimiento de las democracias incipientes. Eso suponía la “congelación” de

¹¹⁴³ TEDH, caso *Basorkina vs. Rusia*, Sentencia de 27 de julio de 2006, Demanda n.º 69481/01, párr. 146. El artículo 5 mencionado se titula “Derecho a la libertad y a la seguridad”.

todas las obligaciones internacionales hasta el momento en que las nuevas autoridades se encontraran en condiciones de cumplirlas. Es precisamente ese paréntesis inicial, que puede llevar muchos años, lo que ha originado el nacimiento de la “memoria histórica”.

Los hechos quedan “congelados” para el Estado, la subsistencia en el presente depende de la memoria individual, de por sí frágil y vulnerable, como todo lo humano. Por eso las memorias individuales se asocian en una memoria colectiva, que es histórica en espera de ser también jurídica, como hemos visto en el capítulo I.

En lo concerniente a los factores materiales que impiden el cumplimiento, basta recordar los cientos de miles de personas que se encuentran en las cárceles de Ruanda esperando juicio, o los cientos de imputados en Argentina, en la misma situación. La imposibilidad material, causa de retraso de justicia que, prolongada en el tiempo puede convertirse en denegación de justicia, podría ampararse tal vez en lo dispuesto en el artículo 61 de la Convención de Viena, si bien aplicable únicamente a las obligaciones dimanantes de tratados. Su texto es el siguiente:

“61. Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento. 1. Una parte podrá alegar la imposibilidad de cumplir un tratado como causa para darlo por terminado o retirarse de él si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. Si la imposibilidad es temporal, podrá alegarse únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado [...]”.

Podría resultar aplicable en caso de que las obligaciones del Estado de perseguir penalmente no se pudieran cumplir, por ejemplo, por pérdida de pruebas, desaparición o muerte de testigos, o por otras causas. No obstante, ese artículo contiene un segundo párrafo que establece una salvedad a esta exención:

“2. La imposibilidad de cumplimiento no podrá alegarse por una de las partes como causa para dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación si resulta de una violación, por la parte que la

alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado”.

Esto reviste especial importancia en relación con la obligación en cuestión. Por ejemplo, si la pérdida de pruebas puede atribuirse a la dilación indebida del proceso, al período excesivo de tiempo transcurrido debido a una ley de amnistía que impedía iniciarlo o continuarlo, o a cualquier violación de otras obligaciones del Estado que genere la situación de imposibilidad en que se encuentre, no podrá alegarse la imposibilidad de incumplimiento.

Chinchón Álvarez propone algunas posibles soluciones, como el recurso a tribunales de terceros países, la creación de un sistema especializado temporal, propuesta por la Comisión de la Verdad y de la Reconciliación, en Perú, para procesar crímenes de derecho internacional y violaciones de derechos humanos, el establecimiento de “tribunales híbridos, mixtos, internacionalizados o tribunales internacionales nacionalizados”.¹¹⁴⁴

No obstante, la solución práctica requiere un enfoque de fondo del problema. No se trata de insistir en imponer obligaciones a los Estados, que en muchos casos no pueden cumplir, sino en considerar que corresponde a la comunidad internacional el enjuiciamiento de crímenes de los que puede decirse sin duda víctima. La comunidad internacional es titular de bienes jurídicos cuando se trata de derechos humanos. Este es un punto de encuentro entre el derecho nacional y el internacional que merece la pena destacar. Una situación práctica, que trasciende la voluntad del Estado afectado por las circunstancias que le impiden cumplir sus obligaciones a pesar de su disposición a hacerlo, nos hace recordar la perspectiva internacional que en este tema no ha de olvidarse.

Son interesantes las reflexiones que hace Chinchón Álvarez con respecto al factor tiempo. Sostiene que, si bien es fundamental tanto para los problemas cuantitativos como para los cualitativos, para estos últimos constituye la “clave

¹¹⁴⁴ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, op. cit., p. 488, cita a POCAR, F., «The proliferation of International Criminal Courts and Tribunals. A Necessity in the Current International Community», en JICJ, vol. 2, No 1, 2004.

esencial para poder materializar cualquier persecución penal”.¹¹⁴⁵ Ello lo lleva a analizar las posibilidades normativas que ofrece el derecho internacional a fin de que las democracias nacientes puedan beneficiarse del paréntesis temporal necesario. Señala que, paradójicamente, resulta más sencillo aplicar ese paréntesis en el caso de obligaciones derivadas de instrumentos internacionales, que prevén la suspensión o incluso la denuncia de las normas convencionales,¹¹⁴⁶ que en el caso de las derivadas del derecho consuetudinario.

Sin embargo, las normas consuetudinarias o las normas de *ius cogens* no incluidas en los tratados sirven de garantía con respecto a la suspensión autorizada convencionalmente. En efecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados lo dispone expresamente en el artículo 43:

“Obligaciones impuestas por el derecho internacional independientemente de un tratado. La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado”.

Esta disposición debe leerse en el sentido de que “el deber [...] de cumplir toda obligación enunciada en el tratado” ya no se fundamenta en el tratado, sino en el derecho en general, en el derecho consuetudinario. De ahí pueda deducirse de esta disposición “la existencia y aplicabilidad autónomas” del derecho consuetudinario y de las normas de *ius cogens*.

¹¹⁴⁵ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, op. cit., p. 477.

¹¹⁴⁶ Se remite a los siguientes artículos: art. 14 de la Convención contra el Genocidio, art. 31 de la Convención contra la Tortura, art. 23 de la Convención Interamericana contra la Tortura, art. 21 de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, y art. 78 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

De todas estas reflexiones y normas, cabe deducir que al Estado que se encuentre ante la imposibilidad de perseguir los crímenes internacionales dentro de un primer período de asentamiento, le queda como alternativa viable jurídicamente invocar el estado de necesidad.

9.1. Estado de necesidad y otras causas de exención de la responsabilidad

Cinchón Álvarez señala que el estado de necesidad “surge cuando existe un conflicto, momentáneamente irreconciliable, entre un interés esencial del Estado y una obligación internacional vinculante para él”.¹¹⁴⁷ Advierte que el estado de necesidad no anula ni da por terminada la obligación internacional, sino justifica su incumplimiento en tanto subsistan las causas que dieron origen a ese estado.

Ahora bien, la norma internacional que puede invocarse actualmente es el artículo 25 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, titulado precisamente “Estado de necesidad”. Sin embargo, dicho artículo se encuentra en el capítulo V, titulado “Circunstancias que excluyen la ilicitud”¹¹⁴⁸. Es decir, no se prevé un régimen de exención de la responsabilidad, sino de exclusión de la ilicitud. El Comentario general a este capítulo explica que las circunstancias previstas se aplican a cualquier hecho internacionalmente ilícito, no anulan ni dan por terminada la obligación, “sino que sirven de justificación o excusa del incumplimiento mientras subsisten”. (Párrafo 2 del Comentario). Fitzmaurice, en su cuarto informe sobre el Derecho de los Tratados, explicó que, cuando se alega una de las circunstancias que excluyen la ilicitud, el incumplimiento no solo está justificado sino que va “encaminado a que se reanude el cumplimiento”.¹¹⁴⁹

¹¹⁴⁷ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, op. cit., p. 491.

¹¹⁴⁸ En este capítulo se incluyen seis circunstancias que excluyen la ilicitud: el consentimiento (art. 20), la legítima defensa (art. 21), las contramedidas (art. 22), la fuerza mayor (art. 23), el peligro extremo (art. 24) y el estado de necesidad (art. 25).

¹¹⁴⁹ Párrafo 2) del Comentario, donde se remite al documento de las Naciones Unidas A/CN.4/120, p. 44.

Entre las circunstancias enumeradas considero que la única aplicable a la obligación que nos interesa es el estado de necesidad.¹¹⁵⁰ El texto del artículo pertinente dice:

“1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho: a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto”.

En el Comentario se lo diferencia de las demás circunstancias mencionadas y se explica que surge “cuando existe un conflicto, de momento irreconciliable, entre un interés esencial, por una parte, y una obligación del Estado que invoca la necesidad, por la otra”.

La primera exigencia para invocar esta exclusión de la ilicitud, equiparable a una amnistía o disposiciones semejantes, es de orden fáctico: “un peligro grave e inminente” que amenaza un “interés esencial”. Habida cuenta de la formulación del artículo ambos elementos han de interpretarse con criterio restrictivo. Es decir, es preciso atenerse a consideraciones objetivas para la valoración de la existencia del peligro, de su inminencia y de su gravedad.

Con respecto a la segunda exigencia, “[que] afecte gravemente a un interés esencial”, también interpretable solamente con criterio restrictivo, se trata de una ponderación de los intereses en juego. Habría entonces que decidir si la protección del interés del Estado que invoca la norma no afectaría gravemente a los intereses de la comunidad internacional en la defensa de los derechos humanos y los valores que la fundamentan. Creo que esta ponderación prevista en el artículo resulta innecesaria por lo dispuesto en el artículo 26 del mismo Proyecto, titulado

¹¹⁵⁰ De todas las circunstancias, la única que podría aducirse además del estado de necesidad sería la fuerza mayor, pero es muy difícil imaginar que el Estado se encuentre ante “una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado que hacen materialmente imposible [...] cumplir con la obligación”.

“Cumplimiento de normas imperativas”. Dice: “Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general”.

Dado que la persecución penal de los crímenes que el Estado que invoca el estado de necesidad no se encuentra en condiciones de realizar constituye una obligación dimanante “de una norma imperativa de derecho internacional general”, nos encontraríamos ante una omisión ilícita por parte del Estado, que no puede ampararse en “ninguna disposición” del capítulo que contiene el artículo citado, con lo que queda excluida la posibilidad de invocar el estado de necesidad.

En el artículo 27 se reafirma el carácter temporal, estipulando que tan pronto como la circunstancia excluyente de la ilicitud deje de existir renace la obligación de cumplimiento. Pero también se limitan sus efectos, con lo que se reafirma la interpretación restrictiva, dado que de esta manera quedan a salvo los derechos de los afectados. Se titula “Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud” y su texto es el siguiente:

“La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de: a) El cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir; b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión”.

En la jurisprudencia encontramos una argumentación muy pertinente respecto del **estado de necesidad**, en el fallo pronunciado por la Corte Suprema argentina en el caso *Simón*, en el que se declararon inconstitucionales las leyes de “punto final” y “obediencia debida”.¹¹⁵¹ La argumentación es pertinente en la medida en que rechaza el estado de necesidad como argumento a favor de la anulación de las leyes. Ello supone que ni siquiera cuando se utiliza en apoyo del

¹¹⁵¹ CSJN, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. S/ Recurso de hecho*, Causa n.º 17.768, Sentencia de 14 de junio de 2005.

fin perseguido se acepta como argumento válido jurídicamente. No es admisible la anulación de las leyes alegando que han sido dictadas invocando el estado de necesidad. Esa circunstancia no nos interesa, ni siquiera para deslegitimarlas. El argumento adecuado es la ilicitud internacional. Esto confirma la interpretación que hice del artículo 26 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

Cito a continuación algunos párrafos de votos particulares que resultan particularmente relevantes.

El voto del juez Zaffaroni:

“La invocación de la coacción o necesidad. Que el argumento que invoca un estado de necesidad de los poderes nacionales en el momento de sancionar las leyes que se quieren anular, no resiste mayor análisis. Sin perjuicio de reconocer que se planteaba una situación delicada en esos momentos, cuya valoración no corresponde a esta Corte Suprema —como tampoco el acierto o desacierto de la sanción de estas leyes para resolverla—, es verdad que el Congreso de la Nación suele sancionar leyes presionado por las circunstancias con mucha frecuencia y eso es materia corriente en la política de cualquier Estado. Abrir la puerta de futuras nulidades invocando el estado de necesidad o la coacción en cada uno de esos casos importa sembrar una inseguridad jurídica formidable. Si la coacción de las circunstancias habilitara la posibilidad de que el propio Congreso Nacional anulara sus leyes, no habría razón por la cual no se podrían anular también por otros vicios que acarrearán ese efecto en numerosos actos jurídicos, como el error o la ignorancia de las circunstancias, lo que eliminaría toda previsibilidad, condición indispensable para la coexistencia pacífica de toda sociedad”. (Párrafo 23)

El voto del juez Lorenzetti:

“La tesis que invoca un estado de necesidad de los poderes nacionales en el momento de sancionar las leyes que se quieren anular, aunque pueda ser entendido en la situación dada, no puede ser admitido como un criterio

general válido para justificar la nulidad de las leyes. En el momento de la sanción de las leyes había una situación delicada invocada por el legislador, cuya valoración no corresponde a esta Corte Suprema. Pero si se permitiera que el Congreso estableciera nulidades invocando el estado de necesidad o la coacción, se introduciría una inseguridad jurídica formidable, ya que serían numerosas e imprecisas las situaciones en las que se podría invocar presiones y necesidades, propias de la actividad legisferante”. (Párrafo 28)

Ambos jueces hacen referencia a “una inseguridad jurídica formidable” que resultaría si se abriera la posibilidad de declarar la nulidad de las leyes sancionadas por el Congreso. Sin embargo, su argumentación respecto al estado de necesidad se refiere a la invocación de este para justificar la sanción de las leyes que consagran la impunidad. No entran a considerar si el estado de necesidad podría justificarla, sino que lo rechazan como argumento en general, dado el peligro que trae aparejado admitirlo. La referencia al estado de necesidad en este fallo se hace rechazándolo como fundamento para anular las leyes, a pesar de que de lo que se trata precisamente en este caso es de la anulación de las leyes. Lo que sucede es que el planteamiento que corresponde para lograr el objetivo deseado, a saber, declarar la inconstitucionalidad de las leyes, no consiste en alegar que fueron producto de la coacción o la necesidad sino claramente que eran violatorias del derecho internacional.

En su voto, Zaffaroni hace valer “el argumento de derecho internacional”: “[...] se aproxima mucho más al núcleo del problema la posición que funda la legitimidad de la nulidad de las leyes de marras en el derecho internacional vigente como derecho interno. Tal como se ha señalado, es claro que las leyes que se pretenden anular chocan frontalmente con la ley internacional”(párrafo 26). Y a continuación cita la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos* (ya citada en el presente texto).

Chinchón Álvarez llega a la conclusión de que “a pesar de la posición límite en que puede colocarse a las nuevas autoridades por las evidentes presiones y amenazas detectadas, no parece posible encontrar un sustento jurídico para la figura del estado de necesidad, sino a través de un ejercicio de alquimia jurídica

que caracterizase a situaciones de hecho a la medida de lo que se exige en el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional”.¹¹⁵²

Otra razón que puede hacer valer un Estado para eximirse de su obligación de investigar y juzgar es que haya habido un juicio y una sentencia en otro Estado (lo más frecuente es que sea el de la comisión del delito). Sin embargo, ello no exime de averiguar si no se ha tratado de un falso juicio, es decir, de lo que suele llamarse “cosa juzgada fraudulenta”. Nos remitimos para la definición de ese concepto a la sentencia de la Corte Interamericana: “El desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales ha permitido el examen de la llamada “cosa juzgada fraudulenta” que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad”.¹¹⁵³ Y se remite a la regla básica de interpretación contenida en el artículo 29 de la Convención Interamericana, titulado “Normas de Interpretación”:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d. excluir

¹¹⁵² CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, op. cit., p. 497.

¹¹⁵³ Corte IDH, caso *Carpio Nicolle vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C n.º 117, párrs. 131 y 132. En otro fallo posterior afirma: “Este Tribunal ya se ha referido a la llamada “cosa juzgada fraudulenta”, que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso. A la luz del reconocimiento de responsabilidad de Colombia y los hechos probados, se desprende que los procesos del presente caso, ante los tribunales nacionales, estuvieron contaminados por tales vicios. Por tanto, no podría invocar el Estado, como eximente de su obligación de investigar y sancionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares de la Convención Americana, porque no hacen tránsito a cosa juzgada decisiones judiciales originadas en tales hechos internacionalmente ilícitos”. Caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, citado *supra*, párr. 98.

o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Sin embargo, este artículo no solo es aplicable a la cosa juzgada fraudulenta sino a otros supuestos que pueden alegarse como causa de exención de la responsabilidad. He citado el artículo en su integridad porque avala la imposibilidad de hacer valer prácticamente cualquier causa de exención de la responsabilidad que suponga suprimir o limitar el goce y ejercicio de los derechos y libertades que allí enumera. Ahora bien, resulta evidente de esa enumeración que se ha intentado darle la connotación más amplia posible. Conforme a ese criterio de interpretación, cualquier causa de exención de la responsabilidad del Estado que se invoque podría ser interpretada de manera tal que pueda afectar a alguno de los derechos y garantías a los que se refiere el artículo.

10. Recapitulación

No tiene sentido establecer una obligación si no se establece la responsabilidad por su incumplimiento.

La medida de la responsabilidad será la medida de la fuerza vinculante de la obligación. En el capítulo anterior he analizado el origen de la fuerza vinculante, considerando la norma de la que la obligación deriva. Y si bien he concluido que la norma puede calificarse de norma imperativa, es decir, de *ius cogens*, sin analizar la responsabilidad resultante del incumplimiento no es posible atribuir a esa calificación el verdadero significado que comporta.

A pesar de que la responsabilidad de la que hablo no es penal, porque se trata de responsabilidad del Estado, está vinculada con el derecho penal porque lo que desencadena el nacimiento de la obligación cuyo incumplimiento genera responsabilidad es la comisión de un crimen internacional, mejor dicho, la presunta comisión de un crimen internacional, dado que sin que se cumpla la obligación de investigar nunca se sabrá si ese crimen se ha cometido o no. El

sistema penal dirigido al individuo no puede intervenir si el Estado no cumple antes esta obligación.

El instrumento más completo sobre la responsabilidad internacional del Estado derivada de la obligación internacional que analizamos es un Proyecto, aprobado en las Naciones Unidas, pero que no se ha convertido aún en instrumento convencional, acordado por los Estados. No me ha disuadido de tomarlo como punto de referencia el argumento de que es un mero Proyecto. Los antecedentes de su elaboración, los debates entre los juristas que en ella participaron, el hecho de que se haya transmitido a los gobiernos para que formularan observaciones, la doctrina y jurisprudencia a las que nos remite, permite ver reflejado en este Proyecto un cierto consenso internacional.

En los proyectos que lo precedieron también encontramos las huellas de una evolución del derecho internacional que lo aleja cada vez más de la visión de un derecho entre Estados soberanos, para acercarse (y retrotraerse) a la idea de un derecho de gentes, como el concebido por Vitoria y Suárez, de una comunidad en la que los individuos son sujetos tanto activos como pasivos, y los Estados se ven obligados a responder incluso de lo que hacen o no hacen dentro de su territorio.

El tema es delicado porque se trata de determinar si la renuncia, expresa o tácita, del Estado a ejercer su jurisdicción en caso de presuntos crímenes internacionales es un "hecho internacionalmente ilícito". Se ha planteado entonces si el ejercicio de la jurisdicción como atributo de la soberanía, incluso se ha dicho atributo por excelencia de la soberanía, puede considerarse también una obligación. Para responder he recurrido a las normas internacionales que prevén los crímenes y la necesidad de su protección. Son estas normas las que establecen, en muchos casos implícitamente, en algunos más claramente que en otros, la obligación de los Estados de investigar y juzgar esos crímenes. Si bien hay tribunales internacionales, la esfera de competencia de algunos se limita a determinados países, y, en el caso de la Corte Penal Internacional, es solo complementaria (en realidad subsidiaria) de la jurisdicción nacional.

¿Cómo responde el Estado que incurre en el hecho internacionalmente ilícito de no perseguir penalmente los crímenes internacionales cometidos en su territorio?

En el Proyecto examinado en este capítulo encontramos diversas disposiciones que se refieren a esas respuestas. Lo interesante es que no solo se prevén las respuestas del propio Estado, sino las respuestas de todos los demás Estados, dado que nos encontramos frente a un ilícito que despierta el interés de la comunidad internacional, y cuya comisión y no persecución genera obligaciones también para los demás Estados.

Recapitemos, resumiendo lo dispuesto en el Proyecto, cuáles son las consecuencias del hecho ilícito, es decir, las respuestas que debe dar el Estado del territorio y las que deben dar los demás Estados. Esas respuestas constituyen otras tantas obligaciones que integran la responsabilidad.

El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito deberá:

- a) poner fin al hecho ilícito, si ese hecho continúa;
- b) ofrecer seguridades y garantías adecuadas de que no se repetirá;
- c) reparar íntegramente el perjuicio, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito.

No es difícil aplicar estas cláusulas cuando el hecho ilícito consista en la omisión o negativa de ejercer la jurisdicción penal con respecto a los crímenes internacionales. En el punto a) debe poner fin a la omisión, es decir, investigar y juzgar; en el punto b) debe garantizar, mediante la sanción de leyes que lo prevean o la anulación de las leyes que lo obstaculicen, el cumplimiento de su obligación; y en el c) debe dar reparación, principalmente moral, del daño que ha causado su incumplimiento, sobre todo en casos de desapariciones forzadas, pero también cuando ha transcurrido mucho tiempo desde la comisión de los hechos.

Los demás Estados deberán:

a) cooperar para poner fin, por medios lícitos, al hecho ilícito (que puede considerarse como hemos visto “violación grave”, según los términos empleados en la disposición que establece esta obligación);

b) no reconocer como lícita una situación creada por una violación grave.

Los demás Estados podrán:

a) exigir al Estado responsable el cumplimiento de la obligación de reparación, en interés de los beneficiarios de la obligación violada;

b) reclamar al Estado responsable la cesación del hecho internacionalmente ilícito;

c) reclamar al Estado responsable las seguridades y garantías de no repetición;

d) tomar medidas lícitas contra el Estado responsable para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés de los beneficiarios de la obligación violada.

Como vemos, se prevén obligaciones y facultades. Entre las primeras, tal vez se podría cooperar prestando ayuda que fortalezca el sistema de justicia penal del Estado responsable. En cambio, la obligación de no reconocer como lícita la situación creada puede tener consecuencias importantes, por ejemplo el rechazo de la admisión como miembros de organizaciones internacionales a los Estados que no hayan cumplido sus obligaciones internacionales. Entre las segundas, es interesante la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación de reparación, derivada del hecho internacionalmente ilícito, en nombre de los beneficiarios, es decir de los particulares afectados. Es una forma de reconocer la intervención de un Estado en la protección de los intereses de los ciudadanos de otro Estado.

Sin embargo, los ciudadanos afectados por los crímenes suelen recurrir a la justicia de sus propios países, ejerciendo lo que se llama derecho a la jurisdicción, o a la tutela judicial efectiva. Siempre nos situamos en el régimen de la responsabilidad, porque a ese derecho de los ciudadanos corresponde la

obligación del Estado de la que nos estamos ocupando. Por ello no la he situado en una segunda parte, sino dentro de la parte única del presente capítulo dedicada a la responsabilidad. Si bien ese derecho está reconocido a nivel constitucional en la mayoría de los países, cuando se trata de los crímenes internacionales se ha considerado necesario reforzarlo en diversos instrumentos internacionales.

Estrechamente vinculado con este derecho se encuentra el derecho a la verdad, o derecho a saber, en sus dos vertientes, individual y social. Si bien el tratamiento de este tema se ha extendido mucho en la doctrina internacional y merecería una tesis aparte, me pareció ineludible una referencia al mismo en este contexto, dado que concierne a la obligación de investigar, que es la primera parte de la obligación de perseguir penalmente, o la primera de las obligaciones que integran esa obligación.

El tema de los requisitos que debe satisfacer el cumplimiento de la obligación concierne al tema de la responsabilidad porque ésta también nace cuando el incumplimiento ha sido inadecuado, insuficiente o de mala fe. En cuanto a los problemas que se pueden plantear para el cumplimiento, también los he tratado en relación con la responsabilidad, dado que pueden ser, si bien temporalmente, una causa de exclusión de la ilicitud, a tenor del Proyecto.

De las circunstancias enumeradas la única aplicable a nuestra obligación es el estado de necesidad. La he considerado porque ha sido invocada en la jurisprudencia, a pesar de que, conforme al Proyecto, ninguno de los casos de exclusión de la ilicitud puede ser invocado para excluir la ilicitud de un hecho contrario a una norma de *ius cogens* (emplea los mismos términos que la Convención de Viena, “norma imperativa del derecho internacional general”). Pero en el contexto del Proyecto, si aceptamos que la obligación de perseguir que tiene el Estado emana de una norma de *ius cogens*, en ningún caso el Estado puede eludir su responsabilidad por el hecho ilícito en que incurre al no cumplir su obligación de perseguir penalmente los crímenes internacionales.

Empero, esta obligación debe sortear otros obstáculos que el propio Estado responsable de su cumplimiento le opone, valiéndose incluso de su legislación. En

el próximo capítulo me referiré a las dos más relevantes y frecuentes: la amnistía y la prescripción.

CAPÍTULO V

OBSTÁCULOS EN EL ÁMBITO NACIONAL AL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO DE PERSEGUIR PENALMENTE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES COMETIDOS EN SU TERRITORIO

1. La prescripción

1.1. Marco conceptual

1.1.1. El tiempo cuantificado: el plazo

El derecho persigue su propia continuidad operando dentro de los límites temporales que él mismo se fija. Busca su continuidad a través de la discontinuidad temporal que significan los plazos. El derecho, en cuanto persigue como finalidad primera su propia continuidad, que le permite asegurar la continuidad de ciertas relaciones y la discontinuidad de otras, establece su propia medida convencional. "Pero dicha medida está sustraída a la impresión meramente subjetiva y contingente, dado que hace pública la databilidad de los actos y hechos que se suceden y les confiere, por lo tanto, significatividad".¹¹⁵⁴ Esta publicidad, databilidad, significatividad de las conductas permite ponerlas en relación entre sí, a pesar de que no coincidan en el tiempo. El derecho, a través de sus propias

¹¹⁵⁴ OPOCHER, E., *op. cit.*, p. 194.

medidas (plazos, prescripciones, etc.), ofrece a la conciencia una duración sin la que la vida social sería imposible.

El plazo es algo que comienza y termina, un término a lo indefinido, una duración precisa, una rígida espacialización. Mediante el plazo, el derecho espacializa el tiempo. Como señala Ost, lo jurídico presenta una tendencia recurrente a espacializar el tiempo, a reducirlo a la representación de una línea continua, que se extiende entre un punto de partida y un punto de llegada: "la concepción dogmática del tiempo jurídico cuantifica y uniformiza la pluralidad de temporalidades que restituye el análisis".¹¹⁵⁵ El plazo jurídico se presenta circunscrito como un segmento de la continuidad temporal absolutizado.

El tiempo de los plazos es un tiempo "vacío", porque nada debe obstaculizar la posibilidad del derecho de cargarlo del contenido que se propone enmarcar en él.¹¹⁵⁶

Hay cosas para las que la llegada del polo que pone término al intervalo, es decir, del segundo polo, puede significar una interrupción de su existencia. Hay otras para las que ese término supone el logro de su cometido, por cuanto existen en función de ese fin. Si bien ambos tipos de cosas existen en el tiempo objetivo, su estructura temporal es diversa. Para las primeras, la llegada del fin no supone nada para su existencia en sí, salvo la interrupción o cesación, pero nada que afecte a su misma razón de ser. Ejemplos claros se encuentran en todas las relaciones

¹¹⁵⁵ OST, F., *Observations liminaires sur les multiples temps du droit, Le temps du futur*, París: Travaux du Centre du philosophie du droit, 1985, citado por DELMAS-MARTY, M., *Le flou du droit*, París: Presses Universitaires de France, 1986, p. 109. Esta autora también hace un análisis del tiempo del derecho penal. Señala que el derecho occidental, tal como ha sido pensado en la Ilustración y se ha desarrollado a partir del siglo XIX, particularmente en los países de la codificación, es un derecho inmóvil y cerrado. *Ibidem*.

¹¹⁵⁶ HUSSERL, G., *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto, op. cit.*, pp. 25-26. En esta visión del tiempo jurídico como "vacío" se vislumbra la idea de una disponibilidad total, una libertad total para gestionarlo. Es decir que si el tiempo real no existe para el derecho, es porque su aceptación implicaría la renuncia a los fines que le son propios al derecho en cuanto derecho, es decir, como ordenación de la vida social. "Sin embargo, fijémonos cómo este vacío está lleno de significado, del significado de la ley, y no permite otra posibilidad de significado".

jurídicas duraderas, que no existen en función de su terminación: la locación, el matrimonio.

Para las segundas, la llegada del fin supone la "satisfacción del sentido" de su existencia. En tanto la cosa no termine su existencia no tendrá sentido. En estos casos se puede decir que el fin es la "meta", que lo ocurrido con anterioridad a su logro es la "vía" (una vía que conduce a través del tiempo).¹¹⁵⁷ El ejemplo en el derecho civil es la prescripción adquisitiva, y en el derecho penal, el cumplimiento del tiempo asignado a la pena. Una definición amplia de prescripción señala que es un mecanismo jurídico por el cual se crea un derecho o una obligación por el solo transcurso del tiempo.¹¹⁵⁸ Son las consecuencias del paso del tiempo reconocidas por el derecho, o, en otras palabras, la asignación de consecuencias jurídicas al paso del tiempo.

1.1.2. La prescripción penal

La prescripción penal tiene un significado muy especial. Entraña la prohibición, después de un lapso de tiempo fijado arbitrariamente, de recorrer el tiempo hacia atrás, hasta el acto y sus huellas. Éstas no son canceladas: es el camino que conduce hasta ellas lo que se prohíbe.¹¹⁵⁹ Allí se enfrentan exigencias contrapuestas del derecho y la justicia. El derecho persigue la seguridad y la estabilidad de las relaciones, que se verían amenazadas por la posibilidad siempre abierta de perseguir los delitos. Pero por su lado la justicia no tolera dejar que caigan en el olvido determinados delitos, ni sus víctimas, ni sus autores. El derecho

¹¹⁵⁷ Ibídem, pp. 27-28. Husserl da el ejemplo de un examen. Un ejemplo claro de esta estructura temporal "en función de un fin" es la espera. "Cada espera recibe su sentido de aquello que será si la espera alcanza el fin (fructífero)". Quien espera se comporta en función de una meta, cuyo logro pone término a la espera y, a la vez, le da sentido. Hay en la espera un elemento de pasividad, pero el tiempo que transcurre no es un tiempo vacío, abstracto, despojado de contenidos. La espera puede estar tonalizada emotivamente de diversos matices.

¹¹⁵⁸ GAREAU, J. F., «Insoutenable imprescriptibilité à la lettre: note sur l'interaction du temps, du droit et du symbole dans la problématique de la réparation des crimes de l'histoire», en L. Boisson de Chazournes, J.F., Quéguiner y S. Villalpando (dirs.), *Crimes de l'histoire et réparations: les réponses du droit et de la justice*, Bruselas: Bruylant, 2004, p. 27.

¹¹⁵⁹ RICOEUR, P., *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, op. cit., p. 610.

abandona en la prescripción su lucha contra el fluir del tiempo y apela al olvido para que extinga la sed de justicia.¹¹⁶⁰

La prescripción penal es una institución propia del derecho nacional. Se discute su naturaleza jurídica: si es procesal, penal (es decir, sustantiva) o mixta.¹¹⁶¹ El origen de la discusión se encuentra en el origen mismo de la institución, el derecho civil. En este, la prescripción se fundamentaba en la negligencia del titular del derecho en la defensa del mismo. Al trasladarse al ámbito penal, se ha relacionado con el proceso, con la posibilidad de iniciarlo o de continuarlo. Sin embargo, en la prescripción penal se distinguen dos tipos de prescripción: la prescripción del delito y la prescripción de la pena. El resultado es el mismo en ambos casos: la pena no se aplica, bien porque no se ha impuesto, bien porque se ha impuesto y no se ha ejecutado. La diferencia reside en los plazos previstos en los Códigos penales. Zaffaroni se pregunta si se justifica esa diferencia de regulación, "dado que pueden ser manifestaciones diversas de una misma institución en dos momentos diferentes del poder punitivo, como lo son el proceso y su secuela".¹¹⁶²

El caso que nos interesa aquí es el de la prescripción del delito. Su efecto inmediato es la extinción de la responsabilidad penal. González Tapia la analiza y se pregunta: "¿Cómo puede extinguirse la responsabilidad criminal cuando ésta aún no ha surgido (formalmente)? ¿Cómo puede el legislador configurar la prescripción del delito como una causa de extinción de la responsabilidad criminal

¹¹⁶⁰ Ante la injusticia del derecho con respecto a la posibilidad de prescripción de los crímenes horribles de la Alemania nazi, dice Jankélévitch: "Veinte años, al parecer, son suficientes para que lo imperdonable se convierta milagrosamente en perdonable: de pleno derecho y de la noche a la mañana lo inolvidable es olvidado". JANKÉLÉVITCH, V., *L'imprescriptible*, París: Éditions du Seuil, 1986, p. 17.

¹¹⁶¹ En el derecho español, por ejemplo, se considera que su naturaleza es penal. Los autores que se inclinan por esta solución se basan en el artículo 132, párrafo 1, del Código Penal, que establece el comienzo del plazo en el día en que se hubiera cometido la acción punible. Y se remiten a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (Sentencia de 4 de diciembre de 1992). BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Curso de derecho penal. Parte General*, C. Rodríguez Yagüe (coord.), Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004, p. 551.

¹¹⁶² ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. W., *op. cit.*, p. 844.

otorgándole como efecto, precisamente la imposibilidad de declarar dicha responsabilidad?”.¹¹⁶³

Se declara, por tanto, la extinción de algo que aún no existe. Pero esa “no existencia” se da en el plano fáctico, real, no en la norma. La responsabilidad criminal está prevista y puede surgir en cualquier momento, situándose en determinada persona y desencadenando determinadas consecuencias. Cuando transcurre el plazo de prescripción, no deja de existir la previsión normativa. Lo que deja de existir es la posibilidad de aplicación de esa previsión, su transformación de previsión en situación real. Por ello es compleja la prescripción. La principal afectada es la norma misma, pero solo hasta cierto punto, porque no deja de regir para el resto de los casos. Como señala González Tapia, remitiéndose también a Cobo del Rosal, “se afecta a la punibilidad concreta del hecho, entendida como posibilidad de que la infracción resulte efectivamente *penada*, pero no a la condición abstracta de punibilidad de la infracción, condición básica para la existencia del delito y que debe entenderse como posibilidad legal de referencia y aplicación de la pena”.¹¹⁶⁴

La relación jurídica en la que se presenta la posibilidad de la prescripción penal es la existente entre el Estado y el autor del delito. Si el Estado no persigue el delito durante determinado tiempo, sea por no haber iniciado el proceso o porque éste se ha paralizado, “el legislador renuncia a ejercer el *ius puniendi* y, por lo tanto, a imponer la pena prevista para el delito [...] declarando extinguida la responsabilidad criminal”.¹¹⁶⁵ Es el legislador mismo el que renuncia a que se ejerza en esas condiciones, tras haber transcurrido el plazo, la acción penal. Por ello, Gareau afirma que el primer punto de referencia temporal de la prescripción es el momento de creación de la norma, dado que la imprescriptibilidad solo se

¹¹⁶³ GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *La prescripción en el derecho penal*, Madrid: Dykinson, 2003, p. 35.

¹¹⁶⁴ *Ibíd.*, p. 28. La obra a la que se remite es COBO DEL ROSAL, M., «La punibilidad en el sistema de la Parte general del Derecho penal español», en *Estudios Penales y criminológicos*, vol. VI., Santiago de Compostela: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1983, pp. 11 y ss.

¹¹⁶⁵ *Ibíd.*, p. 27.

puede aplicar a una norma existente: “[...] se trata de una protección integrada voluntariamente en la fabricación de la norma, algo así como el material antioxidante en un automóvil [...]”.¹¹⁶⁶

En cuanto a los fundamentos que la justifican, se han alegado varios y diversos. Me interesan en la medida en que afectan a la prescriptibilidad de los crímenes internacionales. Por ejemplo, dado que depende de que el Estado actúe (excepto en los delitos dependientes de instancia privada) se ha considerado como una sanción por la inercia del Estado, que pierde así la oportunidad de ejercer su facultad punitiva. Ahora bien, de lo que se trata frente a los crímenes internacionales es de que el Estado cumpla su obligación de perseguir penalmente dichos crímenes, por lo que la prescripción supondría un premio por no haber cumplido esa obligación durante determinado tiempo, la liberación de una obligación. Desde la perspectiva de análisis que adoptamos, el Estado no demuestra mayor interés en la persecución de esos crímenes, y prever la prescripción de los mismos no sería nada más que facilitarle el incumplimiento de sus obligaciones internacionales y nacionales.

Entre otros argumentos que se esgrimen para fundamentar esta institución se aduce la necesidad de seguridad jurídica, a fin de que las relaciones no queden en la incertidumbre, lo que sucedería si se dejara en suspenso indeterminadamente un proceso penal, con todo lo que este supone. La incertidumbre para el autor del delito genera una situación de indefensión e inseguridad jurídica, porque los mismos problemas que tendrá la acusación para probar el delito puede tenerlos el acusado para probar su inocencia. Frente a esto último cabe recordar que el acusado goza de la presunción de inocencia hasta que no se declare su culpabilidad.

Con respecto a las pruebas en general, no siempre el paso del tiempo opera en desmedro de su obtención, y mucho menos en el caso de los crímenes internacionales, en los que se ha demostrado que las pruebas se van sumando a medida que pasa el tiempo. No obstante, en el caso de los crímenes

¹¹⁶⁶ GAREAU, J. F., *op. cit.*, p. 29.

internacionales, concretamente de los crímenes nazis, pero también de los cometidos en Argentina (y en España), las pruebas en lugar de desaparecer se han multiplicado. Fueron muchos y muy graves los crímenes, fue necesario mucho tiempo para reunir pruebas, estudiar las circunstancias, reunir testigos, encontrar acusados. Incluso algunas víctimas que sobrevivieron, solamente tomaron conciencia verdaderamente de lo que habían sufrido tras cierto tiempo. También la opinión pública necesita tiempo para adquirir conciencia de los horrores.

Otros argumentos que se aducen para fundamentar la prescripción del delito están relacionados con los fines de la pena: el cambio de personalidad, la presunta enmienda y resocialización, desde el punto de vista del sujeto, y la frustración de los mensajes de prevención general, desde el punto de vista de la sociedad.

A mi juicio, ninguno de los argumentos que justifican la prescripción de los delitos comunes es válido para justificar la prescripción de los crímenes internacionales. Hay argumentos de fondo tan importantes, que los argumentos de índole práctica quedan en segundo plano. Sin embargo, algunos de ellos también son aplicables para evitar el transcurso de un tiempo excesivo, pero no para que, si transcurre, se consagre la extinción de la responsabilidad criminal. Por ejemplo, uno de los problemas que se ha mencionado es el de la cuantificación de la pena. Incluso tratándose de delitos comunes, este argumento es también y principalmente un argumento de fondo, porque afecta un principio fundamental, la proporcionalidad de las penas.

Beccaria titula un capítulo "Procesos y prescripciones". Distingue entre los delitos atroces y los delitos leves. Los primeros, dice, "si están probados, no merecen prescripción alguna en favor del reo que se ha sustraído con la fuga". En cambio, "los delitos leves y no bien probados, deben librar con la prescripción la incertidumbre de la suerte de un ciudadano".¹¹⁶⁷ Pero a continuación profundiza en la clasificación de los delitos poniéndolos en relación con la probabilidad de su comisión. Esta se halla en relación inversa con la atrocidad del delito. Parte del

¹¹⁶⁷ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, traducido por J. A. de las Casas, Madrid: Alianza, 1995, capítulo 30, Procesos y prescripciones, p. 84.

supuesto de que en los delitos graves, al ser más raros, es mayor la probabilidad de inocencia del reo, por lo que se debe dedicar menos tiempo al examen y extender el plazo de prescripción, “porque de la sentencia definitiva, en que se declara a un hombre inocente o culpado, depende extirpar las esperanzas (la *lusinga*, dice en italiano) de impunidad, cuyo daño crece con la atrocidad del delito”.¹¹⁶⁸ En los delitos leves plantea la situación inversa, es decir, menor probabilidad de inocencia del reo, más tiempo dedicado al examen y menor tiempo de prescripción, porque al disminuirse el daño de la impunidad debe disminuirse el tiempo de la prescripción.¹¹⁶⁹

Este criterio, que se basa en la gravedad, se refleja en la fijación de los plazos de prescripción que tienen en cuenta las penas asignadas.

Otro posible fundamento que se alega para la prescripción penal es el olvido de la infracción por el transcurso del tiempo. “La prescripción será la expresión de la gran ley del olvido, este elemento tan potente en la vida de los individuos y de los pueblos: la opinión pública no reclama la represión de una infracción cuyas consecuencias materiales y morales han sido borradas por el tiempo, así como su recuerdo de la memoria de los individuos”.¹¹⁷⁰

Con respecto a esto se ha dicho que el tiempo tiene el efecto de “cambiar las impresiones precedentes por nuevas impresiones en el espíritu humano, de tal modo que la inercia de la autoridad penal, no expresada durante cierto lapso de tiempo, debilita y llega hasta extinguir la conciencia del delito”.¹¹⁷¹

La presencia de la conciencia trae consigo la dimensión ética indisociable de los problemas que plantean los crímenes internacionales. El debilitamiento que extingue la conciencia del delito no se produce después de los crímenes

¹¹⁶⁸ *Ibíd.* p. 85.

¹¹⁶⁹ *Ibíd.*

¹¹⁷⁰ VITU, A., *Procédure pénale*, París: Presses Universitaires de France, 1957, p. 169.

¹¹⁷¹ PESSINA, E., *Elementos de derecho penal*, traducido por H. González del Castillo, Madrid: Reus, 1936, p. 694.

internacionales. La gravedad del delito lo hace inolvidable, el derecho debe hacerlo imprescriptible.

En ese sentido, Garaud dice: “el derecho se ve dividido (*écartelé*) entre su sustrato filosófico y sus procedimientos mecánicos”. Y señala que las expectativas que se han depositado en el derecho explican el intento de franquear las dificultades técnicas que se oponen a la satisfacción de esas expectativas.¹¹⁷²

Un fundamento que puede resultar aplicable a la prescripción de los crímenes internacionales se asocia con la peligrosidad. Ragués i Vallés señala que los diversos planteamientos que se formulan respecto de la prescripción “parten de la premisa de que la pena es siempre una reacción frente a un hecho perturbador del orden social que quiere ser preservado”. Ahora bien, el contenido perturbador de cualquier hecho punible -explica este autor- “va atenuándose progresivamente con el paso del tiempo hasta desvanecerse por completo”. Y precisa el momento en que desaparece el contenido perturbador: es “el momento en que el hecho delictivo deja de ser visto por la colectividad como un fenómeno peligroso para el modelo social vigente y pasa a percibirse como una parte del pasado”.¹¹⁷³

Tal vez la peligrosidad que encierra el acto punible pueda considerarse un elemento importante para la punibilidad efectiva, pero no el único. El elemento destinatario de la peligrosidad, “el modelo social vigente”, es lo suficientemente amplio como para no excluir aquellos actos que amenazan no la vida social concreta, sino los principios y valores que resultarían afectados si no se castigaran determinados actos. En la mayoría de los casos de crímenes contra la humanidad y genocidio no hay un peligro concreto de que se repitan en un futuro más o menos cercano como para decir que su no punición conducirá a su repetición, pero sí hay un peligro de que su no punición suponga una tolerancia frente a esos actos

¹¹⁷² GAREAU, J. F. *op. cit.*, p. 32.

¹¹⁷³ RAGUÉS I VALLÉS, R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Barcelona: Atelier, 2004, p. 42. Y agrega que “el derecho penal sólo reacciona ante hechos perturbadores; cuando un acontecimiento se ha convertido ya en historia no tiene sentido que el Estado responda punitivamente, pues tal suceso habrá perdido toda su capacidad para afectar negativamente al presente modelo social”.

incompatible con los principios y valores de dicho modelo social. Precisamente son casos en los que “el paso de los años”, para decirlo con las mismas palabras que emplea el autor citado, no “modifica la percepción que las personas tienen de los acontecimientos”, “la percepción social de los acontecimientos”.¹¹⁷⁴

Dice este autor que “cuando los acontecimientos ya forman parte del pasado no tiene sentido reaccionar contra ellos”.¹¹⁷⁵ Habría que preguntarse en primer lugar cuándo comienzan a formar parte del pasado. Hay diversas percepciones de lo que ha pasado al pasado y de lo que no puede pasar. Basta recordar la frase tan pronunciada en el contexto de la memoria histórica cuando se habla de “un pasado que no puede pasar”. Según la experiencia que cada uno tenga de lo sucedido, ese acontecimiento pertenecerá o no al pasado, entendiendo esta frase como la resignación ante lo irreversible, la renuncia ante lo irrevocable.

Es este un aporte fundamental de la memoria histórica como fenómeno social al sistema penal: la percepción de determinados acontecimientos de forma tal que hace necesaria la intervención penal y excluye la posibilidad de prescripción, sin más finalidad aparente que la simbólica. Ragués i Vallès hace referencia a esta finalidad pero descartándola implícitamente.¹¹⁷⁶ Sin embargo, justifica que la duración de los plazos de prescripción dependa de la gravedad de cada delito, “pues es indudable que, cuanto más grave sea una infracción, mayor deberá ser también el tiempo que deba transcurrir para que la colectividad pase a percibirla como un ‘asunto del pasado’”.¹¹⁷⁷

¹¹⁷⁴ *Ibíd.*, p. 43. “Cuando ha transcurrido cierto tiempo desde su producción, tanto los hechos más felices como los más dolorosos en la vida de una persona pasan a ser vistos como una parte del pasado, como algo que ya ha acabado y que no puede modificarse”.

¹¹⁷⁵ Y cita a Bockelmann: “lo que es ya historia, no forma parte de la competencia del juez”. *Ibíd.*

¹¹⁷⁶ “Imponer una pena por semejante suceso sería visto por la colectividad como un intento meramente simbólico de reaccionar ante el pasado”, *Ibíd.*, p. 44.

¹¹⁷⁷ *Ibíd.* p. 45. Zaffaroni señala que hay muchos delitos en que la disminución del sentimiento o demanda de sanción penal es lenta y puede no tener lugar, como asesinatos seriales, violaciones seriales, etc. ZAFFARONI, E. R., *En torno de la cuestión penal*, Montevideo: B de F, 2005, p. 260.

En esa memoria de la sociedad que registra el hecho según su gravedad hay un elemento que no es meramente funcional, sino simbólico.¹¹⁷⁸

Podría considerarse una buena descripción de la prescripción desde un punto de vista procesal, que, no obstante, no descuida los elementos sustantivos, la que hace Weiss: “Cualesquiera sean los objetivos promovidos por la práctica y la doctrina en determinado sistema jurídico, puede considerarse que la prescripción constituye un instrumento procesal de política legislativa penal que permite el abandono del control jurídico tan pronto se considere que determinado delito ya no perturba la conciencia de los hombres en determinada sociedad”.¹¹⁷⁹ El elemento sustantivo de este instrumento procesal, como indica este autor, sería “la conciencia de los hombres”, dando por supuesto que se trata de la conciencia social y no la de los autores del delito en particular. Pero lo que me parece más interesante es que no califica la prescripción como un derecho del autor del delito o de la persona sujeta al proceso: “La prescripción es procesal, pues no se trata de un derecho sustantivo individual a la impunidad, y es relativa, pues el plazo correspondiente se determina en función de la gravedad del delito”.¹¹⁸⁰

Como hemos visto, el mecanismo de la prescripción corresponde al derecho nacional. En el plano internacional, la doctrina está dividida. Weiss señala que en el contexto de la prescripción se plantea la cuestión básica de si el ejercicio de la jurisdicción nacional se basa en el derecho internacional o en el derecho nacional, que hemos visto en el capítulo pertinente, y que refleja el problema ya conocido de los respectivos papeles que juegan las normas jurídicas que pertenecen a órdenes distintos. “La prohibición de determinada conducta para proteger valores jurídicos definidos en un orden se sanciona empleando medios de coacción que pertenecen a otro orden”.¹¹⁸¹

¹¹⁷⁸ He considerado este aspecto en el capítulo I.

¹¹⁷⁹ WEISS, F., «Time limits for the prosecution of crimes against international law», en *The British Year Book of International Law* 53 (1982), p. 165.

¹¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹¹⁸¹ *Ibidem*, p. 181.

1.1.3. Crítica y defensa de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales

Repito la cita de Beccaria: “aquellos delitos atroces que dejan en los hombres una larga memoria, si están probados, no merecen prescripción alguna en favor del reo que se ha sustraído con la fuga”.¹¹⁸²

Vemos que en esta frase también asoma el elemento subjetivo de la memoria.

Es la negativa a adscribir al sistema penal cualquier elemento simbólico que conduce a algunos autores a criticar entre otras cosas la imprescriptibilidad de los crímenes basada en su gravedad. Por ejemplo, Pastor habla de un “estilo punitivista”, en el que “el derecho y la razón no son límites siempre atendibles o siempre respetables y la gravedad del hecho autoriza la manipulación del derecho” y, refiriéndose al Estatuto de Roma, le atribuye una “algo mesiánica *punicción infinita*, casi sin límites, de los llamados crímenes internacionales [...] situación que lo aleja de las modernas tendencias racionalistas y limitadoras de la cultura jurídico penal moderna y lo acerca peligrosamente al pensamiento y las funciones que desempeñó la también mesiánica Inquisición histórica [...]”.¹¹⁸³

Pastor parte de la premisa de que la relación tiempo y derecho penal no resulta distinta en el caso de los crímenes internacionales. Sostiene que “toda manifestación del poder punitivo, para ser lo más legítima que sea posible, debería estar sometida al mismo tratamiento también en lo relativo a los límites temporales [...]”.¹¹⁸⁴ Se centra en la prescripción de los hechos punibles no castigados aún, y en rebatir principalmente el argumento de Zaffaroni, Slokar y Alagia. Estos autores sostienen que la irracionalidad de la pena aumenta cuanto

¹¹⁸² BECCARIA, C., *op. cit.*, p. 84.

¹¹⁸³ PASTOR, D., *El poder penal internacional. Una aproximación jurídico crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: Atelier, 2006, p. 77.

¹¹⁸⁴ PASTOR, D. «La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo», en J. R. Serrano-Piedecabras Fernández y E. Demetrio Crespo (dirs.), *Terrorismo y Estado de derecho*, Madrid: Iustel, 2010, p. 641.

más tiempo pasa desde la comisión del hecho pero que hay excepciones por la gravedad de los crímenes en los casos de crímenes de guerra y de lesa humanidad, que “constituyen tragedias históricas que ni el tiempo puede suspender, aun con el paso de los siglos”.¹¹⁸⁵

Responde Pastor que la especial gravedad de ciertos crímenes, si bien ha de tenerse en cuenta en el plazo de prescripción, no puede conducir sin más a la supresión de todo plazo. Agrega que no es posible esgrimir un argumento para la prescriptibilidad y otro para la imprescriptibilidad dado que son dos caras de la misma moneda.¹¹⁸⁶

Ahora bien, la preocupación por la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales que manifiesta este autor es parte de la preocupación que ha manifestado en otros textos respecto a lo que considera que tiende a convertirse en un principio general, a saber: “todo lo que es objetable en el Derecho penal nacional se vuelve conveniente en el Derecho penal internacional”.¹¹⁸⁷ Es decir, lo que se considera garantía en el derecho penal nacional se convierte en un obstáculo en el derecho internacional.

El argumento que se sostiene en favor de la imprescriptibilidad apoyado en la gravedad de los crímenes internacionales no lo conforma, porque considera que puede haber crímenes comunes que revistan mayor gravedad (hay que aclarar que este autor mide la gravedad según la pena aplicable). Considera en cambio más sólido y pragmático el argumento de que al ser los autores de esos crímenes los detentadores del poder pueden eludir el enjuiciamiento. Sin embargo, considera que sería suficiente para responder a esa situación una suspensión de la

¹¹⁸⁵ ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. Y SLOKAR, A. W., *op cit.*, pp. 685 y ss.

¹¹⁸⁶ PASTOR, D., «La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo», *op cit.*, p. 643. Un argumento que le parece válido es la necesidad de autolimitación del poder penal en un Estado democrático de derecho, que se sustenta en el ideal humanista de que “si el hombre no es eterno tampoco puede serlo su artificio que es el derecho”. *Ibidem*, p. 644.

¹¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 645.

prescripción durante el tiempo en que la persecución de los crímenes haya sido obstruida, sin llegarse entonces a establecer la imprescriptibilidad total.¹¹⁸⁸

Zaffaroni reconoce que “no es en modo alguno satisfactoria la respuesta de que los crímenes de guerra son imprescriptibles porque así lo dispone la costumbre y la respectiva convención internacional”.¹¹⁸⁹ Considera que no es una respuesta científica, por ser puramente formal, por lo que resulta necesario reflexionar sobre el fundamento mismo de la imprescriptibilidad de estos crímenes, indicar algo que, aun en el caso de que se derogase la norma internacional que la prevé, permitiese seguir afirmando dicha imprescriptibilidad. Con este propósito desarrolla un argumento muy interesante, invitándonos a llevar nuestro análisis a otro campo, fuera del derecho penal. Esa invitación parte de la conclusión de que ninguna de las teorías que fundan la prescripción dentro del derecho penal, basadas en las teorías de la pena (como hemos visto *supra*), que combinan elementos procesales con sustanciales, logra dar una explicación que justifique plenamente la imprescriptibilidad que examinamos.

Zaffaroni efectúa una separación entre poder punitivo y derecho penal. El poder punitivo existe como “un mero hecho político”, y su contención jurídico penal es el “hecho jurídico”, es decir, el derecho penal. La legitimación del derecho penal no estaría asociada con las funciones que cumple la pena, sino con la propia función del derecho penal de reducción o contención del poder punitivo. Si en lugar de intentar legitimar el poder punitivo lo deslegitimamos y lo vemos como algo irracional, observaremos con mayor facilidad que los crímenes contra la humanidad son una muestra muy clara de su falta de legitimación y de su irracionalidad.

“El criminal contra la humanidad excede con mucho en su conducta el contenido ilícito de cualquier otro delito. No puede ni siquiera pensarse en una

¹¹⁸⁸ *Ibíd.*, p. 652. Considero un argumento bastante razonable el de la suspensión, cuando alega que la mayor gravedad debería ser un “dato para agravar la pena en virtud de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad y para determinar el plazo de prescripción [...]. En la imprescriptibilidad no hay proporción ni escala, hay una solución de todo o nada”.

¹¹⁸⁹ ZAFFARONI, E. R., *En torno de la cuestión penal*, *op. cit.*, p. 256.

retribución, porque no hay forma humana de retribuir el dolor provocado por un crimen de esta naturaleza [...]”.¹¹⁹⁰ Parecería que el derecho penal no pudiese contener el poder punitivo “lanzado contra el criminal de lesa humanidad”, porque el derecho penal no se halla legitimado para contener ese poder punitivo “más allá de ciertos requisitos básicos fundamentales”.¹¹⁹¹ La posición que sustenta Zaffaroni es que no se puede sostener “razonablemente” la necesidad de extinguir la acción penal por el paso del tiempo en crímenes de esa naturaleza, “en razón de una intolerable irracionalidad en caso contrario”. Es decir, lo razonable y lo racional serían los fundamentos de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. En una palabra, la razón. Ahora bien, no debemos por ello atribuir a esta posición un carácter iusnaturalista racionalista, porque las pautas en las que se basa son muy distintas de la concepción tradicional del derecho penal, y son esas pautas las que le permiten aducir la razonabilidad y la racionalidad como “razones” que justifiquen la imprescriptibilidad.

Conforme al derecho penal tradicional, al no estar separado del poder punitivo, resulta necesario justificar cualquier excepción a las garantías que establece, una de ellas la prescriptibilidad. En cambio, conforme a la postura de Zaffaroni, lo que se debe justificar es la garantía misma, dado que constituye una limitación del poder punitivo. En los crímenes contra la humanidad, las limitaciones al poder punitivo, que en la mayoría de los casos se autoconfiere el poder punitivo, dado que se trata de sus propios crímenes, no encuentran la misma justificación que en los delitos comunes.

El punto de partida de la legitimación se invierte: no es necesario legitimar la imprescriptibilidad, sino al contrario, la prescriptibilidad, y en los crímenes internacionales esta no se puede justificar.¹¹⁹²

¹¹⁹⁰ *Ibíd.*, p. 265.

¹¹⁹¹ *Ibíd.*

¹¹⁹² La lógica aplicada por este autor me recuerda las palabras del juez Zupani en su voto particular en el caso *Zdanoka c. Letonia*: “En derecho internacional, el proceso de Nuremberg es una ilustración histórica de la manera como el Estado de derecho responde a la barbarie, de que el poder de la lógica jurídica prevalece *ex post facto* sobre la lógica hobbesiana del poder”. Caso *Zdanoka c. Letonia*, sentencia de 16 de marzo de 2006, TEDH.

En definitiva podemos decir que los crímenes internacionales (genocidio, crímenes contra la humanidad) tienen en común la gravedad. Y esta proviene del número enorme de actos criminales cometidos por un gran número de autores en muchos lugares diversos contra un número considerable de víctimas. Ahora bien, ¿es posible, como se pregunta Graven, que la misma enormidad o amplitud del crimen sea una razón de su impunidad?¹¹⁹³ Porque son esas mismas características las que influyen en la excepcionalidad de esos crímenes, y la excepcionalidad es la causa de su atipicidad, imprevisibilidad. Todos los argumentos del derecho se presentan como obstáculos para la persecución de esos crímenes. No estamos configurando nuevos enemigos del derecho penal, tampoco un derecho penal excepcional, sino respuestas que permitan seguir aplicando el derecho penal, pero adaptado a las circunstancias de esos crímenes.

Delmas-Marty examina las características particulares de los crímenes internacionales que hacen necesaria la imprescriptibilidad. Se refiere en primer lugar a la actitud de las víctimas (directas o indirectas, familiares, etc.), quienes serían las más interesadas en activar los procesos. Sin embargo, señala, se encuentran a menudo paralizadas por la misma dimensión de los crímenes, por un lado la necesidad de olvidar para seguir viviendo, por otro siempre hay cierto sentimiento de culpabilidad. Normalmente (y eso se observa ahora en España claramente) son los descendientes, individualmente o a través de ONG, quienes intentan cumplir el “deber de memoria” ante la justicia. Esta autora hace notar que en estos crímenes el transcurso del tiempo es necesario (al contrario, considero, de lo que ocurre con los delitos comunes) para que la sociedad sienta la necesidad del castigo de esos graves crímenes (casos de Argelia o Indochina). No solo porque carecía de información completa sobre ellos, sino por la nueva actitud que se ha ido generando respecto a los derechos humanos, la cultura de los derechos humanos, que resalta la gravedad de su violación y la imposibilidad de convivir con el recuerdo de las atrocidades con los brazos cruzados. Y se refiere en segundo lugar a los autores, que, en general, son agentes del Estado, que aun en caso de

¹¹⁹³ Citado por MERTENS, P. en *L'Imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité. Étude de droit international et de droit pénal comparé*. Bruselas: Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 1974, p. 223.

cambio de gobierno se benefician sin duda con el transcurso del tiempo. El argumento de la negligencia en el ejercicio de la acción por parte de las autoridades no es aplicable a estos crímenes habida cuenta de las motivaciones políticas que suelen estar detrás. Todos estos factores hacen necesaria la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

Considero que el factor que representan los autores de los crímenes es decisivo para la cuestión de la imprescriptibilidad. He mencionado la gravedad como uno de los factores determinantes, pero la gravedad es tal por la cantidad de crímenes cometidos, la escala en la que se cometen y la garantía de impunidad, a corto y mediano plazo, que beneficia a sus autores. Estas tres circunstancias, cantidad, escala y garantía de impunidad se dan porque los autores son agentes gubernamentales o actúan bajo su protección. Considero que este es un argumento clave para alegar la imprescriptibilidad. Lo sostiene también Zaffaroni cuando dice que no puede rechazarse la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad “desde que siempre se trata de delitos cometidos desde el poder y sus autores se encubren con el mismo poder que usan criminalmente. El poder punitivo sólo puede ejercerse sobre ellos cuando han perdido ese poder, lo que puede suceder después de largo tiempo”.¹¹⁹⁴

Creo que este argumento evita cualquier disquisición que pueda ser relacionada con valores iusnaturalistas o argumentaciones dogmáticas que “cierren la discusión”. Porque es un argumento tan real y concreto como la posibilidad de que en estos crímenes transcurra mucho más tiempo entre su comisión y su juzgamiento dado que es el mismo poder, el poder estatal, quien es actor en ambos casos. Puede haber muchos otros factores, como los aducidos por los demás autores que hemos citado, pero este, el de la autoría, es el más cercano a la realidad.

Ante los argumentos que suelen esgrimirse a favor de la prescripción, es decir, la confianza en el orden jurídico y el sentimiento de seguridad jurídica, cabe decir, como bien observa Buteler, que “dolorosamente el transcurso del tiempo, en

¹¹⁹⁴ ZAFFARONI, E. R. *El enemigo en el derecho penal*. Bogotá: Editorial Ibañez, 2006, p. 241.

estas dos últimas décadas, nos ha demostrado y nos seguirá demostrando que mucho más se afectan los valores esenciales de credibilidad y confianza en la vigencia del orden jurídico y por ende el sentimiento de seguridad jurídica, dictando la impunidad por medio de una ley e impidiendo el debido proceso judicial”.¹¹⁹⁵

Respecto de los delitos de lesa humanidad, el hecho de que sean perpetrados a través del Estado o con su complicidad hace que la impunidad se organice “desde el propio Estado y en el momento mismo en que se cometen, e incluso se perpetúa la misma en los gobiernos posteriores apelando a amnistías y perdones contrarios a la normativa de gentes, y finalmente, luego de haber impedido que se hicieran los juicios en el tiempo debido, se invocan prescripciones”.¹¹⁹⁶

Mertens sostiene que permitir que prescriba lo que ha sucedido ayer supondría en cierta medida aceptar ya lo que pasa hoy y tal vez se repita mañana. Sería, en alguna forma, como *normalizar* el genocidio.¹¹⁹⁷ Entiendo esta frase en el sentido de que la prescripción convierte en “normal” la conducta desde el momento en que la “despenaliza”. Cuando establecemos que un crimen es imprescriptible, estamos asegurándonos de que nunca será incorporado a los actos sociales normales. No obstante, se puede rebatir este argumento diciendo que un asesinato o un homicidio tampoco pueden considerarse normales nunca. Pero si vemos las cosas desde la perspectiva más general, de una sociedad corriente, los delitos que en ella se cometen pueden ser considerados normales en el sentido de que es normal que esos delitos se cometan, lo que no les quita el carácter jurídicamente reprochable ni socialmente reprobable. Desde esa misma perspectiva, en cambio, el genocidio o los crímenes contra la humanidad no

¹¹⁹⁵ BUTELER, J. A., en R. L. Vigo (coord.), *Delitos de lesa humanidad. Reflexiones acerca de la jurisprudencia de la CSJN*, Cap. II, Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 19.

¹¹⁹⁶ BUERA, M. *Delitos de lesa humanidad. Reflexiones acerca de la jurisprudencia de la CSJN*, en R. L. Vigo (coord.), *op. cit.*, Cap. I, p. 12.

¹¹⁹⁷ MERTENS, P., *op. cit.*, p. 226.

podrían nunca considerarse normales en cuanto llevarían a la destrucción misma de la sociedad en que se cometen.

Este tema se vincula con el de la “unicidad” o excepcionalidad de los crímenes internacionales, que examino en el capítulo I.

1.2. Los instrumentos internacionales

1.2.1. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad

a) Antecedentes

La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad fue enunciada en la Declaración de Moscú de 30 de octubre de 1943 y en el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945. En cambio no figura en el Estatuto de Nuremberg de 1945 ni en la Convención contra el Genocidio de 1948.

La Convención sobre la imprescriptibilidad fue resultado de la iniciativa tomada en la primavera de 1964 por Polonia, que había advertido que en muy poco tiempo los crímenes cometidos por los agentes del régimen nazi no podrían perseguirse debido a la expiración de los plazos de prescripción previstos en las disposiciones contenidas en el Código Penal alemán. Diversas razones políticas y jurídicas impedían a Alemania modificar estas leyes, por lo que Polonia sugirió que se adoptaran disposiciones adecuadas en el plano internacional.

Tras la iniciativa de Polonia, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó en 1965 una Resolución sobre la cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que habían cometido crímenes contra la humanidad.¹¹⁹⁸

¹¹⁹⁸ Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D (XXXIX) de 28 de julio de 1965, seguida luego por la Resolución 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966, Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/L. 733/ Rev.1.

En el Preámbulo, esta Resolución decía que “las Naciones Unidas deben contribuir a la solución de los problemas que plantean los crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, que constituyen graves violaciones del derecho de gentes”, y que “deben especialmente estudiar la posibilidad de establecer el principio de que para tales crímenes no existe en el derecho internacional ningún plazo de prescripción”. En la parte dispositiva de esta Resolución, la Comisión pide al Secretario General que lleve a cabo un estudio sobre los problemas mencionados, “atribuyendo prioridad a los procedimientos jurídicos que permitan consagrar la imprescriptibilidad de dichos crímenes [...]”. En cumplimiento de esta Resolución el Secretario General presentó un informe en 1966.¹¹⁹⁹

En dicho Informe se llega a la conclusión de que las razones que normalmente se invocan a favor de la prescripción de los delitos nacionales no son aplicables a los crímenes internacionales por la diferencia fundamental que separa a unos y otros. En efecto, si recordamos la Conclusión del Informe del Secretario General citado *supra* vemos la improcedencia de la aplicación de un concepto del derecho interno a los crímenes internacionales. El Informe señala que “[...] en el caso en que alguno de esos países [se refiere a los países no competentes para reprimir los crímenes “nazis”] aplicara a los crímenes internacionales el plazo de prescripción previsto por su legislación por los crímenes ordinarios, podría oponerse, después de expirado ese plazo, a la extradición de la persona acusada de un delito internacional que fuera descubierta en su territorio. Se correría el riesgo de que esta situación fuera frecuente, por la diversidad de las legislaciones nacionales en cuanto a la existencia de la prescripción, sus plazos, el momento en que comienza a correr, su suspensión o su interrupción”. En la nota de pie de página se refiere a la respuesta enviada por la República Federal de Alemania a una nota verbal del Secretario General en la que Alemania observó que los esfuerzos que había realizado “para conseguir la extradición de personas acusadas de

¹¹⁹⁹ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/906. Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, “Cuestión de la no aplicabilidad de las disposiciones sobre prescripción a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad. Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que han cometido crímenes contra la humanidad”, 15 de febrero de 1966, Comisión de Derechos Humanos, 22º período de sesiones. Tema 4 del programa provisional, párr. 155, p. 122.

crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad sólo raramente habían tenido éxito. Para apoyar su recusación de las solicitudes de extradición, los gobiernos requeridos han hecho valer casi siempre el que ante el derecho del país requerido, las infracciones que motivaban las solicitudes de extradición habían prescrito [...]”.¹²⁰⁰

Poco antes de la Sección IV del informe, es decir, de la Conclusión, se indica algo que reviste suma importancia para el tema de este trabajo. Se señala el carácter internacional de la jurisdicción nacional cuando se ocupa de los crímenes internacionales. Dice así:

“Existe otro hecho digno de observación: es verdad que los crímenes internacionales de que hablamos hoy sólo pueden ser objeto de acción judicial ante los tribunales nacionales. Sin embargo, es posible considerar que esos tribunales, **aunque nacionales por su organización, poseen un carácter esencialmente internacional por las funciones que ejercen.** De hecho, son llamados a reprimir infracciones internacionales en nombre, no sólo de los Estados a que pertenecen, sino también de todos los demás Estados, en nombre de la colectividad internacional en su conjunto. Cumplen una tarea que podría ser desempeñada, normalmente, por una jurisdicción internacional. Actúan así como órganos judiciales de un orden jurídico internacional, institucionalmente deficiente”.¹²⁰¹ (El resalte es mío).

Este párrafo además dice mucho respecto de la relación entre derecho internacional y derecho nacional, porque al asignar a los tribunales nacionales el carácter de tribunales internacionales, establece una complementariedad evidente entre los dos ordenamientos jurídicos. El internacional aporta las normas, mientras que el nacional, los tribunales que las aplicarán.

Y en el tema que nos ocupa, ese carácter internacional de los tribunales nacionales supone que no es necesario aplicar las disposiciones sobre prescripción del ordenamiento nacional, dado que dejan de ser válidos los fundamentos que la

¹²⁰⁰ *Ibíd.*, p. 127.

¹²⁰¹ *Ibíd.*, p. 122.

sustentan. La prescripción se traslada así del derecho interno al derecho internacional, donde no resulta aplicable.

A continuación citaré, enumerándolas, las conclusiones a las que se ha llegado en este Informe.

1. “[...] los crímenes de lesa humanidad son delitos internacionales que se diferencian fundamentalmente de las infracciones de derecho común nacional”.
2. “Parece pues normal y conforme a los principios jurídicos que esos delitos no puedan prescribir mientras el derecho internacional que lo ha definido no decida otra cosa”.
3. “[...] ese derecho no contiene norma alguna en ese sentido. Por el contrario, ha impuesto a los Estados interesados la obligación de garantizar para esos crímenes una represión eficaz y ejemplar a un tiempo”.
4. “La prescripción en materia penal ‘no es una exigencia de la justicia’ [...] está lejos de constituir un principio reconocido por todos los Estados [...] sólo se aplica en virtud de textos expresos”.
5. “De ello se deduce que el silencio sobre este punto de todos los textos internacionales elaborados desde la segunda guerra mundial en materia de represión de los crímenes de guerra, de los crímenes contra la paz y de los crímenes de lesa humanidad, que constituyen el nuevo derecho penal internacional, no pueden interpretarse más que como un reconocimiento del principio de la imprescriptibilidad de esos delitos”.
6. “[...] ese principio de la imprescriptibilidad [...] se deduce también y sobre todo, del hecho de que ninguna de las razones invocadas habitualmente en favor de la prescripción de los delitos de derecho común interno justifica la prescripción de los delitos internacionales de que se trata”.
7. “Cabe, pues, preguntarse, justificadamente, si la imprescriptibilidad de tales crímenes no constituye una regla de *jus cogens*, una regla imperativa,

una regla fundamental de orden público internacional que los Estados no pueden derogar, ni siquiera por medio de tratados”.¹²⁰²

Como vemos de los puntos 1 y 6, el argumento principal es el carácter internacional de los crímenes, carácter que los diferencia de los delitos nacionales y que excluye, por tanto, las razones que se esgrimen para aplicar plazos de prescripción a estos delitos. Otro elemento muy importante que aporta este informe es la interpretación del silencio de todos los textos internacionales adoptados después de la Segunda Guerra como aceptación tácita, pero deliberada, del principio de imprescriptibilidad de esos crímenes por el legislador internacional.

En el mismo sentido, en 1967, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Resolución 2338, tras observar “que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo por crímenes de guerra y por crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo”, recomendó: “que no se adopten medidas legislativas o de otra índole que puedan menoscabar los objetivos y propósitos de una convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad hasta su aprobación por la Asamblea General, y decidió “atribuir gran prioridad a la terminación del proyecto de convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, con vistas a su aprobación en el vigésimo tercer período de sesiones”.¹²⁰³

En los trabajos preparatorios de la Convención se hizo patente la discrepancia entre quienes consideraban que existía un principio general que establecía la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales y quienes consideraban que no existía y que debía establecerse. Por consiguiente, unos atribuían al principio que se establecería un carácter meramente declarativo,

¹²⁰² *Ibidem*, pp. 123-127.

¹²⁰³ Resolución de la Asamblea General 2338 (XXII), de 18 de diciembre de 1967. 1638a. sesión plenaria. Vale la pena señalar que se hace una recomendación a los gobiernos respecto de su legislación interna, con miras a la aprobación de un instrumento, como el de la Convención sobre la imprescriptibilidad, al que se asigna suma importancia.

porque de la ausencia de disposiciones en materia de prescripción en los instrumentos internacionales existentes deducían la imprescriptibilidad automática de los crímenes que preveían esos instrumentos, mientras que otros le atribuían un carácter constitutivo, es decir, interpretaban que el silencio de los instrumentos era un “silencio calificado” que indicaba la inaceptabilidad de la prescripción, pero no obstante afirmaban que el principio debía establecerse.

Finalmente la Comisión de Derechos Humanos concluyó que, dada la ausencia de disposiciones que establecieran la prescripción, podía considerarse que ya existía un principio general de derecho sobre la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. Por lo tanto, la Convención solo declarararía la existencia de este principio general y, en consecuencia, no se aplicaría en forma retroactiva.

El 26 de noviembre de 1968, la Asamblea General adoptó otra Resolución por la que adoptaba la Convención, que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.¹²⁰⁴

b) El texto de la Convención

El Preámbulo parte del supuesto de que los crímenes internacionales a los que se refiere la Convención nunca estuvieron sujetos a prescripción. Dice: “Observando que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo” (la fórmula que se ha empleado en las resoluciones citadas) [...] y expresa que el propósito de la Convención no sería establecer un principio nuevo sino “afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal”.

¹²⁰⁴ Resolución de la Asamblea General 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968. Documento de las Naciones Unidas A/7218. Ni siquiera la mitad de los entonces 126 Miembros de las Naciones Unidas votaron a favor de la Resolución por la que se adoptaba la Convención.

El ámbito material de aplicación de la Convención quedó configurado en los primeros apartados de su artículo I, que establece los crímenes a los que será aplicable:

“a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.

Este ámbito material de aplicación fue objeto de diversas críticas.

Con respecto a los crímenes de guerra se consideró que era demasiado amplio, ambiguo y falto de precisión jurídica, puesto que incluía las infracciones del derecho humanitario y de las costumbres de guerra, independientemente de su gravedad, yendo desde robos menores hasta la destrucción de ciudades enteras (dada la remisión al Estatuto del Tribunal Militar Internacional, artículo 6b)).

Al contrario, el ámbito material de los crímenes contra la humanidad se consideró demasiado restringido. En efecto, la Convención se aplicaría a los crímenes contra la humanidad cometidos contra cualquier población civil y conectados con crímenes contra la paz o crímenes de guerra definidos en las

Estatutos de los Tribunales Militares de Nuremberg y del Lejano Oriente. Por lo tanto, no se aplicaría a los crímenes contra la humanidad no asociados con crímenes contra la paz o crímenes de guerra.¹²⁰⁵

Respecto de “los actos inhumanos debidos a la política de *apartheid*”, los Estados occidentales, por ejemplo, los Países Bajos, consideraban que ya estaban reconocidos como crimen contra la humanidad en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Los Estados africanos, asiáticos y de Europa oriental, en cambio, resaltaron la importancia de incluir este crimen.

La liberación de todo límite temporal para actuar en el futuro contra esos crímenes, se ve complementada con la liberación de todo límite temporal para actuar en relación con el pasado, es decir, la fecha de comisión de los delitos. Así lo establece el artículo 1:

“Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”.

Es decir que la Convención, si se descarta el argumento de que declara la existencia del principio, se aplicaría con carácter retroactivo, a crímenes cometidos con anterioridad a su entrada en vigor. Esto fue objetado porque se consideró que abriría la posibilidad de perseguir crímenes que ya habían prescrito, con lo que se afectaría la seguridad jurídica y el principio de legalidad. A pesar de esta objeción, compartida por varios Estados, la mayoría de ellos decidió aprobar la Convención con ese ámbito temporal. Sostenían que ni la prescripción ni el principio de no retroactividad deberían, a efectos del derecho internacional, servir para proteger a quienes habían cometido graves crímenes contra el orden público internacional.¹²⁰⁶

¹²⁰⁵ Otra objeción se formuló respecto de “la expulsión por ataque armado u ocupación”, porque su definición carecía de precisión jurídica. Los Estados árabes, en cambio, apoyaron la inclusión de esta cláusula, dado que reflejaba la ocupación por Israel de los territorios palestinos.

¹²⁰⁶ Documento de las Naciones Unidas, ECOSOC, E/CN.4/906, 15 de febrero de 1966, p. 112 (he traducido del texto inglés).

Por otra parte, en su artículo IV, la Convención crea para los Estados Partes la obligación de modificar sus respectivas legislaciones en materia de prescripción cuando se trate de los crímenes previstos en los dos primeros artículos.¹²⁰⁷

Resultó luego evidente que, precisamente por su ámbito temporal de aplicación, la Convención no fue ratificada por muchos Estados.¹²⁰⁸

1.2.2. Convención Europea sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra

En 1969, la Asamblea consultiva del Consejo de Europa recomendó que se elaborara una Convención sobre la no aplicabilidad de las disposiciones que prevean la prescripción que superara las objeciones formuladas respecto de la Convención de las Naciones Unidas de 1968.

Al parecer, la Convención Europea logró esto último. En primer lugar, por cuanto el ámbito material de aplicación se limitó al genocidio, los crímenes contra la humanidad y las infracciones graves de los Convenios de Ginebra y cualquier otra violación de las normas o costumbres del derecho internacional. En segundo lugar, porque se aplica retroactivamente solo a los crímenes que todavía no han prescrito.

No obstante, tampoco esta Convención tuvo mucho éxito: solo Francia y los Países Bajos la firmaron en el momento del depósito. Entró en vigor con la tercera ratificación, la de Bélgica, el 27 de junio de 2003. En realidad esta falta de apoyo puede obedecer a que muchos Estados ya habían consagrado la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en el período comprendido entre 1964 y 1990.

¹²⁰⁷ “Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida”.

¹²⁰⁸ Recientemente, México y Perú hicieron una reserva concreta que les permitió ratificarla. Ambos países declararon que aplicarían la Convención a los crímenes previstos en ella pero cometidos después de la entrada en vigor de la misma.

Además, el Estatuto de la CPI de 1998 exhortaba a los Estados a adoptar o adaptar sus disposiciones nacionales sobre prescripción.

1.2.3. Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas

En el artículo III se establece la obligación incluso de tipificar como delito la desaparición forzada, además de atribuirle el carácter de continuado o permanente, lo que sin duda influye sobre la prescriptibilidad de la acción penal y la pena. Su texto es el siguiente:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”.

La prescripción de este delito sería sumamente injusta dado que en su descripción misma se encuentra incluida la imposibilidad de ejercer la acción legal. El artículo VII se ocupa especialmente de la prescripción:

“La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción”.¹²⁰⁹

Sin embargo, no se trata de una prohibición absoluta de la prescripción dado que en el párrafo siguiente establece: “Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el

¹²⁰⁹ La Convención entró en vigor el 28 de marzo de 1996. El artículo II define el crimen de desaparición forzada: “Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.

párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte”.

*1.2.4. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*¹²¹⁰

En la Parte III, De Los Principios Generales de Derecho Penal se consagra el principio de imprescriptibilidad en el artículo 29.

“Imprescriptibilidad. Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”.

La única discrepancia respecto de esta disposición se manifestó en una declaración conjunta de China y Francia, que figura en una nota de pie de página del informe del Grupo de Trabajo. Estaban en desacuerdo con la aplicación de esta norma a los crímenes de guerra y preocupados con respecto al efecto del paso del tiempo en términos de las debidas garantías procesales. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002.

La cuestión de la retroactividad no se plantea, conforme a lo dispuesto en el artículo 11:

“Competencia temporal:

1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.
2. Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado [...]”.

¹²¹⁰ En adelante, “Estatuto de Roma”.

1.2.5. La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas¹²¹¹

Esta Convención sigue la línea adoptada por la Convención Americana sobre el mismo tema, pero se refiere más concretamente a las condiciones a las que se puede subordinar la prescripción, reconociendo sin embargo que la norma general aplicable a este crimen es la imprescriptibilidad.

“Artículo 8

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5,

1. Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal:

a) Sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito;

b) Se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito.

2. El Estado Parte garantizará a las víctimas de desaparición forzada el derecho a un recurso eficaz durante el plazo de prescripción”.

La remisión al artículo 5 obedece al reconocimiento que se hace en dicho artículo del carácter de crimen de lesa humanidad con las consecuencias derivadas de ese carácter en el derecho internacional aplicable a esos crímenes.¹²¹² Es una referencia no muy específica, dado que no hay ninguna convención sobre los crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad, pero se reconoce como norma

¹²¹¹ Aprobada y abierta a la firma por la Resolución 61/177 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Sexagésimo primer período de sesiones. Tema 68 del programa, 20 de diciembre de 2006.

¹²¹² Artículo 5: “La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable”.

general del derecho internacional general que esos crímenes son imprescriptibles. Sin embargo, en esta Convención, pareciera que la norma general tolerara las excepciones sujetas a condiciones que prevé el artículo 8.

En el ámbito nacional, hay muchos Códigos que ya han establecido la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. El Código español establece la imprescriptibilidad de esos delitos en los artículos siguientes:

Artículo 131, párrafo 4: “Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso”.

Artículo 133, párrafo 2: “Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.

Tampoco prescribirán las penas impuestas por delitos de terrorismo, si estos hubieren causado la muerte de una persona”.¹²¹³

1.3. Prescripción e irretroactividad

Suárez Collía define la retroactividad en los siguientes términos: “es la aplicación de la norma jurídica a supuestos de hecho, actos, relaciones jurídicas, y/o situaciones constituidas con anterioridad al inicio de su vigencia formal”.¹²¹⁴

¹²¹³ El artículo 614 establece lo siguiente: “El que, con ocasión de un conflicto armado, realizare u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”.

¹²¹⁴ SUÁREZ COLLÍA, J. M. *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Madrid: Actas, 1994, p. 10. Cita a Cicerón, cuando reprocha a Verres haber promulgado en Sicilia una norma retroactiva: “[...] en un momento dado, todos tienen que poder prever las consecuencias jurídicas de sus acciones. Por ello, una norma nueva no puede regular hechos que se han producido bajo el imperio del Derecho preexistente; es válida, por el contrario, sólo para lo que se verifica *post nunc legem rogatam*”. *Ibidem*, p. 32. Sin

También cita este autor otras disposiciones históricas que prohíben la retroactividad, como el *Corpus Iuris Canonici*, el Fuero Real, que consagra el principio *tempus regit actum*, es decir, que los delitos han de estar sometidos a penas existentes en el momento del hecho, las Leyes de Toro que rigen supuestos de hecho que hayan acaecido y pasado antes de que dichas leyes se hiciesen y ordenasen.¹²¹⁵

Suárez afirmaba que “la ley constitutiva de derecho no se extiende de suyo y como por naturaleza a los actos pasados, sino que se da sólo para los actos futuros”. Y lo respaldaba diciendo que “la ley es norma de acción, luego no puede tener por objeto una acción pasada [...] ahora bien cuando esa Ley crea un derecho nuevo establece una nueva norma de comportamiento, luego por su propia naturaleza se da para actos futuros. Los pasados no tienen ya necesidad de norma, más aún, ni siquiera pueden ser objeto de ella [...]”.¹²¹⁶

También las Declaraciones de derechos establecían la irretroactividad de las normas jurídicas.¹²¹⁷

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone lo siguiente en el párrafo 2 de su artículo 6:

“En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que

embargo, interesa señalar que Cicerón admitía la retroactividad de la ley penal cuando la acción fuese excesivamente cruel y nefasta.

¹²¹⁵ *Ibidem*, pp. 35 y 36.

¹²¹⁶ SUÁREZ, F., *De legibus III, 1-16. De civili potestate*, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1975. Cap. XIV, “Puede un acto pasado ser objeto de ley humana”.

¹²¹⁷ La Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano, de 13 de junio de 1793, en su artículo 14 establece: “*nadie debe ser juzgado y castigado hasta que haya sido oído o legalmente demandado, y en virtud de una ley promulgada con anterioridad al delito. Una ley que castigase los delitos cometidos antes de su existencia sería una forma de tiranía. Todo efecto retroactivo que se diese a una ley sería un crimen*”. La Declaración Universal de Derechos Humanos dispone, en el párrafo 2 del artículo 11, lo siguiente: “*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito*”.

estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y la sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente”.

Federico de Castro, partiendo de la base de que considera que se trata de una cuestión de moral legislativa, afirma que para disponer el carácter retroactivo de una ley es preciso distinguir sus fines y propósitos, porque “no se puede confundir, en el mismo anatema, o en la misma excusa, las dictadas con voluntad persecutoria e intención de lesionar, y las dirigidas a restaurar o restañar pasadas heridas [...]”, y en todo caso “las conveniencias de los particulares pueden resultar menos dignas de respeto que el imperativo del bien común”.¹²¹⁸

1.3.1. La cuestión de la retroactividad de las normas sobre imprescriptibilidad

Algunos autores consideran que la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley se relaciona con el derecho de los individuos a conocer cuál es la ley en el momento en que supuestamente la han violado (el criterio de “previsibilidad” en que se basa también el principio de legalidad). Concretamente en este contexto se plantea si la aplicación retroactiva de disposiciones que prevean la imprescriptibilidad de crímenes internacionales viola el principio de legalidad.

Para resolver esta cuestión es preciso antes determinar si la norma de prescripción es una norma de fondo o una norma de procedimiento. Para aquellos autores que consideran que pertenece a la primera categoría, la expiración del plazo de prescripción elimina la punibilidad del delito y el derecho a perseguirlo judicialmente. Pero también elimina la ilicitud del acto.

Por esa razón, consideran que las normas que establecen la prescripción tienen carácter sustantivo y que la aplicación retroactiva de aquellas que las derogan viola el principio de legalidad. En consecuencia, no solo debe estar

¹²¹⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho civil de España*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955. (Collía 49).

prohibida la modificación retroactiva de las normas de prescripción cuando el plazo ha expirado, sino cuando está todavía en curso.

Otros autores consideran que el hecho de que un delito haya prescrito no lo convierte retroactivamente en acto lícito. Esto los lleva a afirmar que la prescripción consiste solo en un límite temporal a la facultad de las autoridades judiciales de entablar un procedimiento penal.

La Convención de 1968 de las Naciones Unidas estableció una jurisdicción temporal retroactiva ilimitada, incluso respecto de crímenes ya prescritos en el momento de entrada en vigor de la Convención. Esto se sustenta en el carácter declaratorio que ha tenido, por el que la Convención solamente reflejaba un principio ya existente del derecho internacional. En este sentido resultaba superfluo debatir el problema de la retroactividad.¹²¹⁹

Cuando se trata de crímenes internacionales es posible formular, en favor del principio de retroactividad de las disposiciones sobre imprescriptibilidad, el siguiente argumento, relacionado, por otra parte, con el argumento relativo a la “garantía de impunidad” que expongo más arriba. Quienes han perpetrado crímenes de tal gravedad como para ser considerados crímenes internacionales, o de lesa humanidad, es decir, que han violado normas de *ius cogens*, se han amparado en un orden que les ha permitido e incluso ordenado perpetrar esos crímenes. Durante el tiempo en que ese régimen estuvo vigente, se han beneficiado de la impunidad. Es muy pertinente lo que señala Remiro Brotons a ese respecto: “En cuanto a la *no retroactividad*, está muy extendida la creencia de que el juez estatal no puede perseguir sino los actos posteriores a su tipificación criminal por el Derecho interno o, por lo menos, a la fecha en que un Estado manifestó su

¹²¹⁹ Esta interpretación fue confirmada por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, que declaró que los fundamentos jurisdiccionales contra el acusado no eran los artículos 51 y 52 del Protocolo Adicional I ni el artículo 13 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, sino los principios fundamentales del derecho internacional consuetudinario reconocidos en esas disposiciones. La Sala concluyó que la violación de dichos principios consuetudinarios, que prohibían ataques a la población civil y a objetivos civiles, entrañaban responsabilidad criminal. Caso *Prosecutor vs. Strugar y otros*. Decisión sobre apelación interlocutoria, de 22 de noviembre de 2002 (caso IT-01-42-AR72, confirmada por la Sala de primera instancia).

consentimiento en obligarse por los tratados que tipifican una conducta criminal”.¹²²⁰ Sin embargo, dice que no hay ninguna razón para “hacer a los criminales beneficiarios de la morosidad de los legisladores estatales una vez que los tipos ya establecidos en el orden internacional son recibidos -miméticamente o por equivalencia- por los ordenamientos internos”.¹²²¹ Propone este autor que, salvo disposición en contrario de la ley nacional o de los tratados, “la fecha decisiva para que [el juez estatal] pueda proceder a la persecución y castigo de un crimen internacional no [sea] la de su incorporación a las normas internas ni la de su consentimiento en obligarse por tratados tipificadores de crímenes internacionales, sino la de su cristalización en las normas generales del derecho internacional”.¹²²² Adopta entonces una actitud francamente abierta a la aplicación de las normas internacionales en el ámbito interno.

Otro argumento en el mismo sentido señala la necesidad de poner en la balanza el derecho individual a la certeza jurídica, y el interés de la sociedad internacional en el juzgamiento de los crímenes internacionales a pesar del transcurso del tiempo.

Con respecto a las críticas del derecho aplicado en Nuremberg, Werle sostiene que la cuestión de si en Nuremberg solo se constató un derecho ya existente o se creó uno nuevo únicamente tiene valor desde el punto de vista de la historia del derecho internacional. Dice que hoy está fuera de duda que el Derecho de Nuremberg constituye derecho internacional consuetudinario. “Desde entonces, la punibilidad de los injustos más graves pasó irrefutablemente a constituir parte del orden jurídico internacional”.¹²²³

¹²²⁰ REMIRO BROTONS, A., «Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial», *op. cit.*, p. 93.

¹²²¹ *Ibidem.* Supongo que se refiere a los casos como el de Argentina, cuando la Constitución menciona los instrumentos internacionales, sin exigir la sanción de una ley que los recoja expresamente.

¹²²² *Ibidem.*

¹²²³ WERLE, G. *Tratado de derecho penal internacional*, *op. cit.*, p. 55.

No obstante todos estos argumentos, el principio de irretroactividad, emparentado con el principio de legalidad, es demasiado importante para el derecho nacional como para que los tribunales nacionales puedan soslayarlo fácilmente al juzgar los crímenes internacionales.

1.3.2. El problema de la prescripción en Alemania después de Nuremberg

La cuestión de la prescripción de los crímenes internacionales adquirió especial importancia en Alemania al comienzo del decenio de 1960, cuando comenzaba la expiración de los plazos de prescripción de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra de conformidad con el Código Penal alemán¹²²⁴. Este preveía un plazo máximo de 20 años para el asesinato. Por la asistencia e inducción un plazo de 15 años. Inmediatamente después de la guerra, las autoridades ocupantes promulgaron leyes de suspensión de la prescripción para los crímenes cometidos durante el régimen nazi entre el 30 de enero de 1933 y el 8 de mayo de 1945.¹²²⁵ Las autoridades alemanas continuaron los juicios por los crímenes cometidos durante la guerra hasta 1949 siguiendo dichas leyes. En 1949 los aliados restablecieron a las autoridades alemanas que aplicarían el Código Penal de 1871, que preveía la prescripción de 20 años para los crímenes castigados con penas de cadena perpetua y para el asesinato, así como para los casos más graves de homicidio. Para los delitos castigados con penas de prisión de más de 10 años, la prescripción era de 15 años. Para el resto de los delitos los plazos eran de 10 años o menos.

En 1960, el partido socialdemócrata propuso una enmienda legislativa que preveía la suspensión de los plazos de prescripción de los delitos sujetos a plazos

¹²²⁴ He seguido en la breve reseña sobre la prescripción de los crímenes contra la humanidad en Alemania la tesis de KOK, R. A. *Statutory Limitations in International Criminal Law*. La Haya: T.M.C. Asser Press, 2007, y el estudio de MERTENS, P., *op. cit.*, pp. 83 y ss.

¹²²⁵ El Código preveía la suspensión del plazo durante el tiempo en que no se pudiera iniciar el enjuiciamiento, o no estuviese interrumpido. Esta disposición fue interpretada en el sentido de que los plazos de prescripción no habían corrido entre el 30 de enero de 1933 y el 8 de mayo de 1945. La prescripción de los crímenes cometidos durante ese período comenzaría entonces en la última de las fechas mencionadas.

de 15 años desde 1945 hasta 1949, habida cuenta de que durante esos años el sistema judicial no había funcionado. El proyecto fue rechazado, alegándose que no era necesario dado que los juicios continuarían a más tardar hasta 1965 (cuando se cumplirían 20 años del fin de la guerra). A comienzos de 1965, se propuso otra enmienda previendo la suspensión de los plazos para los delitos con penas de cadena perpetua, entre las mismas fechas del proyecto anterior. Los argumentos en que se apoyaron los proponentes fueron: el paso del tiempo haría más fácil el acceso a nuevas pruebas, y ningún criminal nazi debería quedar sin castigo, dado que Alemania occidental tenía “una responsabilidad histórica” de continuar el juicio de los crímenes cometidos durante la Segunda guerra. Y, otro argumento fundamental: esa responsabilidad debía prevalecer sobre toda otra cuestión de carácter legal o procesal.

La propuesta fue adoptada en 1965, por lo que los plazos de prescripción expirarían en 1969. Sin embargo, los crímenes ya prescritos quedarían impunes, en observancia del principio de legalidad.

En el contexto internacional tuvieron lugar varios acontecimientos que debieron influir en la evolución de la legislación alemana respecto a la prescripción. En julio y agosto de 1966 se reunió en Bruselas la Quinta Asamblea Plenaria del Congreso judío mundial, en la que se examinaron las relaciones judío-alemanas en diversos aspectos y en particular se destacó “el olvido imposible de los crímenes de Hitler”. En abril de 1967 varias organizaciones francesas de ex miembros de la resistencia o de ex deportados celebraron en París un Congreso de Derecho Penal Internacional sobre la cuestión de la prescripción de los crímenes contra la humanidad, subrayándose en particular el aspecto preventivo de las medidas adoptadas contra la prescripción. En febrero de 1969 en Viena, el Bureau de la Asociación Internacional de Juristas Demócratas formuló una declaración encaminada a incitar a las autoridades de Alemania occidental a extraer todas las lecciones de la Convención sobre la imprescriptibilidad que ya se había adoptado.¹²²⁶

¹²²⁶ MERTENS, P., op. cit., p. 187.

En 1969, el Tribunal Constitucional alemán decidió que la extensión retroactiva de los plazos de prescripción no violaba el principio de legalidad. El argumento en que se apoyó el Tribunal fue el siguiente: “la duración de la prescripción prevista no es algo que el que ha violado la ley pueda hacer valer como un derecho inalienable y protegido. La subsiguiente prórroga del plazo de prescripción no infringe la prohibición de la pena retroactiva”.¹²²⁷

Por iniciativa de la Unión Soviética, en marzo de 1969, se celebró en Moscú una Conferencia internacional sobre los problemas de la persecución de los criminales nazis, es decir, antes de que el parlamento alemán modificara la legislación una vez más. La finalidad de esta Conferencia era ejercer presión política sobre el Gobierno de Bonn, y fue lograda. La ley de 1969 eliminó totalmente los plazos de prescripción para el crimen de genocidio (que había sido incorporado al Código Penal alemán en 1955). Los crímenes de genocidio cometidos durante la guerra no eran punibles conforme al derecho interno.

En 1979, se eliminó la prescripción de los delitos de asesinato, incluso los crímenes de derecho común; de lo contrario, los crímenes cometidos durante la guerra, equivalentes a asesinato, prescribirían en ese mismo año.¹²²⁸

En Alemania oriental la no aplicabilidad de los plazos de prescripción se consideró una norma generalmente reconocida de derecho internacional consuetudinario. En 1964 esta norma fue convertida en ley, que en 1968 fue incorporada al Código con una modificación: disponía la imprescriptibilidad de los crímenes contra la paz, contra la humanidad y los crímenes de guerra. En el Código Penal adoptado ese mismo año se incluye un crimen no previsto en ningún instrumento internacional: “los crímenes contra los derechos humanos”.¹²²⁹

¹²²⁷ KOK, R. A., op. cit., p. 132.

¹²²⁸ Ese año fue importante porque se transmitió por televisión la serie Holocausto, que hizo tomar conciencia de lo sucedido a los de la generación siguiente. Contribuyó a esa toma de conciencia el caso *Majdanek*, ante el tribunal de distrito de Düsseldorf, comenzado a fines de 1970 y terminado a comienzos de 1980. Este caso demostró las dificultades procesales que ocasionaba el tiempo transcurrido entre los hechos y el juicio.

¹²²⁹ Código penal de la República Democrática Alemana de 12 de enero de 1968.

1.3.3. Jurisprudencia

a) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sin perjuicio de que lo veamos más detenidamente en el marco del derecho intertemporal, en el caso *Kolk y Kislyiy contra Estonia* el Tribunal adopta una clara postura a favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y se remite a dos instrumentos internacionales, la Convención sobre la imprescriptibilidad y el Convenio Europeo de derechos humanos. Dice: “En este contexto, el Tribunal desea enfatizar que el artículo I b) de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad declara expresamente la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido e independientemente de si han sido cometidos en tiempo de guerra o en tiempo de paz. Tras acceder a la Convención antedicha, la República de Estonia quedó vinculada a la aplicación de los mencionados principios”.

“El Tribunal reitera, que el artículo 7 § 2 del Convenio dispone expresamente que este artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es verdad respecto de los crímenes contra la humanidad, para los que la regla de que no estaban sujetos a limitación de tiempo fue establecida por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg”¹²³⁰

¹²³⁰ Decisión sobre admisibilidad relativa a las Demandas n.º 23052/04, interpuesta por August KOLK y n.º 24018/04, interpuesta por Petr KISLYIY contra Estonia. En este caso se había impuesto a los demandantes una pena de 8 años de prisión suspensiva con un período de libertad condicional de tres años. La sentencia sostenía que los demandantes habían participado, en marzo de 1949, en la deportación de población civil desde la ocupada República de Estonia a lejanas zonas de la Unión Soviética. Se remite a los casos *Papon vs. France (no. 2)* (dec.), n.º 54210/00, TEDH 2001-XII, y *Touvier vs. France*, n.º 29420/95, decisión de la Comisión de 13 de enero de 1997, Decisiones e Informes 88-B, p. 161.

El tema de la prescripción adquiere mayor relieve en relación con los delitos de desaparición forzada. Por ello, la Convención sobre desaparición forzada es uno de los pocos instrumentos, además de la Convención específica sobre imprescriptibilidad y del Estatuto de Roma, que la prevé expresamente.

En un caso bastante reciente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha expresado, en particular respecto del delito de desaparición forzada y la prescripción, lo siguiente:

“163. [...] el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional excluye toda posibilidad de prescripción en lo que respecta al enjuiciamiento de los crímenes internacionales de lesa humanidad. Por consiguiente, teniendo presente el consenso de que debe ser posible enjuiciar a los perpetradores de dichos crímenes aun cuando hayan transcurrido muchos años desde los acontecimientos, el Tribunal considera que la naturaleza de las desapariciones es tan grave que no puede aplicarse con demasiada rigurosidad el criterio de pronta actuación que se espera de los familiares en el contexto de la protección prevista en la Convención”.¹²³¹

b) Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana encontramos referencias expresas a la prescripción y su inaplicabilidad en los casos de crímenes internacionales. Por ejemplo, en el voto razonado del juez Cançado Trindade, en el caso *caso Goiburú y otros vs. Paraguay*:

“45. No hay *statute of limitations*, propio del derecho interno; no hay imprescriptibilidad, ni prescripción extintiva, en casos de violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. La Corte

¹²³¹ *Varnava y otros vs. Turquía*, sentencia de 18 de septiembre de 2009. El 25 de enero de 1990 se presentaron a la Comisión Europea de Derechos Humanos nueve demandas contra Turquía por desapariciones forzadas de nacionales de Chipre, detenidos por fuerzas militares turcas en 1974. Demandas n.º 16064/90; 16065/90; 16066/90; 16068/90; 16069/90; 16070/90; 16071/90; 16072/90 y 16073/90.

Interamericana ha dado su contribución en este sentido, como lo ejemplifican los *leading cases*, al respecto, de *Barrios Altos versus Perú* (2001) y de *Bulacio versus Argentina* (2003). Para los respectivos tribunales internacionales tampoco hay cosa juzgada (de derecho interno) que los vincule, por cuanto el derecho aplicable es otro, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, respectivamente”.¹²³²

En el caso *Barrios Altos*, la Corte declaró:

“41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.¹²³³

En el caso *Bulacio*, que había sido presentado a la Comisión, y en el que estaba en juego el problema de la prescripción:

“La Comisión solicitó a la Corte ordenar al Estado medidas de reparación no pecuniarias, en los siguientes términos:

- a) que el Estado adopte las medidas necesarias a fin de que se dé efecto legal a la obligación de investigar y sancionar efectivamente a los autores de la detención ilegal, las torturas y la muerte de Walter David Bulacio; en este sentido, el Estado debe asegurar que se evite la

¹²³² Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

¹²³³ Corte IDH, caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C n.º 75.

prescripción de la causa penal y ocurran demoras innecesarias en el trámite de ésta”.¹²³⁴

La Corte, a su vez, declaró lo siguiente:

“116. En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno [...] este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial, consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.

117. De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el *efecto útil* en el plano del derecho interno de los Estados Partes.

118. De conformidad con los principios generales del derecho y tal como se desprende del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las decisiones de los órganos de protección internacional

¹²³⁴ Corte IDH, caso *Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C n.º 100.

de derechos humanos no pueden encontrar obstáculo alguno en las reglas o institutos de derecho interno para su plena aplicación”.¹²³⁵

La importancia de los párrafos citados es evidente, por varias razones. En primer lugar, las instituciones del derecho interno no pueden oponer obstáculos al cumplimiento de las normas de la Convención, porque si impidieran el cumplimiento de esas normas en el plano nacional, estas perderían efectividad. En segundo lugar, la Convención establece una relación “activa” entre el derecho internacional y el derecho interno, en el sentido de que el Estado adopte las providencias necesarias.

En tercer lugar, no se establece únicamente la obligación de no oponer obstáculos, o de impedir que tenga lugar la prescripción, evitando demoras indebidas, etc., sino que directamente se establece la inoponibilidad de la prescripción como instituto de derecho interno frente a la exigencia de cumplimiento de las normas de la Convención. Pero además se reconoce la interdependencia del derecho nacional y el derecho internacional, porque sin que se prevean en aquel las medidas necesarias la Convención no sería efectiva.

c) Jurisprudencia argentina

En 1995, la Corte Suprema declara la imprescriptibilidad de la acción penal con respecto a la normativa internacional en el caso *Priebke*¹²³⁶. En ese caso, el Gobierno italiano solicitó la extradición de Erich Priebke por haber comandado la Masacre de las Fosas Ardeatinas, en hechos calificables como “genocidio” y “Crímenes de guerra” por los instrumentos internacionales. La Corte dio lugar a la extradición por considerar que, conforme a la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, no eran aplicables las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el CP.

¹²³⁵ *Ibidem*.

¹²³⁶ *Priebke, Erich s/ solicitud de Extradición. Causa No 1663/94. Fallos: 318: 2148, sentencia del 2 de noviembre de 1995.*

La Corte debía considerar si se cumplían las condiciones establecidas en el Tratado de extradición vigente con Italia, el país requirente. Una de esas condiciones era que la acción no hubiera prescrito en ninguno de los dos países. La República Italiana había informado que los hechos eran imprescriptibles en ese país. Por lo tanto, debía determinarse la cuestión de la prescripción en el derecho argentino. En la sentencia recurrida ante la Corte, se había considerado aplicable al caso el término máximo de prescripción previsto en el artículo 62 del Código Penal argentino (quince años); dado que dicho plazo ya había transcurrido, el Tribunal entendió que la acción penal estaba prescrita y, en consecuencia, no hizo lugar a la extradición.

En la Corte, la mayoría de los miembros consideró que, conforme el ordenamiento jurídico aplicable en Argentina, los hechos imputados a *Priebke* (la llamada matanza de las Fosas Ardeatinas ocurrida durante la segunda guerra mundial) constituían crímenes contra el derecho de gentes y que, como tales, eran imprescriptibles.¹²³⁷

En la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina, el caso que ha marcado un paso adelante respecto de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales ha sido el caso *Arancibia Clavel*, del que citaré algunos párrafos muy elocuentes respecto a la argumentación en que se ha fundamentado la imprescriptibilidad.

¹²³⁷ Los jueces Boggiano, López y Fayt entendieron que los hechos configuraban *prima facie* el delito de genocidio "[...] sin mengua de otras calificaciones que quedarían subsumidas en la de genocidio" (consid. 2). Agregaron que "[...] la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional" y concluyeron que "[...] en tales condiciones, no hay prescripción de los delitos de esa laya y corresponde hacer lugar sin más a la extradición solicitada" (considerandos 4 y 5). Por su parte, en su voto concurrente, los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y Bossert se explayaron ampliamente tanto al considerar las normas del derecho de gentes como parte del derecho interno argentino, aplicables en virtud de lo dispuesto por el artículo 118 de la Constitución Nacional, como al desarrollar la cuestión de la imprescriptibilidad como una norma aceptada por la comunidad internacional para los crímenes contra la humanidad. Véase TORRES MOLINA, R. «Delitos de lesa humanidad» en REZSES, E. (comp.), *Aportes jurídicos para el análisis y juzgamiento del genocidio en Argentina*. Buenos Aires: Secretaría de Derechos Humanos, Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, 2007, p. 154.

Con respecto a la necesidad de encontrar argumentos que permitan eludir la acusación de violación del principio de no retroactividad, en esta sentencia se encuentra formulado el argumento de la existencia de una norma consuetudinaria de *ius cogens*, en el sentido en que se utiliza en este contexto.

“El Estado argentino ha asumido frente al orden jurídico interamericano no sólo un deber de respeto a los derechos humanos, sino también un deber de garantía, y desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional”.

“La excepción a la regla de la prescripción está configurada por aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se trata de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que les atañe. Ello hace que no sólo permanezcan vigentes para las sociedades nacionales sino también para la comunidad internacional misma”.

“No se da una aplicación retroactiva de la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, si los hechos por los cuales se condenó al encartado, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, pues en el marco de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, la citada convención ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional”.¹²³⁸

Es evidente la aplicación del derecho intertemporal como enfoque de interpretación, dado que se interpreta la existencia de la norma o principio en el momento de los hechos, y se interpreta de la forma en que ahora se consagraría en una norma escrita, es decir, a favor de la imprescriptibilidad del crimen de lesa

¹²³⁸ CSJN, caso *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*, (Causa n.º 259), Causa A.533.XXXVIII, Sentencia de 24 de agosto de 2004.

humanidad. (En la próxima sección me refiero concretamente al derecho intertemporal).

Otro caso que ha revestido suma importancia para la evolución jurisprudencial que ha tenido lugar en Argentina ha sido el caso *Simón y del Cerro*.¹²³⁹ En su voto particular, el juez Zaffaroni sustenta el argumento de la existencia de la imprescriptibilidad en el derecho consuetudinario. Refiriéndose a la Convención sobre imprescriptibilidad, dice que esa Convención: “no hace imprescriptibles crímenes que antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era *ius cogens* en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal”.

En su voto concurrente, el juez Boggiano, señalando la existencia de una conexión lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad, dijo: “Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, pues es inherente a las normas imperativas de *ius cogens*, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad”¹²⁴⁰ También hace una observación interesante: “[...] la Convención no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir, sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no puede encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo”. Y reitera que la Convención no establece sino afirma (es decir, reafirma) el principio de

¹²³⁹ Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, n.º 4. juez Gabriel Cavallo. Causa n.º 8686/2000, caso *Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años*, del registro de la Secretaría 7, 6 de marzo de 2001. Mayoría: Petracchi, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti, Argibay. Disidencia: Fayt.

¹²⁴⁰ Se remite al caso *Regina vs. Finta*, Suprema Corte del Canadá, 24 de marzo de 1994.

imprescriptibilidad de los crímenes en cuestión.¹²⁴¹ Dice, refiriéndose a dicho principio, que “conduce a valorar los hechos que dieron lugar al proceso bajo el prisma de las valoraciones actuales que imperan en el derecho internacional humanitario”. Y se refiere concretamente a lo que trataremos en el capítulo de responsabilidad cuando agrega: “Máxime si se tiene presente que declarar la prescripción de la acción penal en el país podría dar origen a la responsabilidad internacional del Estado argentino”.

Uno de los temas que se han tratado en varios juicios ha sido el de la posible colisión entre el artículo 18 y el artículo 118 de la Constitución Nacional. El juez Boggiano sostiene a ese respecto: “[...] no es posible afirmar que el artículo 18 de la Constitución Nacional que establece el principio de legalidad y de irretroactividad consagre una solución distinta en el artículo 118 respecto a la aplicación de las normas del *ius cogens* relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad. La ley de lugar del juicio *supone*, aunque obviamente, no *establece* los principios del derecho de gentes”.¹²⁴²

Sin embargo, en juicios sustanciados con posterioridad a este fallo se ha planteado ese argumento en contra de la imprescriptibilidad.

En el caso *Mazzeo*,¹²⁴³ el juez Fayt, en su voto disidente, sostuvo que “si bien la Convención fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, recién fue aprobada por el Estado

¹²⁴¹ “De los trabajos preparatorios de la Convención surge que se empleó el verbo “afirmar” en lugar de “enunciar” a fin de poner de manifiesto la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ya existía en el derecho consuetudinario internacional por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo (Informes de la Comisión de Derecho Internacional, Resolución 3 XXII, aprobada por el Consejo Económico y Social por Resolución 1158 (XLI) del 5 de agosto de 1966 y Resolución 2338 (XXII) de la Asamblea General del 18 de diciembre de 1967)”.

¹²⁴² El artículo 18 establece el principio de legalidad y el artículo 118 se refiere al derecho de gentes. Examinó más detenidamente la alegación de oposición entre ambos artículos al desarrollar el tema de la legalidad.

¹²⁴³ CSJN, caso *Mazzeo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad*, Sentencia de 13 de julio de 2007.

argentino el 29 de noviembre de 1995 [...] [y] no debían ser confundidos el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad previsto en la mencionada Convención y su aplicación retroactiva”. Y más adelante, refiriéndose a la posible aplicación retroactiva, dice: “De esa manera se lesionaría el principio *nullum crimen sine poena legali*”. Al respecto se recordó que la jurisprudencia de la Corte ha interpretado esta garantía como aquella que prohíbe la aplicación de disposiciones penales posteriores al hecho que modifiquen *in malam partem* cualquier requisito del que dependa la punibilidad del hecho. Así, ha sostenido que el principio de legalidad comprende “la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor ‘leyes ex post facto’ que impliquen empeorar las condiciones de los encausados [...]”. Y mencionando expresamente el artículo 18: “conceder eficacia *ex post* a normas que prolonguen los plazos de prescripción o establezcan derechamente la imprescriptibilidad de la acción penal afectaba indudablemente al requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional” (disidencia del juez Fayt en *Arancibia Clavel y Simón*).

1.4. El tiempo de la interpretación y el derecho intertemporal

Un punto fundamental de conexión con la hermenéutica filosófica es la importancia atribuida a la interpretación, como elemento integrador de la ley. Dado que la interpretación tiene siempre lugar en un momento distinto no solo al de la sanción de la ley sino al del hecho al que se aplica, este principio permite reflexionar sobre la temporalidad de la interpretación, es decir, cuál sería la interpretación válida y a la luz de qué principios podría realizarse.

El problema temporal es manifiesto en el derecho cuando debe sancionar y prever, incluso tipificar, los llamados “crímenes de la historia”. Este problema hay que abordarlo desde varias perspectivas temporales distintas. Una de ellas es “el principio de intertemporalidad”.

Cabe preguntarse, por ejemplo, qué sucede cuando los crímenes internacionales fueron cometidos por Estados en un momento en que en esos

Estados dichos crímenes no constituían violaciones de obligaciones internacionales. Veremos si alegando el principio de intertemporalidad se podrían superar algunos obstáculos que opone el derecho nacional para hacer valer la responsabilidad por esos crímenes.¹²⁴⁴

El principio general del derecho intertemporal fue enunciado por el árbitro Max Huber en el asunto *Isla de Palmas*, en los términos siguientes: “todo hecho jurídico debe ser apreciado a la luz del derecho vigente en la época y no a la luz del derecho vigente en el momento en que surgió o debería haber sido resuelta una diferencia relativa a ese hecho”.¹²⁴⁵

No debe confundirse el principio de intertemporalidad con el de no retroactividad. Este último consiste en la prohibición de la aplicación retroactiva de las normas jurídicas, mientras que el de intertemporalidad consiste en identificar el derecho aplicable cuando las normas jurídicas que habría que aplicar han evolucionado.

Podemos definir el principio de intertemporalidad siguiendo a tres autores. Para Salmon, “el derecho intertemporal es el conjunto de principios o reglas que, en determinado ordenamiento jurídico [...] establecen las condiciones de aplicación de las normas en el tiempo, en cuanto al momento en que una norma es aplicable y en cuanto a la época en la que es preciso situarse para determinar el sentido cuando este último ha evolucionado”.¹²⁴⁶

¹²⁴⁴ BROWN, B. S. «État des Lieux des droits de l’homme, du droit internationale humanitaire et du droit international pénal face aux requêtes en ‘réparation’ des crimes de l’histoire: bilan prospectif», en L. Boisson de Chazournes, J-F. Quéguiner y S. Villalpando (dirs.), *Crimes de l’histoire et réparations: les réponses du droit et de la justice*, *op cit.*, p. 73. El autor citado considera que se trata más que de una cuestión moral o jurídica de una cuestión política que ha de resolverse en ese ámbito. En apoyo de esta posición hace notar que el derecho internacional consuetudinario se basa en la práctica de los Estados y su *opinio iuris*, por lo que la formación de un nuevo consenso político puede traer aparejada la evolución de las normas jurídicas internacionales.

¹²⁴⁵ Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. II (1949), p. 845.

¹²⁴⁶ GAREAU, J.F., En *Crimes de l’histoire et réparations: les réponses du droit et de la justice*, *op. cit.* pp. 25-38. El autor toma la referencia de J. Salmon, “Contentieux territorial”, Fascicule 1, Bruselas, 1997-1998, pp. 42 y 43.

Sorensen da una definición similar: “[...] se trata de determinar el ámbito de aplicación de normas antiguas y nuevas, medidas según la dimensión del tiempo”.¹²⁴⁷ Y Gareau lo considera “un método de adaptación de una norma jurídica al contexto socio-histórico que la alimenta y en el que ha de operar”.¹²⁴⁸

A mi juicio, este principio tiene raíces en la filosofía hermenéutica en general, y en su aplicabilidad al derecho en particular. Muchos conceptos de la filosofía de Gadamer servirían de puntos de partida o premisas para estas reflexiones. Por ejemplo, la relevancia de la aplicación para el significado de las normas, es decir, su historicidad, la distancia temporal, la fusión de horizontes, la historia de los efectos, para no mencionar más que los esenciales.¹²⁴⁹

1.4.1. Casos paradigmáticos

Un ejemplo de aplicación del principio de intertemporalidad lo encontramos en el caso conocido como el “caso de los disparos mortales en el muro de Berlín”. Sobre este caso el TEDH dictó dos sentencias en la misma fecha, 22 de marzo de 2001. La primera se pronuncia contra los autores mediatos de las muertes, Streletz, Kessler y Krenz, de quienes partieron las órdenes de disparar bajo el régimen de vigilancia de la frontera de la RDA. La segunda se pronuncia contra el guarda de frontera que causó la muerte de una persona que intentó pasar el muro. El hecho tuvo lugar en 1972. Los autores fueron condenados por la justicia alemana, y las sentencias fueron confirmadas por el Tribunal Supremo Federal de Justicia (BGH) y luego el Tribunal Constitucional Federal (BverfG).

Ante el primero de los tribunales se plantea la relación entre la ley y su interpretación. Los apelantes sostenían que se había violado el principio de irretroactividad de la ley penal (artículo 103.2 de la Ley Fundamental) porque los

¹²⁴⁷ SORENSEN, M. «Le problème du droit intertemporel dans l'ordre international», en *Annuaire de l'Institut de droit international* 55, n.º 4 (1973), pp. 2 y 3.

¹²⁴⁸ GAREAU, J.F., *op. cit.*, p. 27. Este autor señala que como técnica de interpretación ha sido empleada por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre el caso del Sahara occidental, CIJ, Recueil 1975, p. 12.

¹²⁴⁹ GADAMER, H.G., *Verdad y método*, vol. I y II, Salamanca: Ediciones Sígueme, 2001.

tribunales habían realizado una interpretación de las normas aplicables (la Ley de Frontera) distinta de la interpretación que se aplicaba en la época de la comisión del hecho. Es decir, el argumento consideraba derecho aplicable el derecho vigente interpretado por órganos que fuesen competentes en ese momento, no después. El BGH afirmó que lo fundamental era que la punibilidad estuviese legalmente determinada antes de la comisión del hecho, nada más. La interpretación que se diese en ese momento carecía entonces de fuerza vinculante para el futuro. Dado que consideraba que la punibilidad se fundamentaba en la protección de los derechos humanos derivada de la Constitución y de las obligaciones internacionales de Alemania, que predominaban sobre la Ley de Frontera, confirmó la condena. La misma interpretación hizo el BverfG.

El TEDH, tras aclarar que la noción de “Derecho” (law) utilizada en el artículo 7 corresponde a la de “Ley” que figura en otros artículos del Convenio, noción que engloba el derecho escrito y el no escrito e implica condiciones cualitativas, entre otras las de accesibilidad y previsibilidad¹²⁵⁰, se refiere concretamente a la interpretación y su temporalidad:

“Por muy clara que pueda estar la redacción de una disposición legal, sea cual sea el sistema jurídico, incluido el Derecho penal, existe indudablemente un elemento de interpretación judicial. Habrá que dilucidar siempre los puntos dudosos y adaptarse a los cambios de situación. Por otro lado, está sólidamente establecido en la tradición jurídica [...] de los [...] Estados partes del Convenio que la jurisprudencia, en tanto que fuente del Derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del Derecho penal. No se podría interpretar el artículo 7 del Convenio como proscribiendo la clarificación gradual de las normas de la responsabilidad penal mediante la interpretación judicial de un asunto a otro, a condición de

¹²⁵⁰ Se remite a la Sentencia *Tolstoy Miloslavsky contra el Reino Unido*, de 13 julio 1995. TEDH 1995, 22, serie A, n.º 316-B, pgs. 71-72, ap. 37.

que el resultado sea coherente con la sustancia de la infracción y razonablemente previsible”.¹²⁵¹

En este contexto hace una referencia al cambio de gobierno muy pertinente al tema general del presente trabajo.

“El Tribunal considera que es legítimo para un Estado iniciar diligencias penales contra personas que han sido culpables de crímenes bajo un régimen anterior; asimismo, no se podría reprochar a los tribunales del Estado, que sucedieron a los existentes anteriormente, aplicar e interpretar las disposiciones legales existentes en la época de los hechos a la luz de los principios que rigen un Estado de derecho”.¹²⁵²

Y reitera en el apartado 82 lo que había dicho respecto a la interpretación en el apartado 50:

“En efecto, el Tribunal recuerda que bajo el punto de vista del artículo 7.1, por muy clara que pueda estar redactada una disposición penal, sea cual sea el sistema jurídico, existe indudablemente un elemento de interpretación judicial y habrá que dilucidar siempre los puntos dudosos y adaptarse a los cambios de situación.”¹²⁵³

Ciertamente, esta noción se aplica en principio a la evolución progresiva de la jurisprudencia en un mismo Estado de derecho y bajo un régimen democrático, elementos que constituyen las piedras angulares del Convenio,

¹²⁵¹ Caso *Streletz, Kessler y Krenz* contra Alemania. Sentencia de 22 marzo 2001. TEDH\2001\229, ap. 50. El Tribunal “señala que una particularidad del caso presente reside en el hecho de que se sitúa en el marco de la sucesión de dos Estados regidos por ordenamientos jurídicos diferentes, y que tras la reunificación, los tribunales alemanes condenaron a los demandantes por crímenes que habían cometido en su condición de dirigentes de la RDA”.

¹²⁵² *Ibidem*, ap. 81.

¹²⁵³ Se remite aquí a las sentencias SW y CR contra el Reino Unido, pp. 41-42, aps. 34-36 y pp. 68-69, aps. 32-34, respectivamente.

como atestigua su preámbulo [...] pero conserva todo su valor cuando, como en este caso, ha habido sucesión de dos Estados”.¹²⁵⁴

También se vincula con la dimensión temporal la calificación de “derecho” que figura en el apartado 87:

“El Tribunal considera que una práctica del Estado como la de la RDA relativa a la vigilancia de la frontera, que ignoraba de manera flagrante los derechos fundamentales y sobre todo el derecho a la vida, valor supremo en la escala de los derechos humanos en el plano internacional, no podría estar protegida por el artículo 7.1 del Convenio. Esta práctica, que **vació de sustancia** la legislación sobre la que se suponía estaba basada, y que era impuesta a todos los órganos del Estado, incluidos sus órganos judiciales, no podría ser calificada como “Derecho” en el sentido del artículo 7 del Convenio”.

Y añade el apartado 88:

“Así, el Tribunal considera que los demandantes que, como dirigentes de la RDA habían creado la **apariencia de legalidad** que emanaba del ordenamiento jurídico de la RDA y luego habían establecido o perseguido una práctica que ignoraba de manera flagrante los principios mismos de este orden, no podrían invocar la protección del artículo 7.1 del Convenio. Razonar de otra manera sería ignorar el objeto y la finalidad de esta disposición, que quiere que nadie sea sometido a diligencias, condenas o sanciones arbitrarias”.

¹²⁵⁴ Se remite al párrafo siguiente: “83. Un razonamiento contrario iría contra los principios mismos sobre los que está construido todo el sistema de protección establecido por el Convenio. Los autores del Convenio se refirieron a estos principios en el preámbulo del Convenio reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen los cimientos incluso de la justicia y de la paz en el mundo y cuyo mantenimiento reposa esencialmente en un régimen político verdaderamente democrático, por un lado y, por otro, en una concepción común y un común respeto de los derechos humanos que reclaman» y se declaraban animados por un mismo espíritu y poseyendo un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto de la libertad y de preeminencia del Derecho”.

He resaltado las frases “vacío de sustancia” y, en el apartado siguiente, “apariencia de legalidad” porque reflejan una concepción de ley que trasciende la legalidad formal. En la primera expresión, se alude a una legislación que protegía los derechos humanos y con la que se contradecía la ley de frontera y la práctica basada en esta última. Pero la práctica daba vigor a la ley de frontera frente a la Ley Fundamental o a los tratados internacionales. En la segunda se reconoce en cambio que hay una legalidad más allá de la que se aparenta, es decir, más allá de la apariencia de legalidad que se busca porque en principio toda legalidad es algo positivo. Una práctica que despoja a la ley de su sustancia, de su fondo, y una ley que aparenta tener determinado fondo. La interpretación que lo aclare solo puede venir *a posteriori*.

Las ideas afirmadas en la sentencia fueron reafirmadas en el voto concurrente del juez Levitz: “7. Esto nos lleva a la cuestión de saber si, tras un cambio a través del cual un orden político [...] pasa a ser democrático, es legítimo aplicar “el antiguo” Derecho establecido por el régimen anterior no democrático siguiendo los métodos de interpretación y de aplicación del Derecho que son inherentes al orden político democrático nuevo. 8. Quiero señalar que, en mi opinión, no hay lugar para otras soluciones. Los Estados democráticos únicamente pueden autorizar a sus instituciones a aplicar el Derecho -incluso si se trata de normas anteriores dictadas bajo un régimen predemocrático- de una manera inherente al orden político democrático (en el sentido en que esta noción es comprendida en las democracias tradicionales) [...]. 9. Los mismos principios son igualmente válidos en lo que se refiere a la interpretación y la aplicación de las normas del Derecho internacional”.¹²⁵⁵

Otro caso en que se analiza también la interpretación en su dimensión temporal es el caso *Kononov contra Letonia*.¹²⁵⁶

¹²⁵⁵ Caso *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*. Citado *supra*. Voto concurrente del juez Levitz.

¹²⁵⁶ Caso *Kononov contra Letonia*, TEDH (Sección 3ª). Sentencia de 24 de julio de 2008, JUR/2008/237327.

También se trata en cierto modo de la legislación aplicable en una sucesión de Estados, dado que Letonia fue incorporada a la Unión Soviética y durante la Segunda Guerra Mundial fue invadida por la Alemania nazi, pero en 1990 Letonia restablece su independencia y su Constitución de 1922. Los hechos de que se trata tuvieron lugar en mayo de 1944, y en octubre de 1998 (50 años después) fueron sometidos al Tribunal de primera instancia de Riga.¹²⁵⁷ Tras sucesivas instancias, el caso llega a la Corte Suprema, donde se condena a Kononov por violaciones de las leyes y costumbres de la guerra previstas en disposiciones de la Convención de La Haya de 1907, la Convención de Ginebra de agosto de 1949 relativa a la protección de civiles en tiempo de guerra y su Protocolo Adicional I de 1977.¹²⁵⁸

Por ello se califican los actos cometidos como crímenes de guerra y se les aplica el antiguo Código Penal de Letonia que, con la modificación introducida en 1993, sanciona el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y la paz, etc.

Además, se autoriza la aplicación retroactiva de la ley penal a los crímenes contra la humanidad y a los crímenes de guerra, y se declaran imprescriptibles tales crímenes. Con esta autorización de la retroactividad las normas aplicables como disposiciones del derecho interno no eran solo las vigentes en el momento de los hechos, es decir, el Código Penal soviético de 1926, (dado que la incorporación tuvo lugar en 1940) o, si se consideraba que esa incorporación era ilegal, el Código Penal de Letonia de 1933, (vigente con anterioridad a la incorporación), sino también el nuevo Código Penal de Letonia de 1961, modificado en 1991, y, por último, el nuevo Código Penal de 1999.

El demandante ante el TEDH alega precisamente la aplicación retroactiva como violación del artículo 7, párrafo 1, de la Convención, dado que los actos que

¹²⁵⁷ Se acusaba al demandante de crímenes de guerra. El caso es sumamente complejo porque se debatía también si se trataba de crímenes de guerra cometidos contra la población civil o no, dado que se refería a un ataque a una población que supuestamente había colaborado con los nazis (el acusado sostenía que eran también combatientes).

¹²⁵⁸ Las disposiciones mencionadas son: el artículo 23.1.b), que prohíbe matar o herir a individuos de la población civil; el artículo 25, que prohíbe atacar por cualquier medio a aldeas, viviendas o edificios indefensos; y el artículo 46.1, que prescribe el respeto al honor y los derechos de la familia, la vida de los individuos y la propiedad privada.

se le reprochan no constituían delito en el momento de su comisión según el derecho que considera vigente en ese momento (el Código Penal soviético de 1926).¹²⁵⁹

El TEDH considera que, en efecto, hubo violación del párrafo 1 del artículo 7 en lo que respecta concretamente a la interpretación y la intertemporalidad, pero se remite al caso *Streletz, Kessler y Krenz* afirmando que, en la hipótesis de una sucesión de Estados o de un cambio del régimen político sobre el territorio nacional, el Estado tiene derecho a perseguir penalmente a las personas declaradas culpables de crímenes bajo el régimen anterior, y sus tribunales están facultados a aplicar e interpretar las disposiciones vigentes en el momento de los hechos de conformidad con los principios inherentes a un Estado de Derecho.

En este caso concreto, el TEDH interpretó que los hechos habían constituido un abuso de poder y que no podían ser calificados como crímenes de guerra perpetrados contra la población civil, que se trataba de delitos comunes y que el derecho aplicable a los hechos era el Código Penal de la Unión Soviética de 1926, aplicable en Letonia a partir de 1940. Ahora bien, de conformidad con ese instrumento, los plazos de prescripción eran de 3, 5 o 10 años, según la gravedad de la pena. Consideró además que la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad era aplicable únicamente a los delitos específicamente definidos en el artículo 1, y no a los delitos comunes. Por lo tanto dichos delitos habían prescrito en 1954, es decir, antes de la entrada en vigor del Código Penal soviético de 1961, y no era posible “sancionar hechos convertidos en no punibles como consecuencia de una prescripción adquirida”.¹²⁶⁰

¹²⁵⁹ Ese Código preveía solamente los crímenes militares, que eran simples infracciones del orden militar y eran prescriptibles, pero nada decía de los crímenes de guerra. Además, terminada la guerra, el demandante había sido premiado por sus autoridades por su actuación. (También esgrimió el argumento de que combatía contra los nazis).

¹²⁶⁰ Uno de los argumentos del Gobierno era que las autoridades letonas no pudieron ejercer su jurisdicción durante todo el período de la anexión soviética, es decir, entre 1940 y 1991, por lo que no pudieron adoptar ninguna medida para impedir que corriera el plazo de prescripción.

Otra postura adopta el Tribunal en el caso *Kolk y Kislyiy contra Estonia*.¹²⁶¹ También está en juego la aplicabilidad del derecho soviético a crímenes contra la humanidad cometidos durante la ocupación soviética de Estonia. Los demandantes alegaban que, al ser condenados por actos no penados por el derecho soviético aplicable en Estonia en el momento de la comisión de dichos actos, se les estaban aplicando retroactivamente leyes penales. Su argumentación partía del supuesto de que los actos por los que fueron condenados constituían crímenes de derecho internacional. Es de interés, en el contexto de la intertemporalidad del derecho, y concretamente de la interpretación, recordar lo decidido por el TEDH.

El Tribunal recuerda que después de la ocupación alemana de 1941-44 Estonia siguió bajo ocupación de la Unión Soviética hasta la recuperación de su independencia en 1991. Por consiguiente, reconoció que Estonia, en cuanto Estado, no pudo temporalmente cumplir sus compromisos internacionales. Esto también lo ha sostenido en el caso contra Letonia que acabamos de ver. Es decir, que el Estado de Derecho puede aplicar su propio derecho, o su interpretación del derecho internacional, a actos cometidos durante el Gobierno ilegítimo. No se trata de admitir la retroactividad, sino la vigencia de las normas internacionales aplicables en el momento de los hechos.

“El Tribunal estima que incluso si los actos cometidos por los demandantes podrían haber sido vistos como legales bajo el derecho soviético en vigor entonces, los tribunales estonios sí han concluido en cambio que ya constituían crímenes contra la humanidad en el momento de su comisión a la luz del derecho internacional. El Tribunal no ve motivo para llegar a una conclusión diferente”.¹²⁶²

¹²⁶¹ TEDH, caso *Kolk y Kislyiy vs. Estonia*: Imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y su aplicación retroactiva. Decisión sobre admisibilidad. 17 de enero de 2006. Se les impuso una pena de 8 años de prisión suspensiva con un periodo de libertad condicional de tres años. La sentencia sostenía que los demandantes habían participado, en marzo de 1949, en la deportación de población civil desde la ocupada República de Estonia a lejanas zonas de la Unión Soviética.

¹²⁶² Sin embargo, el TEDH recuerda que ese derecho internacional era ya vinculante para la Unión Soviética: “En este contexto, hay que mencionar que la Unión Soviética era parte del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, mediante el cual se promulgó el Estatuto de Nuremberg. Además, el 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto.

Reconoce además la vigencia del derecho de Nuremberg: “El Tribunal señala que la deportación de población civil estaba expresamente reconocida como crimen contra la humanidad por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg de 1945 (artículo 6 c)). Si bien el Tribunal de Nuremberg se estableció para enjuiciar a los principales criminales de guerra de los Países Europeos del Eje, por los crímenes que habían cometido antes y durante la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal destaca que la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad se vio posteriormente confirmada por, *inter alia*, la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional. Como consecuencia, la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede verse limitada únicamente a los nacionales de ciertos países, ni exclusivamente a actos cometidos dentro del periodo específico de la Segunda Guerra Mundial”.¹²⁶³

Un caso también notable en cuanto a la intertemporalidad y la interpretación del derecho interno y el internacional es el de *Touvier*.¹²⁶⁴

Basta con recordar el largo itinerario de este caso, entre 1944, cuando se cometen los hechos, y 1994, cuando se inicia el proceso y se dicta la condena (sin contar la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, en 1995), para tener una idea de la dimensión temporal del mismo.

En 1944, Touvier era Jefe de Servicio de la Milicia (policía política del régimen francés pronazi de Vichy) para los diez departamentos de la sección de Lyon. Se le acusa del asesinato de siete civiles judíos. Hubo una serie de investigaciones policiales y se dictaron dos condenas a muerte en contumacia, en

Como la Unión Soviética era un Estado miembro de las Naciones Unidas, no puede alegarse que las autoridades soviéticas desconocían estos principios. Por lo tanto, el Tribunal considera infundadas las alegaciones de los demandantes en el sentido de que sus actos no constituían crímenes contra la humanidad en el momento de su comisión y de que no se podía esperar de ellos razonablemente que supieran tal cosa”. *Ibidem*. Fundamentos de derecho.

¹²⁶³ *Ibidem*. Fundamentos de derecho.

¹²⁶⁴ Para resumir este caso me he basado en la obra *Touvier, Vichy et le crime contre l'humanité. Le dossier de l'accusation*, dirigida por F. BÉDARIDA, París: Éditions du Seuil, 1996.

1946 y 1947. En todo este caso, se dictaron 10 sentencias de apelación y siete en la *Cour de Cassation*. Me referiré solamente a los momentos más esenciales. Tras años de clandestinidad, es arrestado en 1989. Entre el arresto y el proceso, cinco años de duras batallas judiciales, durante los cuales se siguen presentando querellas contra el acusado. En 1992, la *Chambre d'accusation*¹²⁶⁵ pronuncia un *non-lieu*, es decir, desestima la acusación. Conforme a la interpretación de los hechos por parte de la *Chambre*, Touvier no actuó por cuenta de los alemanes sino que se trataba de un asunto interno, que no podía considerarse parte de un plan metódico de exterminio, por lo que no se podía calificar de crimen contra la humanidad; en consecuencia debían aplicarse los plazos de prescripción para los delitos comunes, que ya se habían cumplido.¹²⁶⁶ Esta decisión provocó indignadas reacciones del público.¹²⁶⁷

Más tarde en el mismo año, la *Cour de Cassation* anula esta sentencia. La *Cour* parte de la definición jurisprudencial de los crímenes contra la humanidad elaborada por la *Cour de Cassation* a partir del único texto -así dice- que regía la materia: el artículo 6 de Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.¹²⁶⁸

¹²⁶⁵ He optado por no traducir los nombres de los tribunales franceses por la falta de equivalentes exactos en español.

¹²⁶⁶ Algo interesante en este caso es que las fluctuaciones de la definición de crimen contra la humanidad fueron factores que retrasaron la condena. En Francia el concepto de crimen de guerra había absorbido el de crimen contra la humanidad porque los juicios contra los colaboradores se habían sustanciado en aplicación de la ordenanza de agosto de 1944, anterior al Estatuto de Londres, de agosto de 1945. Por eso las acusaciones y las sentencias se basaban en el derecho interno francés, y eran por traición, inteligencia con el enemigo y/o atentado contra la seguridad del Estado.

¹²⁶⁷ La indignación se explicaba por la interpretación histórica del período 1940-1944 bajo el régimen de Vichy en la que se basó el tribunal: que la Milicia dependía de las SS, que había una política de extrema colaboración con el ocupante; nada se dijo en cambio de que, paralelamente a su participación en la guerra nazi, la Milicia era un instrumento de la guerra civil, y que el crimen de Touvier se explicaba en ese contexto. Un grupo de historiadores franceses muy representativo discrepó firmemente de esa interpretación. ROUSSO, H., «L'expertise des historiens dans les procès pour crimes contre l'humanité», en J. Jean, y D. Salas, *Barbie, Touvier, Papon. Des procès pour la mémoire*, Collection Mémoires n.º 83, París: Éditions Autrement, 2002, p. 67.

¹²⁶⁸ Una innovación importante en el derecho francés fue la ley de 1964 sobre imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, que hace referencia a los

La *Cour* efectúa una distinción entre el elemento material y el elemento moral. En cuanto al primero, la lista de delitos susceptibles de ser calificados crímenes contra la humanidad tiene un elemento idéntico a los crímenes de derecho común, en cuya categoría entran los asesinatos de siete judíos en la localidad de Rillieux-la Pape, en la región de Lyon. En cuanto al segundo, de las circunstancias de comisión de los crímenes se desprende que se inscribían en un plan concertado por cuenta de un Estado que practicaba una política de hegemonía ideológica, por lo que considera que debe haber lugar a la acusación.¹²⁶⁹

Continúan los problemas relativos a la jurisdicción y finalmente el 17 de marzo de 1994 se abre el proceso ante la *Cour d'assises* de Yvelines, que el 20 de abril del mismo año lo juzga culpable de haberse hecho cómplice de "crímenes contra la humanidad", dando instrucciones y asistiendo a los autores de homicidios voluntarios "comprendidos en un plan concertado por cuenta de un Estado que practicaba una política de hegemonía ideológica" (Alemania nazi). Lo condena a reclusión penal perpetua. Todos los recursos que presentó Touvier tras esta condena fueron rechazados. Recurre entonces ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, que, el 13 de enero de 1997, no admite el recurso. Se expresa en los siguientes términos: "la Comisión recuerda que de los trabajos preparatorios del Convenio resulta que el párrafo 2 del artículo 7 tiene por objeto precisar que ese artículo no afecta a las leyes que, en las circunstancias totalmente excepcionales que tuvieron lugar como consecuencia de la segunda guerra mundial, se han promulgado para reprimir los crímenes de guerra y los hechos de traición y de colaboración con el enemigo y no prevé ninguna condena jurídica ni

principios de Nuremberg. Otra modificación importante en la definición de dichos crímenes fue aportada por las sentencia de la *Cour de Cassation*, de 1985, que ampliaba la definición de víctima e incluía junto a las víctimas civiles a los resistentes, e introducía el concepto de "Estado que practicaba una política de hegemonía ideológica". En 1988, en otras dos sentencias, la *Cour de Cassation* precisaba que el acusado debía haber participado en la ejecución de un plan concertado, y realizado de manera sistemática actos inhumanos a instigación de un "Estado hegemónico".

¹²⁶⁹ El asesinato de siete personas detenidas.

moral de tales leyes. Estima que este razonamiento es también válido por lo que respecta a los crímenes contra la humanidad”.¹²⁷⁰

En el caso *Siliadin c. Francia*, el TEDH sostuvo:

“121. No hay que perder de vista ni las características particulares del Convenio ni el hecho de que es un instrumento vivo, que ha de interpretarse a la luz de las condiciones de vida actuales, y que el nivel de exigencia creciente en materia de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales implica, paralela e ineluctablemente, una mayor firmeza en la apreciación de los ataques a los valores fundamentales de las sociedades democráticas”.¹²⁷¹

Cabe señalar en relación con esta afirmación del Tribunal, que también “de modo progresivo se incrementa la obligación internacional de penalización de la infracción de los derechos fundamentales del hombre, con el incremento correlativo de la responsabilidad internacional del Estado que incumple esta obligación ante órganos judiciales internacionales”¹²⁷²

2. Amnistía

2.1. El concepto y sus orígenes

2.1.1. Antigua Grecia

Herodoto cuenta la sublevación de Jonia en 494 antes de Cristo, aplastada duramente por los persas, que se apoderaron de Mileto, a la que despoblaron, incendiarios sus santuarios, etc. Los atenienses mostraron una aflicción extrema. Con motivo de la puesta en escena de una tragedia -“La toma de Mileto”, de Frínico-

¹²⁷⁰ *Touvier vs. France*, n.º 29420/95, decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 13 de enero de 1997, (Decisiones e Informes 88-B, p. 161).

¹²⁷¹ Sentencia de 26 de julio de 2005.

¹²⁷² Demanda presentada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Consejo de Europa, Estrasburgo, Francia, Demanda n.º 37853/10, párr. 10.

todo el teatro se deshizo en lágrimas. Las autoridades atenienses le impusieron al autor una multa de mil dracmas por haber evocado una calamidad que les concernía directamente. Además prohibieron que se volviera a representar esa obra.¹²⁷³ Loraux sostiene que esa prohibición se presta a una interpretación más profunda que la mera prohibición de una obra que recuerda sufrimientos. La tragedia cuya representación se prohíbe es la que ha afectado a toda la familia jónica, a la identidad cívica, a la conciencia colectiva “que se define en la esfera de lo propio”, es una tragedia que hace recordar a los ciudadanos la memoria de sus “propios males” y “los despierta a los peligros de la rememoración cuando su objeto es fuente de duelo para la conciencia cívica”.¹²⁷⁴

Pero hubo otro modelo de amnistía, en Atenas, en el año 403 antes de Cristo. Tras haber quitado el poder a los treinta tiranos, los demócratas regresan a Atenas como vencedores y proclaman la reconciliación general mediante un decreto que obligaba a los atenienses, uno por uno, a prestar un juramento que los comprometía a no recordar las desgracias. El decreto proclama la prohibición: “Está prohibido recordar las desgracias”. El juramento compromete a los atenienses, personalmente, a no hacerlo: “Yo no recordaré las desgracias”.¹²⁷⁵

Aristóteles, en la “Constitución de los atenienses”, se refiere a este decreto, que es equivalente a una amnistía general aunque con excepciones: “Por las cosas pasadas nadie podrá vengarse de nadie, excepto de los Treinta, de los Diez, de los Once, y de los que mandaron en el Pireo; y ni de éstos si rindieran cuenta”.¹²⁷⁶ El

¹²⁷³ LORAUX, N., *La ciudad dividida. El olvido en la memoria de Atenas*, traducido por S. Vassallo. Madrid: Katz Editores, 2008.

¹²⁷⁴ *Ibíd.*, p. 148.

¹²⁷⁵ *Ibíd.*, p. 149. Reyes Mate explica que no hay que dar a esta prohibición un sentido meramente psicologizante; no tiene por objeto evitar depresiones ni desmoralizaciones, sino que tiene un sentido político: “el recuerdo de las desgracias atenta contra el ser de la política pues, si tuviéramos que reconocer al pasado desgraciado algún tipo de vigencia, haríamos desgraciados a los presentes, poniendo sobre sus espaldas responsabilidades que no han contraído”. MATE, R., *Justicia de las víctimas. Terrorismo, memoria, reconciliación*, *op. cit.* p. 19. Y del mismo autor, «En torno a una justicia anamnética», en R. Mate y J. M. Mardones (eds.), *La ética ante las víctimas*, 1ª ed., Barcelona: Anthropos, 2003, pp. 105 y 122.

¹²⁷⁶ ARISTÓTELES. *Constitución de los atenienses*, traducido por Manuela García Valdés. Madrid: Editorial Gredos, 1995, pp. 148 y 149. Cuando cesaron los Treinta, se eligieron

decreto formaba parte del Acuerdo de Reconciliación de 403/402 concertado entre los oligarcas de la ciudad y los demócratas exiliados.¹²⁷⁷ En los términos utilizados encontramos el verbo “vengar”. Loraux explica la vinculación de ese vengar con el recordar. Hace notar que en el decreto se proclama la prohibición diciendo: *mnesikakeîn*, “está prohibido recordar las desgracias”, una fórmula institucionalizada en Atenas y otras ciudades griegas. Y dice: “A juzgar por los empleos de *mnesikakeîn*, se trataría menos de hacer volver a la memoria, como lo hace Frínico, provocando para su desgracia una anamnesis (*anamnesanta*) entre los atenienses, que de recordar ‘en contra de’”.¹²⁷⁸ La obligación de prestar el juramento consistía también en comprometerse personalmente a renunciar a una “memoria del odio”, en la que el recuerdo de los hechos se dirige contra otros.¹²⁷⁹

Esta acción de recordar, tal como está prohibida, tendría, según la autora que seguimos, una connotación de hostilidad: “*mnesikakeîn* implica enarbolar de un modo ofensivo la memoria, atacar a alguien o actuar negativamente en contra de alguien, en resumen, vengarse de él [...]. De ese modo, desde principios hasta finales del siglo, el recuerdo de las desgracias, que antes de Frínico era neutro [...] se volvió acto vindicativo”; “[...] el acto -considerado a la vez explicable e ilegítimo,

diez ciudadanos, uno por tribu, con plenos poderes para la terminación de la guerra. Pero como fracasaron en su cometido, fueron destituidos y se eligieron otros diez (que serían los Once a los que se refiere la frase) que hicieron posible la concertación de los pactos de reconciliación y el regreso de los demócratas.

¹²⁷⁷ LOENING, T. C., *The Reconciliation Agreement of 403/402 BC Athens: its content and application*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden, 1987; citado por WEISMAN, N., «A History and Discussion of Amnesty», en *Columbia Human Rights Law Review*, n.º 4 (1972), p. 530. El acto de amnistía fue designado en el Acuerdo mediante expresiones tales como “olvido de los errores o delitos pasados”. Esta amnistía no solo preveía la reconciliación entre las partes enfrentadas sino la devolución de los bienes confiscados y la confiscación de los bienes sustraídos mediante actos despóticos. El aspecto innovador de este caso reside precisamente en esa devolución, que representaba cierta forma de compensación. Véase también DORJAHN, A. P., *Political Forgiveness in Old Athens: The Amnesty of 403 BC*, Evanston: Northwestern University Press, 1946.

¹²⁷⁸ LORAUX, N., *op. cit.*, p. 149.

¹²⁷⁹ *Ibidem*, p. 145.

cuya responsabilidad incumbe casi siempre a los demócratas- de iniciar un pleito por hechos de la guerra civil".¹²⁸⁰

El juramento que hemos visto en la segunda amnistía ateniense no es un simple juramento de olvido -señala Wahnich- sino un juramento que se presenta como inverso al juramento vengador (no olvidaré nunca). Lo que interesa es que cada uno renuncie a la reapertura de un ciclo de venganzas, de procesos a los vencidos.¹²⁸¹

2.1.2. *Kratos y politeia*

En síntesis, terminada la guerra, se proclama solemnemente su fin y se establece que los combates que acaban de ocurrir pasarán a ser un pasado que no hay que recordar. Se pone en marcha un imaginario cívico, se pasa sobre la justicia procesal, que mantiene los conflictos en pie bajo el pretexto de resolverlos. Ricoeur dice: "la democracia desea olvidar que ella es potencia (*kratos*), desea olvidarse de la victoria" que ha obtenido. Y aclara que es preferible, en este contexto, emplear el término *politeia*, que significa orden constitucional, a democracia, que lleva la huella de la potencia, del *kratos*. Hay una refundación de la política amparada en el olvido.¹²⁸² No hay duda de que la institución de la amnistía responde a la utilidad y no a la búsqueda de la verdad.¹²⁸³

Aristóteles elogia a los atenienses por haber preservado la unidad de la polis respetando ese juramento, recuerda Cuillerai.¹²⁸⁴

¹²⁸⁰ Ibídem, pp. 148-149. La actualidad de estas observaciones respecto a la amnistía ateniense es conmovedora. Cuántas veces hemos escuchado expresiones que incitan a dejar las cosas como están, a no remover el pasado, a no reabrir heridas.

¹²⁸¹ WAHNICH, S., *Une histoire politique de l'amnistie. Etudes d'histoire, d'anthropologie et de droit*, París: Presses Universitaires de France, 2007, p. 59.

¹²⁸² RICOEUR, P., *La mémoire, l'histoire, l'oubli, op. cit.*, p. 586.

¹²⁸³ Ibídem, p. 589.

¹²⁸⁴ CUIILLERAI, M., «L'irréconcilié: histoire critique aux marges de l'amnistie», en AAVV, *Une histoire politique de l'amnistie. Études d'histoire, d'anthropologie et de droit*, París: Presses Universitaires de France, 2007, p. 94.

La *politeia* estaba vinculada con la justicia, es decir, con los derechos del ciudadano a la administración de justicia. En la Constitución de los atenienses, Aristóteles, al referirse a las medidas adoptadas por Solón, dice: “parece que estas tres cosas son las más democráticas: lo primero y principal, el prohibir los préstamos con la fianza de la propia persona, después, que el que quisiera pudiese reclamar por lo que hubiera sido perjudicado; y, en tercer lugar, con lo que dicen que el pueblo consiguió mayor fuerza, la apelación al tribunal, pues al ser el pueblo dueño del voto, se hace dueño del gobierno”.¹²⁸⁵

2.1.3. El proceso como lucha

Loraux se refiere a la justicia como división. Recuerda que Aristóteles menciona el juicio entre los múltiples orígenes posibles de la *stásis* (disensión), y a Tucídides, que incluye el proceso judicial dentro del tipo de armas utilizadas por los oligarcas deseosos de derribar una democracia.¹²⁸⁶

El proceso era en sí mismo una lucha (*agón*) abierta entre dos adversarios sometidos a una rigurosa igualdad, dado que ambos disponen del mismo tiempo (igualmente limitado) y cumplen los mismos gestos. Los jueces permanecen en silencio, solo las partes deciden el litigio. El juez únicamente zanja entre las dos tesis y, al votar, los miembros del tribunal se dividen. El nombre del voto es *diaphora* (*diaphoron*: divergencia). La tarea del juez era (en el derecho ático) resolver un conflicto entre dos tesis inconciliables, no aplicar la ley al caso concreto.

¹²⁸⁵ ARISTÓTELES, *Constitución de los atenienses*, *op. cit.*, p. 72. Esta vinculación entre democracia y justicia también la encontramos en Platón, quien, si bien critica el funcionamiento de los tribunales atenienses, dice que “es necesario que todos participen en la medida de lo posible. Porque quien no participa en el poder de juzgar se estima absolutamente excluido de la ciudad”. PLATÓN, “Leyes”, VI, 767c-768b, México: Editorial Porrúa, 1996.

¹²⁸⁶ LORAUX, N., *op. cit.*, p. 235. (Las citas son de Aristóteles, *Política*, v, 1306 a31 y ss., y Tucídides, «Historia de la guerra del Peloponeso», III, 70, 3. Cita el fragmento 44 de Heráclito: “La guerra es común y la justicia contienda”. Es decir, la justicia no significa necesariamente pacificación).

Es importante tener presentes estos orígenes remotos porque explican la renuencia a acudir a la justicia para encontrar la paz, dado que se percibe como una forma de guerra. “Como no hay lucha que no desemboque en la victoria de uno de los dos adversarios sobre el otro, el voto soberano de los jueces es una proclamación de esa victoria y a la vez la constituye [...] el juicio clausura la lucha pero es también, hasta el final, su expresión fiel y sin desvíos. Zanja, pero en cierto modo da al enfrentamiento su forma acabada [...]”.¹²⁸⁷

Teniendo presente esta perspectiva del proceso, resulta más fácil comprender la consigna que ordenaba no recordar las desgracias (es decir, la dictadura oligárquica de los Treinta y el odio entre ciudadanos contrapuestos), porque de esa forma se ordenaba también no entablar ningún proceso que tuviera que ver con esos enfrentamientos.

2.1.4. Otros antecedentes

No he pretendido hacer una historia de la amnistía, que sería tema de una tesis aparte; la referencia que he hecho en la sección anterior a algunos eventos y textos de la antigua Grecia solo tenía por objeto aclarar el origen del concepto, principalmente cuando se trataba de conflictos internos. Mencionaré ahora, sin pretender tampoco ser exhaustiva, algunos acontecimientos históricos fundamentales en los que el olvido se prescribe como una necesidad para la pacificación, como hemos visto en Atenas.

El Edicto de Nantes, dado el 13 de abril de 1598 por el rey Enrique IV de Francia, disponía: “Que la memoria de todo lo pasado, en una y otra parte, desde el comienzo del mes de marzo de 1585 hasta nuestro advenimiento a la corona, y durante los demás disturbios precedentes, y en ocasión de éstos, permanezca extinta y adormecida, como de cosa no sucedida: y no será lícito ni estará

¹²⁸⁷ *Ibíd.*, p. 239. Loraux se refiere acá al silencio de los jueces, que ni siquiera intervienen en la administración de las pruebas ni en la estimación de la sanción, dado que si no está fijada de antemano deben optar entre las dos estimaciones propuestas por las partes. Recuerda el caso de Sócrates, que opuso a la muerte, pena reclamada por sus adversarios, una “pena” que era un enorme honor cívico, ser mantenido en el Pritaneo a expensas del Estado, lo que los jueces atenienses no podían aceptar nunca.

permitido a nuestros procuradores generales, ni a otras personas cualesquiera, públicas ni privadas, en tiempo alguno, ni en ocasión alguna que sea, hacer mención, proceso o persecución en ningún tribunal y jurisdicción que sea [...]. Prohibimos a todos nuestros súbditos, de cualquier estado y calidad que sean, renovar su memoria [...]”.¹²⁸⁸

El artículo III del Tratado de Westfalia, de 24 de octubre de 1648, que puso fin a la guerra de treinta años, dispone que habrá de una y otra parte un “olvido perpetuo” de todos los actos hostiles que se hayan perpetrado, de cualquier manera y en cualquier lugar, desde el comienzo de los conflictos, de tal modo que nadie, bajo ningún pretexto, realizará acto alguno de hostilidad, mantendrá enemistad o causará perjuicio, ni en las personas ni en las cosas, de hecho o de derecho, directa o indirectamente, dentro o fuera del Imperio, y no obstante lo dispuesto en los Pactos que se hubiesen concertado anteriormente”.¹²⁸⁹

Este Tratado constaba de dos tratados de paz, uno entre el Emperador y Francia y otro entre el Emperador y Suecia –los tratados de Muenster y Osnabruck (la Paz de Westfalia) – y de una serie de tratados sucesivos, que forman un verdadero *corpus iuris Gentium* europeo. Disminuía el papel del Papado situándolo en un nivel inferior al de los Estados en el escenario internacional. Por ello se considera que marcó el surgimiento del moderno Estado nación. Lo he citado por la radicalidad de sus términos en cuanto al “olvido perpetuo”, así como por su importancia histórica, pero no se trata del tipo de amnistía que estamos analizando aquí, en relación con las violaciones cometidas por el propio Estado en su territorio.

¹²⁸⁸ *Édit de Nantes en faveur de ceux de la religion prétendue réformée*, Paris le 25 février 1599. Disponible en http://huguenotsweb.free.fr/histoire/edit_nantes.htm.

Ricoeur llama la atención del lector sobre la frase “como de cosa no sucedida”, porque “subraya el aspecto mágico de la operación que consiste en hacer como si nada hubiera pasado”. RICOEUR, P. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, op. cit., p. 587.

¹²⁸⁹ “[...] *all that has pass'd [...] shall be bury'd in eternal Oblivion [...]*” (todo lo que ha pasado [...] será enterrado en perpetuo Olvido), *Treaty of Westphalia. Peace Treaty between the Holy Roman Emperor and the King of France and their respective Allies*. Disponible en base de datos de la Universidad de Yale, Avalon Project http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp.

En cambio, es pertinente a nuestro tema el Preámbulo de la Carta constitucional del 4 de junio de 1814, acordada por Luis XVIII, en la que se intenta imponer la reconstitución artificial de una cadena de acontecimientos para reanudar el hilo roto de la legitimidad. “Intentando reanudar la cadena de los tiempos, que funestas desviaciones habían interrumpido, hemos borrado de nuestra memoria, como quisiéramos que pudiera borrarlos la historia, todos los males que han afligido a la patria durante nuestra ausencia [...]”.¹²⁹⁰

Varios años después de la sublevación de la Comuna de París (18 de marzo de 1871), en 1876, Xavier Raspail publica “De la nécessité de l’amnistie” y es condenado por defender y justificar la insurrección de 1871. Wahnich hace notar que esta amnistía reconoce derechos a los vencidos pero a la vez reconoce el carácter patriótico y político de su combate. Con esta amnistía no se intentaba borrar el pasado sino que la República cerrara su ciclo revolucionario. Se reconoce el carácter conflictivo del ideal democrático, pero a la vez se intenta pacificarlo.¹²⁹¹

Tras el genocidio perpetrado por Turquía en 1915, los Aliados (Gran Bretaña, los Estados Unidos de América y Francia), intentaron perseguir a los genocidas aplicando principios del derecho internacional. El Tratado de Paz de Sevres, firmado el 10 de agosto de 1920, preveía la persecución de los autores de ese genocidio. Pero fue sustituido por el Tratado de Lausana, de 1923, entre Grecia y Turquía, que contenía una declaración de amnistía para todos los crímenes cometidos entre el 1 de agosto de 1914 y el 20 de noviembre de 1922. Su artículo 22 disponía, aproximadamente, lo siguiente: “El Gobierno turco y el Gobierno griego se concederán respectivamente una amnistía plena y completa por todos los crímenes cometidos durante el mismo período que estuviesen evidentemente conectados con los eventos políticos que han tenido lugar en ese período”.¹²⁹²

¹²⁹⁰ OST, F., *Le Temps du Droit*, París: Editions Odile Jacob, 1999, p. 108.

¹²⁹¹ WAHNICH, S., *op. cit.*, pp. 60 y 61.

¹²⁹² *Agreement between Greece and Turkey respecting the Reciprocal Restitution of Interned Civilians and Exchange of Prisoner of War (Lausanne Peace Treaty, 1923)*, en Israel F.L. (ed.), *Major Peace Treaties of Modern History 1648-1967*, Vol. IV, Nueva York: Chelsea House Publishers, 1967.

Como consecuencia de ese Tratado el genocidio armenio se convirtió en el “genocidio olvidado” del siglo XX.

Durante el período posterior a la Primera Guerra, otra evolución importante fue la continua demanda de indemnizaciones para las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos.

Tras la Segunda Guerra, se invierte la tendencia hacia la reconciliación y comienza la persecución de los criminales de guerra de la parte vencida. Sin embargo, en algunos casos los aliados, después de los juicios de Nuremberg, concedieron amnistías para los condenados a menos de 15 años de prisión.

En los últimos 25 años la amnistía se utiliza principalmente para favorecer la transición de regímenes totalitarios a regímenes democráticos. Como ejemplos, cabe citar las amnistías del decenio de 1970: España, Grecia y Portugal; las del decenio de 1980: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile Ecuador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay sumadas a las concedidas en más de una decena de países africanos.; y en el decenio de 1990: El Salvador, Haití, Sudáfrica y la antigua Unión Soviética, además de nuevas leyes en Argentina, Brasil, Chile, El Salvador, Guatemala, Haití, Namibia, Nicaragua, Sierra Leona, Sudáfrica, Suriname y el Uruguay.

2.1.5. La amnistía como medida política

Wahnich señala la ambivalencia de esta institución que exige, como paso previo indispensable, “la verdad de los hechos”, pero suspende la acción del derecho contra esos hechos precisamente porque son criminales. Es decir, para que la amnistía pueda ser aplicable, es necesario antes verificar la criminalidad de los hechos. “Es una autosuspensión del derecho. Ahora bien, este gesto paradójico, desde el punto de vista jurídico, se legitima porque despliega consecuencias y obtiene legitimidad en otro plano, que no es jurídico”.¹²⁹³ Y también señala otra paradoja: la amnistía se concede en nombre del mismo amor por la democracia

¹²⁹³ WAHNICH, S., *op. cit.*, 94.

que exige “el deber de memoria”. Es decir, por una parte, la amnistía se legitima en el plano político en la necesidad de preservar la democracia. Por otra parte, esa misma democracia, que supuestamente ha de preservar, exige que los crímenes más graves (que son los crímenes que normalmente son objeto de amnistía) sean recordados y castigados.

Incorpora este elemento político de la amnistía la definición del término que contiene la Enciclopedia de Derechos Humanos: En dicha Enciclopedia se define la amnistía en los términos siguientes: “[...] el absolver, o pasar por alto, por parte de un gobierno, un delito de carácter político, tal como la traición o la rebelión, con frecuencia bajo la condición de que el infractor cumpla sus deberes de ciudadano dentro de determinado plazo”.¹²⁹⁴

En la práctica, el efecto de la amnistía es la eliminación del carácter punible del acto ilícito. Resultaría así que el carácter político del acto, no tanto en cuanto a su naturaleza sino en cuanto a su contexto, influiría para quitarle, por acto del soberano, su carácter punible.

En términos generales denota un cambio de actitud, que ocurre cuando el soberano opta por no ejercer una acción legal contra un infractor, o grupo de infractores, por lo que no tienen lugar las consecuencias jurídicas que legalmente deberían tenerlo a falta de tal cambio de actitud.

La vinculación con el soberano es un elemento esencial de la definición de amnistía. Y es precisamente esa vinculación lo que ha llevado a una aceptación acrítica del acto en sí, como si el origen divino de la soberanía perdurara en tiempos en que ya la soberanía está desvinculada de ese origen. En las democracias comienza a verse la amnistía con ojos críticos, sobre todo gracias a la perspectiva abierta por el derecho internacional y en particular el reconocimiento de los derechos humanos y de la gravedad de su violación. No obstante, se ha seguido considerando un elemento indispensable en algunos casos para la pacificación nacional. Frente a esto, surge la “memoria histórica”, como una demanda

¹²⁹⁴ LAWSON, E., *Encyclopedia of Human Rights*, Nueva York: Taylor & Francis, 1991, p. 73. (La traducción es mía).

persistente de justicia, demostrando que la democracia no tolera la impunidad, porque no puede asentarse sobre crímenes sin castigo.

2.1.6. Diferencia de otras figuras similares

Es preciso diferenciar la amnistía del indulto y del perdón. Con respecto a este último, cabe decir que suele concederse a individuos tras la condena o para mitigar la gravedad de esta. En ese sentido la diferencia consistiría en la generalidad de la amnistía frente a la individualidad del perdón. Pero también cabe agregar que el perdón, a diferencia de la amnistía, sigue a la condena. Sin embargo la característica más clara de la amnistía es el hecho de que su objetivo consista en hacer frente a una crisis en la vida de un país o una comunidad, en pacificar un conflicto entre dos países o dos grupos dentro de un mismo país. El “amnistiarse” consiste en “olvidar”, pero también en “ni siquiera querer saber”. El “perdonar” no niega el hecho, no niega su carácter ilícito o reprochable, simplemente lo perdona.

El indulto constituía, junto con la amnistía, una manifestación del derecho de gracia del soberano. La distinción entre ambos comenzó a perfilarse a fines del siglo XVIII y durante el siglo XIX. El indulto quedaba reservado al jefe de Estado y se concedía respecto a los delitos comunes, mientras que la amnistía era facultad del legislativo y se concedía respecto de los delitos políticos. El indulto no ha sido previsto expresamente en los instrumentos internacionales pertinentes, por ello se lo considera una “medida similar”, sujeta a las mismas normas que la amnistía.

Pérez del Valle señala que la amnistía es una institución sustancialmente distinta del indulto, por lo que es posible sostener que no consiste en el ejercicio de la prerrogativa de gracia que tiene el gobierno, sino en una forma de legislación penal que excluye la pena con efectos retroactivos para determinados hechos punibles.¹²⁹⁵ Otra diferencia respecto del indulto radica en que la amnistía no ha de

¹²⁹⁵ PÉREZ DEL VALLE, C., «Amnistía, Constitución y Justicia material», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 61 (2001), p. 194. Es determinante para este autor el concepto de hecho punible: “La determinación de ciertos hechos punibles respecto a los cuales se excluye la aplicación de una sanción mediante una ley está fundada en la extinción de la acción penal”. *Ibidem*, p. 198.

recaer sobre resoluciones ya dictadas por los tribunales, dado que constituye la renuncia al ejercicio de la acción penal y no solo a la ejecución de la pena.¹²⁹⁶

Kai Ambos sostiene que la diferencia reside en las consecuencias jurídicas, dado que el indulto no impide el proceso penal, la investigación de la verdad. Según este autor, ello representa un grado menos grave de impunidad, dado que la amnistía tiene efectos, e incluso puede dictarse antes de la comisión del delito.¹²⁹⁷ Propone entonces la regla siguiente con respecto a las normas aplicables a la amnistía: “Cuanto más temprano intervenga un indulto en un proceso, más le serán aplicables los correspondientes límites de derecho internacional vigentes para la amnistía”.¹²⁹⁸

Desde el punto de vista legal, la amnistía requiere una ley formal, (conforme a las normas constitucionales), mientras que el indulto puede ser otorgado por el Poder Ejecutivo, aunque en algunos países la amnistía puede ser otorgada por el Presidente (Bolivia) y el indulto requiere un fundamento constitucional (Colombia, Chile), o un “informe judicial” (Bolivia, Argentina), o puede ser otorgado por el Congreso.¹²⁹⁹

En conclusión: la diferencia que establecen los Códigos Penales en general consiste en que la amnistía extingue la acción penal, y por consiguiente la ejecución de la pena, mientras que el indulto solamente extingue la ejecución de la pena.

Chinchón Álvarez diferencia la amnistía de la prescripción señalando que la primera no depende del transcurso del tiempo, dado que “sin consideración alguna sobre el momento de comisión del hecho, ni fijación de un plazo a computar, simplemente pretende extinguir la responsabilidad por los crímenes cometidos hasta una fecha estipulada”.¹³⁰⁰ De ello deduce que no es admisible considerar que

¹²⁹⁶ *Ibidem*.

¹²⁹⁷ AMBOS, K., *Impunidad y derecho penal internacional*, 2ª ed. *op. cit.*, p. 141.

¹²⁹⁸ *Ibidem*, p. 142. De esta regla deduce que los indultos, como los argentinos, que intervienen en un proceso en curso, resultan ser “amnistías individuales”.

¹²⁹⁹ *Ibidem*, p. 53.

¹³⁰⁰ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, *op. cit.*, p. 439.

las leyes argentina, “de punto final”, y uruguaya, “de caducidad”, sean leyes de prescripción.

2.1.7. Posibles fundamentos de la amnistía

Kant considera que el riesgo de autodisolución del pacto social por amputación de una parte demasiado grande de sus miembros constituye una de las dos solas razones que justifican la renuncia a perseguir a los criminales y el recurso a la amnesia colectiva.

“[...] todos los criminales que han cometido el asesinato, o también los que lo han ordenado o han estado implicados en él, han de sufrir también la muerte; así lo quiere la justicia como idea del poder judicial, según leyes universales, fundamentadas [...]. Pero si el número de cómplices (*correi*) de tal acción fuera tan grande que el Estado, para librarse de semejantes criminales, tuviera que llegar al extremo de no tener ya ningún súbdito más y, sin embargo, no quisiera disolverse, es decir, pasar al estado de naturaleza, que es todavía peor porque carece de toda justicia exterior (no quisiera ante todo embotar el sentimiento del pueblo con el espectáculo de un matadero), entonces el soberano tiene que tener también poder en este caso extremo (*casus necessitatis*) para hacer él mismo de juez (representarlo) y pronunciar una sentencia que imponga a los criminales otra pena en vez de la pena de muerte, que conserve la vida del conjunto del pueblo, como es la deportación; pero esto no lo haría por medio de una ley pública, sino por un acto de autoridad, es decir, por un acto del derecho de majestad, que, como gracia, sólo puede ejercerse en casos aislados”.¹³⁰¹

Pérez del Valle recuerda la consideración kantiana de la ley penal como imperativo categórico. Kant reconocía que la prerrogativa de gracia era el “más escabroso de los derechos del soberano”, pues la *impunitas criminis* es la más grave injusticia contra los súbditos, que solo puede ser admitida en el caso excepcional

¹³⁰¹ KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, traducido por A. Cortina Orts y J. Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 2002, p. 170.

de un delito que afecta al mismo soberano, *crimen laesa maiestatis*, siempre que de la impunidad no pudiera derivarse un peligro que afectase a la seguridad del pueblo.¹³⁰²

Hugo Grocio publicó *De Jure belli ac Pacis* en 1625, durante el período de la guerra de los 30 años. Se refiere a los tratados de paz y dice que la amnistía forma parte de esos tratados. Considera que debería renunciarse a la aplicación de penas, a fin de que la paz sea suficientemente pacífica, incluso respecto de los delitos de los que no se sabía que habían sido cometidos. Juzgaba más importante la indemnización que el castigo.

Afirmaba que la amnistía era el fruto de la virtud humana de la generosidad y su esencia era el perdón. Podía asumir diversas formas, abstención de todo juicio, mitigación de las penas, no imposición de penas. La discrecionalidad para castigar o no dependía de la finalidad que cumpliera la pena, es decir, si perseguía un propósito válido, si se podía obtener ese propósito por otros medios, y el equilibrio entre varios elementos, tales como la situación concreta del delito que podría requerir clemencia para su autor.¹³⁰³

Otro autor de derecho internacional que se ocupó de la amnistía fue Emmerich de Vattel. Consideraba que la amnistía constituía el primer principio de los tratados de paz, y que, cuando no fuese estipulada, estaba implícita en ellos,

¹³⁰² PÉREZ DEL VALLE, C., *op. cit.*, p. 202, El autor citado se remite a KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, ediciones Reclam, Stuttgart, 1990, p. 199. En la versión española que he consultado, citada en la nota precedente, el párrafo dice: “El *derecho de gracia (ius aggratiandi)* para el criminal, sea suavizando el castigo sea eximiéndole totalmente de él, es el más equívoco de los derechos del soberano, pues si bien prueba la magnificencia de su grandeza, permite, sin embargo, obrar injustamente en alto grado. En lo que respecta a los crímenes de los *súbditos* entre sí no le corresponde en modo alguno ejercer tal derecho; porque aquí la impunidad [...] es la suma injusticia contra ellos. Por lo tanto, sólo puede hacer uso de este derecho en el caso de que *él mismo* sea lesionado [...]. Pero ni siquiera entonces puede hacerlo si la impunidad pudiera poner en peligro la seguridad del pueblo. Éste es el único derecho que merece el nombre de derecho de majestad”.p. 174.

¹³⁰³ GROCIO, H., *Del derecho de la guerra y de la paz*. Madrid: Reus, 1925.

dado que resultaba de la naturaleza misma de dichos tratados. Sostenía que la amnistía “era un olvido completo del pasado”.¹³⁰⁴

Kai Ambos considera que el derecho internacional no establece una prohibición absoluta de la amnistía, sino que concede a los Estados cierto margen de valoración para su otorgamiento. Se trata de una verdadera ponderación entre la obligación de persecución penal y los intereses nacionales de reconciliación y pacificación. No obstante, este autor afirma que “la renuncia a la persecución penal en el ámbito del Derecho penal internacional no sólo reconoce ciertos límites, sino que debe ser derechamente rechazada, cuando se trata de una renuncia incondicional decretada por los propios transgresores en beneficio propio”.¹³⁰⁵ Y destaca “la trascendencia que detenta la reacción penal pura en materia de satisfacción y reparación de las víctimas y de la sociedad, atendida su función de esclarecimiento y descubrimiento de la verdad”.¹³⁰⁶

La amnistía, como exención de pena, supone el incumplimiento de la obligación de sancionar penalmente a los culpables de graves delitos internacionales. Werle incluso considera que “(l)a principal relevancia práctica de la cuestión del alcance jurídico de la obligación de sancionar penalmente radica en que la obligación de sancionar penalmente implica una prohibición de eximir de pena”.¹³⁰⁷

Si bien reconoce que en el derecho penal internacional aún no se ha cristalizado una posición clara respecto de esta materia, no cabe duda alguna, afirma, “que una exención general de responsabilidad penal no es admisible en

¹³⁰⁴DE VATTEL, E., *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Affairs of Nations and of Sovereigns*, traducido por Ch. G Fenwick, Washington: Carnegie Institution of Washington, 1916, p. 351.

¹³⁰⁵ AMBOS, K., *Temas de derecho penal internacional y europeo*, *op. cit.*, p. 76.

¹³⁰⁶ Ibídem. “Así las cosas, es precisamente en ausencia de ambos remedios cuando la necesidad de una prosecución penal internacional, sea por medio de la CPI, sea por medio de un enjuiciamiento penal descentralizado a través de terceros Estados (como sucedió en el caso Pinochet), asume un carácter particularmente apremiante”.

¹³⁰⁷ WERLE, G., *op cit.*, p. 135.

cuanto el derecho internacional obliga a la persecución y a la sanción penal”.¹³⁰⁸ Sin embargo, considera que se debe dejar abierta la posibilidad de una amnistía cuando esta sea necesaria para lograr la paz, y que en esos casos “la renuncia a la sanción penal puede ser legítima desde el punto de vista del estado de necesidad”¹³⁰⁹. Por ello señala la dificultad de elaborar criterios válidos para la admisibilidad de una amnistía.

La referencia al estado de necesidad nos recuerda que se trata de un acto político, por lo que el gobierno que la pronuncie “debe necesariamente tener en cuenta el contexto en el cual semejante medida quiere ser dispuesta, sus antecedentes y justificativos legales para poder establecer la legitimidad de su decisión”.¹³¹⁰ En todo caso suele alegarse el carácter excepcional de la medida, lo que traería a su vez a este contexto la cuestión del “estado de excepción”.

Nino, centrándose en el caso argentino, considera que un deber internacional de persecución total y sin concesiones no hubiese favorecido el equilibrio político en el país.¹³¹¹ Afirma: “Un deber internacional de perseguir todas las violaciones de derechos humanos cometidas bajo el régimen anterior es un instrumento demasiado basto cuando el nuevo gobierno debe luchar con complejidades muy sutiles para restablecer la democracia”.¹³¹²

Sin embargo, la diferencia respecto a los autores que se pronuncian a favor de este deber reside en que estos lo asignan a los Estados, por lo que las leyes de amnistía serían incluso ilegales; Nino, en cambio, postula el reconocimiento del “derecho de la comunidad internacional de castigar las violaciones de derechos humanos en un foro internacional”, y propugna, en consecuencia, o bien el

¹³⁰⁸ *Ibíd.*

¹³⁰⁹ *Ibíd.*, p. 136.

¹³¹⁰ ZUPPI, A. L., «En busca de la memoria perdida: las leyes de amnistía y la impunidad de los crímenes de lesa humanidad» en *Nueva Doctrina Penal*, 2000, p. 447.

¹³¹¹ NINO, C. S., *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del Proceso*. Traducido por Martín F. Böhmer. Buenos Aires: Emecé, 1997, p. 288. “De hecho, un deber internacional de esa naturaleza tal vez hubiera desestabilizado aún más el proceso de promoción de los juicios”

¹³¹² *Ibíd.*

establecimiento de tribunales internacionales, o bien la expansión de la jurisdicción de los tribunales nacionales a escala global. Y agrega como una tercera alternativa (sobre la que en el trabajo citado no se explora) la de “rechazar firmemente amnistías, indultos, o términos especiales de prescripción para este tipo de delitos”.¹³¹³ No obstante, es de observar que habla también de un deber, no ya de un derecho, de la comunidad internacional, pero de un deber más general, “más sensible al contexto fáctico”, precisa, que mire al futuro. “En lugar de un deber de perseguir penalmente estos hechos deberíamos pensar en un deber de salvaguardar los derechos humanos y prevenir violaciones futuras cometidas por funcionarios públicos o terceros”.¹³¹⁴ Deja así la puerta abierta para otros medios de protección y prevención, pero también para la impunidad.

Orentlicher plantea como pregunta básica para analizar el tema de la amnistía la siguiente: ¿contribuye al derecho internacional prescribir determinadas respuestas a las atrocidades cometidas en el pasado y por lo tanto reducir el margen en que puedan variar las respuestas que se den a esas atrocidades en cada país o región?¹³¹⁵ La autora recuerda el ensayo que ha publicado a principios del decenio de 1990 cuyo objetivo era identificar el alcance de las obligaciones de los Estados en el marco del derecho internacional en lo que respecta al juzgamiento de las violaciones de derechos humanos perpetradas por un régimen anterior. En el ensayo que aquí citamos reconsidera la posición que había sustentado en ese trabajo, que consistía en combatir la impunidad y mirar con desconfianza las amnistías que ampararan crímenes atroces bajo el pretexto de la reconciliación nacional. Sostenía allí que dado que los juicios garantizan derechos y valores fundamentales, “cabe esperar que los gobiernos asuman riesgos razonables asociados con esos juicios, incluido el riesgo del descontento entre los militares”.¹³¹⁶

¹³¹³ *Ibidem*. p. 289.

¹³¹⁴ *Ibidem*.

¹³¹⁵ ORENTLICHER, D. F., «‘Settling Accounts’ Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency», en *The International Journal of Transitional Justice* 1 (2007): pp. 10-22.

¹³¹⁶ ORENTLICHER, D. F., «Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime», en *Yale Law Journal* 100 (1991), pp. 2548-49.

Su argumentación estaba determinada por una creencia esencial: que los juicios ejemplares, sustanciados con prudencia, podían dispersar “los tóxicos efectos de la impunidad”.¹³¹⁷ En realidad adoptaba un enfoque preventivo, dado que los juicios enviarían un claro mensaje al futuro: “esto no será tolerado otra vez”. En ese trabajo la autora se preguntaba: si no se puede recurrir al derecho para castigar las brutalidades del pasado reciente, ¿qué lección puede ofrecerse para el futuro? Por mi parte, considero que sería aún más pertinente plantearse otra pregunta: si no se puede recurrir al derecho para castigar tales atrocidades, ¿para qué sirve el derecho penal?

Sin embargo, en el ensayo de 2007, Orentlicher admite que su posición respecto de la justicia transicional ha evolucionado reflejando la experiencia que se ha vivido en diversas partes del mundo. Considera que el paso del tiempo ha reforzado la necesidad de adoptar un enfoque amplio para abordar los abusos del pasado, un enfoque en el que diversas medidas -como las comisiones de la verdad, los juicios, las reformas institucionales, sociales y económicas y los programas de reparación- desempeñen, en forma interdependiente, su propia función.

Observa que en los últimos 12 años el derecho internacional ha seguido simultáneamente dos caminos, entre los que se cruzaron tensiones inevitables. Quienes seguían uno de esos caminos enarbolaban el principio de que los crímenes más graves para la comunidad internacional no deben quedar impunes, reflejado en el preámbulo del Estatuto de Roma. Este camino fue seguido por las Naciones Unidas en varios de sus órganos.¹³¹⁸

¹³¹⁷ ORENTLICHER, D. F., «‘Settling Accounts’ Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency», *op. cit.*, pp. 10-22.

¹³¹⁸ En un informe de 2000 (documento S/2000/915), el Secretario General resumió la posición de las Naciones Unidas respecto a la amnistía afirmando que, si bien la reconocen como un concepto jurídico aceptado y un gesto de paz y reconciliación al término de una guerra civil o de un conflicto armado interno, las Naciones Unidas siempre han sostenido la posición de que no puede concederse amnistía a los crímenes internacionales, tales como el genocidio, los crímenes contra la humanidad u otras violaciones graves del derecho internacional humanitario.

Quienes seguían el otro, habían experimentado concretamente la imposibilidad de adoptar un enfoque válido para todas las situaciones, dada la extraordinaria diversidad de experiencias nacionales y culturales.

Orentlicher, no obstante la evolución de su posición hacia este segundo criterio más flexible, confiesa su resistencia a modificar la norma del derecho internacional, a falta de normas positivas, de manera tal que se pueda estimular la concesión de amnistías en la medida en que estas amnistías abarquen crímenes atroces. “Las normas son importantes: constituyen el fundamento indispensable de todo el esfuerzo por combatir las atrocidades”.¹³¹⁹ Y esto lo ha comprobado observando lo útiles que han resultado las normas internacionales ante los tribunales que han juzgado violaciones de los derechos humanos, proporcionado un “poderoso antídoto” contra la impunidad.

Concluye diciendo que si bien hay momentos en que resulta imposible exigir el cumplimiento de esas normas (y esto es una muestra de la flexibilización de la posición de esta autora, de una mayor tolerancia a ciertas amnistías) considera preferible esperar el momento adecuado que reformularlas en un sentido que pudiera sugerir que el juicio de los crímenes atroces es solo una opción más, porque de ese modo quitaríamos a quienes combaten la impunidad una de las armas más potentes a su alcance.

En los círculos académicos, parece estar surgiendo la doctrina de que estos tipos de “amnistías con responsabilidad” pueden considerarse válidas y ser reconocidas conforme al derecho internacional.¹³²⁰

¹³¹⁹ ORENTLICHER, D. F., «‘Settling Accounts’ Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency», *op. cit.*, p. 21.

¹³²⁰ La expresión “amnistía responsable” se toma de Ronald C. Slye, «The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?» en *Virginia Journal of International Law* 43 (2002), p. 245; hace referencia a una amnistía en la que se asigna cierto grado de responsabilidad y se otorga a las víctimas una reparación más que mínima. Según Slye, tal amnistía, a la que podría concederse reconocimiento internacional, debe crearse de conformidad con las estructuras democráticas. Una de las condiciones de esa amnistía es que no puede aplicarse a las personas que tienen un alto grado de responsabilidad por crímenes internacionales. Véase también BURKE-WHITE, W., «Reframing Impunity: Applying Liberal International Law Theory to an Analysis of Amnesty Legislation», en *Harvard*

2.2. Los instrumentos internacionales y la amnistía

A pesar de que en el ámbito del derecho penal internacional parece surgir una oposición cada vez más firme a las amnistías, ello no se refleja en el número de los instrumentos que la prohíban expresamente.¹³²¹ Sin embargo, me parece oportuno pasar revista a las normas internacionales aplicables porque reflejan un consenso respecto al tema y tienen una influencia más directa en los foros judiciales, que, en última instancia, son los que tropiezan con el obstáculo que pueden interponer esas leyes.

2.2.1. Los Convenios de Ginebra

El artículo 51 del Primer Convenio de Ginebra puede interpretarse como una prohibición de las amnistías:

“Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior”.¹³²²

International Law Journal, vol. 42, n.º 2 (2001), donde se destaca el efecto de legitimación de los gobiernos democráticamente elegidos que promulgan amnistías; SCHARF M. P., «The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court», en *Cornell International Law Journal*, vol. 32 (1999), donde se señalan los factores que la CPI debería tener en cuenta al decidir si reconocer o no una amnistía: si el delito conlleva la obligación de enjuiciamiento, si el conflicto armado hubiese terminado incluso sin recurrir a la amnistía, y si el Estado ha instituido un mecanismo de establecimiento de la verdad; y DUGARD, J., «Dealing with Crimes of a Past Regime: Is Amnesty Still an Option?», en *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, n.º 4 (1999), p. 1001, donde se sugiere que las amnistías otorgadas, después de una investigación, por una Comisión de la Verdad y la Reconciliación, como la de Sudáfrica, pueden contribuir a alcanzar la paz y la justicia en una sociedad en transición con mayor eficacia que el enjuiciamiento obligatorio.

¹³²¹ Véase DELMAS-MARTY, M., «La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités)», en A. CASSESE y M. DELMAS-MARTY, *Juridictions nationales et crimens internationaux*, París: Presses Universitaires de France, 2002, pp. 631 y ss.

¹³²² Las disposiciones pertinentes, cuyos textos son idénticos, son el artículo 49 y siguientes del Primer Convenio, el artículo 50 y siguientes del Segundo, el artículo 129 y siguientes del Tercero y el artículo 146 y siguientes del Cuarto.

(Las infracciones previstas son: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente).

Sin embargo, estos Convenios son aplicables solo a los conflictos armados de carácter internacional.¹³²³

El derecho internacional humanitario admite la amnistía después de la finalización de un conflicto “no internacional”. El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra sobre la protección de víctimas de conflictos armados sin carácter internacional, dispone, en el párrafo 5 de su artículo 6 lo siguiente:

"A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado".¹³²⁴

Cassel interpreta esta disposición en el sentido de que admite y promueve la amnistía, no ante violaciones del derecho internacional humanitario, sino en relación con actos que, en otro caso, serían perseguibles judicialmente como violaciones de las leyes penales de los Estados donde tuvieron lugar. Cita en apoyo de su interpretación la que ha dado el Comité Internacional de la Cruz Roja, organismo encargado de la administración de los Convenios y bajo cuyos auspicios estos se han celebrado. Vale la pena recordar esa interpretación porque fue

¹³²³ La distinción entre “internacional y no internacional” proviene del derecho internacional humanitario en el sentido de *ius in bello*, en caso de conflicto entre Estados.

¹³²⁴ Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). Aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. Entrada en vigor: 7 de diciembre de 1978, de conformidad con el artículo 95.

transmitida en 1995 al Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Su texto es el siguiente:

“El párrafo 5 del artículo 6 del Protocolo II es el único y muy limitado equivalente en el derecho de los conflictos armados no internacionales de lo que se conoce en el derecho de los conflictos armados internacionales como “inmunidad del combatiente”; a saber, el hecho de que podrá no castigarse a un combatiente por actos hostiles, incluso el asesinato de combatientes enemigos, en tanto haya respetado el derecho internacional humanitario, y que ha de ser repatriado cuando finalicen las hostilidades activas. En los conflictos armados no internacionales, no existe ningún principio semejante, y quienes combaten [son] castigados, en la legislación nacional, por el mero hecho de haber combatido, incluso si respetaron el derecho internacional humanitario. Los “travaux préparatoires” del párrafo 5 del artículo 6 indican que esta disposición tiene por objeto fomentar la amnistía, es decir, cierto tipo de liberación al término de las hostilidades, para los detenidos o condenados por el mero hecho de haber participado en las hostilidades. No tiene por objeto ninguna amnistía para quienes hubieran violado el derecho internacional humanitario”.¹³²⁵

Hay una diferencia cuando se trata de casos en que los crímenes que se pretende amnistiar han sido objeto de convenciones internacionales, que contienen disposiciones específicas para evitar la impunidad de los crímenes en ellas previstos. En estos casos, sería manifiesta la violación de esas disposiciones cuando un Estado que sea Parte en la convención pertinente dictara una ley de amnistía para los crímenes previstos en esa convención.

2.2.2. Pacto de Derechos Civiles y Políticos

¹³²⁵ Carta del Dr. T. Pfanner, Jefe de la División Jurídica de la Cruz Roja Internacional, de 15 de abril de 1977 (citada por D. Cassel, en «Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for», en *Law and Contemporary Problem* 59, n.º 4 (1997), p. 218).

Contiene una mención expresa de la amnistía pero no referida a los crímenes internacionales. Se trata del párrafo 4 del artículo 6.

“Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos”.

No obstante, el párrafo anterior se refiere expresamente al genocidio y establece:

“3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”.

De la lectura de ambos párrafos puede deducirse que la admisión de la amnistía “en todos los casos” en realidad no es tal, debería excluir el caso de genocidio, porque precisamente es la Convención contra el Genocidio la que no ofrece dudas respecto de la obligación de enjuiciar, y por lo tanto no amnistiar, a los autores de los crímenes en ella previstos. Sin embargo, como la frase “en todos los casos” se refiere a la pena de muerte, entraría en juego la admisión excepcional de la amnistía cuando se condene a muerte a un genocida.

2.2.3. Convención contra el Genocidio

Muchos autores consideran que esta Convención establece una “obligación absoluta” de enjuiciar a las personas responsables de genocidio, tal como es definido en la Convención. Las disposiciones pertinentes son el artículo IV: “Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares”. Y el artículo V: “Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la

presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.2”.

2.2.4. Convención contra la Tortura

Algunos autores interpretan las disposiciones de esta Convención referidas al deber de enjuiciar a los autores del delito de tortura en el sentido de que permitirían ciertas formas de amnistía. Las disposiciones en cuestión son el párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 1 del artículo 7. El párrafo 1 del artículo 5 dice:

“1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos: a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado”.

El artículo 7 dispone:

“1. El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”.

Los autores que sostienen la posibilidad de la amnistía en la Convención contra la Tortura lo hacen comparándola con la Convención contra el Genocidio. Se apoyan en que esta última formula imperativamente la frase “serán castigadas”, en el artículo IV, y contiene en el artículo VII el compromiso de “establecer sanciones penales eficaces”. En cambio, afirman, la Convención contra la Tortura establece solo que el Estado “someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”, si no procede a la extradición (artículo 7, párrafo 1), y exige

meramente que todo Estado Parte castigue “esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad” (artículo 4, párrafo 2).

Scharf considera que no se debería dar importancia alguna a la ligera diferencia de redacción entre ambas convenciones. El propósito claro de las mismas es asegurar que las personas condenadas por esos delitos sean condenadas a penas graves. Y cita un comentario de los redactores de la Convención contra la Tortura: “parece razonable exigir que la pena aplicable a la tortura esté muy cerca de las penas aplicables a los delitos considerados más graves en el ordenamiento jurídico nacional”.¹³²⁶

Kai Ambos hace notar que la amnistía no está expresamente prohibida en los tratados sobre derechos humanos de carácter universal ni en los de carácter especial. Considera que únicamente contiene una disposición expresa respecto de la amnistía la *Declaración de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. En efecto, el artículo 18 dice claramente: “Los autores o presuntos autores de actos previstos en el párrafo 1 del artículo 4 *supra* no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal”.¹³²⁷

2.2.5. Posibilidad de fundamentación de la prohibición de conceder amnistías en el derecho consuetudinario

No obstante su objeción a una interpretación favorable a la posibilidad de la amnistía en la Convención contra la Tortura, Scharf considera que no es posible interpretar que los Estados que no son Parte están obligados a enjuiciar a los

¹³²⁶ SCHARF, Michael P., «The letter of the law: the scope of the international legal obligation to prosecute human rights crimes», en *Law and Contemporary Problems* 59, n.º 4 (1996), pp. 41-61.

¹³²⁷ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992. En cambio, la Convención sobre el mismo tema (véase *supra*), aprobada por la Asamblea General mediante la Resolución de 61/177 de 12 de enero de 2007, no contiene referencia expresa a la amnistía ni a la impunidad. AMBOS, K., *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 126.

autores de los delitos tipificados en una u otra de las Convenciones en virtud de una obligación del derecho internacional consuetudinario a pesar de las interpretaciones del Comité contra la Tortura, exhortaciones, resoluciones y declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas a las que hace referencia. Desarrolla su argumentación sobre la base de la definición de derecho consuetudinario internacional contenida en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. Dice que “en la medida en que existe una práctica generalizada en esta esfera, la práctica existente es la concesión de amnistías o la impunidad de hecho de los que cometieron crímenes contra la humanidad”. Y recuerda que poco después de que se había acuñado la expresión “crímenes contra la humanidad” con respecto a las masacres de armenios durante la Primera guerra mundial, la comunidad internacional acordó una amnistía para los perpetradores turcos de esos crímenes. También recuerda el Acuerdo de Evian, de 1962, por el que Francia y Argelia decidieron no enjuiciar a las personas que habían cometido atrocidades. Así como el Acuerdo entre la India y Bangladesh por el que ambas partes consintieron no perseguir penalmente a los paquistaníes acusados de genocidio y crímenes contra la humanidad a cambio del reconocimiento político de Bangladesh por Pakistán. Y hace notar que en muchos casos las amnistías concedidas por algunos países recibieron el apoyo de las Naciones Unidas. Concluye diciendo que aún no puede sustentarse en la práctica de los Estados la existencia de una obligación de derecho consuetudinario internacional de abstenerse de conceder amnistía por los crímenes de lesa humanidad.¹³²⁸

2.2.6. *¿Qué cabe deducir?*

De todo lo expuesto, cabe deducir que solo hay tres instrumentos internacionales, los Convenios de Ginebra (en caso de conflicto armado), la Convención contra el Genocidio y la Convención contra la Tortura, en virtud de los cuales la amnistía conferida por los delitos previstos en ellos podrá constituir una

¹³²⁸ SCHARF, M., *op. cit.* p. 59.

violación del derecho convencional y podrá ser objeto de impugnación en distintos foros nacionales o internacionales.

Sin embargo, considero que es posible construir, mediante interpretación, la base legislativa internacional que desautoriza las leyes de amnistía respecto de los crímenes internacionales. Para ello, cabe tener presente, en primer lugar, el artículo 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Normalmente la amnistía se establece mediante una ley, es decir una disposición del derecho interno. El contenido de la amnistía es incompatible con la obligación de perseguir penalmente a los autores de los crímenes internacionales. Por consiguiente, la amnistía no podrá hacerse valer para cumplir la finalidad a la que está destinada, es decir, amparar el incumplimiento de la obligación de perseguir dichos crímenes. Ahora bien, nuestra interpretación, basada en el artículo 27 citado quedaría limitada a las partes en el tratado.

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en rechazar las amnistías para todos los crímenes internacionales y en el caso de todos los Estados, es decir, no solo los que son parte en los tratados que la excluyen. La disyuntiva es la siguiente: en el derecho internacional, o se aceptan las amnistías de los crímenes internacionales, o rigen las obligaciones *ius cogens*, es decir para todos los Estados, y *erga omnes*, esto es, frente a todos los Estados, hayan o no asumido convencionalmente la obligación de perseguir los crímenes, o sea, de no amnistiarlos. La coexistencia de la admisión de la amnistía y la obligación de perseguir es imposible.

Cabe concluir que la prohibición de la amnistía es tácita, dado que se deduce no de la letra de ningún artículo concreto sino de la obligación asumida de “establecer sanciones penales eficaces”. Considero que la interpretación debería apoyarse también en el principio del *effet utile*, dado que no tendría sentido establecer obligaciones y luego admitir que se hagan valer circunstancias especiales para no exigir las, como suele suceder en los casos de amnistía. Por eso,

con el apoyo de la mencionada interpretación se deduciría que la obligación de perseguir los crímenes internacionales no tendría ningún efecto si se pudiera dejarla de lado unilateralmente sin más.¹³²⁹

Sin embargo, hay muchos instrumentos internacionales que si bien no tienen el carácter de tratados representan en cierta medida el consenso de los países miembros de las Naciones Unidas. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, establecido en virtud del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, ha formulado la Observación General 20 sobre el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. En el párrafo 15, dice:

“El Comité ha observado que algunos Estados han concedido amnistías respecto de actos de tortura. Las **amnistías** son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible”.¹³³⁰ (El resalte es mío).

En el Preámbulo de la Resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea el Tribunal Especial para Sierra Leona, el Secretario General reafirma “que las personas que cometen o autorizan violaciones graves del derecho internacional humanitario son responsables de tales violaciones a título personal y deben rendir cuentas al respecto, y que la

¹³²⁹ Gil Domínguez señala que la amnistía y el indulto han de respetar necesariamente la doctrina del *effet utile* elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos*: si un Estado se ha comprometido a defender determinados derechos ratificando una Convención o Tratado internacional, no podrá eximir del castigo a agentes estatales que violaron dichos derechos, aun cuando esos actos no configuraran cuando ocurrieron un delito internacional aceptado por el derecho internacional aplicable al Estado. GIL DOMÍNGUEZ, A. *Constitución y derechos humanos. Las normas del olvido en la República Argentina*. Buenos Aires: Ediar, 2004, p. 65.

¹³³⁰ Comité de Derechos Humanos, 44º período de sesiones (1992), Observación General 20 sobre el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, 1992. Documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev. 7 de 10 de abril de 1992, párr. 15.

comunidad internacional hará todo lo necesario por llevar a los responsables ante la justicia de conformidad con las normas internacionales de la justicia, la imparcialidad y el respeto de las garantías”. Además señala que “el establecimiento de un sistema de justicia y de rendición de cuentas por los gravísimos crímenes cometidos en ese país pondría fin a la impunidad y contribuiría al proceso de reconciliación nacional y al restablecimiento y mantenimiento de la paz”.¹³³¹

Una referencia expresa a la amnistía la encontramos en el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, que dispone que una amnistía concedida por la comisión de los crímenes de competencia del Tribunal no es obstáculo para el procesamiento.¹³³² Este es un caso en que las Naciones Unidas se han pronunciado claramente en contra de la amnistía, y han considerado que la responsabilización o rendición de cuentas, y no amenazaría el restablecimiento de la paz sino contribuiría a él.

Otra ocasión en que las Naciones Unidas se han pronunciado claramente en contra de la amnistía para determinados crímenes fue cuando la Sala de apelación del Tribunal Especial de las Naciones Unidas para Sierra Leona declaró jurídica e internacionalmente nula y sin efecto la amnistía de gran alcance otorgada en el Acuerdo de Lomé entre el Gobierno de Sierra Leona y el grupo rebelde Frente Revolucionario Unido. El representante oficial de la ONU que firmó el Acuerdo formuló la reserva siguiente: “Naciones Unidas interpreta que la amnistía no será aplicable a los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y otras violaciones de Derecho Internacional”.¹³³³

¹³³¹ Resolución 1315 aprobada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 4186ª sesión, celebrada el 14 de agosto de 2000.

¹³³² El Tribunal Especial para Sierra Leona fue establecido por acuerdo entre las Naciones Unidas y Sierra Leona, mediante la Resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 14 de agosto de 2000. (Documento de las Naciones Unidas S/RES/1315 (2000)).

¹³³³ *Prosecutor vs. Kallon & Kamara*, Decision on the Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, 13 de marzo de 2004 (SCSL-04-15-PT-060). En virtud del artículo IX de ese Acuerdo el Gobierno concedió una remisión de la pena absoluta e incondicional y perdonó a todos los combatientes y colaboradores respecto de cualquier acto realizado en la consecución de sus objetivos.

También en el ámbito de las Naciones Unidas, el informe del Secretario General titulado “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, en la sección A, “Consideraciones para las negociaciones, los acuerdos de paz y los mandatos del Consejo de Seguridad”, se recomienda:

“64. Asegurarse de que en los acuerdos de paz y las resoluciones y los mandatos del Consejo de Seguridad: [...] c) Se rechace la amnistía en casos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, incluidos los delitos internacionales relacionados con la etnia, el género y el sexo, y se garantice que ninguna amnistía concedida con anterioridad constituya un obstáculo para el enjuiciamiento ante cualquier tribunal creado o asistido por las Naciones Unidas [...]”.¹³³⁴

No obstante, hay que tener presente que las Naciones Unidas también han abordado el tema de la amnistía desde una de sus consecuencias, la impunidad.

2.3. Impunidad como posible consecuencia de las amnistías

2.3.1. Impunidad

Respecto del término impunidad, Chinchón Álvarez entiende que denota “la ausencia deliberada de investigación, detención, juicio, sanción y reparación en casos de violaciones a los derechos humanos y comisión de crímenes de derecho internacional”. Por consiguiente, considera que es “un comportamiento directamente opuesto a las obligaciones internacionales” del Estado en materia de derechos humanos.¹³³⁵

La clasificación de la impunidad en fáctica y normativa conduce a la institución de la amnistía. Chinchón Álvarez señala que lo más frecuente es

¹³³⁴ Naciones Unidas, Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad, 3 de agosto de 2004, documento S/2004/616.

¹³³⁵ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, op. cit., p. 429.

encontrar una convivencia de ambos tipos de impunidad. Hace una descripción de las consecuencias de la impunidad, que vale la pena citar por su claridad, cuando afirma que “se identifica a la impunidad como un fenómeno que debilita, cuando no destruye, la función preventiva (general o especial) del ordenamiento jurídico-penal; impide la justa reparación y la recuperación de la dignidad de las víctimas (el conocido como “duelo suspendido”); niega el carácter justiciable de los derechos humanos, garantía esencial para su goce efectivo y plena vigencia; sitúa a una facción de la sociedad por encima de la justicia y del imperio del Derecho; obstaculiza el acceso a la verdad; elimina la confianza de los ciudadanos en todas y cada una de las instituciones del estado; e impide la consolidación de una verdadera democracia”.¹³³⁶

En realidad la impunidad afecta la estructura misma del sistema penal, dado que se invierte totalmente la escala de proporcionalidad según la gravedad de los delitos, pues los más graves quedarían impunes. Se daría una verdadera “inversión de los valores”.¹³³⁷

Kai Ambos define las leyes de impunidad en los términos siguientes:

“Por *leyes de impunidad* se conocen las disposiciones de amnistía o indulto a favor de determinadas violaciones y violadores de derechos humanos, así como otras disposiciones especiales que impiden la penalización”.¹³³⁸

Una definición que va más allá, afirmando el carácter ilícito de esas leyes, es la que da Ollé Sesé en los siguientes términos: “Leyes de impunidad son las que infringen el deber internacional de perseguir, juzgar, en su caso sancionar y reparar las violaciones graves de los derechos humanos, con la finalidad de asegurar la impunidad de sus autores y partícipes [...] extinguiendo, con efectos retroactivos, la responsabilidad criminal por hechos pasados, impidiendo el inicio

¹³³⁶ *Ibidem*. p. 433.

¹³³⁷ Véase HULE, R., *Impunidad: La inversión de los valores*, en I. Cepeda Castro y C. Girón Ortiz, compiladores, “Duelo, memoria, reparación”. Citado por CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *op. cit.*, p. 433.

¹³³⁸ AMBOS, K., *Impunidad y derecho penal internacional*, *op. cit.*, p. 60.

de acciones penales o la prosecución de la instrucción e investigación judicial de los hechos, ya iniciada, o extinguiendo finalmente la pena impuesta".¹³³⁹

2.3.2. Naciones Unidas

En las Naciones Unidas, como he señalado, se acometió el tema de la amnistía asociándolo con la lucha contra la impunidad.

En 1985 se encomendó y realizó un "Estudio sobre la legislación de amnistía y sobre su papel en la protección de la promoción de los derechos humanos".¹³⁴⁰ Tras varios proyectos de documento, finalmente se aprobó en 1997 un informe acerca de la cuestión de la impunidad que contenía un "Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad".¹³⁴¹ Obsérvese cómo se ha sustituido el término "amnistía" de la recomendación inicial que encomendaba la realización del estudio, por el término "impunidad". La explicación se encuentra en la descripción de las cuatro etapas que contiene el documento finalmente aprobado. Las resumiré a continuación:

Primera etapa, decenio de 1970, desempeñan un papel activo, las ONG, los defensores de los derechos humanos y algunos juristas, en favor de la amnistía para los presos políticos, sobre todo en América Latina, en países sometidos a dictaduras.¹³⁴² Es decir que la amnistía constituía un símbolo de libertad.

¹³³⁹ OLLÉ SESÉ, M., *op. cit.*, p. 284. "La amnistía es una amnesia legal", nos recuerda Zuppi. ZUPPI, A., "En busca de la memoria perdida: las leyes de amnistía y la impunidad de los crímenes de lesa humanidad", en *Nueva Doctrina Penal*, 2000/B, p. 448.

¹³⁴⁰ Naciones Unidas, documento E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1.

¹³⁴¹ "Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por L. Joinet de conformidad con la resolución 1995/35 de la Subcomisión". Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, en su 48º período de sesiones, documento E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1.

¹³⁴² Entre los pioneros cabe citar los Comités por la amnistía nacidos en Brasil, el Secretariado Internacional de Juristas por la Amnistía en Uruguay (SIJAU) y el Secretariado por la Amnistía y la Democracia en Paraguay (SIJADEP).

Segunda etapa, decenio de 1980, se va asociando la amnistía con la impunidad por la proliferación de las leyes de autoamnistía, proclamadas por las dictaduras militares preocupadas por organizar su sistema de impunidad. Esto provoca la reacción de las víctimas, por ejemplo, la Federación de Asociaciones de Familiares de Detenidos y Desaparecidos de América Latina (FEDEFAM), cuya irradiación se extendería después a otros continentes.¹³⁴³

Tercera etapa. Se inician, marcando este período, numerosos procesos de democratización o de vuelta a la democracia;

Cuarta etapa. Toma de conciencia por parte de la comunidad internacional de la importancia que reviste la lucha contra la impunidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos establece una abundante jurisprudencia que vincula la obligación de no amnistiar a los autores de violaciones graves de derechos humanos con el derecho que toda persona tiene a que su causa sea conocida equitativamente por un tribunal imparcial e independiente. Durante esta etapa tuvo lugar la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en 1993, en la que se formuló la “Declaración y Programa de Acción de Viena”, que contiene un texto imperativo a tenor del cual “[l]os gobiernos deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases para el imperio de la ley”.¹³⁴⁴

Por lo tanto, salvo en la primera etapa, en la que la amnistía tiene una connotación positiva de liberación de presos políticos, en las etapas siguientes, al cambiar los destinatarios de la amnistía -ya no los presos políticos sino sus verdugos, los autores de los crímenes internacionales- el término deja de tener esa connotación positiva y adquiere la connotación negativa de su consecuencia: la

¹³⁴³ El informe menciona aquí a las Madres de Plaza de Mayo, pero la actividad de esta asociación ha comenzado mucho antes, desde el comienzo mismo de las desapariciones.

¹³⁴⁴ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 43/177, de 18 de diciembre de 1992. Documento de las Naciones Unidas A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993, Parte II, párr. 91.

impunidad. A partir de ese momento, prácticamente se identifican ambos términos.¹³⁴⁵

El informe de la Comisión de Derechos Humanos de 28 de diciembre de 2000, titulado "Impunidad", contiene un resumen de las respuestas recibidas de los Estados, las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones no gubernamentales respecto del tema de la impunidad. Vale la pena destacar la opinión de la Comisión Internacional de Juristas, que subrayó que "la impunidad es un fenómeno incompatible con las obligaciones internacionales de los Estados y se erige como un obstáculo mayor para el pleno goce de los derechos humanos".¹³⁴⁶

En febrero de 2004 se presentó otro estudio independiente que comprendía recomendaciones, con objeto de ayudar a los Estados a reforzar su capacidad nacional para combatir todos los aspectos de la impunidad, teniendo en cuenta el Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. En el párrafo 28 de ese Estudio se establece una clara relación entre amnistía, impunidad e incumplimiento de la obligación de sancionar los delitos graves del derecho internacional:

"En términos más generales, las decisiones recientes han reafirmado la incompatibilidad de las amnistías que acarrearán la impunidad con el

¹³⁴⁵ En la conclusión del informe se afirmaba: "Desde el origen de la humanidad hasta la época contemporánea, la historia de la impunidad es la historia de un perpetuo conflicto y de una extraña paradoja: un conflicto que opone el oprimido al opresor, la sociedad civil al Estado, la conciencia humana a la barbarie; una paradoja del oprimido que, liberado de sus cadenas, asume a su vez la responsabilidad del Estado y se encuentra atrapado en el engranaje de la reconciliación nacional que va a revitalizar su compromiso inicial de luchar contra la impunidad". Estas palabras figuraban en la introducción del informe provisional presentado a la Subcomisión en 1993.

¹³⁴⁶ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2001/88, párr. 27. Esta Comisión había participado activamente en el proceso de elaboración del conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, y estimaba que la Comisión de Derechos Humanos debería examinar dicho proyecto de conjunto de principios con miras a su adopción.

deber de los Estados de sancionar los delitos graves de derecho internacional (principios 18 a 25 a))”.¹³⁴⁷ (El resalte es mío).

Varios tribunales estatales han llegado a conclusiones análogas.¹³⁴⁸

En 2005 se presentó un documento que contiene una versión actualizada del conjunto de principios.¹³⁴⁹ En el párrafo penúltimo del Preámbulo a dicho documento, la Comisión se dice: “[c]onvencida, en consecuencia, de la necesidad de adoptar a tal fin medidas nacionales e internacionales, para que, en interés de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, se asegure conjuntamente el respeto efectivo del derecho a saber, el derecho a la justicia y el derecho a obtener reparación, sin los cuales no puede haber recurso eficaz contra las consecuencias nefastas de la impunidad”.¹³⁵⁰ En cambio, el texto de los principios, si bien se ha basado en la versión anterior, ha sido bastante modificado. Citaremos el texto de los principios más directamente pertinentes al tema que nos ocupa en el presente capítulo.

En la parte dedicada a las definiciones encontramos la siguiente definición de impunidad:

¹³⁴⁷ Se refiere a una sentencia de la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia donde se señaló que una amnistía nacional que abarcase delitos como la tortura, cuya prohibición tiene la condición de *jus cogens*, no obtendría el reconocimiento jurídico internacional. *Prosecutor vs. Furundžija*, párr. 155 (Sentencia de 10 de diciembre de 1998)

¹³⁴⁸ Se refiere aquí a la Audiencia Nacional española que, con objeto de afirmar la competencia de España en una investigación penal sobre el ex Presidente chileno Augusto Pinochet, llegó a la conclusión de que la competencia de España no quedaba excluida por el hecho de que los tribunales chilenos hubieran desestimado algunos casos incluidos en la investigación española, conforme a la ley chilena de amnistía de 1978. También se refiere a una decisión de 2002 de la *Cour de Cassation* de Francia, en la que el tribunal confirmó una decisión que rechazaba la aplicación por los tribunales franceses de una amnistía de Mauritania de 1993. El Tribunal declaró que el reconocimiento de la aplicabilidad de la amnistía equivaldría a una violación de las obligaciones internacionales por las autoridades francesas y les privaría del principio de jurisdicción universal a este efecto.

¹³⁴⁹ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/102/Add.1. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad.

¹³⁵⁰ Este texto reproduce el que figuraba en las versiones anteriores del conjunto de principios.

“Por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”.

También se define la expresión “Restablecimiento de la democracia y/o de la paz o de transición hacia ellas”:

“En el sentido de los presentes principios, esta expresión se refiere a las situaciones al término de las cuales, en el marco de un proceso que da lugar a un diálogo nacional en favor de la democracia o a negociaciones de paz para poner fin a un conflicto armado, se llega a un acuerdo, sea cual fuere su forma, en virtud del cual los protagonistas o las partes interesadas convienen en tomar medidas contra la impunidad y la repetición de las violaciones de los derechos humanos”.

En esta versión actualizada, el que figuraba antes como Principio 20 (“Deberes de los Estados en materia de administración de la justicia”) figura, modificado, como Principio I: “Obligaciones generales de los Estados de adoptar medidas eficaces para luchar contra la impunidad”. Su texto dice:

“La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones”.¹³⁵¹

¹³⁵¹ Este es un ejemplo claro del tratamiento conjunto de las obligaciones estatales con respecto a los crímenes y las obligaciones para con las víctimas, lo que lleva a una superposición que va en desmedro de la precisión.

Es decir, se está identificando la consecuencia de la infracción con la infracción misma.

Sin embargo, el principio que hace referencia expresa a la amnistía es el 24, titulado “Restricciones y otras medidas relativas a la amnistía”:

“Incluso cuando tenga por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia se aplicarán dentro de los siguientes límites:

a) Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19 o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trata”.¹³⁵²

En el Principio 36, titulado “Reforma de las instituciones estatales”, es interesante observar (reproducimos únicamente la frase que nos interesa) lo que dice respecto de los funcionarios:

“Como mínimo, los Estados deben emprender las siguientes medidas:

a) Los funcionarios públicos y los empleados que sean personalmente responsables de violaciones graves de los derechos humanos, en particular los que pertenezcan a los sectores militar, de seguridad,

¹³⁵² “Principio 19. Deberes de los Estados en materia de administración de la justicia.

Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente.

Aunque la iniciativa del enjuiciamiento es en primer lugar una de las misiones del Estado, deberán adoptarse normas procesales complementarias para que las propias víctimas, sus familiares o herederos puedan tomar esa iniciativa, individual o colectivamente, en particular como partes civiles o como personas que inician un juicio en los Estados cuyo derecho procesal penal contemple esos procedimientos. Los Estados deberán garantizar la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso”.

policial, de inteligencia y judicial, **no deben continuar al servicio de las instituciones del Estado**. Su destitución se realizará de acuerdo con los requisitos del debido proceso y el principio de no discriminación. Las personas acusadas oficialmente de ser responsables de delitos graves con arreglo al derecho internacional serán suspendidas de sus deberes oficiales durante las actuaciones penales o disciplinarias”. (El resalte es mío).

También es de interés respecto a la amnistía, si bien no se refiere directamente a ella, el principio 38, titulado “Reforma de las leyes e instituciones que contribuyen a la impunidad”:

“Es menester derogar o abolir la legislación y las reglamentaciones e instituciones administrativas que contribuyan a las violaciones de los derechos humanos o que las legitimen”.¹³⁵³

En particular, es menester derogar o abolir las leyes o los tribunales de emergencia de todo tipo que infringen los derechos y las libertades fundamentales garantizados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Deben promulgarse las medidas legislativas necesarias para asegurar la protección de los derechos humanos y salvaguardar las instituciones y los procesos democráticos”.

También en el ámbito de las Naciones Unidas, el informe del Secretario General titulado “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, en la sección A, “Consideraciones para las negociaciones, los acuerdos de paz y los mandatos del Consejo de Seguridad” contiene cláusulas relativas a la amnistía. Vale la pena citar el párrafo 10, porque hace referencia expresa a la legitimidad de las normas y principios de las Naciones Unidas:

¹³⁵³ Cabe interpretar que la frase “o que las legitimen” se refiere a medidas como la amnistía.

“Las normas y los principios de las Naciones Unidas han sido formulados y aprobados por países de todo el mundo y acogidos por toda la variedad de sistemas jurídicos de los Estados Miembros, ya estén basados en el *common law*, la tradición romanista, el derecho islámico u otras tradiciones jurídicas. Esas normas y principios proporcionan por sí mismos una legitimidad que no puede reconocerse a los modelos nacionales exportados que tantas veces reflejan los intereses individuales [...]”.

Y en ese mismo párrafo menciona las amnistías, excluyendo la admisibilidad de las mismas respecto de determinados crímenes:

“Esos principios también fijan los límites normativos de la participación de las Naciones Unidas, por ejemplo el de que los tribunales de las Naciones Unidas nunca puedan permitir la pena capital **o que los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca puedan prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves de los derechos humanos [...]**”. (El resalte es mío).

En el párrafo 64 se recomienda:

“Asegurarse de que en los acuerdos de paz y las resoluciones y los mandatos del Consejo de Seguridad: c) Se rechace la amnistía en casos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, incluidos los delitos internacionales relacionados con la etnia, el género y el sexo, y se garantice que ninguna amnistía concedida con anterioridad constituya un obstáculo para el enjuiciamiento ante cualquier tribunal creado o asistido por las Naciones Unidas [...]”.¹³⁵⁴

También se refiere expresamente a la impunidad el Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional; en él se afirma “que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la

¹³⁵⁴ Naciones Unidas, Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad, de 3 de agosto de 2004, documento S/2004/616.

acción de la justicia” y se pone de manifiesto la decisión de “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”. Y se recuerda que todo Estado debe “ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.¹³⁵⁵

2.3.3. Ámbito interamericano

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos*¹³⁵⁶ prevé expresamente la amnistía en el caso de la condena a muerte. El párrafo 6 del artículo 5 estipula:

“Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente”.

A propósito de las amnistías que estamos examinando aquí, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que se trata de un problema de difícil resolución, “un asunto sensible y extremadamente delicado [...] en el que la contribución que puede dar es mínima”. No obstante matiza esto último afirmando que “la urgente necesidad de una reconciliación y pacificación nacional debe ser conciliada con las exigencias ineluctables de un entendimiento de la verdad y la justicia”.¹³⁵⁷ Con ello señala que si bien hay cosas urgentes que reclaman actuar en un sentido, hay cosas ineluctables que reclaman actuar en otro. Lo urgente contrapuesto a lo ineluctable.

Sin embargo, varios informes de la Comisión Interamericana sobre distintos casos en distintos países relacionan la amnistía con la negación del derecho a un

¹³⁵⁵ Naciones Unidas, documento A/Conf. 183/9, 17 de julio de 1998.

¹³⁵⁶ Aprobada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, citada.

¹³⁵⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual, 1985/1986. OEA/Ser.L/V/II.68. Doc. 8 rev. 1., 26 septiembre 1986.

recurso eficaz, es decir, el acceso a un proceso equitativo, previsto en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹³⁵⁸

a) Corte Interamericana de Derechos Humanos

A nivel regional, ha constituido un verdadero hito en esta materia la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos*,¹³⁵⁹ de 14 de marzo de 2001.

i) *Barrios Altos*

Se trató de una irrupción armada en un domicilio donde se asesinó a 15 personas y se hirió gravemente a cuatro, en un vecindario de la ciudad de Lima, llamado Barrios Altos. El crimen dio lugar a una investigación parlamentaria, interrumpida con la disolución del Congreso por el presidente Fujimori, en noviembre de 1992. En abril de 1995 se inició una investigación judicial en la que la fiscalía acusó a cinco oficiales del ejército. Ante esto, el Congreso dictó una ley de amnistía, la ley 26. 479, que exoneraba de responsabilidad a todos los que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones de derechos humanos.

Se inició un proceso contra la constitucionalidad de la amnistía y su falta de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos; frente a ello, el Congreso dictó una segunda ley de amnistía, la ley 26.492, declarando la amnistía “no revisable” en sede judicial y de aplicación obligatoria, y ampliando la ley anterior mediante la concesión de una amnistía general a todos los militares, policías o civiles que pudieran ser procesados por violaciones de los derechos humanos, aunque no hubieran sido denunciados, entre 1980 y 1995.

¹³⁵⁸ Entre los países a los que se dirigieron los informes, cabe citar por orden cronológico: Argentina, informe 28/92 de 2 de octubre de 1992; Uruguay, informe 29/92, de 2 de octubre de 1992; El Salvador, informe 1/99 de 27 de enero de 1999; Chile, informe 133/99 de 19 de noviembre de 1999.

¹³⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre vs. Perú)*, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, n.º 75.

El caso fue sometido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que presentó un informe condenatorio y recomendó la anulación de las leyes al gobierno peruano. Ante la respuesta negativa de este, sometió el caso a la Corte el 10 de mayo de 2000. El Perú informó que retiraba el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, lo que ésta consideró una violación del artículo 68.1 de la Convención y del principio *pacta sum servanda*.¹³⁶⁰

Tras el cambio de gobierno, Perú retiró su presentación anterior, volvió a reconocer la competencia de la Corte y reconoció su responsabilidad internacional.

En el párrafo 41 de la sentencia, la Corte declara:

“Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las de prescripción y el establecimiento de leyes excluyentes de responsabilidad que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de Derechos Humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

Este párrafo establece como premisa fundamental la inadmisibilidad en el ámbito de la Convención de las disposiciones de amnistía, pero también de todas aquellas que obstaculicen el cumplimiento de las obligaciones estatales como consecuencia de las violaciones de derechos humanos. En el párrafo siguiente menciona las consecuencias que han tenido las leyes de amnistía en el caso concreto.¹³⁶¹

¹³⁶⁰ El párrafo 1 del artículo 68 dice: “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

¹³⁶¹ “42. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en *Barrios Altos*, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes

Si bien en ese párrafo se asocian las leyes de amnistía con el derecho de las víctimas, se asocian en el sentido de que obstaculizaron e impidieron su ejercicio, pero no en el sentido de que a la obligación del Estado corresponde el derecho de las víctimas. Esta vinculación ha sido criticada por algunos autores, y considero que en pro de la claridad conceptual sería mejor evitarla. El Estado está obligado a perseguir esos crímenes en virtud de diversas disposiciones, pero la existencia de esa obligación no es correlativa del derecho de las víctimas.¹³⁶² En este párrafo se hace referencia a las consecuencias de la amnistía, y se considera que se ha tratado de una autoamnistía. Esto se considera violatorio de la obligación de adecuar el derecho interno.

También se hace referencia a la autoamnistía y sus consecuencias en el párrafo 43. En este párrafo se reiteran las obligaciones del Estado en relación con las víctimas, y se vinculan directamente las leyes de autoamnistía con los derechos de estas.¹³⁶³

El párrafo 44 dispone la carencia de efectos jurídicos de esas disposiciones del derecho interno. Lo que es notable es que se refiere claramente al ámbito interno, dado que dice que no pueden seguir siendo un obstáculo para la investigación no solo de este caso sino de otros casos que se produzcan en el futuro. Es un ejemplo claro de penetración del derecho internacional en el orden interno.

de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma”.

¹³⁶² Me refiero a esta vinculación y su crítica en el capítulo II.

¹³⁶³ “43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”.

“44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”.

En la decisión adoptada por la Corte por unanimidad, en la que “se admite el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado”, se declara que este violó los siguientes derechos establecidos en la Convención: “el derecho a la vida” (artículo 4), “el derecho a la integridad personal” (artículo 5) y “el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial” (artículos 8 y 25).¹³⁶⁴

Voto concurrente del juez García Ramírez

Este juez hace en su voto una interesante diferencia entre amnistía y autoamnistía.

“10. En el citado Voto Concurrente¹³⁶⁵ me referí precisamente a la ley de amnistía n.º 26.479, expedida por el Perú, correspondiente a la categoría de

¹³⁶⁴ Los párrafos pertinentes dicen:

“[La Corte decide] 3. Declarar, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, que éste incumplió los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía n.º 26479 y n.º 26492 y de la violación a los artículos de la Convención señalados en el punto resolutivo 2 de esta Sentencia.

4. Declarar que las leyes de amnistía n.º 26479 y n.º 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.

5. Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables”.

¹³⁶⁵ Se refiere al caso *Castillo Páez*. Reparaciones (artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 27 de noviembre de 1998. Serie C n.º 43, pp. 60 y ss.

las llamadas “autoamnistías”, que son “expedidas a favor de quienes ejercen la autoridad y por éstos mismos”, y difieren de las amnistías “que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables, que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos, que ninguno de aquéllos aprueba o reconoce como adecuados” (párrafo 9).

Reconoce entonces, y como se desprende de este párrafo, la necesidad de la amnistía en casos en que sea una forma de contribuir a la paz social, pero deja bien claro que ello no significa tolerar las violaciones graves de derechos humanos.

“11. Ciertamente no desconozco la alta conveniencia de alentar la concordia civil a través de normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz y a la apertura de nuevas etapas constructivas en la vida de una nación. Sin embargo, subrayo -como lo hace un creciente sector de la doctrina, y ya lo ha hecho la Corte Interamericana- que esas disposiciones de olvido y perdón “no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos, que significan un grave menosprecio de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad” (Voto cit., párrafo 7).¹³⁶⁶

Voto concurrente del juez Cançado Trindade

En este voto, el juez recuerda que el principal documento adoptado por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), la Declaración y Programa de Acción de Viena, exhortó a los Estados a “derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, [...] y sancionar esas violaciones [...]”. Hace una referencia concreta a la “legalidad” de las leyes de autoamnistía, cuando dice, en el párrafo 7 de su voto, que es evidente

¹³⁶⁶ Al final de párrafo siguiente, aclara aún más su postura a ese respecto, reafirmando lo que ha sostenido la Corte: “12. [...] La Corte ha sostenido que el Estado no puede invocar “dificultades de orden interno” para sustraerse al deber de investigar los hechos con los que se contravino la Convención y sancionar a quienes resulten penalmente responsables de los mismos”.

que dichas leyes no cumplen los requisitos que debe reunir toda ley, en particular su carácter general, dado que son “medidas de excepción”.¹³⁶⁷

El párrafo 11 me parece muy relevante porque habla de la carencia de validez y de efectos jurídicos de las leyes de autoamnistía, e incluso de su carácter de hechos internacionalmente ilícitos, como hemos visto en el capítulo sobre responsabilidad de los Estados.¹³⁶⁸

Un comentario

Guariglia habla de la importancia fundamental que tiene el fallo de la Corte en este caso dado que afirma la inadmisibilidad de las leyes de amnistía “que impidan el esclarecimiento, persecución y castigo de graves violaciones a los derechos humanos”.¹³⁶⁹

Señala que puede ser visto como el corolario del desarrollo iniciado en el caso *Velásquez Rodríguez*. Pero hace notar que en aquella decisión la Corte introdujo un elemento de ambigüedad al sostener lo siguiente:

¹³⁶⁷ “7. Esta misma Corte observó, en una Opinión Consultiva de 1986, que la palabra “leyes” en los términos del artículo 30 de la Convención Americana significa norma jurídica de *carácter general, ceñida al bien común*, elaborada según el procedimiento constitucionalmente establecido, por órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos”. Se remite a la Opinión Consultiva solicitada por el Uruguay en el caso *Quinteros vs. Uruguay*, que se examina en el capítulo sobre legalidad

¹³⁶⁸ “11. Siendo así, las leyes de autoamnistía, además de ser manifiestamente incompatibles con la Convención Americana, y desprovistas, en consecuencia, de efectos jurídicos, *no tienen validez jurídica alguna* a la luz de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Son más bien la fuente (*fons et origo*) de un acto ilícito internacional: a partir de su propia adopción (*tempus commisi delicti*), e independientemente de su aplicación posterior, comprometen la responsabilidad internacional del Estado. Su vigencia crea *per se* una situación que afecta de forma continuada derechos inderogables, que pertenecen, como ya lo he señalado, al dominio del *jus cogens*. Configurada, por la expedición de dichas leyes, la responsabilidad internacional del Estado, encuéntrase éste bajo el deber de hacer cesar tal situación violatoria de los derechos fundamentales de la persona humana (con la pronta derogación de aquellas leyes), así como, en su caso, de reparar las consecuencias de la situación lesiva creada”.

¹³⁶⁹ GUARIGLIA, F., «Los límites de la impunidad: la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos*», en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2001, pp. 209-230.

“181. El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que *circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes* a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance”.¹³⁷⁰

Este autor contrapone el reconocimiento por la Corte del ámbito de las circunstancias legítimas mencionadas, y no definidas, a la obligación de cada Estado de utilizar los medios a su disposición para averiguar el paradero y destino de las víctimas y de informar a sus familiares.¹³⁷¹

En cambio, señala que en *Barrios Altos* la Corte “ha decidido recortar significativamente de ese ámbito de ‘circunstancias legítimas del orden jurídico interno’, que podría llevar a situaciones de impunidad [...]”, y ha sustraído de este ámbito las posibilidades de utilizar disposiciones de extinción de la acción penal (amnistía, prescripción o eximentes de responsabilidad) en forma tal que “pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos”.¹³⁷²

Señala también que el fallo es coherente con la evolución de la jurisprudencia de la Comisión. Dice: “tras un período inicial en que la Comisión pareció centrar el análisis de la validez jurídica de las amnistías en el procedimiento mediante el cual habían sido adoptadas, y censurando principalmente aquellas dictadas por regímenes no democráticos para asegurar su propia impunidad, la Comisión avanzó hacia una posición en la que el elemento determinante son los *efectos* que dicha amnistía produce”.¹³⁷³ Y agrega que el fallo

¹³⁷⁰ CIDH, caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988.

¹³⁷¹ GUARIGLIA, F., *op. cit.*, p. 213.

¹³⁷² *Ibíd.*, p. 214.

¹³⁷³ *Ibíd.*, p. 215.

de la Corte en Barrios Altos confirma “definitivamente esta tendencia”. Esto reviste suma importancia, dado que de este modo se consideran “inadmisibles” a la luz de la Convención todas las amnistías destinadas a asegurar la impunidad de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, con independencia de que sean dictadas por un régimen totalitario, un régimen democrático (incluso las arrancadas “a punta de revólver”, dice Guariglia), o por medio de un *referendum*, es decir mediante la expresión de la voluntad popular.¹³⁷⁴

“En todo caso, lo relevante es que en el momento en que se reconoce el derecho humano de las víctimas y sus familiares a la investigación de los hechos y a la identificación y el castigo de los responsables, como inequívocamente surge de ‘Barrios Altos’, este derecho pasa a ser un elemento central [...]”.¹³⁷⁵

ii) Otro caso

En el caso de la *Masacre de Mapiripán*, la Corte afirmó que “ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos. [A continuación repite textualmente el párrafo de Barrios Altos que comienza “En particular, son inaceptables las disposiciones de amnistía”.] El Tribunal reitera que la obligación del Estado de investigar de manera adecuada y sancionar, en su caso, a los responsables, debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse”. Esto último reviste suma importancia dado que se refiere a “cómo” ha de cumplirse la obligación, a saber, “diligentemente”. Y también se refiere a ello en otro párrafo: “El Estado tiene el deber de investigar y sancionar **de manera seria** las violaciones de los derechos humanos, procesar a los responsables y evitar la impunidad. Dicha

¹³⁷⁴ *Ibíd.*, p. 216. Y más adelante en el mismo texto corrobora esta irrelevancia de la forma en que se haya tomado la decisión de amnistiar con un ejemplo muy claro: “sería insostenible defender la decisión estatal de instaurar la tortura mediante el argumento de que tal decisión surgió de un plebiscito”.

¹³⁷⁵ *Ibíd.*, p. 224.

investigación debe incluir la identificación plena de todas las víctimas”.¹³⁷⁶ (El resalte es mío).

Como vemos, se emplea el término “amnistías” pero también “impunidad”, aunque en este texto aparecen bien diferenciados. La forma de cumplimiento de las obligaciones del Estado está relacionada con la finalidad de evitar la impunidad.

2.3.4. El caso argentino

En algunos países latinoamericanos se puede constatar en la jurisprudencia de los últimos años una tendencia favorable a aplicar normas del Derecho penal internacional en el ámbito interno. Por ejemplo, en Colombia y Chile se ha establecido la imposibilidad de conceder amnistías en caso de crímenes internacionales.

Como sería tema para otra tesis ocuparse de la evolución jurisprudencial en situaciones en las que se han promulgado leyes de amnistía en los distintos países de América Latina que han sufrido dictaduras, me ha parecido conveniente centrarme en el proceso que ha tenido lugar en Argentina, dada la complejidad de dicho proceso y las diversas etapas que se han ido superando, para demostrar las consecuencias de las disposiciones de amnistía o asimilables a ella y el vigor que ha demostrado la “memoria social” para evitar que esas consecuencias siguieran su curso.

En Argentina, democracia no ha significado justicia. La democracia, en sus primeros años, significó un período sin represión, pero con impunidad.

Con respecto al tiempo transcurrido, no solo han podido observarse los enormes inconvenientes que el solo transcurso del tiempo, cuando se paralizan las actuaciones judiciales mediante amnistías e indultos, produce en la administración de justicia, sino lo que puede lograr la perseverancia de la sociedad civil, a través

¹³⁷⁶CIDH, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, en Serie C: Resoluciones y sentencias, n.º 134, párr. 304. Me refiero más detenidamente a los requisitos que debe cumplir la investigación en el capítulo sobre responsabilidad.

de las organizaciones de derechos humanos, y de algunos jueces, para que se haga justicia a pesar del tiempo transcurrido.

a) Preparación de la impunidad: medidas de autoamnistía

Poco antes de las primeras elecciones, tras varios años de dictadura, el 22 de marzo de 1983, los militares dictan la “Ley de Pacificación Nacional”, denominada comúnmente Ley de autoamnistía. En ella se declaran extinguidas las acciones penales tanto para los delitos cometidos con finalidad terrorista o subversiva como para los hechos de naturaleza penal realizados con motivo del desarrollo de acciones contra las referidas actividades terroristas o subversivas.¹³⁷⁷

Tras el establecimiento del gobierno constitucional, el 22 de diciembre de 1983 se dicta la Ley 23.040, que “anula” la “Autoamnistía”. El Congreso, teniendo en cuenta que con la simple derogación de la ley de autoamnistía, los criminales invocarían a su favor dicha ley durante el tiempo de su vigencia, es decir, le atribuirían efectos retroactivos en virtud del principio de la ley más benigna, declaró que esa ley era “insanablemente nula”, con lo cual se la privó de efectos desde el día mismo de su establecimiento. Con esta ley se allanaba el camino para la reparación de las víctimas.

El 15 de febrero de 1984, se da un paso atrás, porque se dicta la Ley 23. 049 cuya finalidad es sustraer las causas en curso a los jueces de la Constitución y atribuir competencia sobre esas causas a los jueces militares.¹³⁷⁸

¹³⁷⁷ Entre los documentos preparatorios de la impunidad cabe citar el “Documento secreto 2726/83” por el que se ordena la incineración de todo documento oficial comprometedor. (El ocultamiento forma parte de los delitos contra la humanidad, como se ha comprobado en casi todos los casos).

¹³⁷⁸ Lo único positivo de esa Ley fue el artículo 11, que impide beneficiar de la eximente de “obediencia debida” a quienes carecieron de capacidad decisoria, cumpliendo órdenes o directivas, cuando sus actos consistieron en “la comisión de hechos atroces o aberrantes”.

b) Preparación no judicial para la justicia: la CONADEP

Mediante la sanción del decreto Nro. 187/83 (B.O. 19/12/83), el Poder Ejecutivo Nacional dispuso la creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (denominada comúnmente CONADEP) con el objeto de esclarecer los hechos relacionados con la desaparición de personas ocurridos en el país. Entre las funciones específicas y taxativas de la Comisión se encontraban las de recibir denuncias y pruebas sobre hechos relacionados con la represión ilegal y remitirlas inmediatamente a la justicia, averiguar el destino o paradero de las personas desaparecidas, determinar la ubicación de niños sustraídos a la tutela de sus padres o guardadores a raíz de acciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo, etc.

Es importante subrayar aquí que este organismo no tenía ninguna función de tipo jurisdiccional, dado que su cometido era reunir información. La Comisión formó 7.380 legajos, que comprendían las denuncias de los familiares de los desaparecidos, el testimonio de personas liberadas de los centros clandestinos de detención y declaraciones de miembros de las fuerzas de seguridad que intervinieron en las actividades criminales. Aparte de recibir declaraciones, la Comisión realizó inspecciones en distintas partes del territorio nacional, recabó información de las fuerzas armadas y de seguridad, y de diversos organismos públicos y privados.

En el informe final de la CONADEP, producido en septiembre de 1984, se estimaba en 8.960 el número de personas que continuaban en situación de desaparición forzosa, pero se indicó que dicho número no podía considerarse definitivo dado que se había acreditado que eran muchos los casos de desapariciones que no habían sido denunciados.¹³⁷⁹

¹³⁷⁹ La Comisión llegó a la conclusión de que la desaparición forzada de personas se generalizó a partir de que las fuerzas armadas tomaron el control absoluto del Estado. La desaparición comenzaba con el secuestro de las víctimas, continuaba con el traslado de las personas hacia alguno de los 340 centros clandestinos de detención existentes, donde los detenidos eran alojados en condiciones infrahumanas, sometidos a toda clase de tormentos y humillaciones, donde la práctica de la tortura por sus métodos y sadismo no conocían antecedentes en otra parte del mundo, que existieron varias denuncias acerca de

En un punto de las conclusiones se recalcó: “Esta Comisión sostiene que no se cometieron ‘excesos’, si se entiende por ello actos particularmente aberrantes. Tales atrocidades fueron práctica común y extendida y eran los actos normales y corrientes efectuados a diario por la represión”. Finalizó sus conclusiones indicando que la destrucción o remoción de la documentación que registraba minuciosamente la suerte corrida por las personas desaparecidas dificultó la investigación.¹³⁸⁰

Causa 13/84 de diciembre de 1985¹³⁸¹

Frente a la actitud renuente y dilatoria del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital argentina resolvió “avocar” de inmediato la causa. Cabe señalar dos aspectos: a) A partir de ahora los jueces civiles continuarán el procesamiento.; b) No lo hacen por “apelación” (el tribunal inferior, militar, nunca llegó a fallar) sino por avocamiento directo, a fin de evitar una generalizada privación de justicia a las víctimas del genocidio. Fueron incorporadas 2.000 causas judiciales¹³⁸² “*ad effectum videndi et probandi*” para valorar la responsabilidad de la cúpula militar. Tras las diligencias necesarias, debían retornar a su origen -todos los Juzgados del país- para continuar las investigaciones. Tanto el número de condenas como las penas impuestas resultaron absolutamente desproporcionadas -por lo benignas- en relación con las expectativas de la sociedad y las víctimas. El 9 de diciembre de 1985 la Cámara Federal de la Capital Federal en pleno dictó sentencia. El objeto del juicio estuvo constituido solo por 700 casos que oportunamente seleccionó la Fiscalía para

niños y ancianos torturados junto a un familiar para que éste proporcionara la información requerida por sus captores, que las personas detenidas eran generalmente exterminadas con ocultamiento de su identidad destruyéndose el cuerpo -muchas veces-para evitar la identificación.

¹³⁸⁰ CONADEP, *Nunca Más*. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, Buenos Aires: EUDEBA, 1985.

¹³⁸¹ La Causa n.º 13 del registro de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal (también denominada “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”) en adelante se la denominará “Causa 13”.

¹³⁸² El cuaderno del fiscal llegó a los 7.400 folios. Hay que agregarles 1.500 expedientes. Los defensores sumaron 2.600 folios. La sentencia sumó 7.000.

acusar. Es evidente que este número de ningún modo se aproxima a la totalidad de las desapariciones forzadas de personas que la CONADEP pudo determinar como ocurridas.

La Corte Suprema confirmó el fallo de la Cámara, el 30 de diciembre de 1986 con respecto a la descripción del plan criminal y de las penas pronunciadas. Mantuvo inalterada la cantidad de absueltos y de condenados, con alguna leve diferencia en un par de montos punitivos, a favor de los reos.¹³⁸³ Esta actitud inexplicable de la Corte Suprema tiene, sin embargo, una explicación: en 1976, cuando asumió el poder, la Junta Militar nombró una nueva Corte, con un nuevo Procurador General. Los jueces juraron por el Estatuto (el instrumento principal de la Junta).

c) Las leyes de impunidad

i) Ley de Punto Final (Ley 23. 492)

El Poder Ejecutivo presentó un proyecto de ley por la cual solamente se permitía el enjuiciamiento de represores que hubieren sido convocados a prestar "declaración indagatoria" en el cortísimo plazo de dos meses contados a partir de la promulgación. Se exigía para tomar la "declaración indagatoria" contar con "acreditación de alta y fundada sospecha" con relación al declarante. Esto equivalía a instituir una "prescripción anticipada", así como a la frustración de todo propósito de investigación preliminar para lograr el número necesario de pruebas indispensables a la sospechabilidad mencionada. Increíblemente, la norma no diferencia entre los dadores de las órdenes criminales y los ejecutores "obedientes" de las mismas: es algo equivalente a una amnistía pareja para todos,

¹³⁸³ a) A uno de los comandantes (Agosti) la Cámara le atribuyó 8 tormentos y 3 robos, con la ridícula pena de 4 años y medio de prisión; la Corte le halló prescriptos los 3 robos y le bajó la pena a 3 años y 9 meses: b) A Viola la Cámara le había asignado 17 años por 11 tormentos, 3 robos y 86 secuestros; la Corte lo absuelve en dos de esos secuestros y le baja la pena a 16 años y medio.

lo que tuvo una repercusión tremenda en el espíritu de la opinión pública democrática del país.

El Proyecto fue elevado al Congreso el día 5 de diciembre de 1986. Y en solo tres semanas fue sancionado, el 23 de diciembre de 1986, bajo una inocultable presión militar.¹³⁸⁴

Casi contemporáneamente se promulgaba la "Ley de Caducidad" en Uruguay; en Chile ya regía la Ley de Amnistía y había normas similares en otros países del Cono Sur que habían emergido de largas dictaduras. Sin embargo, la reclamación popular en Argentina indujo a varias Cámaras Federales a aprovechar los dos meses del escasísimo plazo para convocar a una cantidad interesante de represores (más de 300), con relación a los cuales existían grados importantes de alta sospechabilidad ya acreditados, a prestar declaración indagatoria.¹³⁸⁵

El Gobierno se autojustificaba diciendo que los juicios constituían un riesgo para el sistema democrático, porque la democracia argentina estaba en peligro, limitada seriamente por las fuerzas armadas, y que al tratarse de un factor de índole política, la solución no debía ser judicial sino política. Argumento contrario al que sostenía el movimiento de derechos humanos, para quienes la solución debía ser judicial.¹³⁸⁶

ii) Ley de Obediencia Debida (Ley 23. 521)

Ante la continuación de las presiones militares, el 13 de mayo de 1987, el presidente envía al Congreso el proyecto de ley de obediencia debida. Con la misma celeridad que había demostrado con la Ley de Punto Final, el Congreso

¹³⁸⁴ Todo ello pese a que cuatro días antes, el 19 del mismo mes, se protagonizó una marcha popular de 100.000 personas exigiendo que el proyecto no fuera aprobado.

¹³⁸⁵ Y ello a pesar de que el Gobierno dictó el decreto n.º 92/87 con el objeto de que el Procurador General de la Nación impartiera "instrucciones" a los fiscales federales que tendiesen a lograr el menor número posible de procesamientos.

¹³⁸⁶ MÉNDEZ, J.; CHILLIER, G., «El fallo del juez Cavallo y sus consecuencias sobre el sistema democrático», en *Nueva Doctrina Penal*, 2000, pp. 509-526.

tardó solo 22 días en convertir el proyecto del Ejecutivo en ley (la sancionó el 5 de junio de 1987).

El texto de su artículo 1 era el siguiente: “[...] se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10 punto 1 de la ley número 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida”.¹³⁸⁷

Poco después, en un fallo (310/ 1162) de 22 de junio de 1987, la Corte Suprema declara constitucional la Ley de Obediencia Debida y dispone la inmediata libertad de, entre otros, Etchecolatz, uno de los más terribles criminales, que había sido condenado a 23 años de prisión.

Una puerta abierta

Sin embargo, las dos leyes, que llamaremos “leyes de la impunidad”, dejan una puerta abierta para el juzgamiento en un caso concreto: la sustracción de menores.

La Ley de Punto Final, artículo 5:

“La presente ley no extingue la acciones penales en los casos de delitos de sustitución de estado civil y de sustracción y ocultación de menores”.

¹³⁸⁷ Corresponde recordar que días antes, frente a la sublevación militar de Semana Santa que intentaba una amnistía para los represores que aún quedaban procesados o condenados, cientos de millares de personas colmaron las plazas de todo el país apoyando la estabilidad constitucional y repudiando la pretensión de los militares llamados “carapintada”, llegando incluso a enfrentarlos directamente en las guardias de las mismas puertas de los cuarteles. Pese a tan multitudinario apoyo al sistema republicano, el Presidente prefirió transigir en privado con los sublevados a quienes instó a que depusieran su actitud mediante el compromiso de proyectar esta ley que da definitivamente por tierra con el enjuiciamiento anterior.

La Ley de Obediencia Debida, artículo 2:

“La presunción establecida en el artículo anterior no será aplicable respecto de los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles”.

Cabe señalar respecto de esta última disposición que equipara los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores a la apropiación extorsiva de inmuebles (de ahí la expresión “botín de guerra” que en varias publicaciones se utiliza para referirse al secuestro de menores).¹³⁸⁸

Esto hace posible la sustanciación de los procesos iniciados por las Abuelas de Plaza de Mayo encaminados a la comprobación de las identidades de niños nacidos durante el cautiverio de sus madres, luego desaparecidas, y entregados a padres ficticios. Esos procesos supusieron una interrupción de la impunidad gracias a que esas conductas no habían sido objeto de la sentencia de la Cámara Federal de noviembre de 1985, en la Causa 13, ya citada, por falta de acusación del fiscal, y, como hemos visto, no estaban amparadas en las leyes de impunidad.

Otro alzamiento militar induce al presidente Menem, bajo el lema de “lograr la pacificación nacional”, a dictar, entre 1989 y 1990, numerosos decretos, cada uno de los cuales incluía a muchas personas, por los que indultaba a los comandantes que habían sido juzgados y condenados y a procesados por la comisión de delitos de lesa humanidad.¹³⁸⁹

El indulto está previsto en el artículo 99, inciso 5, de la Constitución, como una de las facultades del Presidente: “indultar o conmutar penas por delitos sujetos a jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados”.

¹³⁸⁸ Por ejemplo, NOSIGLIA, J. E., *Botín de guerra*, Editorial Tierra Fértil, Buenos Aires: 1986; REY TRISTÁN, E. (dir.) *Memorias de la violencia en Uruguay y Argentina: golpes, dictaduras, exilios (1973-2006)*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2007, p. 146.

¹³⁸⁹ Los decretos de 8 de octubre de 1989 indultaron a 277 personas, entre las cuales se encontraban los militares condenados por la sentencia de 9 de diciembre de 1985 de la Cámara Nacional de Apelaciones, confirmada por la Corte Suprema el 30 de diciembre de 1986.

El indulto consiste en el perdón absoluto de la pena impuesta. (La conmutación es la sustitución de una pena más grave por otra menos grave). A diferencia de la amnistía, el indulto no borra el delito ni exime al delincuente de las responsabilidades que su delito haya generado, por ejemplo, indemnización por daños producidos. El fundamento de la disposición que prevé el indulto es atenuar el rigor de las penas. También lo diferencia de la amnistía el hecho de que debe ser otorgado a personas determinadas y no en general. Los indultos que abarcan masivamente a centenares de personas son más amnistías que indultos, por lo que en realidad el presidente Menem incurrió en un abuso de competencia, dado que la facultad de amnistiar corresponde al Congreso.

En la causa *Suárez Mason, Guillermo y otros s/ homicidio agravado, privación ilegal de la libertad gravada*, el juez Caicova Corral declaró la inconstitucionalidad de los decretos de indulto 1002/89 y 2746/90.

Los principales argumentos fueron los siguientes.

1) Las conductas investigadas no son indultables (conductas que impliquen la atribución de la suma del poder público o el ejercicio de facultades extraordinarias).

2) El Poder Ejecutivo, al indultar a procesados (el indulto debe recaer en condenados por sentencia firme), invade la competencia del Poder Judicial, impide el ejercicio del derecho a la jurisdicción por parte de las víctimas, y perjudica al mismo indultado en cuanto destruye la presunción de inocencia.

3) El indulto por crímenes de lesa humanidad o graves violaciones de los derechos humanos es contrario al derecho penal internacional, en virtud del cual esos delitos no pueden ser objeto de indulto.

Todas estas actuaciones, de los tres poderes, llevaron a que en 2000, en el fallo *Simón*, el juez constatará: "Como conclusión de todo lo actuado por las fuerzas armadas desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 10 de diciembre de 1983

resultaron diez personas condenadas, de las cuales hoy ninguna se encuentra cumpliendo la condena”.¹³⁹⁰

d) Influencia del exterior

i) Un Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (28/92)

A partir de fines del año 1987, la Comisión comenzó a recibir peticiones contra el gobierno de la República Argentina, en la que se denunciaba que la sanción por el Poder Legislativo de las leyes N.º 23.492 y N.º 23.521 (llamadas comúnmente “leyes de impunidad”), y su aplicación por el Poder Judicial, violaban, entre otros, el derecho de protección judicial (artículo 25) y las garantías judiciales (artículo 8) consagrados en la Convención. Cito a continuación los párrafos más pertinentes del Informe que emitió la Comisión.

“50. En el presente Informe uno de los hechos denunciados consiste en el efecto jurídico de la sanción de las Leyes y el Decreto, en tanto en cuanto privo a las víctimas de su derecho a obtener una investigación judicial en sede criminal, destinada a individualizar y sancionar a los responsables de los delitos cometidos. En consecuencia, denuncia como incompatible con la Convención la violación de las garantías judiciales (artículo 8) y del derecho de protección judicial (artículo 25), en relación con la obligación para los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos (artículo 1.1 de la Convención). Estos hechos se produjeron con la sanción de las medidas cuestionadas, en 1986, 1987 y 1989, con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención para Argentina en 1984”.

Es interesante el texto de este Informe porque hace una distinción, que no suele hacerse, entre las compensaciones económicas y el acceso a la jurisdicción. Vale la pena citar los párrafos pertinentes.

¹³⁹⁰ “Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años”, Secretaría Nro. 7 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 4, 6 de marzo de 2001, p. 27.

“51. [...] la cuestión de la compensación económica -a la que tienen derecho los reclamantes- se refiere a la reparación en sí por las violaciones originarias o sustantivas que tuvieron lugar en su mayoría, durante la década de los setenta, antes de la ratificación de la Convención por Argentina y de la sanción de la Leyes y Decreto denunciados. Se refiere al derecho a una indemnización por parte del Estado por no garantizar el derecho a la vida, integridad física y libertad de las víctimas, **no a la denegación de justicia** por los efectos de las Leyes y el Decreto. La reparación no fue el objeto de la denuncia ni es materia del presente informe”.

52. Si bien ambas cuestiones (la denegación de justicia por la cancelación de los procesos criminales y la compensación indemnizatoria por violación al derecho a la vida, integridad física y libertad) están estrechamente relacionadas, **es preciso no confundirlas en tanto quejas materialmente diferentes**. Cada una de las cuestiones denuncia un hecho diferente, que tuvo lugar en tiempos diversos y que afectan derechos o disposiciones también distintas de la Convención”. (El resalte es mío).

La Comisión concluyó que las Leyes N 23.492 y N 23.521 y el Decreto n.º 1002/89 eran incompatibles con el artículo XVIII (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y recomendó al Estado que otorgara a los peticionarios una justa compensación y que adoptara las medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables.¹³⁹¹

¹³⁹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.82, Doc. 24 de 2 de octubre de 1992. Original: Español. 82º periodo de sesiones. Informe n.º 28/92, Argentina, Aprobado por la Comisión en su sesión n.º 1169.

ii) Perseverancia en el interior y en el exterior

Cuando llegó la impunidad total con los decretos de indulto de Menem, y pareció cerrarse toda posibilidad de hacer justicia, la labor incesante de las organizaciones de derechos humanos (Madres, Abuelas, Amnesty internacional, CELS, American Watch, Asamblea Permanente, Liga Argentina por los Derechos del Hombre, etc.) y de organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de gobiernos extranjeros que exigieron constantemente la extradición de represores para su juzgamiento (España, Holanda, Suecia, Francia, Alemania) pareció reabrir las posibilidades cerradas.

Para resumir la evolución en el plano legislativo, enumero a continuación las leyes más importantes:

- Ley 24.556, de 13 de septiembre de 1995, por la que el Congreso aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- Ley 24.952, de 25 de marzo de 1998, por la que se derogan las leyes 23.492 y 23.521 (las leyes de Punto Final y Obediencia Debida).
- Ley 25.779, de 21 de agosto de 2003, que declara la nulidad de dichas leyes.
- Ley 25.778, de 3 de septiembre de 2003, por la que se otorga jerarquía constitucional a la Convención sobre 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.
- Ley 26.550 (de 26 de noviembre de 2009) por la que se legitima como querellantes a las ONG de derechos humanos.¹³⁹²

¹³⁹² **Artículo 1º** — Incorpórase el artículo 82 *bis* al Código Procesal Penal de la Nación, con el siguiente texto: Artículo 82 bis: Intereses colectivos. Las asociaciones o fundaciones, registradas conforme a la ley, podrán constituirse en parte querellante en procesos en los que se investiguen crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos

e) La jurisprudencia cambia: un fallo ejemplar. Caso *Simón o Poblete*¹³⁹³

Este fallo no es una medida aislada sino el resultado de un proceso en el que ha sido determinante la actuación de los organismos nacionales e internacionales, impulsada por las reclamaciones de las organizaciones de derechos humanos.

Constituye la medida de mayor importancia luego de la sanción de las leyes de impunidad. Supone la recuperación de la independencia del poder judicial, elemento clave para una verdadera transición a la democracia.

La línea de interpretación de este fallo coincide con la de *Barrios Altos*: son los tribunales los que han de determinar la constitucionalidad de las leyes de amnistía. Esta determinación no debe depender de circunstancias políticas coyunturales sino del respeto a los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación, y sobre todo, el derecho a la justicia.

i) *Los hechos*

Las actuaciones se iniciaron con motivo de la querrela formulada por la madre de una de las víctimas, quien afirmó que el 28 de noviembre de 1978 las denominadas "fuerzas conjuntas" secuestraron a su hijo, a su nuera y a su nieta, Claudia Victoria Poblete; y que distintas denuncias recibidas en la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo señalaban que un militar retirado y su esposa tenían en su poder a la menor anotada bajo otro nombre. Tras el correspondiente impulso fiscal en torno al hecho denunciado, se llevaron a cabo diversas medidas de prueba que, en efecto, determinaron que Claudia Victoria Poblete se encontraba con vida, y se hallaba inscripta con otro nombre. Para cumplir con el objeto de la

humanos siempre que su objeto estatutario se vincule directamente con la defensa de los derechos que se consideren lesionados.

¹³⁹³Caso *Simón*, causa n.º 8686/2000 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 4, Sec. n.º 7, seguida contra Julio Simón y Juan Carlos del Cerro. La querrela sostiene que los nombrados resultan autores, cómplices y/o partícipes necesarios del delito de desaparición forzada cometido contra José Liborio Poblete Roa y Gertrudis Marta Hlaczik, quienes fueron detenidos el 28 de noviembre de 1978 y alojados ilegalmente en el centro clandestino de detención denominado "El Olimpo".

presentación, la parte querellante sostiene que se debe declarar la nulidad de las leyes 23.492 (comúnmente denominada “Ley de Punto Final”) y 23.521 (comúnmente denominada “Ley de Obediencia Debida”) atendiendo a los argumentos que se enuncian a continuación.

Aunque esta sentencia contiene argumentaciones fundamentadas y fundamentales para diversos temas tratados en el presente trabajo, aquí me referiré, en pro de la coherencia del capítulo, solo a los argumentos relativos a las leyes consideradas de amnistía.

ii) Examen de las leyes

El Tribunal examina si las leyes 23.492 y 23.521 pueden considerarse “obstáculos para la persecución penal de hechos cometidos en el marco del sistema clandestino de represión”. Tras un examen detallado de la validez jurídica de las leyes en cuestión desde diversas perspectivas, el juez opta por considerar esa validez según los efectos inmediatos o directos de las leyes, es decir: “la imposibilidad de llevar a cabo investigaciones penales respecto de la gran mayoría de los hechos cometidos en el marco del sistema clandestino de represión (1976-1983) y la impunidad de los autores y partícipes en tales hechos. En consecuencia, teniendo en cuenta sus efectos concretos bien puede considerarse a las dos normas mencionadas como **leyes de impunidad**”.¹³⁹⁴

Vemos claramente en el texto de este fallo la asociación entre amnistía e impunidad, como leyes consideradas de amnistía se convierten en leyes de impunidad.

El juez parte de una premisa: “Las leyes de ‘punto final’ y ‘obediencia debida’ están dirigidas a procurar la impunidad de crímenes contra la humanidad. Sin embargo frente al derecho internacional son ineficaces”.¹³⁹⁵

¹³⁹⁴ *Ibíd*em, p. 611.

¹³⁹⁵ *Ibíd*em, p. 613.

Con el objeto de demostrar esto último, parte del reconocimiento de la primacía de los tratados sobre las leyes, recordando la disposición constitucional que ya hemos citado en diversas partes de este trabajo (artículo 75 inciso 22), y diversos fallos de la Corte Suprema, que reconocían dicha jerarquía superior incluso con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, que la consagra expresamente. A continuación realiza un interesante análisis en el que confronta las leyes de impunidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura.

Respecto de la Convención Americana, deduce del artículo 1 dos obligaciones, la de respeto y la de garantía de los derechos protegidos por la misma.¹³⁹⁶

La primera obligación, según el fallo, se traduce en el deber del Estado de no menoscabar los derechos reconocidos por la Convención mediante el ejercicio del poder estatal. Y se remite a una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que se afirma:

“El sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen [...]. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal” (del párrafo 21 de la citada opinión).¹³⁹⁷

De esto deduce la obligación del Estado de “no hacer”, y, en relación con las leyes objeto de examen, es evidente que no debía haberlas dictado.

La segunda obligación, la de garantizar el goce y ejercicio de los derechos protegidos por la Convención, implica la asunción de las obligaciones de prevenir,

¹³⁹⁶ El texto del artículo 1 dice: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

¹³⁹⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva (OC- 6/86) del 9 de mayo de 1986.

investigar y sancionar las violaciones de los derechos pertinentes. Se remite en apoyo de esta interpretación a numerosos casos sustanciados ante la Corte Interamericana.¹³⁹⁸

También analiza las obligaciones que impone a los Estados el artículo 2 de la Convención, que citaré a continuación dada la pertinencia directa al tema de las leyes en cuestión.

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Esta disposición es objeto de una interesante interpretación. El juez entiende que implica la obligación del Estado de revisar la legislación vigente para adecuarla a los compromisos asumidos “y, en su caso *derogar* aquellas disposiciones que sean incompatibles con los tratados”.

Se remite en este contexto a otra Opinión Consultiva de la Corte Interamericana titulada: “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”

En esta Opinión Consultiva se reafirma la interpretación *a contrario sensu*: si se ha contraído la obligación de adoptar determinadas medidas, con mayor razón también se ha contraído la obligación de no adoptar medidas que impidan la adopción de aquellas objeto de la primera obligación.

¹³⁹⁸ *Godínez Cruz*, sentencia del 30 de enero de 1989, párr. 173; *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988; *Caballero Delgado y Santana*, sentencia del 8 de diciembre de 1995, párr. 56; *El Amparo*, sentencia del 14 de septiembre de 1996, párr. 6 del voto del juez Cançado Trinidad; *Loayza Tamayo*, sentencia del 17 de septiembre de 1997, punto dispositivo 3, entre otros.

“La Corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado”.¹³⁹⁹

También se remite el juez a un caso examinado por la Comisión Interamericana y que guarda un paralelismo con el caso argentino. Se trata del caso *Carmelo Soria Espinoza*, donde se consideraba la compatibilidad de una ley de amnistía con los derechos reconocidos por la Convención en los artículos 8 y 25. En este caso, la Comisión precisó que “la violación a la Convención que produce una ley manifiestamente contraria al contenido de dicho instrumento internacional, está dada no sólo por la expedición y vigencia de esa ley sino también por su aplicación por los órganos judiciales”.¹⁴⁰⁰

Otro punto de importancia examinado en este caso, y que ha sido muy debatido en otros ámbitos, es la necesidad de recurrir al derecho penal para lograr la “efectiva realización de los derechos humanos”. La Comisión es categórica en ese sentido, incluso alegando motivos preventivos: “Desde el punto de vista estrictamente preventivo, esta Comisión estima que un elemento indispensable para obtener la reconciliación nacional y evitar así la repetición de los hechos acaecidos, sería el ejercicio completo, por parte del Estado, de sus facultades punitivas”.¹⁴⁰¹

La sentencia argentina continúa la confrontación con los demás instrumentos. Respecto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, dado que este, prácticamente, establece los mismos derechos y obligaciones establecidos en la Convención Americana, traslada los razonamientos efectuados en relación con esta última.

¹³⁹⁹ Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, (La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, del 28 de mayo de 1999).

¹⁴⁰⁰ *Carmelo Soria Espinoza vs. Chile*, caso 11.725, Informe n.º 19/03, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Rev. 2 (2003).

¹⁴⁰¹ *Ibidem*.

En este contexto se remite a las observaciones realizadas por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en oportunidad del análisis del segundo informe periódico presentado por Argentina en virtud del artículo 40 del Pacto. Entre los “factores y dificultades que afectan a la implementación del Pacto”, “el Comité observa que los compromisos asumidos por el Estado parte con respecto a su pasado autoritario reciente, especialmente la Ley de Obediencia Debida y la ley de Punto Final y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son incompatibles con las exigencias del Pacto”.¹⁴⁰²

El juez llega a la conclusión de que “las leyes deben ser declaradas inválidas a la luz de lo estipulado por este tratado internacional”.¹⁴⁰³

Con respecto a la confrontación con la Convención contra la Tortura, sostiene el mismo argumento que suele sostenerse respecto del delito de genocidio; aclara que: “no tuvo por objeto crear un crimen nuevo. Se partió de la base de que la tortura era ya un crimen ampliamente reconocido por el derecho de gentes. Este instrumento reiteró la prohibición de la tortura e insistió en la necesidad de que los responsables no queden sin sanción penal”.¹⁴⁰⁴

La conclusión del Comité es sumamente elocuente respecto de la conducta de los gobiernos democráticos frente al pasado criminal de los gobiernos anteriores: “El Comité observa con preocupación que fue la autoridad democráticamente elegida y posterior al gobierno militar la que promulgó las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, esta última después de que el Estado hubiese ratificado la Convención contra la Tortura y solo 18 días antes de que esta

¹⁴⁰² Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comentarios sobre el informe de Argentina, documento CCPR/C/79/Add.46, 3 de octubre de 1995, párr. 146.

¹⁴⁰³ Fallo, p. 627.

¹⁴⁰⁴ *Ibidem*. El argumento sostenido por el juez fue también afirmado por el Comité contra la Tortura: “ya antes de la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura existía una norma general de derecho internacional que obligaba a los Estados a tomar medidas eficaces para impedir la tortura y para castigar su práctica. Ahora bien, parece, que la Ley argentina Nro. 23521 sobre Obediencia Debida indulta a los reos de actos de tortura perpetrados durante la ‘guerra sucia’”.

Convención entrara en vigor. El Comité considera que esta actuación es incompatible con el espíritu y los propósitos de la Convención”.¹⁴⁰⁵

La preocupación manifestada por el Comité tiene su razón de ser dado el comportamiento del Estado argentino. El juez recuerda: la Convención fue suscrita en el año 1984; luego, mediante la ley 23.338 (del 30 de julio de 1986) el Congreso Nacional aprobó el tratado y el 24 de septiembre de 1986 el gobierno argentino depositó en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el instrumento de ratificación. Tanto la ley de "Punto Final" como la ley de "Obediencia Debida" fueron aprobadas con posterioridad a esas fechas: la ley 23.492 fue aprobada el 23 de diciembre de 1986 y la ley 23.521 fue aprobada el 4 de junio de 1987, es decir, aproximadamente dos semanas antes de la entrada en pleno vigor de la Convención”.¹⁴⁰⁶ Esta actuación de Argentina viola también el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que estipula: “Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado: o b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente”.

Concluye el juez respecto de la Convención contra la Tortura que las leyes en cuestión “violaron el objeto y fin de la Convención”.¹⁴⁰⁷

El último punto analizado en este fallo es el relativo al ejercicio de la suma del poder público previsto en el artículo 29 de la Constitución:

“El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni

¹⁴⁰⁵ Comunicaciones Nos. 1/1988, 2/1988 y 3/1988.

¹⁴⁰⁶ Fallo, p. 628.

¹⁴⁰⁷ Fallo, p. 629.

la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria”.

Como señala el juez, no cabe duda alguna de que la Junta Militar que tomó el poder el 24 de marzo de 1976 asumió la suma del poder público, se arrogó facultades extraordinarias, “avasallando todas las garantías constitucionales, de manera que la vida, el honor y la fortuna de los argentinos quedaron a merced de la voluntad del gobierno ilegítimamente constituido”.¹⁴⁰⁸ Las leyes de impunidad “son asimilables a amnistías que consagran la impunidad de hechos que, como en el caso, constituyeron delitos cometidos en el ejercicio de la suma del poder público”.¹⁴⁰⁹ Se pregunta entonces el juez: ¿el ejercicio de la suma del poder público o de facultades extraordinarias puede ser amnistiado?

Se remite a varios fallos de la Corte Suprema que determinan la imposibilidad de amnistiar a quienes ejercieron la suma del poder público o facultades extraordinarias, y mucho más en caso de que hayan cometido delitos por los que “*la vida, el honor o las fortunas de los argentinos*” quedaron enteramente a su merced.

La sentencia concluye declarando la invalidez del artículo 1 de la ley 23.492 y de los artículos 1, 3 y 4 de la ley 23.521 por ser incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1, 2, 8 y 25), la Declaración Americana de Derechos Humanos (artículo XVIII), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 y 9), y con el objeto y fin de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 18 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados). Asimismo declara “la

¹⁴⁰⁸ Fallo, p. 631.

¹⁴⁰⁹ Fallo, p. 632.

inconstitucionalidad y la nulidad insanable del artículo 1 de la ley 23.492 y de los arts. 1, 3 y 4 de la ley 23.521 (artículo 29 de la Constitución Nacional)".¹⁴¹⁰

Luego de ello se dictó el procesamiento con prisión preventiva.

La defensa de Julio Héctor Simón planteó la excepción de falta de acción, que fue rechazada por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, con fecha 9 de noviembre de 2001. No obstante, dicha Sala confirmó la decisión del juez de grado en cuanto había declarado inválidos e inconstitucionales los artículos 1° de la Ley 23.492 de punto final y 1°, 3° y 4° de la Ley 23.521 de obediencia debida, y había citado a prestar declaración indagatoria a Julio Héctor Simón (expediente 17.889).

La principal consecuencia de esta sentencia fue la promulgación de la Ley 25.779,¹⁴¹¹ el 2 de septiembre de 2003, por la que se declaran insanablemente nulas las Leyes 23.492 y 23.521. El precedente legislativo anterior fue la Ley 24.952,¹⁴¹² por las que se derogaron esas mismas leyes, lo que era insuficiente dado que se consideraban efectivas desde el momento de su promulgación hasta el de la derogación, no cumpliendo la finalidad perseguida.

Contra ambas decisiones el procesado dedujo el recurso extraordinario federal, que fue declarado inadmisibile con el argumento de que la presentación carecía de la fundamentación autónoma y se dio lugar a la queja, por la que llegó a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia. A continuación reproduzco los párrafos de la sentencia de la Corte que resultan más pertinentes al tema tratado.¹⁴¹³

“Las leyes 23.492 y 23.521 fueron posteriores a la ratificación argentina de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y conforme a las

¹⁴¹⁰ Fallo, p. 636.

¹⁴¹¹ Promulgada el 2 de septiembre de 2003.

¹⁴¹² Promulgada el 15 de abril de 1998.

¹⁴¹³ CSJN, caso *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. s/ Recurso de hecho*, causa n.º 17.768, Sentencia de 14 de junio de 2005.

obligaciones asumidas por la República en ese acto, el Congreso Nacional estaba impedido de sancionar leyes que las violasen”.¹⁴¹⁴

“Las leyes de "punto final" y "obediencia debida" no sólo desconocen las obligaciones internacionales asumidas en el ámbito regional americano sino incluso las de carácter mundial, por lo cual se impone restarles todo valor en cuanto a cualquier obstáculo que de éstas pudiera surgir para la investigación y avance regular de los procesos por crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio de la Nación Argentina”.¹⁴¹⁵

“[...] no se puede obviar que el propio Congreso Nacional sancionó la ley 25.779 que las declara insanablemente nulas, aplicando a su respecto las palabras que el texto constitucional reserva para los actos previstos en su artículo 29, ley que forma parte del derecho positivo vigente”.¹⁴¹⁶

“La sanción de la ley 25.779 elimina toda duda respecto de la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 y permite resolver las dificultades que podría generar la diferencia de criterios en el sistema de control difuso de constitucionalidad que nos rige. Además, brinda al Poder Judicial la seguridad de que un acto de tanta trascendencia, como es la inexecutable de dos leyes penales nacionales, la reafirmación de la voluntad nacional de ejercer en plenitud la soberanía y la firme decisión de cumplir con las normas internacionales a cuya observancia se sometió en pleno ejercicio de esa soberanía, resulte del funcionamiento armónico de los tres poderes del Estado y no dependa únicamente de la decisión judicial”.¹⁴¹⁷

“[...] a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda

¹⁴¹⁴ Votos de los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti.

¹⁴¹⁵ Voto del juez Zaffaroni.

¹⁴¹⁶ *Ibidem*.

¹⁴¹⁷ *Ibidem*.

derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de crímenes contra la humanidad”.¹⁴¹⁸

La Corte resolvió:

“Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina”.¹⁴¹⁹

2.3.5. El caso español

Fue la Ley de Amnistía de octubre de 1977 una de las primeras medidas políticas aprobada por el nuevo gobierno democrático. Como dice Aguilar, con ella se consiguieron dos cosas: “En primer lugar, vaciar las prisiones de presos políticos de la oposición, incluso de aquéllos que habían cometido delitos de sangre. En segundo lugar, también se aprobó, si bien con una gran opacidad, una suerte de ley de “punto final” para los responsables políticos del régimen anterior”.¹⁴²⁰

“Artículo primero.

I. Quedan amnistiados:

- a) Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis.

¹⁴¹⁸ Fallo, párr. 31.

¹⁴¹⁹ *Ibidem*, tercer párrafo resolutivo.

¹⁴²⁰ AGUILAR FERNÁNDEZ, P. «Justicia, Política y Memoria: los legados del franquismo en la transición española», en A. Barahona de Brito (comp.), *Las políticas hacia el pasado: los legados del franquismo en la transición española*, Madrid: Istmo, 2002, p. 158.

b) Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España.

c) Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el seis de octubre de mil novecientos setenta y siete, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas”.

Sin embargo, no ha quedado claro qué se entendía por “intencionalidad política”. Garcés señala que “la Ley 46/1977 no establece ningún criterio legal para determinar cuáles son los delitos de intencionalidad o de naturaleza política. No los definía el Código penal, ni el de Justicia Militar ni el de la Marina de Guerra”.¹⁴²¹

Las disposiciones que plantean el problema de la amnistía de crímenes internacionales, es decir, los perpetrados al amparo del Estado, son los apartados e) y f) del artículo II:

“Artículo segundo.

En todo caso están comprendidos en la amnistía:

e) Los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley.

f) Los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas”.

¹⁴²¹GARCÉS, J., *La ley española 46/1977, de amnistía, mas citada que leída, no tiene por objeto actos de naturaleza genocida y lesa humanidad*. Disponible en <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=105976&titular=la-ley-de-amnist%EDa-m%E1s-citada-que-le%EDda-no-tiene-por-objeto-actos-de-naturaleza-> Una sola norma diferenciaba los delitos políticos de los no políticos, a los solos efectos del distinto trato que deben recibir los presos políticos de los comunes, y era la Ley de 15 de febrero de 1873, siguiendo la clasificación que se refiere al Código penal de 1870.

Hay autores que consideran que la Ley de amnistía de 15 de octubre de 1977 no fue contraria al derecho internacional vigente en el momento de su promulgación. Por ejemplo, Gil Gil sostiene que la obligación de perseguir penalmente las violaciones de los derechos fundamentales, que cabe deducir del artículo 2, párrafos 1 y 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos, de 1966, no resultaba aplicable a las violaciones producidas antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado de que se trate. (En España entró en vigor en el país el 27 de julio de 1977).¹⁴²² La autora alega que “el derecho al recurso solo nace desde que una violación del Pacto ha sido establecida, y para establecer una violación del Pacto tiene que estar vigente el Pacto en el momento de la violación [...]”, por lo que deduce, respecto de la ley de amnistía que, “aunque la amnistía es posterior a la adhesión de España al Pacto, las violaciones de derechos humanos que darían origen al nacimiento de la obligación del artículo 2.3 son anteriores, por lo que al no poder afirmarse que las mismas constituyen una violación del Pacto, tampoco el no poner a disposición de la víctima un recurso judicial efectivo por ellas lo es”. Creo entender de esta frase que de conformidad con el Pacto las violaciones de derechos humanos más graves, si tienen lugar antes de la entrada en vigor del Pacto, no pueden estar en disconformidad con el mismo. Esta afirmación supone que el Pacto no existía antes de su entrada en vigor para España.

Sin embargo, hay algo insuficiente en esa descripción de la validez del Pacto. Este no solo existía para todos los países que se habían adherido a él, que lo habían ratificado. Como instrumento internacional, el Pacto existía para la comunidad internacional en su conjunto (expresión utilizada en la Convención de Viena, entre otros instrumentos, muy criticada pero muy significativa). La no ratificación por un país no significa la no existencia del instrumento internacional. Si fuese así, el país no podría entonces ni siquiera debatir la posibilidad de ratificarlo o de adherirse. Cabe preguntarse ¿acaso el Pacto y las violaciones cometidas con anterioridad a su

¹⁴²² GIL GIL, A., «Justicia transicional en España», en J. Tamarit Sumalla (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona: Atelier, 2010, p. 164. La autora se apoya en Comunicaciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas respecto de Argentina y Chile que declaran la irretroactividad del Pacto en relación con asesinatos y desapariciones.

entrada en vigor no tienen ningún punto de contacto? Me resulta difícil aceptar esta conclusión.

Gil Gil afirma que en 1977, año de la Ley de Amnistía, no existía ningún instrumento internacional que obligara a España a la persecución penal y, por lo tanto, prohibiese una amnistía. Solo quedaría la aceptación de la existencia de una norma consuetudinaria de *ius cogens*, pero que la autora citada no acepta por la falta de una práctica de los Estados y de una *opinio iuris* que considera inexistentes en esa época. Pero, como hemos visto en el capítulo pertinente, el *ius cogens* no se reduce a la confluencia de la práctica y la *opinio iuris*.

Otra postura adopta Garcés, para quien la ley de amnistía debe interpretarse a la luz del Pacto citado así como de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el momento de ratificar el Pacto, España no había formulado ninguna reserva, por lo que la aplicación de dicho instrumento “resulta imperativa en virtud del artículo 96, párrafo 1 de la Constitución de 1978”.¹⁴²³ Vale la pena reproducir nuevamente el artículo 15, párrafo 2 del Pacto: “Nada de lo dispuesto en este artículo [que enuncia el principio de legalidad] se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos y omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

Sostiene Garcés que la “excepción política” no es admisible en el caso de los crímenes a que se refiere la disposición arriba citada del Pacto. También invoca en favor de su postura algunas disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de las que me parece más pertinente el artículo 27, titulado “El derecho interno y la observancia de los tratados”, que dice: “Una parte

¹⁴²³ GARCÉS, J., «Los crímenes de lesa humanidad en España ante el Tribunal Supremo», en J.M. Tamarit Sumalla (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, op. cit., p. 177. El texto del artículo 96.1: “Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados y de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”. Por otra parte se remite también a las sentencias del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1985 y 14 de febrero de 1991, en las que se afirma la primacía del Tratado internacional sobre la ley interna.

no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. También recuerda Garcés, entre otras, la Decisión del TEDH en el caso *Ould Dah vs. Francia*, donde el Tribunal ha dicho que “[a]l igual que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el TPIY, considera que la amnistía es generalmente incompatible con el deber que tienen los Estados de investigar tales actos [...]. No cabe cuestionar la obligación de perseguir tales hechos concediendo la impunidad a su autor mediante la adopción de una ley de amnistía susceptible de ser calificada de abusiva respecto del derecho internacional”.¹⁴²⁴

Garcés menciona el escrito del Ministerio Fiscal dirigido a la Audiencia Nacional el 21 de octubre de 2008, en el que se hace valer la Ley de Amnistía contra el Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 5, en el que el juez Garzón se declaró competente para investigar los crímenes cometidos durante el franquismo. El texto del escrito del Fiscal referido a la Ley de Amnistía es el siguiente:

“Cabe señalar, además, que pese a su condición de ley preconstitucional y a su eficacia temporal, pues sus efectos dejaron de producirse, en parte, en el año 1978, al entrar en vigor la Constitución Española, la norma tuvo plena efectividad y vigencia jurídica hasta ese momento, con aplicación a situaciones nacidas con anterioridad a su vigencia y que no habían producido efectos jurídicos en el momento de su entrada en vigor. Esto es lo que constitucionalmente se llama retroactividad tácita o aplicación inmediata de las normas jurídicas, que aplicado al caso supondría la aplicación a un hecho jurídico -ilícito penal cometido no perseguido hasta la fecha y con posibles responsabilidades no extinguidas- de una consecuencia jurídica inmediata: la extinción de la responsabilidad penal una vez entrada en vigencia. Es decir, que aun en el supuesto de que se considerara el dato de la desaparición física de la persona como elemento que determinara la inexistencia de la extinción de la responsabilidad civil por prescripción, ello también implicaría la aplicabilidad de la ley de Amnistía a estos delitos, toda

¹⁴²⁴ TEDH, caso *Ould Dah vs. Francia*, Sentencia sobre admisibilidad, de 3 de marzo de 2009. Demanda n.º 13113/03.

vez que precisamente, se encaminaba a acabar con las posibles responsabilidades pendientes en el momento de los hechos”.¹⁴²⁵

“Por otra parte, no es cierto que dicha ley se limitara exclusivamente en su aplicación a los llamados delitos políticos. Se utilizó también para delitos comunes, como asesinatos y secuestros, con motivación política (que en nada se diferencian de los sometidos a este proceso): es bien sabido que miembros de diferentes organizaciones terroristas con crímenes de sangre se beneficiaron de sus efectos y extinguieron sus responsabilidades, precisamente, gracias a la acción de esa ley”.¹⁴²⁶

Es interesante señalar que el Fiscal tiene en cuenta las leyes “de amnistía” que se han promulgado en otros países, y diferencia de ellas a la ley española remitiéndose a su gestación, es decir, un proceso indiscutiblemente democrático, en el que participaron todas las fuerzas políticas. Es interesante porque se apoya para sostener la legitimidad de la ley frente a la ilegitimidad de las otras leyes con las que la compara en un argumento que, si bien ha sido tenido en cuenta en la jurisprudencia cuando se ha referido a las amnistías, es de carácter político, más que jurídico, dado que el efecto jurídico de la amnistía es el mismo, aunque haya sido el resultado de un consenso político.¹⁴²⁷ Recuerda que en todas las sentencias que cita, la nulidad de las leyes de amnistía se fundamentaba “tanto en la condición o calidad de los órganos de los que emanaba (los propios regímenes autoritarios

¹⁴²⁵ Recurso de apelación directo ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en las diligencias previas 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción n.º 5, p. 33.

¹⁴²⁶ *Ibidem*.

¹⁴²⁷ El Fiscal se remite a diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: sentencia de 14-3-2001 (caso *Barrios Altos o Chumbipuma Aguirre vs. Perú*), sentencia de 29-9-2006 (caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*), y sentencia de 29-11-2006 (caso *La Cantuta vs. Perú*). En todas ellas la nulidad de las leyes de amnistía “se fundamentaba tanto en la condición o calidad de los órganos de los que emanaba (los propios regímenes autoritarios dictaban normas para evitar la persecución de los crímenes), como en el riesgo para la paz social que en algunos períodos provenía de los estamentos militares, y muy particularmente en la finalidad que se perseguía con tales leyes, que no era otra que sustraer de la acción de la justicia a los responsables de las violaciones más graves a los derechos humanos y garantizar la impunidad de tales crímenes. En resumen, eran en realidad leyes de autoamnistía que emanaban de los propios poderes represores o que se imponían de facto mediante la amenaza militar en situaciones de fragilidad democrática”. *Ibidem*, p. 34.

dictaban normas para evitar la persecución de los crímenes), como en el riesgo para la paz social que en algunos períodos provenía de los estamentos militares”. No obstante esta diferencia evidente con la ley española, a continuación hace hincapié en la finalidad perseguida, y en ello no veo la diferencia, dado que dice que esta finalidad “no era otra que sustraer de la acción de la justicia a los responsables de las violaciones más graves a los derechos humanos y garantizar la impunidad de tales crímenes”. Es decir, si bien es cierto que “las otras” leyes “eran en realidad leyes de autoamnistía que emanaban de los propios poderes represores o que se imponían de facto mediante la amenaza militar en situaciones de fragilidad democrática”,¹⁴²⁸ sus efectos jurídicos no diferían de los de la ley española: la impunidad de los graves crímenes cometidos.¹⁴²⁹

Hay autores que consideran que la transición española fue un modelo, y consideran que la ley de amnistía fue la expresión de esa transición modélica, porque consideran que fue fruto de un consenso político libremente obtenido. “El caso español es único dentro de las transiciones a la democracia, por el hecho de que hubo una decisión deliberada y consensuada de evitar la justicia transicional”, observa Elster. Sin embargo, este autor formula esta observación con un espíritu crítico porque la califica como ley de “punto final” y la considera muy excepcional dado que, “en los hechos esta decisión consensuada de ignorar el pasado no tuvo imitadores directos”.¹⁴³⁰

Otros, en cambio, dicen que tal consenso no existió, porque la transición “se desarrolló bajo la amenaza permanente de un golpe militar; en aquellos momentos

¹⁴²⁸ *Ibíd.*

¹⁴²⁹ Coincide con esta observación Chinchón Álvarez quien señala respecto de la afirmación del Fiscal arriba citada: “lo que resulta difícilmente sostenible al día de hoy, al menos desde una perspectiva jurídica-internacional, es la valoración de la norma interna que fuere en función de quien la ha aprobado, o en atención a sus pretendidos motivos, supuestas presiones o respaldos, y no así sobre la base de su estricto contenido”. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «Justicia transicional, Memoria Histórica, y responsabilidad internacional del Estado: Un análisis general a propósito del cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales en juego después de más de tres décadas del inicio formal de la transición política española», en *Revista de derecho de Extremadura*, n.º 4 (200): 49-74.

¹⁴³⁰ ELSTER, J., *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, traducido por E. Zaidenweg. Buenos Aires: Katz 2006, pp. 80-81.

se trataba de salir del túnel; la relación de fuerzas no permitía construir un discurso sobre el carácter criminal del franquismo y de quienes retenían el poder en las instituciones y en los aparatos de represión y control, interlocutores en la negociación”.¹⁴³¹ Podría refutarse esto diciendo que refleja una percepción de la situación política, que no todos la experimentaron de esa forma, etc. No obstante, el autor citado esgrime un argumento que se basa en la propia Ley, y se remite al artículo 9 de la misma, cuyo texto dice:

“La aplicación de la amnistía, en cada caso, corresponderá con exclusividad a los jueces, tribunales y autoridades judiciales correspondientes, quienes adoptarán, de acuerdo con las leyes procesales en vigor y con carácter de urgencia, las decisiones pertinentes en cumplimiento de esta ley, cualquiera que sea el estado de tramitación del proceso y la jurisdicción de que se trate. La decisión se adoptará en el plazo máximo de tres meses, sin perjuicio de los ulteriores recursos, que no tendrán efectos suspensivos. La amnistía se aplicará de oficio o a instancia de parte, con audiencia, en todo caso, del Ministerio Fiscal. La acción para solicitarla será pública”.

Es decir, la aplicación de la Ley exige que haya un proceso penal. Como hace notar Sáez Valcárcel, “la ley no extingue responsabilidad alguna pues exige la mediación jurisdiccional [...]. La afirmación de que los crímenes de la represión se extinguieron por la promulgación de la ley es una interpretación contra el texto del precepto”.¹⁴³²

La referencia más clara para cerciorarnos de la legitimidad y legalidad internacional de la Ley de Amnistía es recurrir a los informes de Naciones Unidas, concretamente los informes sobre España del Comité de Derechos Humanos, encargado de vigilar la aplicación de las disposiciones del Pacto en los países miembros.

¹⁴³¹ SÁEZ VALCÁRCEL, R., «Los jueces y el aprendizaje de la impunidad, a propósito de los crímenes del franquismo», en *Mientras tanto*, n.º 114, (2010), pp. 41-72.

¹⁴³² *Ibidem*.

“9. El Comité, aunque ha tomado nota de la decisión reciente de la Audiencia Nacional de examinar la cuestión de los desaparecidos, está preocupado por el mantenimiento en vigor de la Ley de Amnistía de 1977. El Comité recuerda que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y señala a la atención del Estado parte sus observaciones generales n.º 20, según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto,¹⁴³³ y n.º 31, sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto. El Comité, aunque toma nota con satisfacción de las garantías dadas por el Estado parte en el sentido de que la Ley de la Memoria Histórica prevé que se esclarezca la suerte que corrieron los desaparecidos observa con preocupación las informaciones sobre los obstáculos con que han tropezado las familias en sus gestiones judiciales y administrativas para obtener la exhumación de los restos y la identificación de las personas desaparecidas.

El Estado parte debe: a) considerar la derogación de la Ley de Amnistía de 1977; b) tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales; c) prever la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura, y d) permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas”.¹⁴³⁴

¹⁴³³ En efecto, el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos dice: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”. Como señala Sáez Valcarcel, el Pacto entró en vigor en España en julio de 1977, meses antes de la ley de amnistía.

¹⁴³⁴ Comité de Derechos Humanos, 94º período de sesiones, Ginebra, 13 a 31 de octubre de 2008, Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 40 del Pacto, España. Naciones Unidas, documento CCPR/C/ESP/CO/5 de 27 de octubre de 2008.

El texto del informe es suficientemente elocuente. Además, aunque muchos instrumentos internacionales que serían incompatibles con la amnistía no hayan sido ratificados por el Estado español sino con posterioridad a la ley, y a los hechos, siempre cumplen una función interpretativa del derecho interno, de conformidad con el artículo 10, párrafo 2 de la Constitución española, que dice: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Uno de esos derechos es “el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”, derecho previsto en el artículo 24 de la Constitución.

En este momento, ante el TEDH, se encuentra una demanda interpuesta en defensa de un grupo nacional español y presentada en aplicación del artículo 34 de la Convención Europea de Derechos Humanos.¹⁴³⁵

En la parte introductoria, dicha demanda dice: “Los recurrentes están reconocidos como partes acusadoras en las Diligencias Previas N.º 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional sobre actos de genocidio y lesa humanidad impunes en España, y plantean en la presente Demanda una cuestión de interés general -el sistema y la práctica jurídica del Reino de España en cuanto a la impunidad de dichos crímenes, en manifiesta infracción del CEDH- y, también, de interés personal en tanto que víctimas directas o sucesores de éstas”.¹⁴³⁶ En el momento en que he redactado este texto se encontraba aún pendiente de decisión.

¹⁴³⁵ “El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”.

¹⁴³⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, n.º de demanda 37853/10.

2.3.6. El aporte no gubernamental

a) Directrices sobre la amnistía

Cassel señala la mayor libertad de la que goza la comunidad internacional para actuar en contra de la impunidad que los Estados que acaban de transitar de un régimen totalitario o represor a un régimen democrático. Por lo menos tiene la libertad de no aceptar como defensa ante los tribunales internacionales la amnistía concedida en el ámbito nacional. Y destaca la gran influencia que puede ejercer la actitud de la comunidad internacional en los gobiernos nacionales si fija claros límites respecto de los crímenes que pueden o no ser amnistiados.¹⁴³⁷ Con ese propósito, sugiere como una forma más flexible y fácil de aplicar que la concertación de tratados el establecimiento de directrices sobre la amnistía.

Si bien las directrices pueden formularse en términos bastante categóricos, se trata de “*soft law*”¹⁴³⁸ que permite la flexibilidad necesaria para proceder con prudencia teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Aunque no descarta por ello la necesidad de establecer claros límites bien definidos sobre las amnistías que pueden ser aceptadas o propuestas por los funcionarios o delegados de las Naciones Unidas y de la OEA.¹⁴³⁹

Sobre todo insiste en que antes de autorizar cualquier actuación al margen o en contra de las directrices se exija que se indiquen razones extraordinarias, claramente determinadas, que lo justifiquen, tras ser aprobadas por altos funcionarios y ser objeto de opinión jurídica respecto de todos los tratados y jurisprudencia aplicables.¹⁴⁴⁰ Un enfoque semejante respondería a una concepción

¹⁴³⁷ CASSEL, D., «Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities», *op. cit.*, p. 204.

¹⁴³⁸ Para el significado de la expresión, véase: Chinkin, C.M., “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, en *International and Comparative Law Quarterly*, 38 INT’L COMP. L.Q. 850 (1989); y Gruchalla-Wesierski, T., “A Framework for Understanding Soft Law”, en *McGill Law Journal*, 30 MCGILL L.J. 37 (1984).

¹⁴³⁹ CASSEL, D., «Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities», *op. cit.*, p. 207.

¹⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 229.

del derecho internacional como un proceso, en constante evolución, de adopción fundamentada de decisiones, en el que los criterios jurídicos no servirían meramente como límites mecánicos, sino como metas de orden público expresamente postuladas, que reflejaran los valores de la dignidad humana que guían a los órganos normativos.¹⁴⁴¹

Del análisis de cuatro casos sustanciados entre 1988 y 1992 (Honduras, El Salvador, Uruguay y Argentina), Cassel deduce que, a reserva de las diferencias entre uno y otro, en los cuatro casos la Comisión Interamericana alcanzó el mismo resultado: las amnistías violaban al menos tres, y tal vez cuatro, diferentes obligaciones del Estado dimanantes de la Convención Americana.¹⁴⁴²

La primera, la de “respetar los derechos humanos”, de la que se deriva la de investigar su violación¹⁴⁴³; la segunda, la de permitir a las víctimas participar en el proceso penal, obligación que se deriva del párrafo 1 del artículo 8¹⁴⁴⁴; la tercera, la obligación de respetar los derechos de las víctimas y sobrevivientes a una adecuada compensación, también derivada del párrafo 1 del artículo 1; y, la cuarta, la obligación de garantizar el derecho a la protección judicial, dimanante del

¹⁴⁴¹ Recuerda este autor las directrices generales publicadas por la Comisión Interamericana en 1986 sobre la responsabilidad de los gobiernos democráticos de investigar y reparar las violaciones de derechos humanos perpetradas por los regímenes que los precedieron.¹⁴⁴¹ A pesar de que la Comisión consideró que solo las instituciones democráticas -normalmente el poder legislativo- pueden determinar la procedencia y el alcance de una amnistía, sentó dos directrices claras: solo tienen validez jurídica las amnistías pronunciadas por órganos elegidos en forma democrática, y las autoamnistías concedidas por el mismo régimen infractor no tienen ninguna validez.

¹⁴⁴² CASSEL, D., «Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities», *op. cit.*, p. 212.

¹⁴⁴³ Artículo 1. “1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

¹⁴⁴⁴ Artículo 8. “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

artículo 25.¹⁴⁴⁵ Deduce este autor que los Estados no pueden amparar el incumplimiento de sus obligaciones dictando leyes de amnistía.

Sin embargo, en ese momento quedaba sin determinar si los Estados estaban obligados a enjuiciar y castigar las graves violaciones de los derechos humanos.

Tras considerar los casos que resolvió la Comisión a partir de 1993 (El Salvador, 1993; Uruguay, 1994; Chile, 1996) Cassel llega a la conclusión de que después de los casos chilenos quedaron pocas dudas de que, para la Comisión, las amnistías por graves violaciones de los derechos humanos infringen varias disposiciones de la Convención. Quedaba también claro que nada que fuese menos que investigaciones judiciales encaminadas a identificar a los autores, indicar sus nombres y castigar a los culpables sería suficiente.¹⁴⁴⁶

Reafirmando su opinión a favor del establecimiento de directrices que orienten a los Estados en materia de amnistías, Cassel deduce de la jurisprudencia de la OEA, en líneas generales, varias directrices, sobre la base de los casos sustanciados durante los tres períodos indicados.

Hasta 1992, inclusive:

1. A fin de que sean válidas, deben ser adoptadas por órganos democráticos, en general, legislativos; las autoamnistías no son válidas;

2. No pueden impedir la investigación de violaciones conducente a desvelar la verdad a la sociedad, los sobrevivientes y los parientes de las víctimas;

3. No deben impedir que las víctimas participen o inicien los procedimientos judiciales;

¹⁴⁴⁵ Artículo 25".1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

¹⁴⁴⁶ CASSEL, D., «Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities», op. cit, p. 217.

4. No deben impedir ni limitar en la práctica el derecho de las víctimas o sobrevivientes a obtener una indemnización adecuada.

En 1994 se pueden incorporar las tres siguientes:

5. No se deben aplicar a los delitos contra la humanidad;

6. No se deben aplicar en perjuicio de la justicia ni para obstaculizarla;

7. No se deben conceder sin reconocimiento de la responsabilidad del Estado por las violaciones cometidas.

Y después de la publicación de los casos chilenos, a principios de 1997, se pueden agregar otras dos:

8. Las investigaciones deben intentar identificar a los responsables y nombrarlos, en caso contrario serían insuficientes;

9. Los Estados deben enjuiciar y castigar a los autores de graves violaciones de los derechos humanos: estas no pueden ser amnistiadas.

Con respecto a los tratados de derechos humanos concertados en esos años, por ejemplo, la Convención contra la Tortura y la Convención sobre Desaparición Forzada, afirma -lo que es muy interesante como pauta general de interpretación de los tratados- que, habida cuenta de que nada en el texto de los tratados, ni en el objeto y fin de los mismos, contempla las amnistías, cabe interpretar debidamente que las amnistías quedan excluidas de las violaciones de los derechos humanos protegidos por los tratados.¹⁴⁴⁷

Así como se consideran francamente inadmisibles las autoamnistías, como el Decreto ley argentino 22.924 citado, se observa una actitud de mayor tolerancia frente a las amnistías cuando son aprobadas por el órgano legislativo de un gobierno democrático o mediante un referéndum, como en el Uruguay.

¹⁴⁴⁷ CASSEL, D., «Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities», *op. cit.*, pp. 219- 221.

b) Los principios de Chicago

También en el ámbito del *soft law* encontramos Los Principios de Chicago sobre la Justicia posterior a los conflictos.¹⁴⁴⁸ El objetivo de este proyecto fue ofrecer “directrices básicas para elaborar y aplicar medidas destinadas a dar una respuesta a las atrocidades cometidas en el pasado” y “contribuir al movimiento internacional encaminado a dar una respuesta a las violaciones pasadas de los derechos humanos y el derecho humanitario”. En la introducción se afirma claramente que la justicia posterior a los conflictos se basa en el entendimiento de que la estabilidad y seguridad internas y la gobernanza democrática después de la “atrocidad” quedan fortalecidas por un compromiso frente a la justicia y la responsabilización.

En el contexto que estamos analizando en este punto, la admisibilidad de la amnistía, en la sección 3, titulada “Buscando un equilibrio entre la paz, la justicia y la reconciliación”, se señala la inadecuación e inexactitud de suponer que los países han de elegir entre la seguridad política y la omisión de toda respuesta a las atrocidades pasadas, o entre la inestabilidad política y la responsabilización y la reconciliación. Y se afirma que “una de las metas del movimiento hacia una justicia posterior a los conflictos es demostrar que la paz y la seguridad son complementarias”. Se explica esta afirmación diciendo que es muy común ver la paz simplemente como la ausencia de guerra, pero una paz auténtica requiere la creación de un fundamento positivo para el crecimiento social, político y económico, basado en el respeto de los derechos humanos fundamentales.

Los principios dedicados específicamente al tema de la amnistía estipulan lo siguiente: 1) los Estados no otorgarán amnistías generales para absolver a individuos de responsabilidad por genocidio, crímenes de guerra graves o crímenes contra la humanidad; 2) los Estados no pronunciarán sentencias puramente formales (*token*), ni emprenderán otras medidas destinadas a limitar

¹⁴⁴⁸ Son el resultado de un proyecto conjunto llevado a cabo, bajo la dirección de Bassiouni, por las siguientes instituciones: International Human Rights Law Institute, Chicago Council on Global Affairs, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Association Internationale de Droit Pénal.

en forma inequitativa la punición por graves violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario; 3) los Estados deberán limitar el otorgamiento de amnistías a las circunstancias en las que medidas de ese tipo sean necesarias para negociar el fin de un conflicto, con sujeción a las obligaciones dimanantes del derecho internacional; 4) los Estados que concedan amnistías o establezcan otros mecanismos para reducir la responsabilidad jurídica individual por crímenes pasados lo harán teniendo debidamente en cuenta el derecho internacional, y 5) los Estados deberán asegurar que las medidas de amnistía estén vinculadas a mecanismos específicos de responsabilización para desalentar la impunidad y apoyar los objetivos de la justicia post-conflictual.

c) Los Principios de Princeton

También en los círculos académicos se considera inadmisibles la amnistía de los delitos de lesa humanidad. Los Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal, fruto de la colaboración de dicha Universidad con la Asociación Americana de la Comisión Internacional de Juristas son explícitos al respecto, aunque no con una formulación absoluta. El principio 7, consagrado a las amnistías, contiene los dos párrafos siguientes:

“1. Las amnistías son en general incompatibles con la obligación de los Estados de establecer la rendición de cuentas por los graves crímenes de derecho internacional previstos en el párrafo 1 del Principio 1.

2. El ejercicio de la jurisdicción universal con respecto a los graves crímenes del derecho internacional previstos en el párrafo 1 del Principio 2 no se verá impedido por amnistías incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado que las concede”.¹⁴⁴⁹

¹⁴⁴⁹ PRINCETON UNIVERSITY (ed.), *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction (Princeton Principles)*, 2001. Disponible en www.princeton.edu/~lapa/unive_jur.pdf

3. Recapitulación

En este capítulo me he referido a los dos obstáculos que suelen oponerse al juzgamiento de los crímenes internacionales en los tribunales nacionales. La posición que se asuma en favor o en contra de esos obstáculos depende de la que se asuma respecto de la legalidad nacional frente a las normas internacionales y, en definitiva, de las relaciones entre derecho nacional y derecho internacional. Todo depende del grado de apertura de las fronteras jurídicas nacionales al derecho internacional. Pero la voluntad de esa apertura depende en realidad de la voluntad de perseguir penalmente los crímenes de los que nos ocupamos.

Tanto la prescripción como la amnistía tienen que ver con el tiempo. También guardan relación con el poder legislativo, dado que la prescripción del delito ya viene incorporada en la norma que lo prevé y la amnistía propiamente dicha suele plasmarse en una ley.

A pesar de ser dos instituciones cuya naturaleza jurídica es muy distinta, dado que una es netamente jurídica y la otra netamente política, sus finalidades coinciden. Como hemos visto, la prescripción busca estabilizar las relaciones que, sin ella, quedarían sujetas a la incertidumbre del proceso, a un período de indefinición. La amnistía también busca esa misma estabilidad evitando la incertidumbre del proceso, los períodos de indefinición.

Ambas instituciones cumplen la finalidad primordial del derecho, asegurar la continuidad de las relaciones. Es una continuidad que se da en el tiempo. Y por ello prescripción y amnistía se relacionan con el tiempo. Una prohíbe mirar demasiado hacia el futuro; la otra, mirar demasiado hacia el pasado.

En el caso de los crímenes internacionales, la clave está en el término que parecería más neutro de la frase: demasiado. Porque, cabe preguntarse, ¿cuánto es demasiado cuando se trata de crímenes tan graves? Por otra parte, el término indicado no tiene exactamente la misma connotación en una y otra institución.

En la prescripción, se refiere a la proyección de la mirada: no hay que dejar las relaciones en suspenso demasiado tiempo. En la amnistía, en cambio, se refiere

a la intensidad de la mirada: no hay que mirar demasiado profundamente en el pasado.

Pero a ese calificativo, demasiado, se le opone el otro, graves. Y la respuesta podría ser: nada es demasiado cuando se trata de crímenes tan graves. Ni siquiera el tiempo, pero sobre todo el tiempo.

El derecho es una hipótesis, no una certeza. Lo demuestra su propia formulación: si sucediera esto o lo otro entonces tal cosa. El “sucediera” pertenece al mundo de los hechos, de la contingencia. En el caso que estamos examinando, la comisión de graves crímenes, el derecho se encuentra ante un hecho que no había previsto, que no había hipotizado. En ese punto ha fallado. No puede seguir aplicando las instituciones previstas para otros hechos que sí ha previsto, cuando se encuentra ante hechos no previstos. Imprevistos jurídicamente. Esa actitud supone hacer decir a la ley lo que no dice. Hay una laguna, porque, naturalmente, es una ficción el hecho de que el derecho no tenga lagunas. Pero si hay una laguna en nuestro camino y creemos a rajatabla en la ficción, podemos hundirnos en la laguna. Precisamente nos hundiríamos cuando buscamos la estabilidad y la seguridad.

Las situaciones a las que se enfrenta el derecho al cruzar esta laguna, las de los crímenes internacionales (cometidos por el Estado mismo), son muy distintas de las situaciones de los demás delitos. El tiempo durante el que se podía entablar la acción ha comenzado mucho después del crimen, las facilidades para entablarla han sido proporcionadas incluso mucho después de que fuera posible entablar la acción, además de las otras razones que se han alegado en los juicios que han podido sustanciarse y se están sustanciando.

Pero hay otro calificativo muy importante que se puede oponer al “demasiado”: internacionales. Como hemos visto, hay en esos crímenes un elemento que los hace trascender, en cuanto a importancia y repercusiones, las fronteras nacionales. Interesa su represión a toda la comunidad de Estados. Y por ello están sujetos a normas internacionales que, a diferencia de las nacionales, los han previsto. Si sujetáramos a plazos nacionales la posibilidad de enjuiciar esos

crímenes de dimensiones internacionales, estaríamos atribuyendo a los Estados la posibilidad de eliminar la punibilidad prevista y aceptada en los instrumentos internacionales. Cada uno aplicaría sus propios plazos de prescripción; incluso si opta por suspenderlos mientras no sea posible entablar la acción pertinente, también el plazo de suspensión sería el fijado por cada país. El elemento internacional del crimen, no solo su gravedad, de la que deriva ese elemento, requiere una uniformidad de la reacción ante el crimen. No se trata de “punición infinita”, sino simplemente de imprescriptibilidad, que es una calificación jurídica, es decir, del derecho, en un mundo finito para seres finitos.

Los argumentos sobre la amnistía tocan el discurso político. Las razones que suelen aducirse de pacificación y reconciliación son razones de convivencia política. El dilema que se plantea es, entonces, un dilema entre razones jurídicas y razones políticas. En caso de que puedan separarse. Parecería que las razones políticas enarbolan la necesidad de paz, y las jurídicas las de justicia. No es mi intención contraponer paz y justicia, derecho y política, aunque sería muy interesante. He intentado abordar el tema desde la perspectiva jurídica. Es decir, desde las normas. Nos encontramos ante los dos calificativos: graves e internacionales. La gravedad de los crímenes puede llevarnos a sentir un profundo rechazo moral a tener en cuenta situaciones concretas en las que la amnistía parecería necesaria. Pero este argumento hace entrar en el discurso otro personaje, la moral, cuyas relaciones con el derecho ya han hecho correr muchos ríos de tinta, y que también recorren permanentemente el examen del tema de los crímenes internacionales.

En cuanto a la internacionalidad, la pregunta que cabe formular es la pregunta que recorre todo este trabajo: ¿puede una ley nacional oponerse a las normas internacionales? He intentado fundamentar una respuesta negativa. Si bien el derecho no puede manejarse con absolutos, el derecho internacional, como hemos visto, requiere cierta uniformidad. Se plantearía el mismo problema que hemos visto en el caso de los plazos de prescripción. Si cada país pudiera promulgar una ley de amnistía para los autores de los crímenes internacionales,

¿qué efectividad puede esperarse de las normas internacionales que prevén esos crímenes?

CAPÍTULO VI

LEGALIDAD NACIONAL Y LEGALIDAD INTERNACIONAL

1. Los conceptos

Comenzaré refiriéndome a la legalidad nacional y al principio correspondiente, para analizar luego, sobre la base de las fuentes, la legalidad internacional, y analizar la posibilidad de configurar una legalidad combinada que permita hacer frente a la necesidad de perseguir penalmente los crímenes internacionales.

1.1. Legalidad nacional

La doctrina de la legalidad estricta se origina en la oposición de los nobles a la arbitrariedad de los reyes y fue consagrada jurídicamente en la *Magna Carta libertatum* de 1215: “39. Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino”.¹⁴⁵⁰

¹⁴⁵⁰ “It is only through the legal judgment by his peers and on the strenght of the law of the land that a freeman must be apprehended or imprisoned or disseised or outlawed or exiled or in any other manner destroyed, nor may we go upon him or send upon him”. La traducción al español la he realizado de la

En la Ilustración esta doctrina encuentra sus fundamentaciones filosóficas y políticas más desarrolladas (Montesquieu), planteándose directamente como una forma de separación de los poderes -es decir, de salvaguardia del legislativo y el judicial frente al ejecutivo- en las proclamaciones americanas de 1774 y en la Revolución francesa. Desde la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 el principio de legalidad está consagrado como "piedra angular del derecho penal moderno".¹⁴⁵¹

El Código Penal francés de 1810 mantuvo el mismo artículo 4 de la Declaración: "*Nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis*". (Ninguna infracción, ningún delito, ningún crimen pueden ser castigados con penas que no hubieran sido declaradas por la ley antes de que fuesen cometidos).

El principio ha sido enunciado en el aforismo latino: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*. Sin embargo, suele condensarse en *nullum crimen sine lege*.

Von Fueurbach (a quien se atribuye la formulación del aforismo) consideraba que la pena cumplía una función de coacción psicológica, de amenaza, por lo que era necesario delimitar tanto las conductas a las que se vinculaba la amenaza como la amenaza misma.¹⁴⁵² Pero también se pretende con ese principio la defensa del individuo frente al Estado. Von Liszt consideraba que el Código Penal era la Carta Magna del delincuente: garantiza el derecho a ser castigado solo según lo prescrito por la ley.¹⁴⁵³

versión inglesa de la British Library, que a su vez fue hecha del latín.
<http://www.bl.uk/collections/treasures/magnatranslation.html>

¹⁴⁵¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Curso de derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 47.

¹⁴⁵² VON FEUERBACH ha formulado por primera vez este principio en su *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland Gültigen Peinlichen Rechts*, Giessen, Heyer, 1801.

¹⁴⁵³ VON LISZT, F., *La idea del fin en el derecho penal*, Granada: Editorial Comares, 1995, p. 67. Para un análisis comparado del reconocimiento y aplicación del principio de legalidad, así como de los límites al recurso a la analogía, véase VASALLI, G., «Nullum crimen sine lege», en *Nuovo Digesto Italiano 1173*, 1939.

Carbonell Mateu considera que el principio de legalidad "continúa ejerciendo una doble función: la política, que expresa el predominio del poder legislativo sobre los otros poderes del Estado y que lo convierte en garantía de seguridad jurídica del ciudadano, y la técnica, que exige que el legislador utilice a la hora de formular los tipos penales cláusulas seguras y taxativas".¹⁴⁵⁴ Con respecto a la primera función, recuerda que, en el esquema clásico de división de poderes, el poder legislativo es "el superpoder", porque es el que ostenta la representación de los ciudadanos. Por ello, dice, "[n]i el poder ejecutivo puede tomar decisión alguna que vaya en contra de la voluntad general, ni el poder judicial aplicar más derecho que el que emana de esa voluntad general".¹⁴⁵⁵

El principio de legalidad se traduce en lo que se denomina "reserva de ley": algunos temas solo pueden ser regulados por ley.

Todos recordamos que el principio de legalidad estricta se apoya en tres elementos o conceptos básicos, que suelen formularse como imperativos: 1) los delitos deben estar previstos en leyes penales escritas (lo que excluye las normas consuetudinarias o formuladas de otra forma que no sea la parlamentaria): *nullum crimen sine lege scripta*; 2) la legislación penal debe formularse de la manera más específica y clara posible: *nullum crimen sine lege stricta*; está prohibido el recurso a la analogía¹⁴⁵⁶; 3) las leyes penales no pueden ser retroactivas, esto es, la ley

¹⁴⁵⁴ CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal, concepto y principios constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 111. También Silva Sánchez señala la doble dimensión del principio de legalidad: la técnica y la política. La primera se vincula con la garantía de la *seguridad jurídica*, es decir, el conocimiento por los ciudadanos de las conductas que pueden realizar y las penas que pueden sancionarlos. La segunda dimensión, la política, ofrece dos aspectos: el formal y el material. El primero se refiere al rango que han de ocupar las normas penales dentro de la jerarquía normativa. El segundo, que es el que más nos interesa, se refiere al grado de precisión con el que se establecen las normas penales y está vinculado al mandato de determinación o principio de taxatividad. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 1992, pp. 252 y ss.

¹⁴⁵⁵ Esa representatividad del legislativo es, a mi juicio, el fundamento más fuerte para el principio de legalidad, como lo ha puesto de relieve Lamarca Pérez en el contexto del comentario a la sentencia de Scilingo, que veremos más adelante en el presente capítulo.

¹⁴⁵⁶ El Código Penal Prusiano, de 1794, inspirado en el Código austríaco de 1787, fue el primero que estableció la prohibición de la analogía. Sin embargo el Código austríaco anterior, de 1769, permitía el recurso a la analogía, limitada por los principios en él establecidos. El Código Penal alemán de 1871 contenía una norma estricta sobre los

debe preceder al acto: *nullum crimen sine proevia lege*, excluye la aplicación retroactiva de leyes cuando introducen nuevos delitos o agravan los existentes. Todos estos requisitos también pueden formularse en los siguientes términos: no hay delito sin ley previa, escrita y estricta; no hay pena sin ley, la pena no puede ser impuesta sino en virtud de un juicio justo y de acuerdo con lo previsto por la ley y la ejecución de la pena ha de ajustarse a lo previsto en la ley y en los reglamentos: son los denominados principios de legalidad criminal, penal, procesal y de ejecución.¹⁴⁵⁷

En el ámbito internacional, los instrumentos internacionales más representativos establecen el principio de legalidad, con formulaciones prácticamente idénticas, como uno de los derechos fundamentales. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en el párrafo 2 del artículo 11, dispone: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo consagra en el artículo 15, párrafo 1: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos reitera lo dispuesto en el Pacto citado en su artículo 9, titulado “Principio de Legalidad y de Retroactividad”: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión

principios de legalidad, que prohibía la analogía. La Constitución de Weimar (1919) consagró estos principios en el artículo 116.

¹⁴⁵⁷ CARBONELL MATEU, J. C., *op. cit.*, p. 111.

del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, también consagra el principio de legalidad en términos semejantes. El párrafo 1 del artículo 7, titulado “No hay pena sin ley”, dispone: “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”

De los instrumentos citados, vale la pena observar que, salvo la Convención Americana que se refiere al derecho aplicable, sin más, los demás hacen mención expresa del derecho nacional y el derecho internacional, extendiendo así el alcance del derecho aplicable conforme a este principio, lo que ha de tenerse presente cuando examinemos la “legalidad combinada”.

En España el principio de legalidad es un principio constitucional. El artículo 25, párrafo 1, de la Constitución dispone: “Nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

En el Código Penal español dicho principio está enunciado en el párrafo 1 del artículo 1: “No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración”. La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece en su artículo 1 la “garantía jurisdiccional”: “No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de leyes especiales en virtud de sentencia dictada por juez competente”.

También en Argentina el principio de legalidad penal tiene carácter constitucional. El artículo 18 de la Constitución dice: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”.

No es mi propósito analizar extensamente este principio sino su relación con los crímenes internacionales, en la medida en que tales crímenes no han sido aún previstos en el ordenamiento interno, o han sido previstos con posterioridad a los hechos que se deberían juzgar.

Carbonell Mateu considera que es “concebible la utilización del tratado internacional para la creación de delitos y penas”.¹⁴⁵⁸ Apoya esta afirmación en los requisitos establecidos para la celebración de esos tratados: un acto de autorización de las Cortes Generales con mayoría absoluta, al menos del Congreso de Diputados. Desde ese punto de vista, cumplen la exigencia de reserva de ley en materia penal. Sin embargo, los tratados incorporados a la legislación nacional rigen para el futuro y no son aplicables a los crímenes del pasado. Por ello, es tan importante saber si se puede contar con las normas consuetudinarias y los principios generales. En caso afirmativo, será posible evitar la aplicación retroactiva de la norma convencional, pues se puede aducir que estaba vigente en el momento del hecho como norma consuetudinaria.

No obstante, la situación puede constituir un verdadero círculo vicioso: el Estado no cumple su obligación de tipificar en su legislación los crímenes internacionales, por consiguiente tampoco cumple su obligación de juzgarlos, porque si los juzgara no respetaría el principio de legalidad, pero de esa manera incurre en un hecho internacionalmente ilícito, como hemos visto en el capítulo sobre responsabilidad.

1.2. La “legalidad” internacional

En el derecho internacional, el papel que cumple cada una de las fuentes del derecho no puede verse conforme a una escala jerárquica de prioridades, sino de una manera diferente, porque no se las visualiza en forma independiente una de otra, sino combinándose y reforzándose entre sí. Un ejemplo de esta combinación e igualdad jerárquica de las distintas fuentes ya figuraba en la cláusula Martens.

¹⁴⁵⁸ *Ibíd*em, p. 128. Se refiere a la legislación española.

1.2.1. La Cláusula Martens

La Cláusula se basa en —y debe su nombre a— una declaración leída por el profesor Von Martens, delegado de Rusia en la Conferencia de Paz de La Haya de 1899, para indicar que, en los casos no previstos por el Derecho Internacional Público vigente, las Partes deberán aplicar el Derecho de Gentes, o usos, costumbres, prácticas y principios exigidos por la conciencia pública. Fue incorporada a los preámbulos de la Primera y la Cuarta Convención de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (1899 y 1907, respectivamente). Aunque he citado su texto en el capítulo II, considero conveniente citarlo también aquí para facilitar la lectura. Dice lo siguiente:

“Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”.¹⁴⁵⁹

Martens añadió la declaración después de que los delegados de la Conferencia de Paz no lograran ponerse de acuerdo sobre la cuestión del estatuto de las personas civiles que portaban armas contra una fuerza ocupante. Gran parte de las potencias militares pensaba que debían ser consideradas como francotiradores y que eran punibles con la ejecución, mientras que los Estados más pequeños sostenían que debía considerárselas como combatientes legítimos. Aunque, en un principio, la Cláusula fue redactada para resolver este problema, aparecen, luego, distintas versiones —si bien similares— en tratados posteriores por los que se regulan los conflictos armados.

¹⁴⁵⁹ TICEHURST, R., «La cláusula Martens y el derecho de los conflictos armados», op., cit., pp. 131-141.

En la versión inglesa de 1907 hubo algunos cambios -se sustituyó “*inhabitants*” por “*populations*”, “*law of nations*” por “*international law*” y “*requirements*” por “*dictates*”- que no afectan mayormente a la versión española.

En Nuremberg, la Cláusula fue invocada para refutar afirmaciones de que el Estatuto, tal como lo aplicaban los tribunales, constituía una legislación penal retroactiva.

Esta Cláusula, que ya tenía un valor de norma consuetudinaria, ha sido retomada total o parcialmente por posteriores instrumentos de derecho internacional.

Poco después ha sido reformulada en los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de guerra, los Protocolos adicionales a esos Convenios y el Preámbulo a la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, de 10 de octubre de 1980, con versiones ligeramente distintas.¹⁴⁶⁰ También fue parafraseada en la Resolución XXIII de la Conferencia de Teherán sobre Derechos Humanos de 1968. Esa Resolución pedía al Secretario General que instara a los Estados miembros del sistema de las Naciones Unidas a asegurarse de que en todos los conflictos armados los habitantes y beligerantes fuesen protegidos de conformidad con los “principios del derecho de las naciones derivado de los usos establecidos entre los pueblos civilizados, de las leyes de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”.¹⁴⁶¹

Los Convenios de Ginebra emplean una versión de la Cláusula en sus disposiciones relativas a la denuncia con el objeto de que, si una parte denuncia el Convenio, quede igualmente obligada por los principios del derecho de las naciones, resultantes de los usos establecidos por los pueblos civilizados, las leyes de humanidad y los dictados de la conciencia pública. El texto común a dichos

¹⁴⁶⁰ En el capítulo II he citado los títulos y referencias de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos y el texto del Preámbulo mencionado.

¹⁴⁶¹ Acta Final de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos, Resolución XXIII, párr. 2. Documento de las Naciones Unidas, A/CONF./32/41.

artículos es el siguiente: “La denuncia sólo será válida para con la Potencia denunciante. No surtirá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes en conflicto hayan de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.¹⁴⁶²

Esta disposición garantiza que, aunque determinados Estados no estén obligados directamente o expresamente por el instrumento, siempre queden obligados por dichos principios. Por ello, la Cláusula Martens es un ejemplo de principio de interpretación *a contrario* del principio de que todo lo que no está prohibido está permitido, en el sentido de que cuando no exista una obligación formal siempre existirá una derivada del derecho internacional.

En el Protocolo II, se incluyó una versión de la Cláusula en el Preámbulo, pero en ella se omiten las referencias a la costumbre y al derecho internacional. “Recordando que, en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”¹⁴⁶³. En la Conferencia Diplomática de 1977, que dio paso a la redacción del Protocolo Adicional I de los Convenios, se puso de manifiesto la importancia que la Cláusula Martens sigue teniendo al desplazarla del Preámbulo, donde aparece por primera vez, en el proyecto de 1973, para convertirla en una importante disposición del Protocolo en una formulación más moderna. En efecto, el párrafo 2 del artículo 1 dice: “En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”.¹⁴⁶⁴ (En la versión inglesa se había sustituido

¹⁴⁶² Convenios de Ginebra, texto común a los artículos artículos 63, 62, 142 y 158 de los respectivos Convenios.

¹⁴⁶³ Disponible en: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/protocolo-II>.

¹⁴⁶⁴ <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/protocolo-I>

“usages” por “custom”, distinción que tiene cierta importancia desde el punto de vista teórico e interpretativo).¹⁴⁶⁵

La Cláusula Martens sigue siendo importante porque consagra la validez del derecho consuetudinario y respalda el argumento de que no por no estar prohibido en un tratado un acto debe considerarse necesariamente lícito. Además, a pesar de que en la época en que fue formulada los individuos no eran aún sujetos de derecho internacional, la cláusula se refería a la relación entre el Estado y un individuo.

El problema que se plantea a los juristas de derecho humanitario es que no hay una interpretación oficial de la Cláusula Martens. Por ello, es objeto de interpretaciones diversas, tanto estrictas como amplias. Según la más estricta, el derecho consuetudinario internacional sigue siendo aplicable tras la aprobación de una norma convencional. Una interpretación más amplia sostiene que la Cláusula estipula que lo que no está explícitamente prohibido por un tratado no está permitido *ipso facto*. La interpretación más amplia de todas mantiene que la conducta en los conflictos armados no solo se juzga sobre la base de los tratados y de la costumbre, sino también de los principios del derecho internacional a los que se refiere la Cláusula.¹⁴⁶⁶

¹⁴⁶⁵ En efecto, el término inglés correspondiente a “usos”, que era “usages” en los Convenios, pasó a ser “custom” en el texto inglés del Protocolo. Cabría la posibilidad de interpretar que la exigencia en cuanto al valor o grado de desarrollo de los “usos” de los que se derivan principios del derecho de gentes se ha elevado, por cuanto *usage* es una repetición de actos, y se diferencia de *custom* en que esta última es el derecho o la norma general que surge de esa repetición; puede haber *usage* sin *custom*, pero no puede haber *custom* sin un *usage* que la acompañe o preceda (*Black’s Law Dictionary, Fifth Abridged Edition*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1983, págs. 202 y 801. La traducción es mía, y he dejado en inglés los vocablos en cuestión para facilitar la comparación y también porque en la versión española del Protocolo se siguió empleando el término “usos”).

¹⁴⁶⁶ MERON, T., «The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience», en *American Journal of International Law* 94, (2000), pp. 78-89; TICEHURST, R., «La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados», *op. cit.*, pp. 131-141; CASSESE, A., «The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?», en *European journal of international law* 11, n.º 1, (2000), pp. 187-216.

Una interpretación amplia considera que el derecho consuetudinario internacional no solo alcanza a otras partes del derecho humanitario sino también al derecho penal internacional.

En el caso *Estrecho de Corfú*, la Corte Internacional de Justicia observó que las obligaciones de Albania no se basaban en la Convención de La Haya de 1907, aplicable en tiempos de guerra, sino en determinados principios generales bien reconocidos, a saber, consideraciones elementales de humanidad, “aún más exigentes en tiempos de paz que en tiempos de guerra”. (El subrayado es mío).¹⁴⁶⁷

Esto significa ampliar la aplicación de la Cláusula a tiempos de paz, y fue confirmado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas cuando invocó las “consideraciones elementales de humanidad” incluso fuera de un contexto de guerra para condenar el uso de armas contra aeronaves civiles en vuelo.¹⁴⁶⁸

Al formular su dictamen de 18 de mayo de 1951 sobre la “Validez de ciertas reservas a la Convención sobre la prevención y sanción del delito de genocidio”, la Corte sostuvo que dicha Convención expresa y contiene “principios reconocidos por las naciones civilizadas, obligatorios para todos los Estados al margen incluso de todo vínculo convencional”, con lo que reconoció abiertamente que las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos no solo derivan del derecho internacional convencional sino del derecho internacional general.¹⁴⁶⁹

Con respecto a los “dictados (o exigencias) de la conciencia pública”, Meron dice que pueden examinarse desde dos perspectivas. La primera los vería como una opinión pública que configura la conducta de las partes en un conflicto y

¹⁴⁶⁷ CIJ, *Affaire du Détroit de Corfou*, Arrêt du 9 avril 1949, CIJ, Recueil, 1949, p. 22.

¹⁴⁶⁸ El Consejo condenó “el uso de las armas en contra de aeronaves civiles en vuelo por ser incompatible con consideraciones elementales de humanidad, con las normas del derecho internacional consuetudinario codificadas en el artículo 3 bis del Convenio de Chicago y con las normas y prácticas recomendadas establecidas en los anexos del Convenio [...]” Resolución 1067 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, (28 de julio de 1996) párr. 6.

¹⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 45.

promueve el desarrollo del derecho humanitario internacional, incluido el consuetudinario. La segunda los vería como un reflejo de la *opinio juris*.¹⁴⁷⁰

Este autor se pregunta si la “conciencia pública”, tal como figura en la Cláusula Martens, con sus resonancias morales, equivale a la opinión pública, y también se pregunta a cuál conciencia pública se refiere dicha cláusula. Responde que, por definición, tanto la conciencia pública como la opinión pública tienen una base popular, y que, siguiendo la influencia de la sociedad civil, las ONG y los medios de comunicación han adquirido la connotación de que se trata de una fuerza para el bien que en todos los casos sirve a causas humanitarias. Pero advierte que esto no siempre es verdad, recordando las “malas” opiniones públicas, como en el caso de Serbia y los kosovares; o durante la Segunda Guerra, con las actitudes antisemitas difundidas entre las poblaciones.¹⁴⁷¹

1.3. La costumbre

El Estatuto de Roma, a diferencia del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, no menciona expresamente la costumbre como derecho aplicable. Sin embargo, cuando menciona “los principios y normas de derecho internacional aplicables” se puede leer una referencia implícita a las normas consuetudinarias.

Werle observa que, a falta de una instancia mundial de producción de normas, “el derecho consuetudinario conserva un papel relevante en el derecho penal internacional, aun después de la entrada en vigor del Estatuto de la CPI”.¹⁴⁷²

Kai Ambos señala las dificultades que plantea considerar el derecho consuetudinario como fundamento de las normas de derecho penal internacional, tanto desde la perspectiva del *derecho penal* como desde la perspectiva del *derecho internacional*.

¹⁴⁷⁰ MERON, T., *The Humanization of International Law*, op. cit., p. 23.

¹⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 25.

¹⁴⁷² WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, op. cit., p. 107.

Desde la primera perspectiva, el principio del *nullum crimen* parece excluir la existencia de tipos penales no escritos fundados en la costumbre internacional. Desde la segunda, la praxis de los Estados (*repetitio facti*), junto con el convencimiento jurídico de obligatoriedad (*opinio iuris*) necesario para el nacimiento del derecho consuetudinario internacional, difícilmente se puede conciliar con la extensa práctica de la impunidad de las severas violaciones de los derechos humanos, que se viene observando desde hace tiempo.¹⁴⁷³

El derecho consuetudinario fue esencial para que los tribunales de Nuremberg pudiesen condenar a los criminales nazis. La Convención de Ginebra de 1929 (sobre prisioneros de guerra)¹⁴⁷⁴ no era aplicable en el Frente Oriental y la Convención IV de La Haya¹⁴⁷⁵ fue impugnada porque no todos los beligerantes eran partes en la misma. Además, las disposiciones aplicables de ambos instrumentos que definían las prohibiciones sustantivas no penalizaban su violación, por lo que se podía plantear, a los efectos del principio de legalidad, si los imputados tenían conocimiento con la antelación suficiente del carácter criminal de sus actos.

El Tribunal Militar que actuó al amparo de la Ley n.º 10 del Consejo de Control Aliado abordó la cuestión en los términos siguientes: “No es esencial que un crimen sea definido ni que se impute tal crimen específicamente de conformidad con una orden, estatuto o tratado determinado si tal acto es un crimen en virtud de una convención internacional, las costumbres y los usos de la guerra reconocidos, o los principios generales de justicia penal comunes a las naciones civilizadas en general. Si los actos imputados fueren en efecto crímenes en el derecho internacional en el momento en que se cometieron, no puede decirse que [los fallos que los condenen] sean pronunciamientos *ex post facto* ni

¹⁴⁷³ AMBOS, K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, traducido por E. Malarino. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 36.

¹⁴⁷⁴ Convención de Ginebra del 27 de julio de 1929 concerniente al tratamiento de los prisioneros de guerra.

¹⁴⁷⁵ Convención IV de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, 1907.

retroactivos”.¹⁴⁷⁶ Esta posición fue muy criticada en cuanto iría contra el principio de legalidad. No obstante, Meron observa que era adecuada, dado que los crímenes investigados en Nuremberg eran tales, y se habían perpetrado en tal escala, que resultaba difícil pensar que no podía preverse que de ellos resultara una responsabilidad penal. Pero las críticas estaban principalmente orientadas hacia los crímenes contra la paz y no contra la humanidad. Los tribunales de Nuremberg fundaron la legalidad no solo en la costumbre, sino en tratados y en los principios generales del derecho penal.¹⁴⁷⁷

Sin embargo, el valor de la costumbre como fuente de derecho internacional se ve destacado especialmente en la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda,¹⁴⁷⁸ que señalan la necesidad de que los tipos penales establecidos en sus respectivos Estatutos estuvieran previstos en el derecho internacional en el momento de la comisión de los crímenes, aunque no hubieran sido contemplados en tratados internacionales, “confirmando así el valor de la costumbre como fuente de derecho a los efectos de analizar el cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de legalidad”.¹⁴⁷⁹ Esto lo observamos en particular en la Decisión del TPIY, cuando dice: “Los crímenes de los que se acusa al imputado forman parte del derecho internacional consuetudinario y existían desde mucho antes del establecimiento de este Tribunal Internacional [...] la Sala de primera instancia no considera que haya invasión de la jurisdicción de un

¹⁴⁷⁶ United States vs. List et al, *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n.º 10* (1946-1949). 15 volumes. Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, vol 11, pp. 759, 1239.

¹⁴⁷⁷ Martín Martínez señala que la contribución que de hecho ha tenido la costumbre como fuente de normas de responsabilidad penal y de crímenes internacionales “en sentido estricto militaría en contra de la exigencia de ley escrita y cierta”. MARTÍN MARTÍNEZ, M., “La configuración del principio de legalidad penal en el derecho internacional contemporáneo”, en A. Cuerda Riezu y F. Jiménez García (dirs.), *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid: Editorial Tecnos, 2009, p. 379.

¹⁴⁷⁸ TPIR, caso *Akayesu*, 96-4-T, Sala de primera instancia, 2 de septiembre de 1998; TPIY, caso *Tadić*, IT-94-1-T, Sala de primera instancia, 14 de julio de 1997.

¹⁴⁷⁹ MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La configuración del principio de legalidad penal en el derecho internacional contemporáneo*, *op. cit.*, p. 381.

Estado porque [...] estos crímenes nunca estuvieron comprendidos en la jurisdicción exclusiva de ningún Estado”.¹⁴⁸⁰

Martín Martínez hace referencia a la jurisprudencia más reciente del TPIY¹⁴⁸¹ diciendo que parece “haber dado algo más que una vuelta de tuerca en su interpretación del principio de legalidad penal [...]” considerando que solo la costumbre reúne los requisitos necesarios para satisfacer dicho principio, de manera que el TPIY es competente exclusivamente para conocer de aquellos hechos que en el momento de producirse fueran considerados como crímenes de conformidad con la costumbre internacional”.¹⁴⁸²

En cuanto a la forma de determinar las normas penales consuetudinarias, Werle nos remite a la decisión del TPIY en el asunto Krstić, porque en ella se encuentra un procedimiento para determinar dichas normas. En primer lugar, se mencionan las codificaciones de las normas consuetudinarias en los tratados internacionales. En segundo lugar, la jurisprudencia internacional; luego los proyectos pertinentes de la Comisión de Derecho Internacional, los informes de otros órganos internacionales, como la Comisión de Derechos Humanos de las

¹⁴⁸⁰ TPIY, caso *Tadić*, IT-94-1-T, Sala de primera instancia, Decision on the Defense Motion on Jurisdiction, (15 august 2001). (Decisión sobre la petición de la defensa acerca de la jurisdicción, 15 de agosto de 2001). “Los crímenes de los que se acusa al imputado forman parte del derecho internacional consuetudinario y existían desde mucho antes del establecimiento de este Tribunal Internacional. Si el Consejo de Seguridad, con fundado criterio, actuando en ejercicio de las facultades que le confiere en sus artículos 39 y 41 el capítulo VII de la Carta, crea el Tribunal Internacional para compartir la carga de someter a la justicia a perpetradores de crímenes universales, la Sala de primera instancia no considera que haya invasión de la jurisdicción de un Estado porque, como bien se ha argumentado en nombre del Fiscal, estos crímenes nunca estuvieron comprendidos en la jurisdicción exclusiva de ningún Estado”.

¹⁴⁸¹Caso *Strugar* (2002) (caso IT-01-42-ar-72, Decisión sobre una apelación interlocutoria, 22 de noviembre de 2002; caso IT-99-37-AR 72, Decisión sobre la petición de D. Odjanic que impugna la jurisdicción - *Empresa criminal común. The Prosecutor vs. M. Milutinović, N. Sainović and D. Odjanik* , 21 de mayo de 2003. Caso 01-47-AR72, Decisión sobre la apelación interlocutoria que impugna la jurisdicción en relación con la responsabilidad común. *The Prosecutor vs. E. Hadzihanović , M. Alagić and A. Kubira*, 16 de julio de 2003.

¹⁴⁸² MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La configuración del principio de legalidad penal en el derecho internacional contemporáneo*, op. cit., p. 382.

Naciones Unidas, los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma, y la legislación pertinente de los Estados.¹⁴⁸³

El aporte de la doctrina se ha canalizado a través de la *International Law Association* (Asociación de Derecho Internacional). Esta Asociación no gubernamental, en la que participan prestigiosos juristas, estableció un *Committee on Formation of Customary (General) International Law* (Comité sobre la Formación del Derecho Internacional Consuetudinario (General)) que, tras seis informes provisionales sucesivos, presentó su Informe Final en la 69ª Conferencia de la Asociación, celebrada en Londres del 25 al 29 de julio de 2000. La Conferencia, sobre la base de este Informe, adoptó una Declaración de los Principios Aplicables a la Formación del Derecho Internacional General Consuetudinario, que expone en forma de artículos, seguidos de un comentario, el derecho que considera pertinente y vigente sobre normas consuetudinarias.¹⁴⁸⁴ Considero de interés esos artículos porque, además de reflejar una postura aceptada por una parte representativa de la doctrina, ofrecen orientación en una materia en la que siempre se han evitado las definiciones por temor al efecto limitador que pueden tener.

Por ejemplo, el artículo 1 contiene una definición de norma consuetudinaria. El texto del apartado i) del párrafo 1 es el siguiente: “[...] se entiende por norma de derecho internacional consuetudinario una norma creada y sostenida por la práctica constante y uniforme de los Estados y demás sujetos de derecho internacional seguida en sus relaciones jurídicas internacionales o que

¹⁴⁸³ TPIY, sentencia de 2 de agosto de 2001, caso *Krstić*, (TC), párrafo 541 y ss. También recuerda Werle la decisión de 2 de octubre de 1995, caso *Tadić* (AC), párrafo 99, donde dice la Sala que “al evaluar la formación de normas consuetudinarias o principios generales se debería tener en cuenta que, debido a la naturaleza intrínseca del tema, es necesario basarse principalmente en elementos tales como los pronunciamientos oficiales de los Estados, los manuales militares y las decisiones judiciales”.

¹⁴⁸⁴ International Law Association, «Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law», en *Committee Documents, London Conference Report* (2000), disponible en <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/30>. *Part. I, art. 1, p. 8*. (Las traducciones al español de textos de este documento que cito en el presente trabajo son mías).

afecte a esas relaciones, en circunstancias que den lugar a una **expectativa legítima** de que se produzca una conducta similar en el futuro". (El resalte es mío).

Me ha parecido importante este texto porque añade un elemento que no suele figurar en las definiciones de norma consuetudinaria, "una expectativa legítima". Es decir, el elemento de la previsibilidad de la conducta, que es uno de los criterios en los que se fundamenta el principio de legalidad en el ámbito nacional, también se requiere en el ámbito internacional, donde prevalecen las normas consuetudinarias.

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia define la costumbre en los siguientes términos: "prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho". Esta definición contiene los dos elementos tradicionalmente atribuidos a la costumbre: la *consuetudo* o uso, y la *opinio iuris* (es decir, la convicción jurídica de estar obligado legalmente).

1.3.1. Los dos elementos de la costumbre

a) La práctica

El elemento material y objetivo de la costumbre consiste en la práctica de los Estados. En esa práctica se incluyen las leyes internas, las decisiones judiciales y las manifestaciones verbales, incluidas las declaraciones en conferencias internacionales.

Es interesante observar cómo ese requisito se ha ido transformando, sobre todo en cuanto a su duración, con la marcha del tiempo. Como señala Jiménez de Aréchaga, "[e]n la actualidad, la aparición simultánea de problemas parecidos en distintos Estados, el conocimiento inmediato de las actitudes adoptadas por otros gobiernos, la convergencias de información en las conferencias diplomáticas y en

el proceso de codificación, son factores que explican la aceleración del desarrollo del Derecho consuetudinario”.¹⁴⁸⁵

El problema de considerar la práctica como un elemento definitorio de la costumbre internacional se presenta cuando se observan prácticas incompatibles o contrarias a la norma. La CIJ ha respondido a este problema en el caso *Nicaragua*, cuando afirmó que no consideraba que, a fin de que una norma se estableciese como consuetudinaria, la práctica correspondiente debía estar en absoluta y rigurosa conformidad con la norma. Para deducir la existencia de normas consuetudinarias, consideraba suficiente que la conducta de los Estados fuese, en general, compatible con esas normas, y que los casos en que esa conducta fuese incompatible debían tratarse como violaciones de esa norma y no como indicadores del reconocimiento de una nueva norma (párrafo 185).

En cuanto a la práctica contraria a la norma consuetudinaria, la CIJ añadió que si un Estado actúa de una forma *prima facie* incompatible con una norma reconocida, pero defiende su conducta haciendo valer excepciones o justificaciones contenidas en la propia norma, en ese caso, independientemente de que la conducta de ese Estado sea efectivamente justificable por las razones alegadas, esa actitud no haría más que confirmar la norma en lugar de debilitarla (párrafo 198).¹⁴⁸⁶

Un ejemplo claro al respecto lo encontramos en la práctica de la tortura. Higgins señala que, a pesar de que se haga un uso bastante extendido de la tortura,

¹⁴⁸⁵ Y añade: “Esto, a su vez, permite que se creen nuevas normas del Derecho Internacional consuetudinario de conformidad con las exigencias del proceso dinámico de evolución y de cambio que es propio de la comunidad internacional contemporánea”. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., «Las fuentes del Derecho Internacional Público», en E. Jiménez de Aréchaga, H. Arbuet-Vignali y R. Puceiro Ripoll, *Derecho Internacional Público. Principios, normas y estructuras*, vol. I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996. También a este respecto se ha pronunciado la Corte Internacional de Justicia en los casos relativos a la Plataforma continental del Mar del Norte: “[...] el transcurso de un período de tiempo reducido no es necesariamente, o no constituye en sí mismo, un impedimento para la formación de una nueva norma de Derecho internacional consuetudinario a partir de lo que originariamente solo era una norma convencional”. *North Sea Continental Shelf*, Judgment of 20 February 1969, ICJ, Reports 1969, § 74, p. 43.

¹⁴⁸⁶ Caso *Nicaragua*, Sentencia sobre el fondo, (Merits, Judgment, 27 June 1986, ICJ, Reports 1986).

la prohibición de la misma sigue siendo una exigencia del derecho consuetudinario internacional, y ello se debe a que sigue existiendo una *opinio iuris* que defiende el carácter normativo de la prohibición. Ni siquiera un Estado torturador -sostiene este autor- considera que la prohibición de derecho internacional no es deseable y que no está obligado por esa prohibición.¹⁴⁸⁷

No hay que olvidar que en la “práctica”, como elemento definitorio de la costumbre internacional, se incluyen las leyes internas, las decisiones judiciales y las manifestaciones verbales, incluidas las declaraciones en conferencias internacionales. En el ámbito de los derechos humanos, el concepto de práctica se ha extendido hasta incluir la adhesión casi universal a la Carta de las Naciones Unidas, la aceptación casi universal de la Declaración Universal, así como su frecuente invocación, el elevado número de ratificaciones de instrumentos regionales y universales sobre derechos humanos, el firme apoyo a las resoluciones sobre derechos humanos de las organizaciones internacionales, y la incorporación a las legislaciones y constituciones nacionales de normas y pautas sobre derechos humanos.

Ofrece orientación a este respecto uno de los artículos de la Declaración de los Principios Aplicables a la Formación del Derecho Internacional General Consuetudinario. La parte referida al elemento objetivo, a la práctica de los Estados, dice: “Los actos verbales de los Estados, y no sólo sus actos físicos, cuentan como práctica de los Estados”. “Los actos no cuentan como práctica si no son públicos”. “En circunstancias apropiadas, las omisiones pueden contar como una forma de práctica de los Estados”.¹⁴⁸⁸

¹⁴⁸⁷ HIGGINS, R., *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 22.

¹⁴⁸⁸ International Law Association, *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, *op. cit.*

b) La *opinio juris*

La *opinio juris* constituye el elemento subjetivo de las normas consuetudinarias.¹⁴⁸⁹ Precisamente los autores que la han descartado como elemento determinante de juridicidad se han referido a la dificultad que supone su “naturaleza psicológica”, para verificar su existencia.¹⁴⁹⁰

Una sentencia de la Corte Internacional de Justicia decía: “Los actos en cuestión no solamente deben constituir una práctica establecida, sino también deben tener tal carácter, o realizarse de tal forma, que demuestren la convicción de que dicha práctica se estima obligatoria en virtud de una norma jurídica que la prescriba. La necesidad de tal creencia, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, se halla implícita en el propio concepto de *opinio juris sive necessitatis*. El Estado interesado debe sentir que cumple lo que supone una obligación jurídica. Ni la frecuencia, ni el carácter habitual de los actos, es en sí suficiente”.¹⁴⁹¹

Werle señala que los límites entre convicción jurídica y práctica estatal se han ido haciendo claramente más fluidos. Incluso dice que una determinada conducta del Estado puede ser considerada, al mismo tiempo, como expresión de una práctica y de la correspondiente *opinio iuris*.¹⁴⁹²

Meron señala que tradicionalmente se ha considerado que la práctica de los Estados se convierte en derecho consuetudinario con la adición de la *opinio iuris*.

¹⁴⁸⁹ Subrayando su importancia en el derecho internacional actual, Gil Gil dice: “[...] en la sociedad internacional de nuestros días, universalizada y con medios propios de expresión, lo que cuenta realmente ante un problema o situación nueva es la *opinio iuris generalis*, el elemento espiritual de la costumbre, la convicción de la obligatoriedad jurídica de una determinada solución”. GIL GIL, A. *Derecho penal internacional: especial consideración del delito de genocidio*, op. cit., p. 85.

¹⁴⁹⁰ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., *El derecho internacional contemporáneo*, op. cit., p. 198.

¹⁴⁹¹ Corte Internacional de Justicia, ICJ, *North Sea Continental Shelf, Judgment of 20 February 1969*, citado, § 77, p. 45.

¹⁴⁹² WERLE, G., op. cit., p. 108.

Actualmente la tendencia es inversa: la práctica sirve para confirmar la *opinio iuris*.¹⁴⁹³

Hubo tres casos en los que los tribunales respectivos, al llegar a sus conclusiones, consideraron principalmente la *opinio iuris* en lugar de la práctica estatal: *Trial of Major War Criminals, United States vs. Leeb (The High Command Case)* y el *Nicaragua Case*.¹⁴⁹⁴

En este último caso, el tribunal dijo que “debía cerciorarse de que la existencia de la norma en la *opinio iuris* de los Estados se vea confirmada por la práctica” (párrafo 183).

En todo caso, de lo que se trata en última instancia es de descubrir la voluntad de los Estados, que son los “legisladores internacionales”. La intención de desvelar la voluntad de los Estados se hizo patente en la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Lotus*, donde la Corte declaró que “el consentimiento de los Estados, única fuente material de creación de normas, se expresa a través de distintas fuentes formales enunciadas en el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es decir, convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho, las decisiones judiciales y las doctrinas de los autores más reconocidos, sin que haya entre esas fuentes jerarquía alguna”.¹⁴⁹⁵

Por consiguiente, todas las fuentes desembocan en realidad en una sola: el consentimiento de los Estados. O, dicho de otro modo, hay un solo río y el resto son afluentes.

¹⁴⁹³ MERON, T., *op. cit.*, p. 366.

¹⁴⁹⁴ *The Trial of German Major War Criminals*, His Majesty's Stationery Office, Londres, 1946, disponible en Equipo Nizkor, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/>. *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n.º 10 (1946-1949)*, 15 volumes, Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, vol 10, case 12. *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, ICJ, Reports 1984, p. 392; ICJ, Reports 1986, p. 14.

¹⁴⁹⁵ PCIJ, *Lotus*, Judgment of 7 September 1927. Series A n.º 10.

Sin embargo, una vez más la Declaración formulada por la Asociación de Derecho Internacional aporta su orientación en esta materia. En efecto, en el artículo 1, párrafo 1, apartado iii), se desvincula la obligatoriedad de la norma del consentimiento del Estado o de su convicción respecto de esa obligatoriedad. Dice: “Cuando existe una norma de derecho internacional consuetudinario general, para que un determinado Estado esté vinculado por la norma no es necesario probar el consentimiento del Estado en ella ni su convicción del carácter obligatorio o (en su caso) permisivo de la misma”.¹⁴⁹⁶ En la Parte dedicada al elemento subjetivo respecto a la *opinio juris sive necessitatis* dice: “La convicción, por parte de la generalidad de los Estados, de que una práctica que satisface los criterios enunciados en la Parte II corresponde a una obligación jurídica o a un derecho jurídico (según sea el caso) (*opinio juris sive necessitatis*) es *suficiente* para probar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario; pero no es [...] *necesario* para la formación de esa norma demostrar que existe esa convicción, ya sea general o de un Estado en particular”.¹⁴⁹⁷ En otras palabras: para la formación de una norma consuetudinaria no se requiere demostrar la convicción, pero si esta existe, ello es suficiente para la formación de la norma.

1.3.2. La costumbre y las convenciones internacionales

Una pregunta que se puede formular es la siguiente: ¿cómo, a pesar del gran número de instrumentos convencionales, la costumbre sigue considerándose una fuente importante del derecho internacional? La posible explicación se vincula, a mi juicio, con la importancia que a su vez tiene el concepto de “la comunidad internacional en su conjunto”. Con esta expresión se ha querido descartar la posibilidad de que un Estado o un grupo reducido de Estados impidan la vigencia de normas que se consideran de *ius cogens* (de ahí la importancia de ambos conceptos, “comunidad en su conjunto” y *ius cogens*). Los instrumentos convencionales obligan a los Estados que los han concertado. Cuando se pretende extender la obligatoriedad de las disposiciones de determinado instrumento más

¹⁴⁹⁶ International Law Association, *op. cit.*, p. 198.

¹⁴⁹⁷ *Ibidem*.

allá de esos Estados, sigue existiendo la costumbre, es decir la norma consuetudinaria que se ha consagrado en el instrumento, la fuente de la obligación. Por consiguiente, independientemente de la norma establecida por escrito, sigue rigiendo una norma no escrita que vincula a todos los Estados.

Una consecuencia importante de esta interpretación se observa en el momento de la denuncia de un tratado. Por ejemplo, conforme a los artículos de los Convenios de Ginebra relativos a la denuncia (artículos 63, 62, 142 y 158), como ha indicado la CIJ en el caso *Nicaragua*, las partes no pueden poner término a sus obligaciones consuetudinarias mediante la denuncia.¹⁴⁹⁸

Ese mismo principio se refleja en el artículo 43 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyo texto dice:

“43. Obligaciones impuestas por el derecho internacional independientemente de un tratado. La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado”.

Vale la pena recordar que el párrafo 5 del artículo 60 de la Convención citada establece una excepción cuando se trata de la protección de las personas.

“60. Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación. 1. Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente.

¹⁴⁹⁸ Caso Nicaragua, citado, Sentencia sobre el fondo, (*Merits, Judgment of 27 June 1986*, ICJ, Reports 1986, pp. 113-114).

5. Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados”.

Lo curioso es que se considera que la costumbre tiene igual efecto vinculante que el derecho convencional. Como señala Jiménez de Aréchaga, recordando la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en el decenio de 1970, no deben contraponerse ni diferenciarse con demasiada rigidez el derecho convencional y el derecho consuetudinario, dado que las normas contenidas en los tratados pueden ser o llegar a ser normas consuetudinarias. (Y considero que también puede ocurrir el fenómeno inverso, incluso con más frecuencia).

Los “esfuerzos internacionales de codificación” proporcionan información sobre la "*opinio iuris*" de la comunidad internacional, que, según Kai Ambos, puede servir a su vez de fundamento de principios generales del derecho.

Jiménez de Aréchaga atribuye al proceso de adopción de los instrumentos internacionales, que revelan una verdadera evolución del derecho internacional, con la participación de un gran número de Estados de distintos sistemas jurídicos, la generación de normas consuetudinarias. Ello supone que las normas elaboradas ya han adquirido una categoría de normas válidas del derecho internacional con anterioridad a su incorporación a los tratados. Esto reviste suma importancia por dos motivos: porque puede considerarse que esas normas han entrado en vigor antes del instrumento que las contiene; y porque en caso de que no se llegue a adoptar ningún instrumento, como sucede con algunos proyectos de la Comisión de Derecho Internacional, esas normas, a pesar de no ser incorporadas al instrumento al que están destinadas, tienen la validez de normas consuetudinarias, por el consenso que los Estados han demostrado a su respecto.¹⁴⁹⁹

Como dice Jiménez de Aréchaga, “[d]e este modo, los procedimientos contemporáneos de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional

¹⁴⁹⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., *El derecho internacional contemporáneo*, op. cit., p. 20.

[...] le han dado [...] un nuevo vigor, han acelerado su ritmo de evolución y han combinado el Derecho consuetudinario y convencional en un todo armónico, como dos pilares que se apoyan y sustentan *recíprocamente*".¹⁵⁰⁰

Gil Gil señala las consecuencias de la combinación del tratado con las normas consuetudinarias: "Cuando un tratado internacional es dotado por la costumbre del carácter de *ius cogens* o una costumbre es recogida en un tratado o proclamada en una declaración de la Asamblea General, etc., el resultado de este proceso conjuga la seguridad jurídica y la taxatividad que permite el texto escrito con el carácter general y obligatorio que le aporta la costumbre".¹⁵⁰¹ La combinación de ambas fuentes, texto escrito y costumbre, da lugar a normas de *ius cogens*, permitiendo así resolver uno de los aspectos de la legalidad en el ámbito internacional, la garantía criminal. Sin embargo, el más problemático es el de la garantía penal, dado que los instrumentos internacionales, excepto el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que establecen como delitos internacionales determinadas conductas no prevén las penas aplicables.¹⁵⁰² Este problema lo examinaremos en el contexto de la interacción entre el derecho internacional y el derecho nacional aplicables.

Los proyectos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas también cumplen una función esencial en la interpretación del derecho internacional, junto a las resoluciones y decisiones de la Asamblea General y los informes del Secretario General. En cuanto a aquellas, suele atribuírseles la importante función de "declarar el derecho" pues representan una tendencia

¹⁵⁰⁰Ibídem

¹⁵⁰¹ GIL GIL, A., *Derecho penal internacional: especial consideración del delito de genocidio*, op. cit., pp. 86-89. Esto entrañaría la codificación en tratados internacionales o instrumentos de las Naciones Unidas (menciona la autora declaraciones de la Asamblea General o Resoluciones del Consejo de Seguridad) "de lo que ya constituye costumbre internacional con carácter de *ius cogens*".

¹⁵⁰² Con la excepción de los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda que hacen referencia concreta a penas privativas de libertad determinables por los tribunales de los respectivos países. El artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia el principio de legalidad y se refiere a las penas aplicables, pero solo en términos muy generales: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito".

general hacia la *lex scripta*. Pero también se observa el pasaje de un método inductivo a uno deductivo con respecto a la formación de las normas consuetudinarias. Se considera que una vez sancionados, los instrumentos internacionales siguen cumpliendo una función en la formación del derecho consuetudinario. En general se les atribuyen los tres efectos siguientes:

El efecto declarativo: las normas convencionales no hacen más que expresar formalmente una norma consuetudinaria ya existente.

El efecto cristalizador: las normas consuetudinarias se están formando, no han superado el *status nascendi*, pero al ser incorporadas al instrumento se convierten en normas jurídicas, que, además del carácter convencional que resulta de figurar en un instrumento formal, tienen carácter consuetudinario, dada su evolución anterior.

El efecto constitutivo o generador: las normas convencionales suponen normas de *lege ferenda*, es decir, una propuesta que ha de desarrollarse posteriormente, “un punto de partida de una práctica posterior uniforme de los Estados conforme con dicha disposición en tal medida que la disposición en cuestión, siguiendo los cauces adecuados, se transforma en una regla de Derecho consuetudinario”.¹⁵⁰³

¹⁵⁰³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., *El derecho internacional contemporáneo, op. cit.*, p. 20. Gil Gil también ofrece ejemplos de dichos efectos. En cuanto efecto declarativo, los Convenios de Ginebra de 1949, que consagran el castigo de los crímenes de guerra, que ya existía como derecho consuetudinario; efecto cristalizador tendría la Resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1946, que reafirma la norma de responsabilidad penal del individuo en derecho internacional por la comisión de un crimen de derecho internacional. Considera que la Convención contra el Genocidio, en cambio, es un ejemplo de efecto constitutivo, dado el carácter *ius cogens* de sus normas, pertenecientes al derecho consuetudinario general y generadoras de obligaciones para todos los Estados, sean o no partes en esa Convención. (Precisamente, el carácter *ius cogens* de las normas de esta Convención hace que la misma tenga un efecto declarativo y no constitutivo, como lo indica reiterada jurisprudencia tanto nacional como internacional). GIL GIL, Madrid: Tecnos, 1999, p. 84 y 85. Otro ejemplo claro de efecto constitutivo o generador lo ofrece la Resolución 1514 (XV), titulada “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”. En efecto, la Corte, en el dictamen consultivo sobre el Sahara Occidental, afirmó que “la resolución 1514 (XV) ha sido la base del proceso de descolonización que [se] ha plasmado, desde 1960, en la creación de numerosos Estados que son actualmente miembros de las Naciones Unidas”. ICJ, Reports, 1975, p. 32

La Declaración de la Asociación de Derecho Internacional se refiere a la función que cumplen los tratados en la formación del derecho internacional consuetudinario. En la Parte IV, artículo 20, dice: “No hay presunción general de que un tratado codifica el derecho internacional consuetudinario existente”. Y en el artículo 21: “No obstante, el artículo 20 no excluye la posibilidad de que un tratado contenga *disposiciones específicas* que efectivamente representen derecho consuetudinario; en cada caso, es cuestión de examinar los elementos de prueba”. Con respecto al efecto cristalizador también adopta una posición moderada (artículo 26): “Los tratados multilaterales pueden ayudar a la “cristalización” de normas de derecho internacional consuetudinario. Pero no hay presunción de que lo hagan”.¹⁵⁰⁴

1.3.3. La constante presencia de la costumbre

Desde 1970 el derecho consuetudinario ha regresado con fuerza. Así lo señala Weil cuando afirma que “se ha convertido en la piedra angular del sistema, hasta el punto que el derecho consuetudinario se califica corrientemente como “general”, mientras que el derecho convencional se ha reducido al rango de “particular” [...]. Paralelamente la costumbre ha cambiado de naturaleza: mientras que antes era un proceso lento de formación del derecho mediante la estabilidad y la consolidación, hoy tiende a devenir un procedimiento voluntarista de transformación rápida del derecho”.¹⁵⁰⁵

Algunos autores, como Abi-Saab y Flauss, citados por Meron, señalan sobre todo su carácter polivalente, fluido, su susceptibilidad a la influencia de la opinión pública y por lo tanto a los valores principales de la comunidad internacional, todo lo cual apunta a su dimensión política.¹⁵⁰⁶

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que algunos métodos de formación del derecho consuetudinario han favorecido la creación de normas

¹⁵⁰⁴ International Law Association, *op. cit.*, pp. 43 y 49.

¹⁵⁰⁵ WEIL, P., «Le droit international en quête de son identité», *op. cit.*, p. 160.

¹⁵⁰⁶ MERON, T., *The Humanization of International Law*, *op. cit.*, p. 360.

sobre derechos humanos y han acrecentado su influencia. Flauss observa que “la protección de los derechos humanos es sin duda alguna la tierra elegida para la ‘renovación’ del proceso consuetudinario”.¹⁵⁰⁷

El Secretario General de las Naciones Unidas, en el informe al Consejo de Seguridad donde propuso el texto del Estatuto del TPIY, insistió en que “la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* exige que el tribunal internacional aplique normas del derecho internacional humanitario que, sin duda alguna, forman parte del derecho consuetudinario, de modo que el problema de la adhesión de algunos pero no de todos los Estados a determinados instrumentos no se plantea”.¹⁵⁰⁸

1.4. Los principios generales del derecho

P. M. Dupuy explica que cuando el Comité de Juristas encargado de redactar el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional redacta el artículo 38, tenía la preocupación fundamental de evitar el *non liquet*, es decir, que el juez se viera obligado a constatar que no había derecho aplicable. Habida cuenta del estado de evolución del derecho internacional en esa época, se hizo la referencia a los principios generales del derecho. Esos principios se buscan en las tradiciones jurídicas de los principales sistemas jurídicos, traduciendo así el juez una especie de “sentido común de las leyes internas” que obedezca, más allá de las diferencias culturales, a una lógica determinada o a exigencias universales.¹⁵⁰⁹ Dupuy señala que tienen en común su alto nivel de abstracción y su extrema generalidad. Uno de

¹⁵⁰⁷ FLAUSS, J. F., «La protection des droits de l’homme et les sources du droit international: Rapport général», en *La Protection des Droits de l’Homme et l’Évolution du Droit International. Colloque de Strasbourg 29-31 de mayo de 1997*, Société française de Droit International, París: Pedone, 1998, p. 28.

¹⁵⁰⁸ Informe del Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, Documento de las Naciones Unidas, S /25704, párr. 34 (3 de mayo de 1993).

¹⁵⁰⁹ DUPUY, P. M., *Droit International Public, op. cit.*, p. 356.

ellos es el de *pacta sunt servanda*. Parecen fijados a priori, como axiomas, y se consideran inherentes al orden jurídico internacional.¹⁵¹⁰

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 38, también reconoce como derecho aplicable “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; [...]”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el párrafo 2 del artículo 15, dice:

“Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos **según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional**”. (El resalte es mío).

En el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos la referencia a los principios figura en el artículo 7.2:

“El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 46, refiriéndose a los escritos que pueden presentarse a la Comisión, dice:

“1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

a. que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos [...]”.

¹⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 358.

También la Convención contra la Tortura se refiere a los principios del derecho internacional en el contexto de la tramitación de los casos que se presenten al respectivo Comité. El artículo 21, inciso c), dice:

“El Comité conocerá de todo asunto que se le someta en virtud del presente artículo después de haberse cerciorado de que se ha interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos [...]”.

Cabe observar en estas dos últimas disposiciones citadas la vinculación entre el derecho internacional y el derecho nacional, dado que para la valoración de que se han agotado los recursos de la jurisdicción interna se consideran aplicables los principios del derecho internacional.

La presencia de los principios generales se hace notar más en el Estatuto de Roma, que contiene varias disposiciones que los mencionan. Concretamente, el artículo 21, que enumera el derecho que aplicará la Corte, hace referencia a ellos en los apartados siguientes:

“b) En segundo lugar, cuando proceda, **los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables**, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;

c) En su defecto, **los principios generales del derecho** que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos”. (El resalte es mío).

En el párrafo 2 del mismo artículo:

“La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”.

La Parte III se titula “De los principios generales de derecho penal” (artículos 22 a 33) y se refiere concretamente a los principios de legalidad, irretroactividad, responsabilidad penal individual, culpabilidad e imprescriptibilidad, así como a las causas de justificación y exclusión de culpabilidad.¹⁵¹¹

El párrafo 2 del artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone:

“El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito **según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones**”.¹⁵¹² (El resalte es mío).

En esta versión, la Carta menciona los “principios generales”, pero, a diferencia del Convenio Europeo, no se refiere a las “naciones civilizadas”, sino al “conjunto de las naciones”, acercándose más a la fórmula de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que al derecho de Nuremberg.

Los tribunales internacionales han advertido contra el recurso a los principios generales en el sentido de que no se deberían trasponer sin más al derecho internacional. Una Sala del Tribunal para la ex Yugoslavia, en el caso *Furundžija*, indicó la necesidad de buscar «principios de derecho penal comunes a los sistemas jurídicos más importantes del mundo», para lo que era previamente

¹⁵¹¹ Bueno Arús sostiene: “cabe decir que la teoría del *delito internacional* queda por fin construida de una manera completa y satisfactoria y que no hay grandes diferencias entre este sistema, imitado de las leyes de los Estados miembros, y el sistema más ideal y completo que se nos pueda ocurrir explotando solamente la imaginación (como Carrara)”. BUENO ARÚS, F., «Fuentes y principios generales del Derecho Penal Internacional de nuestro tiempo (Reflexiones sobre la sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo)», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 34, n.º 4, 2007, pp. 78-96.

¹⁵¹² Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000, y proclamada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007. (2000/C, 364/01).

necesario identificar comunes denominadores de esos sistemas a fin de sentar los conceptos básicos en los que se apoyan.¹⁵¹³

1.4.1. Los principios generales y la costumbre

Dupuy se pregunta cómo distinguir los principios generales de la costumbre y dice que al contrario de esta tienen una vida propia y su oponibilidad a los sujetos de derecho no dependerá de que sean efectivamente respetados en las relaciones internacionales.¹⁵¹⁴

Frente a los problemas que plantea el derecho consuetudinario al derecho penal internacional, Kai Ambos propone intensificar el papel de los principios generales del derecho. Estos principios se podrían desarrollar partiendo de los distintos ordenamientos nacionales, de conformidad con el artículo 38.1.c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, anteriormente citado.

Scelle comenta que el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (de 13 de diciembre de 1920) contenía un texto idéntico al citado. Dice que el argumento en que se basa esta disposición constituye una adhesión implícita a la teoría dualista (que no comparte), porque se refiere a normas jurídicas que han nacido en la vida interna de los Estados, y no en la vida internacional, en la que aún no han sido aceptadas.¹⁵¹⁵ Para Scelle, como partidario de la teoría monista, ese argumento es inaceptable. Existen principios generales del derecho y basta. Lo que significa que son, a la vez, principios de derecho internacional y de derecho interno. En realidad los considera principios consuetudinarios generales del derecho, cuya repetición, sumada a la *opinio*

¹⁵¹³ TPIY, Sentencia de primera instancia (IT-95-17/1), citada, párrafos 177 y 178. Cassese afirma que los principios generales del derecho internacional consisten en principios inherentes al sistema jurídico internacional. Por ello, su identificación no requiere un estudio comparativo en profundidad de todos los sistemas jurídicos del mundo, sino que puede llevarse a cabo mediante generalización e inducción a partir de las características principales del orden jurídico internacional. CASSESE, A., *International Criminal Law*, 2ª edición, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 21.

¹⁵¹⁴ DUPUY, P. M., *Droit International Public*, *op. cit.*, p. 359.

¹⁵¹⁵ SCELLE, G., «Règles générales du Droit de la paix», *op. cit.*, pp. 435-436.

communis, contribuye a dar la impresión de que se trata de una fuente formal única de derecho. Cita como ejemplo de esos principios: la obligación de motivar las sentencias, las reglas de competencia, las normas sobre la prescripción, es decir, normas que no han sido incorporadas a ningún tratado, pero que forman parte del derecho consuetudinario universal.¹⁵¹⁶

Recuerda Kai Ambos que, según la opinión predominante en la actualidad, los principios generales del derecho se pueden fundamentar también en una valoración de conjunto del "soft law" internacional.¹⁵¹⁷ Se trataría de una especie de "*opinio iuris*" que no va acompañada de una práctica de los Estados.

Los principios generales del derecho se unirían a las normas consuetudinarias y configurarían los "principios y normas de derecho internacional aplicables" previstos en el párrafo 1 del artículo 21, apartado b), del Estatuto de Roma.¹⁵¹⁸ Sin embargo, el apartado c), ya citado, los reconoce como fuente autónoma, aunque subsidiaria.

Conforme a esta interpretación, los principios generales del derecho cumplirían una doble función: por una parte, como normas supranacionales originarias contribuirían a la formación de la costumbre internacional; por otra, como principios generales del derecho en el sentido tradicional seguirían constituyendo una fuente autónoma. Kai Ambos señala que es indudable la

¹⁵¹⁶ *Ibidem*. Se remite a Anzilotti, quien considera que para que esos principios sean aceptados en el ámbito internacional es necesaria una recepción expresa mediante acuerdo entre los Estados.

¹⁵¹⁷ AMBOS, K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, pp. 37-38. Dentro de este concepto entran, por ejemplo, las decisiones de los organismos internacionales no jurisdiccionales, los proyectos de codificación, las declaraciones de las conferencias diplomáticas, etc. Sobre el concepto del "soft law" de los derechos humanos, SIMMA, B. *International Human Rights and General International Law. A Comparative Analysis*, en AAVV, *The Protection of Human Rights in Europe. Collected courses of the Academy of European Law*, vol. IV, La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 233 y ss.; SIMMA, B. PAULUS, A., «Le rôle relatif des différentes sources du droit international pénal: dont les principes généraux de droit», en A. Hervé, E. Decaux y A. Pallet, *Droit international pénal*, 55-69, París: Pedone, 2000.

¹⁵¹⁸ El apartado b) del artículo 21 dice: "En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; [...]".

importancia que tienen dado el “estado aún rudimentario del derecho penal internacional escrito y no escrito, especialmente en su parte general”.¹⁵¹⁹

A propósito de la relación entre la costumbre y los principios generales, Ollé Sesé observa que, cuando contribuyen a la formación de la costumbre, los principios se confunden con ésta, “y lo que en su origen era un principio, ulteriormente se convierte en norma consuetudinaria”.¹⁵²⁰

Se ha señalado la función interconectiva que cumplen los principios porque, por su generalidad, vinculan los distintos segmentos del derecho, las instituciones jurídicas, así como el derecho nacional y el internacional.¹⁵²¹

1.4.2. Valor como fuente del derecho internacional de las resoluciones de las Naciones Unidas

La Corte Internacional de Justicia emitió una Opinión Consultiva en el caso *Nuclear Weapons* que contenía algunos criterios interesantes al respecto. Según ella, las resoluciones de la Asamblea General, aun cuando no fuesen vinculantes, podían tener en algunas ocasiones un valor normativo. Por ejemplo, ofrecer pruebas importantes para establecer la *existencia* de una norma o la emergencia de una *opinio iuris*. A fin de comprobar esto, es necesario considerar el contenido y las condiciones de adopción de la resolución. También una serie de resoluciones

¹⁵¹⁹ AMBOS, K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 38.

¹⁵²⁰ OLLÉ SESÉ, M., *op. cit.*, p. 156.

¹⁵²¹ GALINSOGA JORDÁ, A., «El reconocimiento de los principios jurídicos en el Derecho internacional contemporáneo y el desarrollo de la conciencia jurídica universal», en A. Salinas de Frías y M. Vargas Gutiérrez-Urrutia (coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. I, *op. cit.*, pp. 647-648. Este autor afirma que “[l]os principios jurídicos, en su generalidad, conectan e integran lo que frecuentemente se presenta como compartimentos estancos del universo jurídico: las instituciones del derecho privado y las del derecho público, los subsistemas regionales y el derecho internacional general, el ordenamiento interno de los Estados y el derecho de gentes, las relaciones jurídicas ‘transnacionales’, el derecho interno de las organizaciones internacionales, las normas procesales y las normas sustantivas o las distintas ramas o sectores del derecho”.

puede demostrar la evolución gradual de una *opinio iuris* necesaria para el establecimiento de una nueva norma.¹⁵²²

Sin embargo, hay algunos factores que se deben tener en cuenta para conferir carácter normativo a esas resoluciones. Por ejemplo, no es posible saber con seguridad si un Estado realmente quería obligarse por la resolución o si se ha sumado al consenso por otras consideraciones.

1.4.3. Papel de las ONG

En la Carta de las Naciones Unidas se les atribuye carácter consultivo cuando se ocupan de asuntos de competencia del Consejo Económico y Social.

Varios autores reconocen el papel que cumplen en el proceso de formación del derecho internacional, dado que expresan valores e intereses comunes a toda la humanidad. Su papel es más bien de promoción de determinadas normas, mediante la elaboración de proyectos y principios, que se suelen distribuir como documentos de las Naciones Unidas, o incluso son adoptados por la Asamblea General. Como señala Van Boven: "El derecho internacional de los derechos humanos es un derecho orientado hacia la población, por lo que es natural que la configuración de ese derecho deba ser un proceso en el que participen sectores representativos de la sociedad".¹⁵²³

1.5. La jurisprudencia y la doctrina

La jurisprudencia ha cumplido, por supuesto, una función esencial tanto como fuente secundaria cuanto al consagrar la existencia de la norma consuetudinaria.

¹⁵²² *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ, Reports 1996, p. 226.

¹⁵²³ VAN BOVEN, T. C., «The role of nongovernmental organizations in international human rights standard-setting: a prerequisite of democracy», en *California Western International Law Journal* 20, n.º 2 (1989/1990), pp. 207-208.

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en el párrafo 1 d) de su artículo 38, reconoce como derecho aplicable “las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho [...]”.

El Estatuto de Roma, en cambio, no menciona ni la jurisprudencia ni la doctrina.

Kai Ambos sostiene que una de las formas en que la jurisprudencia de los Estados puede servir de fundamento a las normas de derecho penal internacional consiste en aportar información sobre la práctica de los Estados, y sobre los principios generales de los distintos ordenamientos nacionales, con arreglo al párrafo 1c) del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.¹⁵²⁴

En los tribunales internacionales, la fuerza vinculante de la jurisprudencia depende de la norma que regule el funcionamiento del tribunal respectivo. El artículo 21, párrafo 2, del Estatuto de Roma dispone: “La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”. Esto significa que está facultada pero no obligada a seguir sus interpretaciones anteriores.

En cambio, los Tribunales Internacionales *ad hoc*, con arreglo a su propia jurisprudencia, están vinculados por decisiones anteriores. Concretamente las Salas de Apelación están vinculadas por sus decisiones anteriores, pero a la vez vinculan con sus propias decisiones a las Salas de enjuiciamiento (o primera instancia). Pero las resoluciones de estas últimas no son vinculantes para las propias Salas.

Otra fuente que no hay que olvidar es el derecho nacional. La diferencia en la forma de referirse a este derecho en el Estatuto de Roma y en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* es la siguiente: mientras que el primero le atribuye un papel indirecto, derivado y subsidiario, dado que comienza con la salvedad “En su defecto”, el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia y el Estatuto

¹⁵²⁴ AMBOS, K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 42.

correspondiente a Ruanda prevén el recurso directo al derecho nacional en el marco de la determinación de la pena.¹⁵²⁵

No obstante, el principio general en el derecho penal internacional es el de autonomía del derecho internacional frente a los derechos nacionales. La doctrina juega un papel secundario y complementario, “para la confirmación o refutación de una *opinio iuris* y para el desarrollo ulterior del derecho”.¹⁵²⁶

1.6. Autonomía del derecho internacional

La autonomía del derecho internacional en materia penal se encuentra consagrada en distintos instrumentos internacionales. Cabe citar en primer lugar el Principio II de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y las Sentencias del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que dice lo siguiente:

“El hecho de que el Derecho nacional no sancione un acto que constituya un delito dentro del Derecho Internacional no exime de responsabilidad, conforme al mismo derecho, al ejecutor de tal delito”.¹⁵²⁷

El proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad contiene una disposición similar:

¹⁵²⁵ El artículo 21 (1) (c) del Estatuto de Roma declara como derecho aplicable: “En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos”. El artículo 24.1 del Estatuto para la ex Yugoslavia: “La Sala de primera instancia sólo impone penas de prisión. Para fijar las condiciones del encarcelamiento, la Sala de primera instancia recurre a las normas de penas de prisión aplicada por los tribunales de la ex-Yugoslavia”. El artículo 23.1 del Estatuto para Ruanda dispone: “La Sala de Primera instancia sólo impone penas de prisión. Para fijar las condiciones del encarcelamiento, dicha sala recurre a las normas generales sobre penas de prisión aplicada por los tribunales de Ruanda”.

¹⁵²⁶ AMBOS, K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 42.

¹⁵²⁷ Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y las Sentencias del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, Documento de las Naciones Unidas A/CN. 4/368, citado, pp. 74-75.

“Artículo 1.

“1. El presente Código se aplica a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad enunciados en la parte II.

2. Los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de derecho internacional punibles en cuanto tales, estén, o no, sancionados en el derecho nacional”.

En los comentarios a esa disposición, se explica:

“9) La cláusula final del párrafo 2 confirma que el derecho internacional se aplica a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad con independencia de que exista un derecho nacional correspondiente. El resultado es la autonomía del derecho internacional en la tipificación penal de las categorías de comportamiento que constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad con arreglo a la parte 11.

10) Esa cláusula declara que la tipificación (o falta de tipificación) de una categoría determinada de comportamiento como penal con arreglo al derecho nacional no surte efecto sobre la tipificación de esa categoría de comportamiento como penal con arreglo al derecho internacional. Es posible que una categoría de comportamiento, tipificada de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad en la parte 11 no esté prohibida o incluso que sea impuesta por el derecho nacional. También es concebible que ese comportamiento esté tipificado simplemente de crimen con arreglo al derecho nacional y no de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad con arreglo al derecho internacional. Ninguna de estas circunstancias podría servir para impedir la tipificación penal de la categoría de comportamientos de que se trate, con arreglo al derecho internacional. La distinción entre la tipificación como crimen de derecho nacional y la tipificación como crimen de derecho internacional es importante, ya que los regímenes jurídicos correspondientes difieren. Esta

distinción tiene consecuencias importantes con respecto al principio de *non bis in idem* de que se ocupa el artículo 12.¹⁵²⁸

Encontramos también formulado el principio de autonomía del derecho internacional para la tipificación de los delitos internacionales en el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que ya hemos examinado en el capítulo correspondiente a ese tema.¹⁵²⁹ Sin embargo, dada la importancia que reviste para el tema que estamos considerando aquí, reitero la cita en el presente capítulo, con la parte del comentario que considero más pertinente.

“Artículo 3. Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”.

El párrafo 1 del Comentario dice:

“El artículo 3 enuncia en forma expresa un principio que ya se desprende intrínsecamente del artículo 2, a saber, que la calificación de un hecho como internacionalmente ilícito es independiente de su calificación como lícito en el derecho interno del Estado”.

Esto no solo supone que el hecho de un Estado no puede calificarse de internacionalmente ilícito mientras no constituya una violación de una obligación internacional, aunque haya una violación de su derecho interno, sino que el Estado no puede alegar la conformidad de su conducta con las prescripciones de su derecho interno para ampararse frente a una acusación de violación de normas internacionales.¹⁵³⁰

¹⁵²⁸ Los textos de los artículos del proyecto de Código provienen del documento de la Asamblea General A/CN.4/L.532, de 8 de julio de 1996.

¹⁵²⁹ Aprobado por la Comisión en su 53º período de sesiones, y señalado a la atención de los gobiernos por la Asamblea General en su Resolución 56/83 de 28 de enero de 2002.

¹⁵³⁰ En el Comentario se citan asuntos sometidos a la Corte Permanente de Justicia Internacional, tales como *Traitement des nationaux polonais*, *Traitement des nationaux*

El Comentario al artículo 3 dice que se reflejaría mejor el principio diciendo no solo que la calificación del comportamiento de un Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional sino afirmando también que, cuando ese comportamiento es calificado de ilícito en virtud del derecho internacional, el Estado no podía excusarse haciendo referencia a la legalidad de dicho comportamiento con arreglo al derecho interno.¹⁵³¹

También se hace referencia a asuntos sometidos a la CIJ, por ejemplo el caso *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, respecto al cual la Corte afirmó que dado que la reclamación se basaba en el incumplimiento de una obligación internacional por un Miembro considerado responsable, ese Miembro no podía pretender que se rigiera por su derecho nacional.¹⁵³²

Ya desde los trabajos de la Sociedad de las Naciones para la codificación de la responsabilidad de los Estados, así como en los realizados en el seno de las Naciones Unidas para la codificación de los derechos y deberes de los Estados, había quedado establecido este principio. En efecto, el artículo 13 del proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados decía lo siguiente:

“Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de derecho internacional, y no puede invocar disposiciones de su propia constitución o de sus leyes como excusa para dejar de cumplir este deber”.¹⁵³³

2. Aplicabilidad de las normas internacionales en el derecho interno

polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, (Opinión Consultiva, 1932, CPJI, serie A/B, n^o 44, p. 4). *Wimbledon*, (Vapeur Wimbledon, 1923, CPJI, serie A, n^o 1, p. 15); *Echange des populations grecques et turques*, (Opinión Consultiva, 1925, CPJI, serie B, n^o 10, p. 20); *Compétence des tribunaux de Dantzig* (Opinión Consultiva, 1928, CPJI, serie B, n^o 15, p. 26 y27).

¹⁵³¹ Párrafo 8 del Comentario.

¹⁵³² Opinión Consultiva, CIJ, *Recueil*, 1949, p. 174.

¹⁵³³ Resolución 375 (IV) de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 1949.

Sin embargo, normalmente es muy difícil o imposible la aplicación directa de las normas internacionales en el sistema interno. Aunque el Estado reconozca la primacía de dichas normas, la formulación de las mismas, por su naturaleza internacional, es tan general que pueden resultar insuficientes incluso para la tipificación de los crímenes. Pero las legislaciones nacionales también suelen resultar insuficientes si no se adaptan o no tienen en cuenta las normas internacionales cuando se trata de los crímenes internacionales. Hasta hace muy poco, entre los tipos previstos en las normas penales nacionales no se encontraban los crímenes internacionales.

Por ello es importante que los sistemas nacionales prevean algún mecanismo de incorporación de las normas internacionales a sus respectivas legislaciones, que permita al mismo tiempo respetar las normas internacionales y concretarlas.

La Constitución española dispone, en el artículo 96, párrafo 1: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

Esta disposición incorpora directamente los instrumentos internacionales, pero en una disposición anterior impone determinados requisitos para que el Estado se obligue por tratados o convenios (artículo 94, párrafo 1), y en el artículo 95 sujeta a revisión la celebración de un tratado que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución.

En el ordenamiento argentino, las disposiciones son más abiertas a la aplicación del derecho internacional, enumerándose especialmente los instrumentos directamente aplicables. El artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional establece lo siguiente:

“Los Tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Sala. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Sala para gozar de la jerarquía constitucional”.

De este modo, se adopta un criterio distinto al de la Constitución española, no solo porque enumera directamente aquellos instrumentos que no exigen requisitos especiales (salvo para su denuncia), sino porque a los enumerados se les asigna una jerarquía constitucional, superior a las leyes.

Sin embargo, es importante preguntarse en este contexto hasta qué punto el Estado puede permitirse, según el derecho internacional, no tipificar ni legislar concretamente respecto de los crímenes internacionales, dadas las normas internacionales que le imponen esa obligación. Como se pregunta Remiro Brotóns: “¿Deben las Constituciones, las leyes fundamentales de los Estados integrar o hacer referencia a los más importantes principios imperativos del Derecho

internacional?”¹⁵³⁴ Y enumera los objetivos que ha de trazarse la Constitución ante el derecho internacional: “1) crear los instrumentos técnico-jurídicos que garanticen su observancia en el orden interno; 2) precisar los órganos intervinientes en la formación de la voluntad del Estado en los actos internacionales; y 3) satisfacer las exigencias de la cooperación institucionalizada con los demás miembros de la sociedad internacional”. Considera que si se satisfacen estos objetivos no sería necesario reproducir en la Constitución las normas de derecho internacional general, y formula varios argumentos de carácter técnico jurídico en contra de esa reproducción.¹⁵³⁵

Estos argumentos se pueden formular en un contexto de libertad y no de obligatoriedad, porque cabe preguntarse, ¿acaso sería posible que la decisión de incluir o no las normas o principios internacionales en las constituciones estatales no dependiese de la libre voluntad de los Estados?, ¿es posible obligar a un Estado a legislar sobre determinadas materias? Lo que nos llevaría a preguntarnos, ¿es posible obligar sin amenazar con una sanción? Y lo que a su vez nos llevaría a preguntarnos, en su caso, ¿con qué sanción se amenazaría a un Estado, sin recurrir a medidas que entrañaran una grave amenaza contra la paz mundial, que constituye uno de los bienes jurídicos que se pretende tutelar en esta materia?

¹⁵³⁴ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. Principios Fundamentales*, vol. I, Madrid: Tecnos, 1982, p. 74. Recuerda la opinión de Visscher de que los textos constitucionales que proclamaban la sumisión del Estado al derecho internacional en sus relaciones interestatales “no soportaban la crítica jurídica, siendo *inútiles* porque enunciaban una regla evidente que encontraba su fundamento en el orden jurídico internacional, y *peligrosos* porque su inclusión creaba la duda acerca de este fundamento y de la extensión de la obligación”. *Ibidem*.

¹⁵³⁵ Entre los argumentos que formula: la enunciación de los principios que obligan al Estado en el plano internacional no refuerza su obligatoriedad, pues lo diga o no la Constitución, en el plano internacional son vinculantes; se complicaría la adaptación inmediata del orden jurídico a una normativa que evoluciona rápidamente, la omisión de algunos principios podría dar pie a argumentaciones contrarias. No obstante, agrega: “Pero la técnica no lo es todo. Las afirmaciones, incluso programáticas, de los propósitos y principios inspiradores del comportamiento internacional del Estado actúan, indudablemente, como factor de moralización, de educación de la opinión pública coadyuvando a la germinación de una conciencia popular solidaria con una sociedad internacional pluralista y con los principios fundamentales que deben regirla”. *Ibidem*, p. 75.

2.1. Formas de trasposición o implementación del derecho internacional en el derecho interno

Aun si se adopta una postura monista, es decir, considerando un derecho único el derecho internacional y los derechos nacionales, siempre existirán dos órdenes normativos, desde la perspectiva nacional de cada Estado, así como desde la perspectiva del derecho internacional. Aunque la relación entre ambos sea de continuidad, no por ello se presentan como un solo orden normativo, un único conjunto de normas. La naturaleza jurídica de ambos es diferente. Las normas internacionales cumplen una función más bien rectora, de principios que orientan al legislador y al juez nacional. El derecho internacional tiene autonomía, en el sentido de que no está subordinado al derecho nacional, pero para que se traduzca a la norma particular, a la sentencia, es necesario que pase por una etapa intermedia, que es el derecho nacional.

Por ello hemos de considerar las diversas formas en que los Estados pueden incorporar en sus propias legislaciones las normas internacionales, lo que suele llamarse en inglés "*implementation*", y que ahora, Real Academia mediante, puede traducirse literalmente al español como "implementación" con el mismo significado, o bien con el término "trasposición".

Respecto de las exigencias constitucionales de cada Estado, Kai Ambos afirma: "En general, el sistema continental o de *civil law* -al cual pertenecen también la gran mayoría de los Estados de América Latina- no permite una aplicación directa de normas (penales) internacionales o una transformación de estas normas a través de una referencia al instrumento internacional por las exigencias de los principios *nullum crimen sine lege (certa)* y *nulla poena sine lege*".¹⁵³⁶

En consecuencia, a los que no tienen la posibilidad de la aplicación directa del derecho penal internacional les quedan solo las siguientes opciones: la

¹⁵³⁶ AMBOS, K., «Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional», en K. Ambos y E. Malarino (coords.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2003, p. 26.

incorporación literal al orden jurídico de los artículos pertinentes de los instrumentos de que se trate (modelo seguido por Bélgica respecto del Estatuto de la Corte Penal Internacional), o la sanción de nuevas normas en la parte especial del Código Penal (modelo seguido por la mayoría de los Estados de América Latina) o en una ley especial (modelo seguido por Alemania).

Lógicamente hay varias formas de trasponer las normas internacionales, así como de denominar esas formas. Por ejemplo, Bollo Arocena menciona la técnica de imputación global por reenvío a las disposiciones del derecho internacional o técnica de remisión; el sistema de imputación específica, también denominado de retipificación; y el sistema mixto de imputación.

El sistema de imputación global o de remisión, adoptado por algunos Estados del *common law*, consiste en incluir en las leyes de adaptación una “cláusula general de referencia” a las disposiciones de los instrumentos de que se trate. Por otra parte, se fija una escala de penas correspondiente a las conductas referidas.¹⁵³⁷

El sistema de imputación específica o retipificación (también denominado proceso de nacionalización de los delitos) consiste en incluir en el ordenamiento interno las conductas punibles según el derecho internacional, sea transcribiéndolas literalmente o definiéndolas nuevamente.¹⁵³⁸

¹⁵³⁷ Entre los países que han seguido esta técnica menciona: Canadá, con la *Geneva Convention Act*, de 1965, que cita expresamente las disposiciones de los Convenios y del Protocolo adicional I, y especifica una escala de penas; Estados Unidos (*War Crimes Act*, de 1996); Gran Bretaña (*Geneva Convention Act*, de 1957); Irlanda (*Geneva Convention Act*, de 1962). BOLLO AROCENA, M. D., *op. cit.*, p. 323.

¹⁵³⁸ Entre los países que han optado por este método, particularmente respecto de la Convención contra el Genocidio, se encuentran Alemania, Italia, Australia, Estados Unidos y Francia. Esta última se aparta de la Convención porque amplía al máximo los grupos que pueden ser objeto de ataque al incluir la frase, “o de un grupo determinado a partir de cualquier otro criterio arbitrario”. Polonia también ha extendido el concepto de grupo, para incluir a los grupos políticos. En cambio Nicaragua ha restringido el concepto de grupo víctima del ataque genocida al grupo étnico o religioso. España también ha optado por retipificar el crimen de genocidio en su Código Penal, pero en forma distinta a la Convención.

Esto ha sido posible en el caso del genocidio, pero no sucedió lo mismo en el de los crímenes contra la humanidad, a pesar de que, si bien no existe una Convención específica, los Estados hubieran podido remitirse al artículo 6 del Estatuto de Nuremberg o a la Resolución 95 (I) de la Asamblea General, que confirma los principios y la jurisprudencia de Nuremberg.¹⁵³⁹

2.1.1. Modificación de leyes existentes

Werle, considerando que la forma más simple de incorporar, por vía legislativa, el derecho penal internacional al derecho interno es la modificación del Código Penal existente, señala que se pueden seguir diversos métodos, desde la adopción selectiva de preceptos específicos hasta la inclusión de un capítulo completo, según el volumen y la estructura de las disposiciones que se han de incorporar.¹⁵⁴⁰

Menciona este autor otro método de implementación del derecho penal internacional, que denomina implementación modificatoria, que consiste en incorporar lo fundamental de las normas internacionales, teniendo en cuenta las peculiaridades del derecho nacional.¹⁵⁴¹

Lógicamente, es posible además que los Estados implementen el derecho internacional combinando dos o varios de los métodos citados: por ejemplo, que se opte por incorporar directamente la tipificación internacional de determinados crímenes, tales como el genocidio, e incorporar la tipificación de otros crímenes con algunas modificaciones, etc.¹⁵⁴²

¹⁵³⁹ Por último, Bollo Arocena se refiere al sistema mixto de imputación, que consiste en combinar las dos técnicas de imputación, la global y la específica y cita como ejemplo la legislación de Bélgica, que adoptó una ley separada (de 1993, modificada por otra de 1999). BOLLO AROCENA, M. D. *op. cit.*, p. 323.

¹⁵⁴⁰ WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, *op. cit.*, p. 154.

¹⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 152.

¹⁵⁴² Ecuador, Colombia, El Salvador y Venezuela ofrecen ejemplos de una implementación combinada.

Werle hace notar que las modificaciones puntuales del Código Penal vigente constituyen la mejor alternativa si el Estado quiere ser cauto respecto a la incorporación del derecho penal internacional pero considera necesarias determinadas modificaciones en el derecho interno.

Otra posibilidad consiste en introducir un capítulo completo bajo el título «Crímenes de derecho internacional».¹⁵⁴³

2.1.2. Codificación independiente

Consiste en promulgar un Código de Derecho Penal Internacional, en el que se incluyan los crímenes de derecho internacional, pero al mismo tiempo se prevean también los preceptos necesarios sobre la Parte General.

Como señala Werle, las posibles desventajas de esta forma de implementación, por ejemplo, que al codificarse fuera del Código Penal se diera la impresión de que el Código de Derecho Penal Internacional no contempla los «delitos fundamentales», sino un «derecho penal subsidiario», o de que se trata de una ley especial de marcado carácter político, se ven compensadas con el importante valor simbólico de contar con una codificación íntegra y, desde el punto de vista internacional, una ley independiente que eleva la posibilidad de acceder al derecho penal internacional interno y con ello la posibilidad de que sea reconocido fuera del propio sistema legal estatal. Además, aumentan las posibilidades de contribuir a una clarificación y consolidación progresiva del derecho penal internacional. Alemania y Brasil son ejemplos de países que han optado por este modelo.¹⁵⁴⁴

¹⁵⁴³ La República Federal de Alemania utilizó este modelo de modificación de leyes existentes en 1954 cuando incluyó el tipo de genocidio en el § 220 a del StGB. l España, Costa Rica, Honduras, Perú y Venezuela son ejemplos de países que han optado por este modelo para la implementación del Estatuto de Roma.

¹⁵⁴⁴ WERLE, G., *op cit.*, p. 155. Véase también la exposición de motivos del Código de Derecho Penal Internacional alemán, BT-Drucksache 14/8524, pág. 12. También en Argentina existe un proyecto, aunque no oficial, en este sentido. Cfr. GRAMMER, C., «El sistema del Estatuto de Roma como fuerza motriz del derecho penal internacional: el inesperado éxito del Estatuto de Roma en América Latina», en K. Ambos y E. Malarino,

Como ejemplos de actuación de los Estados en ese sentido, Kai Ambos cita los siguientes: en Alemania ha entrado en vigor en junio de 2002 un Código Penal Internacional independiente (*Völkerstrafgesetzbuch* [VStGB]) que no solo prevé una pena para los crímenes internacionales recogidos en el Estatuto, sino también para otros crímenes internacionales reconocidos por el derecho internacional consuetudinario. “El objetivo del nuevo VStGB es, entre otros, capacitar al Estado alemán para que también pueda siempre perseguir él mismo los crímenes que recaen bajo la competencia de la CPI”.¹⁵⁴⁵ En el Canadá entró en vigor en el año 2000 la *Crimes against Humanity and War Crimes Act*.

Australia ha incluido en su Código Penal nuevos tipos penales; en Suecia, a finales del 2002, se presentó un proyecto de ley sobre crímenes internacionales. En otros Estados se han reunido comisiones de expertos para discutir posibles modificaciones del ordenamiento penal nacional.

2.2. El Estatuto de la Corte Penal Internacional: proceso de adaptación

Tras la adhesión al Estatuto de la CPI, en varios países ha tenido lugar un proceso de adaptación de las legislaciones nacionales a las disposiciones estatutarias, mediante la sanción de nuevas leyes o la modificación de las existentes.

Ese proceso reviste particular importancia en el caso del Estatuto porque en él se reconoce explícitamente la idea de una Administración de Justicia descentralizada. Conforme al artículo 1 del Estatuto de la CPI, la Corte Penal Internacional «tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales». Como señala Werle, “[...] incluso después de la instauración de la Corte Penal Internacional, la aplicación (indirecta) del derecho penal internacional

Temas actuales del Derecho Penal Internacional: contribuciones de América Latina, Alemania y España, 41-60, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, pp. 49 y ss.

¹⁵⁴⁵ AMBOS, K., «Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional», *op. cit.*, p. 15.

mediante los tribunales nacionales sigue siendo la espina dorsal del sistema de justicia penal internacional”.¹⁵⁴⁶

A diferencia de otros tratados internacionales en materia penal, el Estatuto de la CPI no establece ninguna obligación de incorporar sus disposiciones al derecho interno, de modo que los ordenamientos nacionales mantienen su autonomía aunque los respectivos países hayan pasado a ser partes en el Estatuto de la CPI. En ese sentido, el Estatuto constituye una excepción respecto de los tratados internacionales sobre derechos humanos,¹⁵⁴⁷ dado que no establece expresamente dicha obligación, a excepción de los delitos contra la administración de justicia.¹⁵⁴⁸

(También es una opción que tienen los Estados de incorporar o no las definiciones de los crímenes previstos en el Estatuto a su derecho interno).

Como explica Werle, “El mensaje del Estatuto de la CPI en cuanto a las características de la legislación penal interna es que los Estados deben estar dispuestos y en condiciones de perseguir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra aplicando sus legislaciones, de forma similar a como lo haría la Corte Penal Internacional”.¹⁵⁴⁹

A pesar de que, como hemos visto, el Estatuto no obliga a los Estados partes a promulgar leyes penales o a «copiar» el Estatuto, como consecuencia de la

¹⁵⁴⁶ WERLE, G., *op. cit.*, p. 148.

¹⁵⁴⁷ Por ejemplo, el art. 146.1 del IV. Convenio de Ginebra: «Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales» y el art. 4 de la Convención contra la Tortura, de 10 de diciembre de 1984: “1. *Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura*”.

¹⁵⁴⁸ El artículo 70. 4.a) del Estatuto de la CPI establece esa obligación solo con respecto a los delitos contra la Administración de Justicia: “*Todo Estado Parte hará extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales [...]*”.

¹⁵⁴⁹ WERLE, G., *op. cit.*, p. 149.

ratificación del mismo varios países han revisado sus respectivas legislaciones para determinar lo que era necesario hacer a fin de adaptarlas al nuevo Estatuto. Por ejemplo, muchos países han aprobado nuevas leyes o modificado las vigentes incorporando los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma y atribuyendo al Estado una jurisdicción extraterritorial sobre ellos.

Werle habla de tres opciones de implementación del Estatuto en el orden jurídico nacional: la aplicación directa del derecho internacional consuetudinario, la remisión al Estatuto de la CPI o la reproducción de los preceptos del Estatuto.

En cuanto a la primera opción, **la aplicación directa**, solo será posible cuando la punibilidad de los crímenes pueda fundamentarse no solo en normas escritas sino también en normas no escritas (consuetudinarias), lo que solo es posible actualmente en los ordenamientos del *common law*. Sin embargo, aun en estos ordenamientos, los tribunales penales se muestran renuentes a recurrir al derecho consuetudinario.

Por lo que respecta a la segunda opción, **la incorporación por remisión**, así como puede hacerse la incorporación de normas de derecho internacional mediante la referencia directa a las normas y principios más importantes del derecho internacional,¹⁵⁵⁰ también la ley interna puede remitirse a las prescripciones del Estatuto de Roma,¹⁵⁵¹ o hacer una referencia amplia al derecho penal internacional recogido en las normas consuetudinarias.¹⁵⁵² (Pero esto último no será posible cuando se exige que la punibilidad de una conducta venga determinada por una ley escrita).

¹⁵⁵⁰ Es el caso de la Constitución argentina que, en el artículo 75.22, se remite a los tratados internacionales, nombrando expresamente los que tienen directamente jerarquía constitucional, y estableciendo que los no indicados requerirán el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Sala para tener esa jerarquía. Cabe deducir que los instrumentos nombrados pueden ser aplicados directamente. En otra sección del presente capítulo se analiza brevemente la implementación del derecho internacional en Argentina y España.

¹⁵⁵¹ Esto sucede en Costa Rica, Nueva Zelandia, Venezuela y Uruguay.

¹⁵⁵² Es el caso del Canadá, que en la *Crimes against Humanity and War Crimes Act* hace referencia al derecho internacional consuetudinario. WERLE, G. *op. cit.*, p. 151.

La tercera opción, la **reproducción literal** en la ley interna de la descripción de las conductas que figura en el Estatuto, puede estar sujeta a ciertas limitaciones impuestas por la Constitución.

Werle señala: “El fin último del Estatuto no es que los crímenes de derecho internacional sean juzgados por la Corte Penal Internacional, sino servir como fuente de normas y estándares legales que ofrezcan a los Estados una base para que ellos mismos investiguen y persigan efectivamente los crímenes más graves de derecho internacional”.¹⁵⁵³

Por ello, considero en el presente trabajo que, antes que la jurisdicción internacional, es la jurisdicción interna la que es reclamada por las víctimas e incluso por la comunidad internacional, que se ha expresado en ese sentido en el Estatuto.

2.2.1. La adaptación en España

La adaptación de la legislación interna española al Estatuto de Roma fue consecuencia de la ratificación del mismo por el Estado español el 19 de octubre de 2000 (el instrumento de ratificación fue depositado el 25 de octubre), en virtud de la Ley orgánica 6/2000, de 4 de octubre. En España no estaban tipificados los crímenes contra la humanidad (salvo el genocidio), y la inclusión de dichos crímenes se ha llevado a cabo a través de la reforma del Código Penal español mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. La exposición de motivos de esta Ley dice que “se definen y regulan los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional”.¹⁵⁵⁴

La regulación de los crímenes internacionales en el Código Penal Español aparece en el título XXIV, titulado “Delitos contra la Comunidad Internacional”, que

¹⁵⁵³ WERLE, G., *op. cit.*, p. 149.

¹⁵⁵⁴ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., «La Corte Penal Internacional. Implementación en derecho penal español», en *La reforma penal a debate, XVI Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004, p. 72.

consta de cuatro capítulos: el primero de ellos se titula «Delitos contra el Derecho de gentes», expresión procedente del derecho internacional consuetudinario. El capítulo II regula el delito de genocidio, el capítulo II *bis*, los delitos de lesa humanidad; el capítulo III regula los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado y, por último, el capítulo IV contiene las disposiciones comunes a todos ellos.

Con respecto a los delitos de lesa humanidad, la legislación española ha adoptado un concepto más amplio que el del Estatuto de Roma, como señala Méndez Rodríguez, dado que conforme al artículo 607 *bis* no es necesario que los hechos descritos en el artículo 2 se cometan siempre como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, es suficiente que se realicen contra una parte de ella, y se prevé además que los hechos se realicen en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión o dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen (esto coincide con la definición de *apartheid* que figura en el Estatuto, en el párrafo 2 del artículo 7).

Méndez Rodríguez advierte que la falta de coincidencia entre las tipificaciones plantea una serie de cuestiones en relación con la aplicación del principio de universalidad.¹⁵⁵⁵

2.2.2. La adaptación en América Latina

Kai Ambos considera que la ratificación del Estatuto en los países de esta región puede verse como una continuación de la *línea política* seguida tras los regímenes violadores de los derechos humanos que han sufrido. Pero aún más, considera que “la ratificación significa para un Estado la asunción de un *compromiso diferenciado* de persecución penal de crímenes internacionales, pues con ella no sólo se revela (o confirma) su voluntad de comprometerse en la persecución y sanción de crímenes internacionales, sino que específicamente se admite que en caso de incumplimiento del deber de perseguir y sancionar los

¹⁵⁵⁵ *Ibíd.*, pp. 80-81.

crímenes internacionales cometidos en su jurisdicción (bien porque no esté dispuesto o bien porque no esté en condiciones de hacerlo, artículo 17 del Estatuto) sea la Corte Penal Internacional el Órgano autorizado a llevar adelante el proceso".¹⁵⁵⁶

No obstante, lamenta este autor que muy pocos son los países que han tipificado el delito de genocidio, y que las tipificaciones que hay no son completas. "En cuanto a los *crímenes contra la humanidad*, prácticamente no existen tipificaciones en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos que se acerquen a las previsiones del Estatuto de Roma".¹⁵⁵⁷

3. La tipificación en los instrumentos internacionales

Además de estas enunciaciones generales que consagran el principio de legalidad, no debemos olvidar las descripciones que figuran en los instrumentos internacionales que definen los delitos o crímenes que prevén. Ahora bien, esas formulaciones carecen de la precisión necesaria para ser sin más aplicables. Basta recordar la definición de los crímenes contra la humanidad en los distintos instrumentos internacionales. Esto es solo un ejemplo de que las normas de derecho internacional -como dice Cassese- constituyen aún un cuerpo de normas que necesita precisión jurídica y perfeccionamiento en materia de definiciones y principios generales.¹⁵⁵⁸

Sin embargo, en algunos instrumentos, como la Convención contra la Tortura, encontramos una descripción bastante precisa, en el párrafo 1 del artículo 1: "A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura"

¹⁵⁵⁶ AMBOS, K., «Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional», *op. cit.*, p. 155. No obstante, la intervención de la Corte solo será posible de cara al futuro, y no precisamente para esos crímenes que motivaron la ratificación del Estatuto.

¹⁵⁵⁷ Solamente algunos Estados han incluido en sus legislaciones el crimen de desaparición forzada, como es el caso de Colombia, El Salvador, Venezuela y Perú. Si bien el crimen de tortura está previsto en la mayoría de los Estados de la región, existe como crimen individual con modalidades muy diversas entre los países y respecto del Estatuto de Roma y a veces bajo un *nomen iuris* diverso. AMBOS, K. y MALARINO, E., (eds.), *op cit.*, p. 56.

¹⁵⁵⁸ CASSESE, A., *op. cit.*, p. 43.

todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

Pero el párrafo 2 del mismo artículo contrarresta esta precisión inicial, pues dispone: “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”. Es decir, abre la puerta a lo que puedan disponer otros instrumentos tanto nacionales como internacionales.

En cambio, el artículo II de la Convención contra el Genocidio contiene una tipificación de las conductas que constituyen dicho crimen bastante precisa, así como el artículo 2 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Lo mismo puede decirse del artículo 5, titulado Crímenes de la competencia de la Corte, y los artículos 6, 7 y 8, que describen las correspondientes conductas, del Estatuto de la Corte Penal Internacional.¹⁵⁵⁹ (Los elementos de los crímenes, previstos en el artículo 9 y aprobados en 2007, aportan una precisión mayor).¹⁵⁶⁰

También los Estatutos del TPIY, el TPIR y el TPISL mencionan “otros actos inhumanos”.

¹⁵⁵⁹ Aunque algunos autores, como Cassese, consideran que se reproduce la ambigüedad en su artículo 7 1 k), que dice: “Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

¹⁵⁶⁰ Corte Penal Internacional, Elementos de los Crímenes, citado.

3.1. La legalidad de las penas

El principal corolario del principio de legalidad se refiere a la legalidad de las penas. Ya Beccaria había propugnado la necesidad de que las penas fuesen establecidas por el legislador.

Ante las exigencias del principio de legalidad en el derecho penal interno, resulta muy difícil la aplicación automática de las normas penales internacionales, incluso en los países cuyas constituciones prevén tal aplicación (como Argentina), porque dichas normas no suelen prever sanciones concretas por la comisión de los crímenes que tipifican, sino enunciados generales que delegan en los Estados el establecimiento de las penas. (Las excepciones son el Estatuto de Roma y los Estatutos de los tribunales *ad hoc*). Las razones de esta omisión de las penas en los instrumentos internacionales residen en la gran diversidad de sistemas jurídicos existentes en la comunidad internacional, pero no solo de sistemas jurídicos, sino también de culturas y estructuras sociales que pueden influir mucho en las penas aplicables.

Por ello resulta interesante citar las observaciones de la Comisión de Derecho Internacional cuando examina este tema en el marco de la elaboración del Proyecto de artículos sobre Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

“21. [...] Se habrá advertido que los gobiernos no han respondido a la petición que se les hizo de proponer una pena para cada crimen. La razón por la que no lo han hecho es que resulta difícil determinar una pena específica para cada uno de los crímenes. En uno de sus informes consagrados a las penas aplicables, el Relator Especial propuso, en lugar de fijar una pena para cada infracción, establecer solamente una escala de penas, dejando a los tribunales la tarea de determinar, en cada caso, la pena aplicable.

22. En efecto, todas las infracciones del proyecto de código se consideran infracciones sumamente graves, y es difícil prever en él penas diferentes para esas infracciones, consideradas todas ellas de una gravedad suma.

Sólo los tribunales podrán determinar, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la personalidad del acusado, la pena que consideren equitativa.

23. Tal era, por otra parte, el método seguido en los estatutos de los tribunales penales internacionales. Por ejemplo, según el artículo 27 del estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, «[e]l Tribunal podrá imponer al acusado convicto la pena capital u otra sanción que el Tribunal considere justa». Del mismo modo, según el artículo 16 del estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio), '[e]l Tribunal estará facultado para condenar, a un acusado declarado culpable, a muerte o a cualquier otra pena que estime justa'.¹⁵⁶¹

3.1.1. Las penas no previstas y las previstas

Ollé Sesé se pregunta lo siguiente: ¿es aplicable *self executing* el instrumento que prohíbe y ordena sancionar un crimen internacional de primer grado (*ius cogens*) o ha de ser incorporado en la legislación interna?; ¿es aplicable directamente la norma consuetudinaria penal?; ¿es aplicable el derecho internacional aunque las leyes internas del Estado no incorporen el tipo penal internacional o lo tipifiquen con posterioridad a la ejecución de los hechos?¹⁵⁶²

¹⁵⁶¹ Y continúa remitiéndose al Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia, que dice: "La Sala de primera instancia solo podrá imponer penas de privación de libertad. Para determinar las condiciones en que se habrán de cumplir, las Salas de Primera Instancia recurrirán a la práctica general de los tribunales de la ex Yugoslavia relativa a las penas de prisión". Naciones Unidas. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1995, *Documentos del cuadragésimo séptimo período de sesiones*.

¹⁵⁶² OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para crímenes internacionales*. Madrid: La Ley, 2008, p. 163. Recordemos aquí la clasificación que propone este autor entre crímenes de primer grado y otros crímenes internacionales. Ver pp. 161 y ss.

El problema que se plantea, como hemos visto, es que los instrumentos internacionales que establecen como delitos internacionales determinadas conductas no prevén las penas aplicables. Las excepciones son el Estatuto de Nuremberg, los Estatutos de los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que prevén determinadas penas o que hacen referencia concreta a penas privativas de libertad determinables por los tribunales de los respectivos países.

El Estatuto del Tribunal de Nuremberg dispone en su artículo 27: “En caso de dictar una sentencia condenatoria, el Tribunal podrá imponer la pena de muerte o la que estime conveniente y justa”. No solo estableció que se podían condenar los delitos internacionales que contemplaba sin la existencia de pena previa a la comisión del crimen, sino que tampoco fijó una escala de penas según el específico hecho ilícito de que se tratara, facultando en consecuencia a los jueces a aplicar la pena que estimaren adecuada en cada caso. En lugar de remitir la pena imponible a la contemplada en la legislación alemana -y las de los demás países en que se cometieron los crímenes- para los distintos hechos ilícitos que se cometieron como parte de los delitos internacionales contemplados en el Estatuto, se establecieron penas inexistentes antes de la comisión de los hechos y se facultó al Tribunal para que las aplicara discrecionalmente.

En los Estatutos de los tribunales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda se establecieron normas de aplicación de penas más acordes con el principio de legalidad ordinario. El artículo 24.1 del primero de ellos señala: “1. La Sala de primera instancia sólo impone penas de prisión. Para fijar las condiciones del encarcelamiento, la Sala de primera instancia recurre a las normas de penas de prisión aplicadas por los tribunales de la ex Yugoslavia”. En igual sentido el artículo 23 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda.

Queda establecido en estos Estatutos que las penas que se hayan de imponer serán las aplicadas por los tribunales de los países en que los crímenes fueron cometidos, es decir, las previstas en su legislación para los delitos específicos cometidos como parte de crímenes de lesa humanidad, para cometer

genocidio o en el transcurso de la guerra, los tres crímenes internacionales de la competencia material de ambos tribunales internacionales.

El Estatuto de Roma establece en el artículo 77 las penas aplicables. Su texto es el siguiente:

“1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. 2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer: a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba; b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe”.

Comoquiera que sea, lo que resulta claro es que la previsión de pena no es requisito insoslayable en el derecho internacional y que su ausencia no ha impedido en ningún caso condenar a los responsables de crímenes contra la humanidad, ya fuese por las amplias facultades dadas al tribunal para imponer las penas o porque se estableciera que se aplicarían las previstas en las legislaciones internas de los Estados afectados.

Por otra parte, los tribunales nacionales, desde el fin de la segunda guerra mundial en adelante, han dictado sentencias respecto de responsables de crímenes internacionales condenándolos por tales crímenes y sancionándolos con las penas previstas en su legislación para cada uno de los hechos ilícitos cometidos.

Dado que el tema que nos ocupa en el presente trabajo nos lleva a centrarnos en la jurisdicción nacional frente a los crímenes internacionales, es importante observar de qué manera los tribunales de un Estado pueden aplicar las normas internacionales cuando estas normas no prevén penas, es decir, no ofrecen la “garantía de penalidad”, como ya hemos señalado.

Ollé Sesé indica que las resoluciones de los tribunales nacionales respecto a los crímenes internacionales de primer grado sirven como instrumento de interpretación para otros tribunales nacionales y para los tribunales internacionales. Casos paradigmáticos: *Eichmann, Barbie, Demjanjuk, Finta, Touvier*. Pero hay muchos casos recientes en los que tribunales nacionales se apoyan en sentencias de otros tribunales nacionales en materia de derecho penal internacional.¹⁵⁶³

3.1.2. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional aplicables

Cassese observa que desde el establecimiento de los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, en determinados Estados se han comenzado a aplicar en los tribunales los Convenios de Ginebra, así como a sancionar leyes que prevén la cooperación con los tribunales internacionales y la adaptación del derecho interno al derecho internacional. Eso hace pensar -dice- que este último ha comenzado a influir en el primero, tanto en el plano normativo como en la práctica.¹⁵⁶⁴

Sin embargo, la evolución es lenta, y por ello Cassese sugiere, siguiendo a otros juristas, que los Estados que aún no hubieran adoptado, con respecto a los tratados que hayan ratificado, una ley de armonización, utilicen los mecanismos existentes para aplicar las normas internacionales. Por ejemplo, en el caso de la Convención contra la tortura, los jueces deberían aplicar las normas penales internas que prevean delitos similares y sus correspondientes penas. “Se trataría

¹⁵⁶³ OLLÉ SESÉ, M., *op. cit.* p. 159.

¹⁵⁶⁴ CASSESE, A., «L'incidence du droit international sur le droit interne», en A. Cassese y M. Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, 555-566, París: Presses Universitaires de France, 2002, p. 559.

en cierto modo de reconocer la aplicabilidad directa de las normas internacionales”.¹⁵⁶⁵

Delmas-Marty afirma que “el trabajo del juez no debe tropezar, en materia de crímenes internacionales, con los obstáculos jurídicos tradicionales sino consistir, a su manera, en algo de ilimitado”. Por ese motivo -explica- esos obstáculos deben ser analizados sin pretender reducir la complejidad que actualmente presentan ni darles una coherencia que fijaría prematuramente (y añadido, artificialmente) una esfera del derecho en plena evolución.¹⁵⁶⁶

Señala esta autora la enorme complejidad del derecho vigente cuando los tribunales nacionales han de administrar la justicia internacional. Se trata de una complejidad en el espacio, dado que rigen diversas normas nacionales, que en la mayoría de los países ni siquiera han sido armonizadas con las internacionales, y que en algunos solo a nivel jurisprudencial se han comenzado a armonizar, y en el tiempo, dado que esta labor se lleva a cabo a diferentes ritmos y con un derecho en constante evolución, como el internacional.¹⁵⁶⁷

Estima absolutamente indispensable la armonización entendida como proceso de acercamiento entre los distintos ordenamientos y el derecho internacional en torno a principios rectores comunes. Advierte que si se pone en marcha una jurisdicción universal sin la integración previa de las normas internacionales puede limitarse el proceso a una simple transición. En cambio, la integración progresiva de las normas internacionales (en los ordenamientos nacionales) iría preparando a los jueces nacionales para convertirse en “guardianes de un futuro derecho común”. Pero considera ambas soluciones “modelos intermedios”, que pueden facilitar la construcción de una futura justicia

¹⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 565. Desde el momento de la publicación de este texto es lo que se viene aplicando en los tribunales nacionales que juzgan crímenes internacionales, concretamente en Argentina.

¹⁵⁶⁶ DELMAS-MARTY, M., «La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités)», *op. cit.*, p. 615.

¹⁵⁶⁷ *Ibidem*, pp. 615-616. Considera que principalmente existen dos instituciones de derecho penal interno, la prescripción y la amnistía, que podrían oponerse como obstáculos a la responsabilidad penal por crímenes internacionales.

internacional, siempre que esos modelos se consideren como transitorios y no como puntos de llegada. Sugiere dos caminos para explorar con esa finalidad. Uno, el que abren los derechos humanos, intentando aumentar el número de ratificaciones de los instrumentos pertinentes. Reconoce que se trata de una cuestión de voluntad política, pero esta puede ser sensible a la presión de la ciudadanía y las ONG. El otro camino lo abriría un “recurso de interpretación” ante la Corte Penal Internacional, cuyo objetivo sería hacer conocer las prácticas existentes, precisar el sentido del derecho convencional y de la costumbre internacional y evitar interpretaciones diferentes o contradictorias.¹⁵⁶⁸

Es interesante recordar la sentencia del TEDH, en el caso *Kononov contra Letonia*, en el que el Tribunal se pronuncia claramente contra la posibilidad de la aplicación retroactiva de un instrumento internacional,¹⁵⁶⁹ pero también sobre la configuración de una norma única a partir de la relación entre el derecho nacional y el internacional. Dice lo siguiente: “[...] el Tribunal estima que, en casos similares al examinado, en los que la ley nacional remite al derecho internacional para la definición de un delito, la disposición interna y la disposición internacional forman, en el sentido material, una sola y única norma penal, abarcada por las garantías del párrafo 1 del artículo 7 del Convenio. Ahora bien, esta disposición se opone a que un tratado internacional sea aplicado retroactivamente para calificar un acto o una omisión como criminales”.¹⁵⁷⁰

En ese sentido, Bassiouni indica que ante este tipo de casos juega un papel importante la técnica de elaboración de las normas. Si bien el derecho penal internacional se basa principalmente en tratados o convenciones, en instrumentos escritos, la mayoría de ellos han sido elaborados por organizaciones internacionales, y han sido producto de determinadas circunstancias políticas.¹⁵⁷¹

¹⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 656.

¹⁵⁶⁹ En este caso concreto, el Convenio de Ginebra de 1949 (relativo a la protección de civiles en tiempos de guerra) y el Protocolo Adicional a ese Convenio, de 1977. Caso *Kononov contra Letonia*, citado *supra*. (He traducido del original francés)

¹⁵⁷⁰ *Ibidem*, párr. 119.

¹⁵⁷¹ Dice que así lo demuestran los 322 instrumentos elaborados entre 1815 y 1996. BASSIOUNI, M. C., «The sources and content of International criminal law: A Theoretical

No se ha seguido una técnica de redacción uniforme. En particular, se ha prestado poca atención a los criterios de legalidad, en primer lugar porque quienes los redactan suelen ser diplomáticos, no necesariamente juristas especializados en derecho penal internacional; en segundo lugar, porque parten de la base de que las normas no serán directamente aplicables, sino que enuncian obligaciones de los Estados de incluirlas, posiblemente con una nueva formulación, en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Por estos motivos el proceso legislativo internacional ha resultado impreciso e inacabado.

3.1.3. La previsibilidad como criterio

Bassiouni recuerda que los redactores de la ley nazi de junio de 1935, que derogó el artículo 2 del Código de 1871 (que establecía el principio de legalidad), formularon la norma estableciendo un criterio peculiar. El texto de dicha ley decía: “Quien cometa un acto que la ley declare punible o que merezca un castigo de conformidad con la idea fundamental del derecho penal y **la correcta percepción del pueblo**, será castigado”. (El resalte es mío).

Por lo tanto, la analogía estaba permitida si el crimen estaba comprendido en el ámbito general del derecho penal y era previsible, como se desprende de la frase resaltada.

En el marco del *common law*, en el que no rige en los mismos términos el principio de legalidad, el criterio de admisibilidad de la analogía era la posibilidad de que una persona razonable, normal y corriente pudiese prever que la conducta estaría prohibida por la ley.

También Kelsen analiza como criterio la posibilidad de prever pero hace en torno a él un razonamiento interesante. Parte de la premisa siguiente: la norma que excluye la legislación retroactiva se basa en el principio más general de que no debería aplicarse ninguna ley a una persona que no la conociera en el momento en que se comportó de manera contraria a la misma. Sin embargo, señala otro

Framework», *op. cit.*, p. 143. Asimismo, en: *International Criminal Law*, vol. I, Nueva York: Ardsley, 1999.

principio generalmente aceptado que se opone al primero: la ignorancia de la ley no sirve de excusa. Dice entonces: si el conocimiento de una ley no retroactiva es imposible -lo que suele suceder dado que la presunción de que la ley es conocida por todos es una ficción- desde el punto de vista psicológico no hay diferencia entre la aplicación de una ley no retroactiva y la aplicación de una ley retroactiva.¹⁵⁷² En este caso, la primera tendrá efectos retroactivos.

Gallant, que propone una amplia interpretación del principio de legalidad, se basa también en el criterio que denomina de la “previsibilidad”: “un acto o una omisión pueden constituir un delito penal únicamente si era previsible que el derecho penal nacional o internacional al que el autor esté sujeto en ese momento sería aplicable al acto”.¹⁵⁷³ Gallant reitera que este criterio es aplicable en el sistema actual del derecho internacional de los derechos humanos, en el que no predominan los modos de interpretación más estrictos. Sin embargo, subraya que el criterio de la previsibilidad impone una limitación jurídica efectiva a la creatividad de los fiscales y a la discrecionalidad de los jueces, y mantiene la prohibición de la aplicación retroactiva.

Hay un fundamento hermenéutico interesante en lo que propone Gallant. Dice: “Esta formulación racionaliza las limitaciones de la interpretación de las leyes (tanto en los sistemas continentales como en el *common law*) [...]. Armoniza el principio de legalidad con el entendimiento de que todas las definiciones de crímenes y defensas tendrán cierto grado de indeterminación”.¹⁵⁷⁴

Y más adelante agrega: “La norma que exige una interpretación restringida de las leyes penales y flexibilidad en su aplicación es una expresión de deseos”.¹⁵⁷⁵

¹⁵⁷² Kelsen, H., «Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?», en *International Law Quarterly*, 1947, p. 153

¹⁵⁷³ Gallant, K. S., *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 359. Supongo que la mención “en ese momento” se refiere al momento de la comisión u omisión punible.

¹⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 361.

¹⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 362.

Su conciencia de las inexactitudes del lenguaje es notable y excepcional entre los autores que se dedican a esta materia. Dice: “La propia norma de no retroactividad carga con la cruz de todas las normas jurídicas: la indeterminación del lenguaje”.¹⁵⁷⁶ Nunca será perfectamente claro cuáles son las posibles acciones comprendidas en la definición de un delito, ni cuáles quedan excluidas. Ante esta dificultad recurre al criterio de razonabilidad, siempre presente en la filosofía hermenéutica. Explica: “Esta es la razón por la que el criterio es la previsibilidad razonable: la comprensión de que ciertos actos probablemente se consideren culpables proporciona toda la protección que se puede garantizar”.¹⁵⁷⁷ Ahora bien, también es consciente de los peligros que la teoría de la previsibilidad trae consigo. En efecto, afirma que ha de ser cuidadosamente aplicada y circunscrita, porque de lo contrario, puede hacer desaparecer el entero principio de legalidad.¹⁵⁷⁸

En la jurisprudencia del TEDH encontramos también el criterio de la previsibilidad en el marco del principio de legalidad. En el caso *Kononov contra Letonia*, el Tribunal estimó que “[e]l alcance del concepto de previsibilidad depende en gran medida del contenido del texto del que se trata, del campo que cubre así como del número y características de sus destinatarios. La previsibilidad de una ley no se opone a que la persona interesada se vea en la necesidad de recurrir a consejos especializados para evaluar, en una medida razonable dadas las circunstancias del caso, las consecuencias que pueden resultar de un acto determinado [...]”.¹⁵⁷⁹

En el caso concreto que examinaba, el Tribunal consideró que aunque la Unión Soviética (que en el momento de los hechos ocupaba Letonia) no había ratificado la Convención de La Haya, el texto de esta última “se limitaba a reproducir las normas consuetudinarias fundamentales firmemente reconocidas por la comunidad internacional en esa época. Por consiguiente, el Tribunal presume que el demandante, en su calidad de militar, debía conocer esas

¹⁵⁷⁶ *Ibídem*.

¹⁵⁷⁷ *Ibídem*, p. 362.

¹⁵⁷⁸ *Ibídem*, p. 364.

¹⁵⁷⁹ Caso *Kononov contra Letonia*, citado, párr. 114, d).

normas [...]”. Dice que no es de su competencia interpretar la Convención ni definir con precisión el crimen de guerra, pero que sí le corresponde examinar si se respeta el criterio de previsibilidad en ese caso concreto. “Más precisamente, el Tribunal debe decir, desde un punto de vista objetivo, si existía una base jurídica plausible para condenar al demandante por un crimen de guerra, y, desde un punto de vista subjetivo, si, en la época de los hechos, el interesado podía prever razonablemente que se hacía culpable de tal crimen”.¹⁵⁸⁰

En el caso *Fujimori*, en el que me detendré más adelante, también se menciona el criterio de la previsibilidad. Por una parte se reconocen “las exigencias constitucionales del principio de legalidad penal (ley previa, estricta, escrita y cierta)”, por las que no existía en el momento de los hechos (aclara “desde una perspectiva material”) una ley que incorporase la figura de crímenes contra la humanidad en el derecho positivo peruano. Por otra parte, sin embargo, “se admite que los crímenes contra la humanidad afectan los Derechos Humanos esenciales, de suerte que lo medular de las conductas [prohibidas] en cuanto violación gravísima de los derechos humanos individuales ha quedado suficientemente establecida, y **no podía escapar al conocimiento y previsibilidad del agente**”. (El resalte es mío).

La flexibilidad que prevé Gallant es aún mayor cuando se refiere a la posibilidad de retipificar un crimen como internacional o como un tipo distinto de crimen internacional en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, por ejemplo, un crimen de guerra puede ser retipificado como crimen contra la humanidad después de la comisión del crimen y no se altera la norma clave de la legalidad, es decir, que el acto sea un crimen en el momento de su comisión.

¹⁵⁸⁰ *Ibidem*, párr. 122. En este caso, el TEDH concluyó que el demandante no podía haber previsto que sus actos constituirían un crimen de guerra conforme al *jus in bello* de la época, y calificó los hechos como delitos comunes. Este caso lo trato más detalladamente en el capítulo V, en el contexto del derecho intertemporal.

Otro caso en el que se contempla el cambio de la tipificación previsible presentado ante el TEDH es el de *Ould Dah contra Francia*.¹⁵⁸¹ El demandante invoca el artículo 7 de la Convención Europea y alega que no podía prever que no se aplicaría la ley vigente en Mauritania (donde se había dictado una ley de amnistía) sino la ley francesa, y que esta última no consideraba que la tortura fuese un delito autónomo en el momento de los hechos, por lo que se le aplicaron retroactivamente las disposiciones del nuevo Código Penal. Se trata, pues, de dos argumentos distintos: por un lado la imposibilidad de prever que se le aplicaría la legislación francesa, posibilidad implícita en el ejercicio de la jurisdicción universal, y por otro, que el derecho aplicado en el país que la ejerció no regía en el momento de los hechos. El Tribunal desestima ambos argumentos. Con respecto al primero recuerda los artículos 4 y 7 de la Convención contra la tortura en virtud de los cuales todos los Estados partes están obligados a procurar que los actos de tortura constituyan delitos en su derecho interno, y son competentes para adoptar decisiones en las mismas condiciones en que lo harían respecto de los delitos previstos en su ordenamiento interno, por lo que la legislación francesa era aplicable. Con respecto al segundo, considera que los actos de tortura y de barbarie estaban previstos en el Código Penal francés porque, aunque tipificados como agravantes, ya en ese Código constituían elementos distintos de la infracción principal.

El Tribunal incluye la previsibilidad en la definición de derecho cuando afirma: “La idea de “droit” (*law*) utilizada en el artículo 7 corresponde a la de ‘ley’ que figura en otros artículos del Convenio; abarca el derecho de origen tanto legislativo como jurisprudencial e implica condiciones cualitativas, entre otras, las de la accesibilidad y previsibilidad”.¹⁵⁸²

¹⁵⁸¹ Caso *Ould Dah contra Francia*, (Quinta Sección), Decisión sobre la admisibilidad (*recevabilité*) de 17 de marzo de 2009. Se trataba de un nacional de Mauritania condenado en Francia por hechos de tortura cometidos en Mauritania.

¹⁵⁸² *Ibidem*. El Tribunal se remite a los casos, *Cantoni c. France*, 15 de noviembre de 1996, § 29, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V; *Achour c. France* [GC], n.º 67335/01 y *Korbely Korbely c. Hongrie* [GC], n.º 9174/02). La misma definición aparece en el caso *Kononov contra Letonia*, citado, en el párr. 114 b).

En el mismo sentido, Gallant reitera que el criterio básico de legalidad exige la existencia de alguna ley penal (incluyendo en el sentido de ley también el derecho consuetudinario) que obligue a la persona en el momento del acto. Por ello, son inadmisibles, como en el caso que hemos examinado, posibles objeciones relativas a la aplicación de derecho internacional por tribunales nacionales o incorporación posterior de las normas internacionales al derecho interno. En cuanto a la jurisdicción universal respecto del núcleo básico de los crímenes internacionales, Gallant dice que es necesario que las personas tengan conocimiento de que ciertos actos son criminales en todas partes, y que este conocimiento lo debe proporcionar el derecho internacional.¹⁵⁸³

A pesar de la posición que adopta respecto del principio de legalidad, está muy lejos de ser partidario de no tenerlo en cuenta. Al contrario, la flexibilidad que propone en su interpretación y aplicación es una forma, a su juicio, de salvaguardarlo. Reconoce que un régimen enérgico de defensa de los derechos humanos requiere normas que sean lo más determinadas y precisas que sea posible “para proteger a los individuos contra los antiguos y los nuevos Leviatanes”.¹⁵⁸⁴ Pero para lograr este objeto hay que reconocer las imprecisiones propias del lenguaje y tener conciencia de que la adopción de puntos de vista dogmáticos, que exigen que las normas se apliquen con la máxima lógica posible, encierra el peligro de que no puedan aplicarse en absoluto.

Sin embargo, concluye diciendo que “la no retroactividad de los delitos y las penas es la norma más importante que pone en práctica hoy el principio de legalidad”.¹⁵⁸⁵

La no retroactividad sería el muro infranqueable, pero la flexibilidad propuesta en la exigencia de la legalidad no conduciría a la retroactividad, sino a postular otro tipo de legalidad. El horizonte hermenéutico sería distinto. No podemos no situarnos en el presente, porque en él estamos, y sólo podemos mirar

¹⁵⁸³ GALLANT, K. S., *op. cit.* p. 371.

¹⁵⁸⁴ *Ibíd.*, p. 408.

¹⁵⁸⁵ *Ibíd.*

al pasado desde esta situación, que es nuestra situación hermenéutica. Pero para considerar qué leyes pueden regir el acto, debemos mirar al pasado, aunque sea desde nuestra propia perspectiva, y encontrar en él las leyes aplicables. No es necesaria la aplicación retroactiva de las leyes actuales, solo es necesaria una mayor amplitud en la consideración de las leyes entonces vigentes.

Ahora bien, hemos visto el criterio de la previsibilidad, pero desde un solo punto de vista, el del destinatario de la norma, el autor del delito. La otra perspectiva para examinar la previsibilidad es la del legislador. Me ha parecido sumamente reveladora y pertinente a los crímenes que aquí analizamos una frase de Lisias, en un discurso titulado “Contra Filón. Proceso de examen”: “Andan diciendo, según oigo, que si fuera un delito el no estar presente en aquella ocasión, habría una ley establecida expresamente sobre ello, como con los demás delitos. Y es que piensan que vosotros no vais a caer en la cuenta de que, debido a la magnitud del delito, no se habría escrito ninguna ley sobre ello. ¿Pues a qué político se le habría ocurrido, o qué legislador habría esperado, que un ciudadano fuera a cometer tamaño desmán?”.¹⁵⁸⁶

Comenta Elster que, si bien Solón había promulgado una ley que contemplaba esa situación dos siglos antes, la ley había caído en el olvido, por lo que “Lisias apela entonces a una ley suprapositiva o natural: algunos actos son tan intrínseca e inherentemente malos que resulta inconcebible que alguien los cometa”.¹⁵⁸⁷

Es interesante porque ya no resulta solo inconcebible que se pueda creer que esos actos son lícitos, o correctos, sino que ni siquiera es concebible que se cometan. Esto se vincula con el tema de la unicidad y excepcionalidad de los crímenes internacionales, que examinamos en el capítulo I.

¹⁵⁸⁶ Lisias (458-380), extranjero residente en Atenas, y como tal perseguido por los Treinta Tiranos, pronuncia tres discursos respecto de los oligarcas. A Filón se le reprocha que se hubiese marchado al extranjero en lugar de unirse a los demócratas en el Pireo. He tomado esta cita de ELSTER, J. *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*, op. cit., 2006, p. 37. La cita del discurso corresponde a la edición en español: Lisias, Discursos I y II, Madrid, Gredos, 1988.

¹⁵⁸⁷ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

3.1.4. La accesibilidad como criterio

El Tribunal para la ex Yugoslavia se ha ocupado expresamente del criterio de la accesibilidad, muy cercano al de la previsibilidad, en el contexto de la legalidad. Se trata de la decisión de 21 de mayo de 2003, adoptada en el caso *Odjanic*. La Sala se preguntó si el imputado tenía suficiente conocimiento de que si participaba en la comisión de crímenes muy graves como parte de una empresa criminal conjunta podía ser considerado penalmente responsable. Respondió diciendo que aun en el caso de que debiera aplicar el derecho internacional consuetudinario, podía “sin embargo, recurrir al derecho interno yugoslavo para establecer que el imputado podía razonablemente haber sabido que el delito en cuestión [...] estaba prohibido y era punible”.¹⁵⁸⁸ La Sala, también en esta decisión, ha elaborado las condiciones de previsibilidad y accesibilidad para constatar la responsabilidad penal, que se sumarían a las de “legalidad” en el sentido de previsión de la conducta en las normas convencionales o consuetudinarias aplicables. Se ha pronunciado en los términos siguientes: “A fin de corresponder a la jurisdicción del Tribunal *ratione personae*, toda forma de responsabilidad debe satisfacer cuatro condiciones previas: i) debe estar prevista, implícita o explícitamente, en el Estatuto; ii) debe haber existido en el derecho consuetudinario internacional en el momento pertinente; iii) la norma que establezca esa forma de responsabilidad debe haber sido suficientemente accesible en el momento pertinente para cualquier persona que actuase de esa manera; iv) esa persona debe haber podido prever que podía ser considerado penalmente responsable de su acto y detenido”.¹⁵⁸⁹

Es importante, aunque no exactamente pertinente al tema de la accesibilidad, la referencia que hace la Sala en esta decisión a la conciencia de la gravedad moral del acto: “Además, debido a la ausencia de normas o pautas escritas, los tribunales que juzgaron los crímenes de guerra se apoyaron a menudo en el carácter atroz de los crímenes imputados para concluir que el autor de tales

¹⁵⁸⁸ *Prosecutor vs. Milan Milutinović, Nikola Sainović & Dragiliub Ojdianik*, decisión de 21 de mayo de 2003 sobre *Ojdianik's Motion Challenging Jurisdiction*, IT 99-37-AR 72.

¹⁵⁸⁹ *Ibidem*, punto 21.

actos debía haber sabido que estaba cometiendo un crimen [...]. A pesar de que la inmoralidad o atrocidad de un acto no es un factor suficiente para justificar su criminalización en virtud del derecho internacional consuetudinario, puede, de hecho, desempeñar un papel a ese respecto, en la medida en que permite refutar cualquier alegación por parte de la Defensa de que el imputado no conocía el carácter criminal de los actos”.¹⁵⁹⁰

Manzini, que comenta esta decisión, deduce lo siguiente: la accesibilidad del derecho reside principalmente en la posibilidad de tener conocimiento del carácter criminal del acto; en caso de que este conocimiento no se obtenga directamente del derecho consuetudinario, se puede extrapolar del derecho nacional del autor o incluso de la gravedad moral del acto que ha realizado. A diferencia de la condición de accesibilidad, la de previsibilidad, según Manzini, exige que el derecho consuetudinario sea preciso y claro.¹⁵⁹¹

3.2. La solución dada en la jurisprudencia

3.2.1. Una sentencia innovadora

En cuanto a la jurisprudencia, es digna de mucha atención la sentencia pronunciada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España en el caso *Scilingo*.¹⁵⁹²

¹⁵⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁵⁹¹ MANZINI, P., «Le rôle du principe de la légalité dans la détermination des sources du droit international pénal», en E. Fronza, E. Lambert-Abdelgawad y M. Delmas-Marty (dirs.). *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, París: Société de Législation Comparée, 2004, p. 267.

¹⁵⁹² Sentencia n.º 16/2005, Sumario 19/1997, rollo de Sala 139/1997, Juzgado Central de Instrucción n.º 5, Sección 3ª, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En relación al caso *Scilingo*, el Tribunal Supremo resolvió mediante sentencia de 15 de noviembre de 2004 las cuestiones planteadas por el Ministerio Público sobre la falta de jurisdicción de los tribunales españoles, la prescripción del delito, amnistía e indulto y cosa juzgada, iniciándose el juicio poco después, el 14 de enero de 2005.

La Audiencia Nacional ha cambiado la calificación jurídica de los hechos respecto de la que formuló el juez instructor y, en lugar de condenar por genocidio, terrorismo y torturas, lo hace aplicando el nuevo artículo 607 *bis* del CP. La Audiencia argumenta que ello no implica, sin embargo, una violación del principio de legalidad, pues los crímenes contra la humanidad ya existían en la costumbre internacional en el momento de comisión de los hechos.

La sentencia de la Audiencia Nacional 16/2005, de 19 de abril, supone la primera condena en España por delitos de lesa humanidad en aplicación del artículo 607 *bis* introducido en el ordenamiento español por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1º de octubre de 2004.

La sentencia formula consideraciones con respecto a los diversos problemas que pueden plantearse en relación con el principio de legalidad que, dada su pertinencia a las cuestiones aquí examinadas, citaremos a continuación.

Respecto a la amplitud del principio de legalidad en el ámbito internacional dice: “1.2. En el análisis del problema de la tipicidad, es de destacar que la formulación clásica del principio de legalidad penal (criminal y penal) *nullum crimen nulla poena sine lege*, en el Derecho internacional se articula como de *nullum crime sine iure*, lo que permite una interpretación mucho más amplia de las exigencias derivadas de este principio, en cuanto que sería suficiente la consideración como tal en Derecho internacional, aunque no estuviera tipificado en derecho interno. A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos internos, la tipicidad de los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad no está determinada en el orden internacional por su incorporación en textos escritos. En este ámbito la *lex* se expresa mediante métodos consuetudinarios (y principios generales del Derecho) que la hacen ambigua e insegura hasta que se produce su codificación”.

No obstante haber señalado esta ambigüedad e inseguridad, el tribunal recuerda los juicios de Nuremberg, en los que el hecho de que no estuviesen previstos convencionalmente los crímenes no fue un obstáculo para su juzgamiento. Recuerda que “[e]l argumento utilizado fue que debía ceder el

principio de *nullum crimen sine lege* cuando representaría una inmoralidad mayor dejar sin castigo determinadas conductas especialmente atroces”.

Es evidente que el Tribunal ha adoptado una postura clara contra la impunidad de los crímenes internacionales. Se observa particularmente cuando dice: “Hemos de tener en cuenta que el principio ‘*nullum crimen sine lege*’ es un principio de justicia superior. Expresa ante todo un principio de justicia y no puede haber mayor injusticia que llevar a cabo interpretaciones estrictas conducentes a la impunidad del sujeto”. Refleja esta afirmación el principio de la hermenéutica jurídica que denota la “razonabilidad responsable”, tan necesaria en la interpretación de las leyes, como enseña Gadamer.¹⁵⁹³

Respecto de la tipificación de las conductas criminales, intenta una conciliación entre la norma de derecho internacional y el derecho interno: “Hasta ahora se han venido sugiriendo algunas claves que deben presidir la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno. La solución posible que nos atrevemos a sugerir pasa por compaginar en lo posible las exigencias derivadas del Derecho internacional con las de Derecho interno, si bien que el resultado a obtener estimamos no puede ser otro que el de que por la aplicación del derecho positivo vigente interno del Estado, de ninguna manera pueden quedar fuera del ámbito de cobertura penal, en definitiva impunes, conductas que sí resultan penalmente incardinables en el ámbito del derecho internacional, bien lo sean por su objeto o materia, o por el tiempo o lugar de comisión”.

Esta postura, si bien matizada, dado que la recepción del tipo internacional se ha hecho solo como agravante, y las penas se han establecido conforme al derecho interno, ha sido seguida en la mayor parte de los procesos sustanciados en Argentina por causas similares.

3.2.2. Algunos comentarios

¹⁵⁹³ GADAMER, H. G., *Verdad y método*, Sígueme, Salamanca, 1998, vol. II, “Hay que comprender que junto a la teoría, a la pasión dominante del querer saber, que tiene su base antropológica en el estupor, hay otro saber omnicomprensivo de la razón, que no consiste en un saber hacer, que se pueda aprender, ni en el ciego conformismo, sino en la razonable responsabilidad”. p. 288

Gil Gil hace un comentario crítico de la sentencia centrado en el enfoque respecto del principio de legalidad.¹⁵⁹⁴ Considera que no es el principal problema la calificación jurídica de los hechos, es decir, crímenes contra la humanidad, sino que se les aplique el artículo 607 *bis* del Código Penal Español, dado que los hechos ocurrieron hace treinta años, y el artículo mencionado entró en vigor el 1 de octubre del 2004. Su argumentación se basa en las disposiciones siguientes de la Constitución española. El artículo 25:

“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituían delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento [...]”.

El artículo 9, párrafo 3:

“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Y del Código Penal español, cita el artículo 2:

“1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad”.

Estas disposiciones nacionales se invocan como una barrera a la penetración del derecho internacional.

La Sala aduce el argumento de la previsibilidad, sumamente importante en el contexto del principio de legalidad penal, y lo relaciona con la aplicación retroactiva de la ley más favorable.¹⁵⁹⁵

¹⁵⁹⁴ GIL GIL, A., «La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005: Disponible en criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r1.pdf

¹⁵⁹⁵ Sentencia n.º 16/2005, citada. “Cabe decir que en el Código Penal vigente en Argentina en el momento de los hechos establecía la pena de prisión perpetua para el homicidio

Gil Gil descarta la comparación con las penas previstas en el Código Penal argentino, y compara con las penas aplicables a los delitos comunes a los que podrían corresponder las conductas juzgadas, que serían menos graves que las penas previstas en el artículo 607 *bis*.¹⁵⁹⁶

Si la Sala ha hecho una comparación entre dos regímenes de penas y la autora ha hecho una comparación entre otros dos, es evidente que está en juego una actividad interpretativa. Hubo un margen de opción para los dos intérpretes, la autora y la Sala, lo que supone la existencia de un margen de flexibilidad en la aplicación de las normas. En este margen el intérprete debe actuar para conciliar las necesidades en juego, la seguridad jurídica, la certeza, y la debida tipificación de los crímenes internacionales.

No hay duda de que el principio de legalidad establecido en la legislación española es férreo y estricto, como dice la autora, pero, como hemos visto, la opción no consiste en aplicar el derecho internacional y violar el principio de legalidad, o no hacerlo, sino en cerrar las puertas al derecho internacional o configurar una nueva legalidad que concilie las necesidades de cada ordenamiento, no tan férrea, más flexible, pero no menos rigurosa.

En este sentido, Capellá i Roig considera que “la sentencia de 19 de abril de 2005 dictada por la Audiencia Nacional española es una decisión histórica que rompe con la tradición monista española en la interpretación del principio de legalidad penal y que pretende adaptar el Derecho español al Derecho

agravado -art. 80-, la pena de muerte o reclusión perpetua para los intervinientes cuando en el delito de asociación ilegal se causara la muerte o lesiones gravísimas en las personas -art. 210 *ter*-, etc. [...], lo que pone de manifiesto la severidad de las penas contenidas en dicho Código, que podrían haberle sido impuestas al encausado de haber sido juzgado en Argentina bajo la vigencia de dicho CP, y que tiene a nuestro juicio gran relevancia desde el punto de vista del principio de legalidad penal (previsión de pena)”.

¹⁵⁹⁶ Gil Gil aduce: “Para poder aplicar la pena prevista en el art. 607 bis con carácter retroactivo el tribunal tendría que poder argumentar que se trataba de una ley más favorable que la aplicable en el momento de comisión de los hechos. Pero esta argumentación no es posible pues el crimen contra la humanidad incorpora un *plus* de injusto y de pena del que carecen los delitos comunes aplicables a los hechos antes de su incorporación al Código y ni siquiera con la aplicación del genocidio podría haberse llegado a una pena tan alta como la que surge de la aplicación del 607 bis”. GIL GIL, A., «La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», *op. cit*

internacional penal vigente en materia de represión de crímenes de Derecho internacional, en especial, los crímenes contra la humanidad".¹⁵⁹⁷

Hace una observación sumamente pertinente en cuanto a la tipificación nacional de crímenes internacionales al señalar que el artículo 607 *bis* del CPE, aunque sea una norma de derecho interno, tiene una naturaleza jurídica particular porque no es una norma totalmente autónoma, al representar, como señaló la Sala, la positivización de normas penales internacionales.¹⁵⁹⁸ A mi juicio, esta postura sería la más adecuada para lograr la armonización deseada, es decir, partir de la tipificación misma del crimen internacional en el derecho interno para introducir los parámetros requeridos. Al introducir en el Código Penal nacional un tipo del derecho internacional, convencional o consuetudinario, no se estaría tipificando un delito nacional más, ni convirtiendo el delito internacional en delito nacional, sino que se estaría tipificando un delito internacional, que traería consigo todas las características propias de este delito.

No obstante, el Tribunal Supremo revocó la sentencia de la Audiencia Nacional sosteniendo, entre otros argumentos, que el artículo 607 *bis* se había aplicado indebidamente en forma retroactiva. Decide, en consecuencia, aplicar los tipos penales previstos en el Código, pero con el agravante de haber sido cometidos en un contexto determinado por lo que constituyen crímenes contra la humanidad. Vale la pena recordar algunos párrafos del motivo 6, párrafo 6, donde se refiere el Tribunal específicamente al fundamento de la previsibilidad.

¹⁵⁹⁷ CAPELLÀ I ROIG, M., «Los Crímenes contra la Humanidad en el Caso Scilingo», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 10 (2005): Disponible en [http://www.reei.org/reei%2010/M.Capella\(reei10\).pdf](http://www.reei.org/reei%2010/M.Capella(reei10).pdf).

¹⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 6 Y afirma que por esta naturaleza especial "su recepción en el derecho interno implica grandes dilemas, ya que su vocación de aplicabilidad universal no puede verse impedida por límites temporales ni territoriales: su validez *erga omnes* y *preexistente a la recepción interna* exige un "radical replanteamiento del tema", en términos de la Sala, "hasta el punto de que son normas que necesariamente requieren un esfuerzo de reinterpretación de los efectos tradicionales de los principios penales clásicos, y sin llegar a afirmar que deban regirse por otros principios distintos, sí se deben adoptar soluciones diferentes, pero sin estar en contra de la esencia de tales principios clásicos".

“Desde un punto de vista material, como hemos dicho más arriba, el principio de legalidad exige la previsibilidad de la sanción penal como consecuencia de la ejecución de una determinada conducta”.

“No es posible aceptar que el acusado recurrente no pudiera prever el carácter delictivo de sus actos en el momento de su comisión y la consiguiente posibilidad de que le fuera impuesta una pena. Los hechos descritos en el hecho probado, de extraordinaria gravedad en atención a los bienes jurídicos que seriamente lesionan, y también en consideración a la forma en que lo hacen, eran claramente delictivos, como asesinatos o detenciones ilegales, en el momento de su comisión, tanto en Argentina, como se recoge en la sentencia impugnada, como en España, o como en cualquier país civilizado. Asimismo, la legislación vigente en ambos países preveía las correspondientes penas que, en Argentina, incluso podrían llegar en algunos casos a la reclusión perpetua”.

“Desde esa perspectiva, la previsibilidad objetiva de una sanción penal para las conductas enjuiciadas es indiscutible”.

Lo que resulta innovador también en esta sentencia es la aplicación de los tipos penales nacionales, respetando así el principio de legalidad, pero considerando los factores propios del crimen internacional como agravantes del tipo. Los argumentos en que se sustenta son los siguientes:

“Por otro lado, la ley no prohíbe sino que exige que el Tribunal tenga en cuenta la gravedad del hecho para la individualización de la pena, y aunque es necesario acudir a criterios jurídicos adecuados al ordenamiento, no es preciso que la valoración se base en circunstancias expresamente contempladas en la ley. Han de tenerse en cuenta, en este sentido, los bienes jurídicos lesionados y además que los hechos fueron ejecutados amparándose los autores en el poder detentado tras un golpe de Estado [...].

La relevancia de las circunstancias en las que los hechos perseguidos fueron ejecutados tampoco es dudosa ni lo era entonces”.¹⁵⁹⁹

Gil Gil comenta también esta Sentencia refiriéndose a la solución dada por el Tribunal en cuanto a las penas aplicables como “un ejercicio de imaginación que roza con el malabarismo”. Sin embargo, considera que es una idea correcta para impedir la impunidad de los hechos, castigándolos aplicando los delitos previstos en el Código (asesinato y detención ilegal), y “teniendo en cuenta a la hora de medir la pena la mayor gravedad de los hechos por la comisión en un determinado contexto -el que caracteriza los hechos como crimen contra la humanidad- que facilita su perpetración y su impunidad”.¹⁶⁰⁰

Esta consideración del tipo penal internacional únicamente como agravante obedece no solo a la intención de no aplicar en forma retroactiva el artículo 607 *bis* que lo recoge en el Código nacional, sino a la negativa a considerar su aplicabilidad en calidad de derecho consuetudinario antes de su incorporación. En el motivo 6 dice: “De todos modos, el Derecho Internacional Penal de carácter consuetudinario, que sería aplicable en esta materia, no contiene una descripción de los tipos penales que permita su aplicación directa [...]. Además, las normas internacionales consuetudinarias no contienen previsión específica sobre las penas, lo que impide considerarlas normas aplicables por sí mismas en forma directa. De ello cabe concluir que el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles”.

Esta postura respecto del derecho consuetudinario es criticada por Fernández Liesa, quien considera que “es totalmente restrictiva sobre el papel de

¹⁵⁹⁹Concluye diciendo: “Consecuentemente [...] la condena por delitos de asesinato y detención ilegal, así como la valoración de las circunstancias relevantes en orden a establecer la gravedad en el marco legal vigente al tiempo de ejecución de los hechos, no vulneraría el principio de legalidad, que sin embargo, de un lado impide acudir a un tipo delictivo no vigente en la fecha de comisión, salvo el caso en que fuera más favorable, y de otro haría imposible imponer una pena superior a la prevista entonces para aquellos delitos”.

¹⁶⁰⁰ GIL GIL, A., «Principio de legalidad y crímenes internacionales: luces y sombras en la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo», *op. cit.*, p. 401.

la costumbre internacional en el derecho penal interno español, y no ayuda a resolver los problemas de inadecuación del Derecho interno al Derecho internacional”.¹⁶⁰¹

Este autor señala que la interpretación restringida del principio de legalidad que hace el Tribunal Supremo, al exigir que el derecho internacional penal no sea directamente aplicable sin una previa trasposición al derecho español, no es acorde con la evolución del derecho internacional, donde dicho principio se ha formulado de manera mucho más amplia.¹⁶⁰²

En algunos casos sometidos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos se adopta, respecto de la legalidad, un enfoque más amplio y acorde con el derecho internacional. Por ejemplo, en la sentencia en el asunto *S. W. y C. R. contra el Reino Unido*, si bien el Tribunal reconoció la imposibilidad de aplicar la ley por analogía y la necesidad de aplicar el principio de legalidad, con la consiguiente clara definición del delito en la ley, consideró que la noción de *law* empleada en el artículo 7 de la CEDH corresponde a la de ley pero no en sentido estricto sino en sentido de “derecho aplicable”.¹⁶⁰³

En otra sentencia sostiene que no es necesario que se trate de derecho escrito, por lo que la aplicación de la costumbre no sería contraria al principio de legalidad penal.¹⁶⁰⁴

¹⁶⁰¹ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., «La aplicabilidad de la costumbre internacional en el Derecho penal español», en J. M. Tamarit Sumalla (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, op. cit., 2010, p. 83.

¹⁶⁰² *Ibidem*, pp. 85-86.

¹⁶⁰³ Sentencia de 22 de noviembre de 1995, asunto *S.W. y C.R. vs. Reino Unido*, pp. 41 y 68 y ss.

¹⁶⁰⁴ Sentencia de 13 de julio de 1995, asunto *Toltoy Miloslavsky contra Reino Unido*, p. 71, párr. 37. Otras sentencias son *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*, de 22 de marzo de 2001; *Kolk y Kislyiy contra Estonia*, decisión sobre admisibilidad de 17 de enero de 2006. *Ibidem*, p. 87-88. Un caso interesante en el derecho interno español en relación con la aplicación de la costumbre: caso sustanciado ante el juzgado central de instrucción n.º 2 de la Audiencia Nacional; procesados por cómplices de los delitos de genocidio y de lesa humanidad: J. Leprich, An Tittjung, J. Kumps y J. Demjanjuk, que fueron miembros de las *Totenkopf* y sirvieron en Mauthausen y Gross Ramona, Sachsenhausen y Flossenbürg.

La aplicación directa del derecho internacional consuetudinario en el derecho interno ha encontrado en la doctrina muchas resistencias. Por ejemplo, Lamarca Pérez cuestiona la calificación de los hechos en la sentencia del caso Scilingo pronunciada por la Sala de la Audiencia, como delitos de lesa humanidad. Considera objetable el argumento de la Sala, en tanto justifica la calificación que ha dado alegando que el tipo del artículo 607 *bis* se limita a incorporar a la ley penal una norma que ya existía como *ius cogens* en el derecho internacional, con validez *erga omnes*. Esto supone reconocer el derecho internacional como fuente directa del derecho penal interno, y en este punto su argumentación me parece particularmente interesante. Dice que esta tesis ataca “el corazón mismo del principio de legalidad por cuanto contradice su fundamento democrático representativo; como señala Beccaria, sólo el legislador, en cuanto representa a toda la sociedad, puede establecer los delitos y las penas”.¹⁶⁰⁵ Afirma que, sin un acto del Parlamento que los incorpore, no es posible la incorporación al ordenamiento interno de delitos o penas sin vulnerar el principio de legalidad, principio “que no hay que olvidar -sostiene- nace precisamente para limitar el derecho a castigar del Estado [...]”.¹⁶⁰⁶

Bueno Arús apoya lo dicho por Lamarca Pérez respecto de que no puede aceptarse que la costumbre sea fuente directa de derecho penal interno, y comenta: “Grata tiene que ser para los internacionalistas la repetida Sentencia, por cuanto se alinea con ellos al defender la prevalencia del principio de justicia material (que ningún delito quede sin castigo) sobre el de legalidad formal (que ningún delito se castigue si no hay una ley previa que lo defina y sancione como tal y se demuestre con pruebas no forzadas la autoría y la culpabilidad del acusado). Por supuesto que ambos principios pueden ser razonablemente argumentados y ensamblados, pero constituiría un lamentable retroceso en el tiempo aceptar la

Pero los delitos fueron cometidos en la segunda guerra mundial cuando dichas conductas no estaban tipificadas en el derecho interno español.

¹⁶⁰⁵ LAMARCA PÉREZ, C., «Internacionalización del Derecho Penal y principio de legalidad: el Caso Scilingo», en *Revista La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 34, 2007, p. 8.

¹⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 9.

posibilidad de castigar a un inocente para tener la seguridad de que ningún culpable quede sin castigo, con preferencia sobre la posibilidad contraria”.¹⁶⁰⁷

En ello coincide con la argumentación de Lamarca Pérez en defensa del principio de legalidad cuando se pregunta cuál sería la mayor injusticia, que los delitos más graves queden impunes o que se condene a un inocente, considerando inocente “tanto a la persona que no cometió los hechos delictivos como la que no pudo probarse que lo hizo o aquella cuya conducta, por muy inmoral o grave que pueda parecernos, no está previamente contemplada por la ley penal”.¹⁶⁰⁸

3.2.3. *Jurisprudencia argentina*

¹⁶⁰⁷ BUENO ARÚS, F., “Fuentes y principios generales del Derecho Penal Internacional de nuestro tiempo (Reflexiones sobre la sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo)”, *op. cit.*, p. 9.

¹⁶⁰⁸ LAMARCA PÉREZ, C., *op. cit.* Si bien no corresponde al tema que estamos considerando, la aplicación del principio de legalidad a los crímenes internacionales por los tribunales nacionales, me resultan muy interesantes y acertados los argumentos que Lamarca Pérez aporta a favor de la calificación de los hechos como delito de terrorismo (considerando que podía considerarse la existencia de un concurso de delitos entre el de lesa humanidad y el de terrorismo). No es del mismo parecer Bueno Arús, que alega que el terrorismo, definido por el artículo 571 del Código Penal Español, requiere determinadas características, a saber, conducta violenta, integración en bandas armadas, finalidad de “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”, y que todo ello “remite al terrorismo revolucionario contra el Estado”, por lo que considera que dichas características no se corresponden con los hechos de Argentina. Dice lo siguiente: “Pues ni el Ejército o los mecanismos estatales de defensa son “bandas” ni los Gobiernos que practican el terror llamado blanco pretenden “subvertir el orden constitucional”, sino, por el contrario, reforzarlo, aunque sea de manera abusiva e injusta (constitutiva de delito, pero no delito de terrorismo, salvo que el Tribunal quiera, naturalmente). Otra calificación implicaría un absoluto y gravísimo desprecio del principio de tipicidad, corolario del de legalidad”¹⁶⁰⁸. Estimo necesario hacer algunas acotaciones respecto de esta reflexión. Respecto de “los mecanismos estatales de defensa”: calificar a esos mecanismos “de defensa” supone atribuirles una función muy diferente a la que desempeñaron en la realidad: eran mecanismos de represión, sin más, dada la enorme desproporción entre aquello de lo que se tenían que defender y las actividades represivas que realizaron. Respecto a que fuesen “bandas”, precisamente la forma de actuación y la organización, tal como se describen los hechos en la misma sentencia analizada, confirma que para poner en práctica esa represión, se constituyeron en auténticas bandas, denominadas “equipos de tareas”. Con respecto a la afirmación de que los Gobiernos que practican el terror blanco no pretenden subvertir el orden constitucional sino reforzarlo (si bien reconoce el autor “aunque sea de manera abusiva e injusta”, “constitutiva de delito”), es en parte cierta y en parte no. No podían pretender “subvertir el orden constitucional”, es cierto, porque el orden constitucional ya lo habían destruido, desde el momento en que tomaron el poder, pero no lo es que pretendieran reforzarlo, porque si ya lo habían destruido difícilmente podían reforzarlo.

En los tribunales argentinos, no se ha dado una solución única al problema de la no previsión de penas para los crímenes internacionales. Zaffaroni considera incluso innecesarias las disposiciones de la Constitución argentina que otorgan jerarquía constitucional, o jerarquía superior a las leyes, a varios instrumentos internacionales de derechos humanos “porque es principio unánimemente aceptado en el derecho internacional público que no se admiten limitaciones de derecho interno para no cumplir la ley internacional”.¹⁶⁰⁹

En la jurisprudencia argentina, hay un fallo de la Corte Suprema que no deja lugar a dudas sobre la prevalencia de las disposiciones de los tratados frente a las leyes internas, (se ha discutido en otros casos si estaban o no incluidas las normas constitucionales). Es interesante citar los fundamentos pertinentes. Se trata del caso *Ekmekdjian*.¹⁶¹⁰ Toca tres temas fundamentales:

1) Refiriéndose a la jerarquía de los tratados respecto de las leyes, la Corte dijo:

“Que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados [...], el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales [...] y el Poder Ejecutivo nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación [...]”.

¹⁶⁰⁹ Voto particular del juez Zaffaroni en el caso *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. S/ Recurso de hecho*, citado.

¹⁶¹⁰ *Ekmekdjian, Miguel Angel C/ Sofovich, Gerardo y Otros. S/ Recurso de Hecho*, Corte Suprema de Justicia de la Nación. 7 de julio de 1992.

2) Refiriéndose a la relación entre la Convención de Viena y la norma constitucional, dijo:

“Que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados -aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980- confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno”.¹⁶¹¹

3) Refiriéndose a la eventual responsabilidad del Estado, dijo:

“Que la necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado artículo 27”.

Y reafirma aún más esta determinación, cuando dice:

“Lo expuesto en los considerandos precedentes [...] previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a

¹⁶¹¹ “Esta Convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos [...], pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual ‘no existe fundamento normativo para acordar prioridad’ al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual ‘Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado’”.

la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla”.¹⁶¹²

Esto último pone de relieve que si un Estado legisla de forma irreconciliable con una norma de derecho internacional sobre la que ha consentido, no solo no podrá ampararse en su propia legislación, sino que estará cometiendo un ilícito internacional, “es decir, estará realizando un comportamiento que, siendo atribuible al Estado según el derecho internacional, constituiría una violación de una obligación internacional del Estado”.¹⁶¹³

A continuación citaré algunos fallos para indicar las pautas seguidas, teniendo en cuenta las penas solicitadas por la acusación y las penas establecidas por el tribunal.

En el caso *Etchecolatz*, el imputado fue condenado por los delitos de homicidio calificado, delitos de privación ilegal de la libertad calificada, aplicación de tormentos y homicidio calificado, todos ellos previstos en el Código argentino. Pero además se lo considera “autor de delitos de lesa humanidad cometidos en el marco de un genocidio”.¹⁶¹⁴

Esta calificación es peculiar, dado que se consideran los delitos de lesa humanidad como la especie y el genocidio como el género, a la inversa de lo que proponen algunos autores. En apoyo de esta calificación el Tribunal dice: “De los históricos fallos argentinos citados (causas 13 y 44), así como de los conceptos vertidos por la justicia española, surge sin dificultad que no estamos frente a la mera suma de delitos. Asimismo, la caracterización de los hechos aquí juzgados como delitos de lesa humanidad por las razones dadas al comienzo del punto, no

¹⁶¹² “En este sentido, el tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente”.

¹⁶¹³ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Justicia transicional, memoria histórica y responsabilidad internacional del Estado*, op. cit., p. 63.

¹⁶¹⁴ Caso *Etchecolatz*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, citada.

impide ni mucho menos ingresar al análisis acerca de si esos hechos fueron aislados o se enmarcaron en un proyecto mayor”.¹⁶¹⁵

En una causa contra un sacerdote católico, el caso *Von Wernich*, el Tribunal impuso la pena de reclusión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua, con accesorias legales y costas, como partícipe necesario en la privación ilegal de la libertad agravada, coautor en la aplicación de tormentos agravados, coautor de los homicidios triplemente calificados, todos ellos delitos tipificados en el Código Penal. Pero agrega: “Todos los hechos referidos, delitos de lesa humanidad cometidos en el marco del genocidio que tuvo lugar en la República Argentina entre los años 1976 y 1983”.¹⁶¹⁶ En esta sentencia el Tribunal se pronuncia claramente por la interpretación amplia del genocidio, es decir, en el sentido de que se aplica a los grupos políticos.¹⁶¹⁷ (Se examina este tema en el capítulo II).

En otro fallo, en el caso *Bussi y Menéndez*, el Tribunal condenó por violación de domicilio y privación ilegítima de la libertad agravada en concurso ideal; imposición de tormentos agravada; homicidio agravado por alevosía, por el

¹⁶¹⁵ Se refiere a la Sentencia de la Causa 13/84, pronunciada por la Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, que juzgó a los ex integrantes de las Juntas Militares, y a la sentencia del 4 de noviembre de 1998 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la causa contra Scilingo, que consideró que los hechos sucedidos en Argentina constituían genocidio. Respecto de la modalidad de ejecución de la pena, es decir, si dada la edad correspondía asignarle prisión domiciliaria, uno de los jueces dijo: “Etchecolatz cometió delitos atroces y la atrocidad no tiene edad. Un criminal de esa envergadura, no puede pasar un solo día de lo que le reste de su vida, fuera de la cárcel. Así voto”.

¹⁶¹⁶ Caso *Von Wernich*, Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°1 de La Plata, sentencia de noviembre de 2007.

¹⁶¹⁷ Se remite el tribunal a la Resolución 96 (1) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1986: “La Asamblea General por lo tanto: Afirma que el genocidio es un crimen de Derecho Internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices deberán ser castigados, ya sean estos individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas y el crimen que hayan cometido sea por motivos religiosos, raciales o políticos, o de cualquier otra naturaleza”. Y comenta el Tribunal: “De la transcripción efectuada surge claro y es de sumo interés para este punto que en la Resolución citada, la comunidad internacional, horrorizada por el conocimiento de los crímenes cometidos por los nazis durante la segunda guerra mundial, sin vacilación incluyó en el concepto de genocidio, a los ‘grupos políticos, y otros’ en el primer párrafo transcripto y luego a los ‘motivos [...] políticos, o de cualquier otra naturaleza’ ”.

concurso premeditado de dos o más partícipes y con el fin de lograr impunidad; todo en concurso real calificándolos como delitos de lesa humanidad.¹⁶¹⁸

En el caso *Olivera Róvere*, la acusación sostuvo varios argumentos que interesa señalar. En primer lugar, que el Estado está obligado a juzgar y condenar esos hechos como delitos del derecho interno, previstos en el Código Penal: “[...] más allá de que los hechos investigados en esta causa constituyen crímenes de lesa humanidad, y que por esa sola razón deben ser juzgados y condenados forzosamente por el Estado Argentino, las conductas desplegadas por los imputados constituían, al momento de los hechos, delitos previstos en el Código Penal [...] que dejando de lado el modo de comisión de los hechos y el carácter masivo y sistemático que habilita a reputarlos como delitos de lesa humanidad, y por ello obliga a tomar en cuenta las reglas y principios establecidos en el orden jurídico internacional, como lo es por ejemplo, su imprescriptibilidad, las conductas desplegadas deben subsumirse en el orden jurídico interno tal como ha sido reconocido ya en reiteradas oportunidades”.

En segundo lugar, postuló que los hechos constituyen genocidio: “[...] los hechos en cuestión constituyen el delito de genocidio, fundando ello en que se diseñó, desarrolló y ejecutó un plan criminal sistemático de desaparición y eliminación física de grupos de ciudadanos en función de su adscripción a determinados sectores y por motivos ideológicos, políticos, étnicos y religiosos”.

En tercer lugar, que constituyen delitos de lesa humanidad: “Asimismo, entienden que en el marco del plan criminal del terrorismo de estado implantado por la última dictadura militar, se cometieron crímenes de lesa humanidad”.

Es curiosa la fórmula que emplea la acusación para solicitar las penas: “[...] de acuerdo a la normativa del derecho interno, pero considerando los delitos cometidos como de lesa humanidad, en su sentido específico de genocidio”.¹⁶¹⁹

¹⁶¹⁸ Causa Tucumán: "*Vargas Aignasse Guillermo S/Secuestro y Desaparición*".-Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán. Sentencia de 4 de septiembre de 2008.

¹⁶¹⁹ Cito a continuación estas frases, aunque no guarden relación con el tema concretamente tratado aquí, dada su vinculación con la memoria histórica. “Que ello

El Tribunal condenó al imputado “a prisión perpetua, inhabilitación absoluta perpetua, demás accesorias legales y costas, por ser autor mediato penalmente responsable de los delitos de privación ilegítima de la libertad doblemente agravada por su carácter de funcionario público y por haber sido cometida con violencias y amenazas en forma reiterada, privación ilegítima de la libertad agravada por su carácter de funcionario público [...] los que concurren materialmente entre sí y con el delito de homicidio calificado por alevosía reiterado en cuatro oportunidades”.¹⁶²⁰

Es decir, aplica solamente los tipos previstos en el Código argentino. Sin considerar la calificación legal propuesta por la acusación.

En un caso más reciente, el Tribunal declaró: “A esta altura, corresponde señalar que los hechos investigados en esta causa constituyen delitos de lesa humanidad. Estos ilícitos, más allá de la calificación jurídica conforme a la legislación interna de cada uno de los Estados, interesan a toda la comunidad internacional porque afectan los derechos esenciales del hombre. Por ello, fueron receptados en varios instrumentos internacionales y el Estado Argentino se ha comprometido en el cumplimiento de esos tratados y convenciones”.¹⁶²¹

3.2.4. Una sentencia paradigmática: el caso Fujimori

habilitará un reconocimiento no sólo social sino también jurídico por los hechos sucedidos en nuestro país. Que sin ese reconocimiento de la planificación y ejecución del genocidio por la justicia argentina, no se permitirá a toda la sociedad prevenir, rearticular y solidarizarse con hechos que, como en la presente causa, ofenden a toda la humanidad. Y un fallo que lo reconozca facilitará la resistencia firme a cualquier intento de reinstalación de estas prácticas”. También es interesante que alegue la violación simultánea de varias convenciones: “[...] la misma gravedad de los delitos hacía que se vulneren simultáneamente distintas convenciones: contra la tortura, contra la desaparición forzada de personas y fundamentalmente la ley anterior al hecho que es la convención del genocidio”.

¹⁶²⁰ Caso *Olivera Róvere*, Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Causas n° 1.261-1.268, Sentencia 10 de diciembre de 2009.

¹⁶²¹ *Riveros Santiago Omar y otros* “por privación ilegal de la libertad, tormentos, homicidio, etc”. 6 de mayo de 2011. Auto de procesamiento, Juzgado Federal de San Martín.

En el caso *Fujimori* en el que, como he señalado, se ha tenido muy en cuenta el principio de legalidad y la ausencia de la figura penal de crímenes contra la humanidad en las normas penales peruanas, se ha determinado, sin embargo, esa figura a partir de los dos ordenamientos, el nacional y el internacional.¹⁶²²

El razonamiento de la Corte parte de las disposiciones internacionales que definen los crímenes contra la humanidad, desde las Convenciones de La Haya, de 1899 y 1907, hasta los Estatutos de los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que formuló un tipo penal más preciso, y considera que esas disposiciones forman parte del derecho internacional consuetudinario. Esas disposiciones que “se configuraron antes de los hechos de *Barrios Altos* y *La Cantuta*, son plenamente aplicables para la labor de subsunción”.¹⁶²³ Es interesante observar que, contrariamente a las referencias que se hacen habitualmente a la imprecisión de las normas internacionales, en esta sentencia se las considera suficientemente precisas, es decir, idóneas para la labor de subsunción, que consiste en verificar si los hechos del caso pueden encuadrarse, considerarse previstos, en la norma. Esta consideración la reitera un poco más adelante la Corte cuando dice: “La norma internacional consuetudinaria exige que los atentados se produzcan en el curso de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella, así como otros elementos que en los párrafos siguientes se precisarán, **todos los cuales están debidamente predeterminados -presentan límites suficientemente definidos- por la aludida norma internacional consuetudinaria**”.¹⁶²⁴ (El resalte es mío).

Ahora bien, a fin de respetar los límites que impone el principio de legalidad se basa en los tipos penales previstos en la legislación peruana, “delitos de

¹⁶²² Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de Perú, Sala Penal Especial, con fecha 21 de septiembre de 2007. Los casos juzgados en esta sentencia se habían presentado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso *Barrios Altos*, de 1991, y el caso *La Cantuta*, sucedido en 1992. En ambos casos el Perú reconoció su responsabilidad internacional por las violaciones de diversos derechos recogidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, calificándolas como hechos ilícitos internacionales.

¹⁶²³ *Ibidem*, Fundamento 711.

¹⁶²⁴ *Ibidem*.

homicidio calificado” y “lesiones graves” (artículos 45 y 46 del Código Penal), pero a la vez atiende a “los elementos contextuales o a las circunstancias -que son las que confieren a unos determinados hechos el carácter de crimen internacional”. El tener en cuenta esas circunstancias es fundamental para que el crimen sea perseguible internacionalmente y se considere imprescriptible.¹⁶²⁵

La calificación que hace la Corte es un ejemplo de la complementariedad entre derecho nacional e internacional que permite, sin lesionar el principio de legalidad, no dejar impunes los crímenes más graves: “Podrá decirse, entonces, que se trata de delitos de asesinato y lesiones graves que por sus características constituyen internacionalmente, en el momento de su persecución, crímenes contra la humanidad, y que por ello permiten la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por el Derecho Internacional Penal”.¹⁶²⁶

En esta sentencia se reconoce cabalmente la insuficiencia de los tipos nacionales para reflejar la realidad de los hechos constitutivos de crímenes internacionales, por lo que se realiza la armonización necesaria entre las normas a fin de no distorsionar la realidad para proteger la legalidad. Dice: “Ahora bien, a partir de lo expuesto resulta evidente que los actos de asesinato y lesiones graves, objeto de juzgamiento, trascienden su ámbito estrictamente individual o común al adecuarse, plenamente, a los presupuestos que identifican a los delitos contra la humanidad. Los asesinatos y lesiones graves de Barrios Altos y La Cantuta son también delitos contra la humanidad”.¹⁶²⁷

¹⁶²⁵ “La concurrencia de estas circunstancias, a su vez, justifica su perseguibilidad internacional, la improcedencia de la prescripción y la necesidad imperativa de su castigo”. *Ibídem*.

¹⁶²⁶ *Ibídem*. Se remite a un escrito *Amicus* de la Escuela de Leyes de la Universidad de Washington en el que se afirma que “el derecho internacional exige la intervención del derecho penal de cada Estado contra los presuntos responsables de los crímenes internacionales”. También recuerda la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Kolk y Kislyiy contra Estonia* (citado).

¹⁶²⁷ Fundamento 717. Y agrega: “Fundamentalmente, porque ellos se cometieron en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos. Esta política, de un lado, fue diseñada, planificada y controlada desde los más altos niveles de poder del Estado, y ejecutada por agentes públicos -efectivos de inteligencia militar- que se sirvieron del aparato castrense para

Más adelante (en una nota al fundamento 717) la Corte afirma que “la humanidad es sujeto de derecho” y se remite a una sentencia del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia en la que se dice que, a diferencia del derecho común, el objeto del atentado ya no es la mera integridad física de la víctima, sino la humanidad en su conjunto. “Esos crímenes también trascienden al individuo porque, al atacar al hombre, apuntan a la humanidad y la niegan”.¹⁶²⁸

Considero muy acertada la observación de Quispe Remón en el sentido de que “[...] esta sentencia marca un hito en la historia de los Derechos Humanos, no sólo en Perú sino en el mundo entero, en cuanto a la eficacia de la administración de justicia de derecho interno en la lucha contra la impunidad. Es la primera vez que en Latinoamérica un ex presidente de Estado es condenado por la violación, durante su gobierno, de los derechos humanos, por un tribunal de su propio Estado”.¹⁶²⁹

La considero también muy pertinente para el tema que desarrollo en el presente trabajo, dado que pone de relieve la importancia de la jurisdicción nacional para la represión de los graves crímenes. Señala la excepcionalidad del caso por tratarse de un ex presidente juzgado por un tribunal del propio país. Es evidente que esta es la situación ideal. La significación del juicio para Perú nunca hubiese sido la misma si Fujimori hubiera sido juzgado en otro país.

hacerlo; y, de otro lado, conforme a sus objetivos, afectó a un número importante de personas indefensas de la población civil”.

¹⁶²⁸ *Ibidem*, fundamento 714. La sentencia a la que se remite es TPIY, *Erdemovic*, de 29 de noviembre 1996 (Sala I, IT-96-22-T). La Corte afirma: “En coherencia con todo ello se ha caracterizado al asesinato, como delito contra la humanidad, precisando que él es consecuencia o expresión de una agresión sistemática, proveniente del Estado o de sus órganos de poder, la cual es promovida o avalada por políticas y directivas oficiales o cuasi oficiales, y que recae sobre la población civil en una coyuntura de conflicto bélico o social. No hay obstáculo, asimismo, para incorporar a estas consideraciones las lesiones graves, no sólo porque en el caso *Barrios Altos* formaron parte de un mismo ataque que apuntaba a aniquilar a presuntos terroristas, sino porque el resultado era coherente con ese objetivo o misión”.

¹⁶²⁹ QUISPE REMÓN, F., «El caso Fujimori: La relación del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXI, n.º 1, (2009), pp. 291-295. Véase también AGUILAR CAVALLO, G., “Extradición y derechos humanos: algunas reflexiones a partir del caso Fujimori”, en *Revista Ius et Praxis* - Año 13, N° 2, páginas 423-433.

La voluntad de juzgar y cumplir las obligaciones internacionales, y no una supuesta “cruzada contra la impunidad”, es lo que conduce a hacer el esfuerzo de elaborar las normas de la forma más acorde posible con la justicia. También es interesante este caso por la forma en que ha considerado la cuantificación de la pena para un delito, como el crimen contra la humanidad, no tipificado en el orden interno. Como hemos visto, parte de los tipos nacionales y considera las circunstancias que lo configuran como crimen contra la humanidad como factores agravantes. En lugar de hacer una referencia genérica a los crímenes contra la humanidad como contexto de los delitos tipificados, se refiere a cada uno de los elementos que permiten calificar dichos delitos como crímenes contra la humanidad y que se consideran factores agravantes para calcular la pena.

La enumeración que hace la sentencia de estos factores es un claro ejemplo concreto de los elementos que configuran el crimen en las disposiciones internacionales, pero considerados, no como elementos del tipo, sino como agravantes. Además, introduce cierta jerarquización entre ellos. En primer lugar dice: “**(i)** es de considerar como factor más relevante de eficacia agravante la extensión del daño causado y que registra una pluralidad de víctimas de asesinato, lesiones graves y secuestro agravado, lo que eleva el grado de antijuricidad y, por ende, la relevancia punitiva [...]”.¹⁶³⁰

Es decir, asigna prioridad al daño causado, expresado también en el número de víctimas. Pero a continuación cabe interpretar que asigna igual prioridad al abuso de poder, dado que añade: “Tal circunstancia unida **(ii)** a la condición funcional y de poder que [Fujimori] ostentaba, y de la cual abusó para realizar e incluso encubrir los hechos punibles”. Dice que este factor impone “al órgano jurisdiccional la más grave y severa desvaloración de su actuación ilícita, lo que debe reflejarse en la extensión de la pena concreta, la que debe ser el máximo autorizado por la ley”.¹⁶³¹

¹⁶³⁰ Fundamento 710.

¹⁶³¹ *Ibíd.*

Es evidente que esos dos factores, la extensión del daño y el hecho de haberse servido del poder, ejerciéndolo abusivamente, fueron considerados por la Corte los dos factores agravantes más decisivos con respecto a la cuantificación de la pena.

Los factores que sigue enumerando, y que vincula directamente con la culpabilidad o responsabilidad por el hecho, son factores que, como indica, “se agrega[n]” a los primeros. Los considera “factores de determinación de importancia” y son los siguientes: “**(iii)** las características de ejecución del hecho, su lógica planificada y la oposición radical a su deber de respeto y protección de los derechos fundamentales de las personas derivados de su posición de máximo dignatario de la Nación -relación de garante de los bienes jurídicos lesionados-”. Este factor va un poco más allá del segundo, dado que vincula el hecho de que el acusado detentara el poder, lo que ha permitido que el hecho se ejecutara de esa forma y con esa planificación, con los deberes que ese poder le imponía: respeto y protección de los derechos fundamentales. Es decir, quien debería haber sido “el garante de los bienes jurídicos afectados”, no solo no era el garante sino que era responsable de que se los afectara.

El último factor que menciona se relaciona no con el autor y las modalidades de ejecución, relacionadas con la posición del autor, sino con la situación de indefensión de las víctimas, también agravada por “el poder ofensivo más intenso”. Dice: “**(iv)** la intervención organizada de una pluralidad de personas en los hechos típicos, lo cual representa una antijuridicidad más pronunciada al importar un poder ofensivo más intenso y un estado de indefensión más relevante de las víctimas; los ejecutores materiales actuaron sigilosamente -también todos los que intervinieron en la cadena de mando y transmisión de órdenes-, situación que les permitió obrar sobre seguro y sabiendo que las víctimas se hallaban impedidas de cualquier clase de oposición”.¹⁶³²

En esta sentencia vemos explicados muy claramente los factores que configuran los crímenes internacionales. Vale la pena recapitularlos: 1) la

¹⁶³² *Ibíd.*

extensión del daño causado, es decir el número de víctimas; 2) el abuso de la condición funcional y de poder; 3) las características de ejecución del hecho, su lógica planificada; 4) la oposición radical “al deber de respeto y protección de los derechos fundamentales” derivados de su posición de máximo dignatario de la Nación -relación de “garante de los bienes jurídicos lesionados”; 5) “un poder ofensivo más intenso”, debido a la intervención organizada de una pluralidad de personas y “un estado de indefensión más relevante de las víctimas”.

Con esta sentencia, la Corte Suprema de Perú ha demostrado que es posible, si se tiene la voluntad de hacerlo, sin forzar la interpretación, sin hacer decir a los textos aquello que individualmente no dicen, pero haciéndoles decir lo que conjuntamente dicen, evitar que el principio de legalidad, que ha sido concebido inicialmente como principal garantía de protección del individuo frente al Estado, sea esgrimido como principal obstáculo para garantizar esa protección.

3.3. ¿Por qué olvidamos el principio de proporcionalidad?

Lisias, que tomó partido a favor de los demócratas desterrados, se expresa en su propio nombre diciendo:

“Éstos [los oligarcas], mataron sin juicio previo a quienes en nada habían delinquido, en tanto que vosotros os disponéis a juzgar según las leyes a los que han arruinado a la ciudad, gentes tales que, ni aunque quisierais imponerles penas legales podríais aplicarles castigos acordes a los perjuicios que causaron al país. Porque ¿qué habrían de sufrir para expiar su pena en proporción con sus delitos?...”.¹⁶³³

Esta frase que impresiona por su actualidad en los procesos contra los crímenes de lesa humanidad que se están llevando a cabo confirma las palabras de Loraux cuando dice: “¿Muy lejos de nuestro presente? Así lo parece si contamos los veinticuatro siglos que nos separan del restablecimiento de la democracia en la ciudad ateniense en los últimos años del siglo V a. C. Sin embargo [...] será

¹⁶³³ LISIAS, *Contra Eratóstenes*, 82, 84, en *Discursos I*, Barcelona, Alma Mater, 1953.

necesario renunciar rápidamente a inscribir este episodio en una temporalidad puramente lineal y cronológica [...] entre pasado y presente, múltiples y necesarios son los cortocircuitos con los cuales el historiador debe contar en su práctica". Por ello concluye que "para pensar nuestro incierto presente, la lejana historia de la democracia ateniense constituye un preciado terreno".¹⁶³⁴

En general, cuando se trata el problema de la legalidad de las penas, de la falta de tipificación de los crímenes internacionales en las legislaciones nacionales, adquiere ese problema una magnitud tal, que nos olvidamos de otro principio que no puede ser olvidado en el campo del derecho penal, internacional o nacional.

La obra de Beccaria fue un acontecimiento en el pensamiento penal de la época porque significó volver al principio de proporcionalidad entre el delito y la pena, abandonado en los regímenes absolutos.¹⁶³⁵ En éstos, no se trataba de la medición del castigo, sino de la manifestación del poder del soberano frente al pueblo a través del castigo que infligía al delincuente. No era el delito el antecedente para medir la pena consiguiente, sino la víctima. Y en la medida en que el soberano se considerase víctima, el castigo debía corresponder a la magnitud, no de la ofensa, sino de su poder. No obstante, también podría hablarse de una relación de proporcionalidad dado que hay una relación de correspondencia, una magnitud frente a otra, una medida frente a otra. Lo que aparece como desmesurado en esta relación, que opone resistencia a que se la califique de proporcional, es la magnitud atribuida al soberano y la imposibilidad

¹⁶³⁴ LORAUX, N., *op. cit.*, p. 251.

¹⁶³⁵ Todas las voces que se dejan oír en la Ilustración como reacción frente a la desmesura de los castigos y la arbitrariedad de los jueces insisten en una correspondencia que idealiza la correspondencia estricta que caracterizaba a las composiciones de los antiguos ordenamientos jurídicos. Ello se refleja en las palabras de Montesquieu, cuando afirma que triunfa la libertad cuando las leyes penales derivan cada pena de "la naturaleza particular del crimen. Toda arbitrariedad cesa; la pena no desciende del capricho del legislador, sino de la naturaleza de la cosa; y no es el hombre que hace violencia al hombre". Notable es el interés no tanto en limitar el capricho del juez sino del legislador mismo. Parecería la expresión del deseo de exención de la responsabilidad en cuanto a la fijación de la pena.

de ajustar la magnitud de la pena a esa magnitud a través del cuerpo del delincuente.¹⁶³⁶

Podría encontrarse cierta analogía con los crímenes internacionales, caracterizados por su gravedad, medida no solo en función de los actos que constituyen los crímenes sino de la cantidad de víctimas, de la magnitud de “la víctima”, en cuanto a su número, de la magnitud de la victimización, en cuanto a vulnerabilidad, condición atribuible a la víctima. El desajuste entre la magnitud de la pena y la “magnitud” de la víctima, propia de los regímenes absolutos, también se da en los crímenes internacionales. Así como parecía insuficiente cualquier martirio que se infligía al condenado cuando había atentado contra el soberano, puede parecer insuficiente cualquiera de las penas del Estado de derecho, cuando se trata de castigar a los autores de los crímenes internacionales más graves.

Nos encontramos ante la imposibilidad de una proporción entre pena y delito. Si nos dejáramos llevar por la indignación que provocan los crímenes, nunca encontraríamos la pena adecuada. Frente a estos crímenes, debemos ser coherentes con los principios del Estado de derecho y seguir aplicando el “principio de humanidad”, al que se refiere Díez Ripollés: “Este principio concreta los niveles de afección penal que no deben superarse en ningún caso a través de la sanción penal. Su formulación negativa va pareja a su contenido incondicionado, de forma que hay ciertas reacciones penales consideradas éticamente inaceptables, con independencia de las conductas que las hayan originado, los daños sociales que éstas hayan producido o los efectos sociopersonales que se quieran lograr con tales penas”.¹⁶³⁷

La dificultad para encontrar una pena adecuada, dada la gravedad del crimen, no conmensurable con la gravedad de los delitos previstos normalmente

¹⁶³⁶ FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, traducido por A. Garzón del Camino, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2002, p. 37.

¹⁶³⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid: Trotta, 2003. pp.158-159. Bernal Pulido señala que el principio de proporcionalidad constituye “la restricción de la restricción, el límite de los límites a los derechos fundamentales, el criterio que condiciona la validez de los límites que el Estado impone a los derechos fundamentales”. BERNAL PULIDO, C., *El Derecho de los derechos*, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2005, p. 82.

en los códigos penales, obedece también a otra razón. Si nos preguntamos qué entendemos en la práctica por proporcionalidad, veremos que no se trata de una mera aproximación entre dos cosas, de modo que decimos de una que es proporcional a la otra. Una verdadera proporción, en el sentido que se entiende en las matemáticas, es una relación entre cuatro términos que forman dos razones. El principio de proporcionalidad no es solo aplicable a la relación delito y pena sino a la relación entre el delito y la pena y otros delitos y sus respectivas penas. No se trata de una relación entre dos términos solamente sino entre cuatro términos. No olvidemos que Beccaria nos hablaba de una escala: "Supuesta la necesidad de la reunión de los hombres, y los pactos, que necesariamente resultan de la oposición misma de los intereses privados, encontramos una escala de desórdenes, cuyo primer grado consiste en aquellos que destruyen inmediatamente la sociedad y el último en la más pequeña injusticia posible cometida contra los miembros particulares de ella. Entre estos extremos están comprendidas todas las acciones opuestas al bien público, que se llaman delitos, y todas van aminorándose por grados insensibles desde el mayor al más pequeño".¹⁶³⁸

El punto de apoyo es el delito, la escala de penas ya está en cierto modo predeterminada por la escala de los delitos, "una escala de desórdenes" de los que se derivan casi naturalmente las penas: "Si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas en que se graduasen de la mayor hasta la menos dura [...]".¹⁶³⁹

Y previene contra el efecto negativo de no graduar las penas diferenciándolas según la gravedad de los delitos: "Si una pena igual está establecida para dos delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un más fuerte obstáculo para cometer el mayor delito, si encuentran unido a él un beneficio mayor. Quien vea establecida la misma pena de muerte, por ejemplo, para quien mata un faisán y para quien asesina a un hombre, o falsifica un escrito importante, no tendrá ninguna diferencia entre esos tres

¹⁶³⁸ BECCARIA, C., *op. cit.*, p. 62.

¹⁶³⁹ *Ibídem* p. 35.

delitos, destruyéndose de esta manera los sentimientos morales, obra de muchos siglos y de mucha sangre [...]”.¹⁶⁴⁰

Como hemos visto, los crímenes internacionales perturban la aplicación del principio de proporcionalidad, dado que alteran la escala de penas. En la mayoría de las legislaciones las penas más graves son ya demasiado graves para el ser finito que es el ser humano. Resulta muy difícil agravar aún más las penas. Ahora bien, si como advierte Beccaria, no podemos establecer la misma pena para delitos de gravedad diferente, nos vemos en un callejón sin salida.¹⁶⁴¹

Hay otro elemento vinculado con la proporcionalidad que es la finalidad de la pena. Demetrio Crespo en un exhaustivo estudio sobre la individualización judicial de la pena y la prevención general, examina el criterio de la gravedad del delito, elemento para nosotros definitorio de los crímenes internacionales. Sostiene que “una agravación de la pena adecuada a la gravedad del hecho, o la mera elección de la pena más grave entre aquellas que puedan considerarse como adecuadas a la gravedad del hecho, por motivos preventivos generales, es un comportamiento jurídicamente ilícito [...]”. Agrega: “La pena debe individualizarse siguiendo criterios de prevención especial positiva favorables al reo, que persigan por encima de todo la maximización del fin de la no desocialización del reo, así como la consecución de las máximas cotas de resocialización siempre que sea posible”.¹⁶⁴² Es evidente que en el caso de los autores de los crímenes internacionales, tanto en los casos juzgados en Nuremberg, como en los casos concretos que se están juzgando, por ejemplo, en Argentina, los fines de la no desocialización y de la resocialización son totalmente inadecuados.

Ahora bien, con esto quise demostrar que el problema del principio de legalidad no es el único, que también están en juego otros principios, como el de

¹⁶⁴⁰Ibídem, pp. 35 y 36.

¹⁶⁴¹ Respecto al principio de proporcionalidad: AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid: Edersa, 1999; LOPERA MESA, L. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2006.

¹⁶⁴² DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización de la pena*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, p. 329.

proporcionalidad, y en relación con este, los fines de la pena. Pero, en el caso de la proporcionalidad, sería inadmisibles que la imposibilidad de encontrar una proporción adecuada al delito y a los demás delitos y penas nos llevara a no establecer pena alguna. No haríamos más que llegar a la falta total de proporcionalidad.

En cuanto a la finalidad de la pena en esos casos, no cabe duda de que merece un estudio muy profundo, dado que entrarían en juego funciones que el moderno derecho penal ha descartado, como muestra de una evolución positiva, por ejemplo, la función retributiva y la función simbólica. El análisis de la reactivación de esas funciones ante la necesidad de juzgar los crímenes internacionales es un tema que merece ser objeto de otro trabajo.

4. Un solo derecho, varios ordenamientos

4.1. Introducción

La relación entre el derecho internacional y el derecho interno es uno de los temas clásicos que se han planteado en la teoría general del derecho. Basta recordar la tradicional división entre “monistas” y “dualistas”. Es decir, entre quienes sustentan la existencia de un derecho único, de una estructura jurídica única, en la que los distintos ordenamientos nacionales se derivarían mediante “delegación” del sistema jurídico internacional, el que sería entonces jerárquicamente superior a los órdenes individuales, y, por otra parte, quienes sostienen que se trata de sistemas distintos, entre los que no se plantea el problema de la jerarquía: dado que imperan en distintos ámbitos de aplicación, cada uno es supremo en su propio ámbito.

La división no es meramente teórica, es decir, sin consecuencias prácticas, porque en el primer caso, un sistema único, el derecho internacional resulta directamente aplicable en el ámbito interno; en cambio, en el segundo, dos sistemas, el internacional y el nacional, que comprende los distintos ordenamientos nacionales, se supone que el sistema internacional solo resulta

aplicable dentro de un Estado cuando este lo incorpora a su legislación interna, por lo que resultaría aplicable como derecho interno y no como derecho internacional.¹⁶⁴³

Como señala Jacobucci, si bien desde una postura crítica: “No es el Código Penal el sistema normativo excluyente que ha de aplicarse, sino un orden jurídico que trasciende las fronteras del Estado y que representa sobre todo un compromiso con los valores universales que no pueden ser limitados por criterios de particularidad nacional o político-estatal”.¹⁶⁴⁴

La evolución del derecho internacional, que ha ido asignando cada vez más protagonismo a los individuos, que se ha ido plasmando en tratados que requieren uniformidad en la regulación de ciertas materias en el derecho interno de los distintos Estados, y que se ha manifestado en el nacimiento de sistemas jurídicos regionales, como la Unión Europea, ha enturbiado la distinción clásica entre sistema internacional y sistema nacional, claramente separados cuando las normas internacionales se limitaban a regular las relaciones entre los Estados.

En la práctica, la relación entre ambos sistemas adquiere importancia cuando se trata de determinar en qué forma los Estados aplican o ponen en aplicación las normas internacionales, cuestión que encuentra respuesta solamente en cada ordenamiento nacional. Actualmente, la mayoría de los Estados establece que el derecho internacional forma parte del derecho interno, variando los requisitos que cada uno exige para lograrlo. Se plantea en este contexto el problema de la validez de las decisiones judiciales de los tribunales internacionales en el ámbito nacional. Otra cuestión relevante es el valor de las normas consuetudinarias.

¹⁶⁴³ JENNINGS, R.; WATTS, A., *Oppenheim's International Law, vol. I: Peace, 9ª ed.*, Londres: Longman, 1996, pp. 52 y ss.

¹⁶⁴⁴ JACOBUCCI, G. J., *op. cit.*, p. 1090.

4.2. La posición de Kelsen

“La diferencia más importante entre derecho internacional y derecho nacional consiste en el hecho de que el primero es un orden coercitivo relativamente descentralizado, mientras que el segundo es un orden coercitivo relativamente centralizado”.¹⁶⁴⁵

Kelsen considera que la mayoría de las normas del derecho internacional son incompletas y requieren ser completadas por normas de derecho nacional: “De este modo, el orden jurídico internacional sólo tiene significado como parte de un orden jurídico universal que comprende también a todos los órdenes jurídicos nacionales”.¹⁶⁴⁶ Con esto Kelsen adopta claramente una postura monista.

A pesar de ser el derecho internacional también parte del orden universal, es desde el derecho internacional desde donde se comprende su conexión con el derecho nacional y con el orden jurídico universal. Además, el propio derecho internacional establece una relación entre sus normas y las de los distintos órdenes jurídicos nacionales.

La crítica fundamental a la postura pluralista (denominación que considera Kelsen más idónea para denotar la existencia de una pluralidad de Estados que el vocablo “dualista”) es del orden de la lógica jurídica: si admitimos que el derecho internacional es un derecho válido, y que los derechos nacionales también lo son, es decir, que son simultáneamente válidos para el mismo espacio y para el mismo tiempo, “[n]o es posible, desde el punto de vista lógico, sostener que normas válidas simultáneamente pertenezcan a sistemas distintos e independientes entre sí”.¹⁶⁴⁷

En el mismo sentido se pronuncia Scelle refiriéndose a la diferente fundamentación que la teoría dualista tradicional asigna al derecho interno y al derecho internacional. Esta teoría dice que el derecho interno se asienta en la

¹⁶⁴⁵ KELSEN, H., *Principios de Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 344.

¹⁶⁴⁶ *Ibidem*, p. 345.

¹⁶⁴⁷ *Ibidem*, p. 346.

subordinación de los sujetos de derecho a las normas jurídicas y de los gobernados a los gobernantes, mientras que el derecho internacional se caracteriza por la igualdad entre sus sujetos de derecho, todos soberanos, que viven en equilibrio y no en relación de subordinación. Hay algo preocupante -dice este autor- en este dualismo fundamental: “¿Se puede realmente llamar derecho, en uno u otro caso, un ordenamiento de las relaciones humanas fundado sobre estos principios opuestos, en un caso *la constrictión*, en el otro *la libre voluntad*? ¿No habría acaso que elegir?”¹⁶⁴⁸ Además, el hecho de que las relaciones entre los gobiernos con frecuencia también son relaciones de subordinación es causa de que, cuando nacen conflictos precisamente a raíz de esa igualdad meramente teórica, solo se resuelvan por la fuerza.¹⁶⁴⁹

Veamos de manera más sistemática las respuestas de Kelsen a las premisas pluralistas.

1) El derecho internacional regula la conducta de los Estados y el nacional el de los individuos.

Kelsen responde que la conducta de los Estados se reduce a la de los individuos que los representan.

2) El derecho internacional regula relaciones ‘internas’ o asuntos internos de un Estado y el derecho internacional regula relaciones ‘externas’ del Estado, sus asuntos exteriores.

Kelsen responde que esta premisa supone imaginar al Estado como un cuerpo sólido que llena determinado espacio, con una estructura interior y relaciones con otros sujetos y afirma: “Es imposible distinguir los llamados

¹⁶⁴⁸ SCALLE, G., «*Règles générales du Droit de la paix*», op. cit., p. 333. Observa que el postulado de la soberanía con su corolario necesario, la igualdad, se ve desmentido por los hechos y es una sistematización arbitraria. Señala que es evidente que por parte de cada gobierno hay una “pretensión” y una aspiración a la soberanía, pero su consecución tropieza con pretensiones y aspiraciones idénticas de otros gobiernos.

¹⁶⁴⁹ Por ello se pregunta: “¿cómo presentar como expresión de una ley originaria fundamental y permanente de las relaciones sociales aquello que no es más que el resultado de un concurso excepcional de circunstancias en un medio determinado? Supone esto convertir al azar en fundamento del derecho”. *Ibíd.*, p. 337.

‘asuntos internos’ de los ‘asuntos exteriores’ del Estado como dos distintas materias de la regulación jurídica. Todo asunto de los llamados internos puede ser convertido en materia de una convención internacional y quedar así transformado en un asunto exterior”. Confirma esto con el ejemplo de los convenios de trabajo.¹⁶⁵⁰ Y concluye: “Todo asunto que es o pueda ser regulado por el derecho nacional, es también susceptible de una regulación internacional”.¹⁶⁵¹

3) El derecho internacional es derecho interestatal mientras que el nacional es el derecho de un Estado.

Kelsen admite que en esta premisa hay una cierta verdad, pero señala que es una distinción que solo se refiere a la creación del derecho internacional y el nacional. En efecto, el primero es creado por la cooperación de dos o más Estados, a diferencia del nacional que es creado por actos de un solo Estado.

4) El derecho internacional y el derecho nacional no son partes de un mismo sistema normativo porque puede haber contradicción entre ellos.

Kelsen responde que para determinar cuál de las normas prevalece, la nacional o la internacional, hay que tener presente que se trata de un conflicto entre una norma superior y una norma inferior, como si fuese una norma constitucional y la ley, en el marco de un orden jurídico nacional. En ese caso, la ley inconstitucional no es nula desde su sanción, sino cuando un tribunal competente la declara nula. Mientras no sea anulada será válida. Pero no por ello se pone en cuestión la unidad del orden jurídico nacional.

5) El Estado es sujeto de derecho internacional, por una parte, y sujeto de derecho nacional, por otra. Por ejemplo, Kelsen cita las palabras de Anzilotti: “El término ‘Estado’ al designar al sujeto de un orden jurídico nacional, determina un sujeto enteramente diferente del Estado como sujeto de derecho internacional”.¹⁶⁵²

¹⁶⁵⁰ KELSEN, H. *Principios de Derecho Internacional Público. op. cit.*, p. 347.

¹⁶⁵¹ *Ibídem.*

¹⁶⁵² *Ibídem.* Kelsen se remite a la traducción en francés de 1929 de la obra de Anzilotti, “Cours de droit international”, pp. 54 y 405. *Ibídem.*, p. 367, nota 19, donde se menciona la

Kelsen refuta esta premisa pluralista diciendo que “[n]unca se ha discutido que es el mismo México el que concluye un tratado internacional con otro Estado en la esfera del derecho internacional y el que cumple ese tratado en la esfera del derecho nacional”.¹⁶⁵³

De la afirmación de la identidad del Estado y el orden jurídico, Kelsen deduce que, “en última instancia, el orden jurídico internacional, que obliga y faculta al Estado y el orden jurídico nacional, que determina que los individuos, como órganos del Estado, ejecuten sus obligaciones internacionales y ejerciten sus derechos internacionales [los del Estado], forman un solo y mismo orden jurídico universal”.

Sin embargo, para Kelsen “el derecho internacional necesita ser transformado en derecho nacional sólo cuando lo exige así la Constitución del Estado”.¹⁶⁵⁴ Es decir que la norma sería la aplicabilidad directa y solo será necesaria la incorporación cuando así lo establezca la Constitución.

5) El derecho internacional es válido para un Estado únicamente si es reconocido por ese Estado (ese reconocimiento puede ser expreso o tácito).

Kelsen señala que esta premisa se refiere a la razón de validez del derecho internacional, que, para los pluralistas, sería la misma norma básica que constituye la razón de validez del orden jurídico nacional. En los términos pluralistas, es la “voluntad” del Estado la que decide la validez de uno y otro derecho.

traducción castellana de la obra de Anzilotti de la tercera edición italiana, Editorial Reus, Madrid, 1935.

¹⁶⁵³ *Ibídem*, p. 368. Explica Kelsen un punto fundamental de su postura diciendo que es necesario abandonar “la personificación antropomórfica” del Estado (que nos induce a asemejarlo a un individuo humano y a ver en él un individuo sobrehumano) y concebirlo como un orden social. Si se lo concibe como orden social no será objeto, como los individuos, de regulación jurídica, sino será la regulación jurídica misma, un orden jurídico.

¹⁶⁵⁴ *Ibídem*, p. 369. “De ahí que la cuestión de si es necesaria la transformación del derecho internacional en derecho nacional pueda ser resuelta solamente por un análisis del derecho positivo nacional, no por una doctrina de la naturaleza del derecho internacional o nacional, o de sus mutuas relaciones”.

En cambio para Kelsen, la razón de validez del orden internacional es independiente de la norma básica del orden nacional. El orden internacional tiene su propia norma fundamental. Para encontrar ésta, parte Kelsen de la norma más baja dentro del orden jurídico internacional (siguiendo el mismo procedimiento que aplica para encontrar la norma básica del orden jurídico nacional¹⁶⁵⁵), es decir, la sentencia de un tribunal internacional. Al preguntarnos por qué esa sentencia es válida la respuesta la encontraremos en un tratado en cuya virtud se ha establecido ese tribunal, y si nos preguntamos a su vez por qué el tratado es válido llegaremos a la norma general que obliga a los Estados a respetar los tratados que han celebrado, es decir, la que se expresa normalmente con la expresión *pacta sunt servanda*.¹⁶⁵⁶

La construcción jurídica kelseniana parte de la premisa de la superioridad del derecho internacional, entendiéndose por superioridad que el derecho internacional determina la esfera y razón de validez del derecho nacional. Esta relación entre ambos sistemas normativos tiene consecuencias importantes para el concepto de soberanía. Conforme al enfoque normativo de Kelsen, por soberanía se entiende solo que el Estado como orden jurídico (como hemos visto *supra*) es la autoridad jurídica suprema. Pero si, como Kelsen sostiene, consideramos que el derecho internacional constituye un único sistema con los derechos nacionales, el Estado “no es” soberano en el sentido de la autoridad jurídica suprema.¹⁶⁵⁷

Kelsen parte de la perspectiva del derecho internacional como orden jurídico válido, con independencia de la voluntad de cada Estado de permitir o no su aplicabilidad interna. “Si los órganos del Estado no lo aplican [el derecho internacional] porque no están autorizados para hacerlo por el derecho nacional, el Estado es, según el derecho internacional válido, responsable por tal violación

¹⁶⁵⁵ Véase, sobre el tema de la pirámide normativa y la norma fundamental, *Teoría pura del derecho*, México, D. F: Porrúa-UNAM, 1991.

¹⁶⁵⁶ KELSEN, H., *Principios de Derecho Internacional Público*. *op. cit.*, p. 357.

¹⁶⁵⁷ “Entonces, el Estado como orden jurídico nacional puede ser soberano solamente en sentido relativo, ya que ningún otro orden sino el orden jurídico internacional es superior al orden jurídico nacional, porque el Estado como orden jurídico nacional está sujeto directamente sólo al orden jurídico internacional”. *Ibíd.*, p. 379.

del derecho internacional”.¹⁶⁵⁸ (Esto reviste suma importancia para el tema tratado en el presente trabajo).

Concluye Kelsen el tema de la primacía de uno u otro derecho afirmando que se trata en definitiva de la elección entre dos normas básicas: la del orden jurídico internacional o la del orden jurídico nacional. Esta elección es posible porque según Kelsen la norma básica no es una norma de derecho positivo sino una “hipótesis del pensamiento jurídico”. Y esta admisión de Kelsen de la libertad de elección le lleva a reconocer hasta qué punto la ideología puede determinar la adopción de una u otra postura. “Una persona cuya actitud política sea la del nacionalismo e imperialismo podrá estar inclinada a aceptar como hipótesis la norma básica de su propio orden jurídico nacional [...]. Una persona que tenga simpatía por el internacionalismo y el pacifismo podrá estar inclinada a aceptar como hipótesis la norma básica del derecho internacional y así proceder de la primacía del derecho internacional”.¹⁶⁵⁹

En otra obra, más pertinente al tema tratado en el presente capítulo, Kelsen analiza concretamente la relación entre derecho interno y derecho internacional.¹⁶⁶⁰ Lo que me ha llamado la atención en esta obra es el reconocimiento de una vinculación del derecho con la moral. En efecto, cuando se refiere a la idea fundamental del derecho internacional de igualdad de los más diversos Estados, “unidos en una comunidad superior”, afirma que se trata de una “idea eminentemente moral, una de las raras conquistas verdaderamente importantes e incontestables del espíritu moderno”.¹⁶⁶¹

Ahora bien, esa idea moral implica un hipótesis jurídica, a saber, la existencia por encima de los Estados de un orden jurídico que determina los

¹⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 374.

¹⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 383. Aclara que la elección entre ambas hipótesis está más allá de la ciencia del derecho, pero puede hacer consciente al jurista de las razones en que basa su elección y de las relaciones entre esta y ciertos sistemas de valores éticos o políticos.

¹⁶⁶⁰ KELSEN, H., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit International public», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, 14, n.º IV, 1926, pp. 231-330.

¹⁶⁶¹ *Ibidem*, p. 297.

ámbitos de validez particulares de cada uno de ellos, estableciendo ciertas condiciones idénticas para todos, que no reconoce a ninguno ninguna superioridad respecto a los demás y que, poniendo fin a su aislamiento, los agrupa a todos en una sociedad jurídica.¹⁶⁶²

Esta sería una de las posibles premisas para considerar las relaciones entre derecho internacional y derecho interno desde una perspectiva que reconozca la preeminencia del derecho internacional y que asegure, en consecuencia, una protección efectiva de los derechos humanos de los ciudadanos.

4.3. Las normas constitucionales como puente entre el derecho internacional y el nacional

Como dice con una feliz metáfora Muñoz Conde, “El derecho procesal penal [...] tiene su corazón dividido entre dos amores: por un lado, el Derecho penal material, del que recibe el encargo de averiguar los delitos y castigar a los culpables; por otro lado, el Derecho constitucional, que le impone determinados límites en esa actividad investigadora y enjuiciadora, inspirados en los derechos fundamentales que la misma Constitución garantiza y reconoce”.¹⁶⁶³

La descripción de la Constitución como puente entre los dos órdenes normativos en realidad es un tanto ambigua dado que parecería suponer que se encuentra en un ámbito que no pertenece ni a un orden ni al otro, cuando es evidente su pertenencia al orden nacional, pero me ha parecido un medio claro de ilustrar la función que cumple. También hubiera podido decir “filtro”, dado que depende de sus normas la trasposición o implementación del derecho internacional.

Hay dos sentidos en los que se puede considerar la Constitución como puente entre uno y otro orden jurídico. Uno, desde el punto de vista de la

¹⁶⁶² *Ibíd.*

¹⁶⁶³ MUÑOZ CONDE, F., *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 51.

estructura normativa, que podríamos llamar jurídico-positivo, siguiendo a Kelsen, y otro desde el punto de vista del contenido, de la materia regulada.

Sin embargo, para Kelsen, hay un tercer sentido, el lógico jurídico, dado que la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico interno “desemboca en una ‘norma fundamental’ en la que se basa la unidad del orden jurídico en su auto-movimiento”. Para él, esa norma constituye la constitución en sentido lógico jurídico, por la que se instituye un órgano creador de derecho. En cambio, la constitución en sentido jurídico-positivo surge como grado inmediatamente inferior, en el momento en que el legislador hipotético establece normas que regulan la forma de creación de las normas sucesivas.¹⁶⁶⁴ Esta triple distinción está condicionada a la adopción de la perspectiva monista o la dualista frente a la relación entre derecho nacional e internacional. (Para mayor claridad, nos referiremos a la Constitución en sentido lógico jurídico, como norma fundamental). Desde la primera, un derecho único, la norma fundamental sería presupuesta como fundamento del derecho internacional; este sería a su vez fundamento de los ordenamientos nacionales y la Constitución, la norma suprema de la pirámide normativa. En cambio, desde la perspectiva dualista, la norma fundamental del orden jurídico nacional no sería el derecho internacional sino una norma distinta, presupuesta, que también señalaría a la Constitución como norma suprema. Es decir, la Constitución es un elemento diferente de la norma fundamental, siempre presupuesta, hipotética.

Citaré algunas definiciones de Constitución, siguiendo a Zagrebelsky, que corresponden a la época moderna: “La Constitución es el estatuto nacional del Estado”;¹⁶⁶⁵ “La Constitución es la organización de los poderes públicos”;¹⁶⁶⁶ “La

¹⁶⁶⁴ Señala además que aquello que para el positivismo jurídico constituye la norma fundamental, para el iusnaturalismo es el contrato social, es decir, dos premisas hipotéticas, a efectos del razonamiento. KELSEN, H. *Teoría general del Estado*, traducido por L. Legaz y Lacambra, México: Editora Nacional, 1979, p.p. 325 - 331 .

¹⁶⁶⁵ HARIOU, M., *Précis de droit constitutionnel*. París: Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 216.

¹⁶⁶⁶ BURDEAU, G. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, p. 60.

Constitución es el acto que define con una sola decisión el conjunto de la unidad política respecto a su forma especial de existencia [...]”.¹⁶⁶⁷

Como podemos observar a partir de estas definiciones, en general se confunde la Constitución, el documento escrito, el acta constitucional, con su contenido o bien con el poder constituyente. Por ejemplo, Pérez Luño parece llamar constitución a lo que Kelsen llama norma fundamental. En efecto, basándose en la idea de sistema y de ordenamiento jurídico dice que “todo ordenamiento jurídico posee una norma o regla fundamental que lo identifica, y que orienta y dirige la interpretación y aplicación de las normas singulares que lo integran. En nuestro ordenamiento jurídico la Constitución asume el papel de noma fundamental [...]”.¹⁶⁶⁸

Ferrajoli dice que “[l]o que llamamos *constitución* consiste en [...] este sistema de reglas, sustanciales y formales, que tiene por destinatarios a los titulares del poder”.¹⁶⁶⁹ ¿Cuáles son las reglas que pertenecen al sistema al que se refiere? Las que garantizan la dimensión formal de la democracia política y las que establecen los principios y derechos fundamentales y garantizan la dimensión sustancial de la democracia, es decir, determinan qué cosa puede ser decidida o debe ser decidida, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los otros principios axiológicos establecidos.¹⁶⁷⁰

Considerada como norma fundamental, tanto en su sentido lógico jurídico como jurídico positivo, la Constitución sería autónoma respecto al orden internacional, y el derecho internacional solo podría considerarse parte del orden nacional, y aplicable en el ámbito nacional, cuando la Constitución autorizara expresamente su incorporación. En realidad tal como están configurados los

¹⁶⁶⁷ SCHMITT, Carl, *Dottrina della Costituzione*. Milán: GIUFFRÈ, 1984, p. 39. (Publicado en alemán por primera vez en 1928).

¹⁶⁶⁸ PÉREZ LUÑO, A., *op. cit.*, p. 141.

¹⁶⁶⁹ FERRAJOLI, L., *El garantismo y la filosofía del derecho*, traducido por G. Pisarello, A.J. Estrada Martín y J.M. Díaz. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2000, p. 171.

¹⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 170.

ordenamientos nacionales, resulta difícil que el derecho internacional sea aplicable sin que lo estipule expresamente la norma constitucional. La función de puente que cumple la Constitución es, por lo tanto, ineludible. En ese sentido, cumple una función no solo conectiva, como todo puente, sino incluyente-excluyente, como algunos puentes “vigilados”.

Zagrebelsky sostiene que la Constitución “construye el espacio de la *inclusión* política y social [...] y a la inversa, establece el confín más allá del cual está la *exclusión*”.¹⁶⁷¹ Y agrega que, mientras la Constitución establece la línea que divide la legitimidad de la ilegitimidad, la ley establece la línea que divide la legalidad de la ilegalidad. Aclara que “la constitucionalización de una nueva situación política y social comporta medidas constitucionales contra la situación precedente, sus fuerzas, su ideología, sus estructuras de poder”.¹⁶⁷² Se refiere concretamente a la parte de la Constitución italiana que “excluye”, o sea, las normas “que establecen la fractura respecto del pasado inmediato monárquico y fascista”. Merece la pena observar que no se trata solo de una fractura, de una discontinuidad, sino también de “irreversibilidad”, dado que tanto la forma republicana de gobierno como la reconstitución del partido fascista y los principios fundamentales de libertad e igualdad, etc., quedan sustraídos de la revisión constitucional. Es decir, no se puede ni siquiera modificando la constitución dar marcha atrás.¹⁶⁷³ Esta irreversibilidad de las posturas adoptadas en la Constitución le confiere un fuerte grado de permanencia, duración, supervivencia en el tiempo, que la acerca a las normas de *ius cogens*, a los principios generales del derecho internacional y, yendo un poco más atrás en la historia, al derecho de gentes.

Nos vamos acercando a una visión de la Constitución no limitada a la perspectiva estructural del orden jurídico, como constitutiva de un sistema, sino a una visión de su contenido. En la Constitución española, la vinculación entre la

¹⁶⁷¹ ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Boloña: Il Mulino, 2008, p. 134.

¹⁶⁷² *Ibidem*, p. 136.

¹⁶⁷³ *Ibidem*, p. 137.

dimensión estructural, de organización política, y el contenido sustancial es clara en el Título I, “De los derechos y deberes fundamentales”. El artículo 10 dice:

“1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

En el párrafo siguiente se establece la vinculación con el derecho internacional en forma expresa, dado que las propias normas internacionales se aplicarán para interpretar las normas constitucionales:

“2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Esto supone una relación de contenido, no solo de estructura normativa, entre el derecho internacional y el nacional a través de la Constitución en el sentido de ley escrita fundamental. Es para ello necesario reconocer la importancia de que la Constitución tenga determinados contenidos y no otros, el aspecto incluyente y el aspecto excluyente mencionados por Zagrebelsky.

Si se considerara la Constitución como la norma que configura el sistema democrático de gobierno, con un contenido puramente político o formal, es decir, sin tener en cuenta su estipulación de los derechos fundamentales, la democracia prevista por ella no sería propia de un Estado de derecho, sería la de un Estado sin derecho que lo vincule.

Precisamente, la Constitución al vincular el Estado al derecho lo hace a través de normas sustantivas, no meramente formales. Los vínculos impuestos a la mayoría a través de la estipulación en la Constitución de los derechos fundamentales son normas sustantivas.¹⁶⁷⁴ Y en el contenido de esas normas

¹⁶⁷⁴ FERRAJOLI, L.; MORESO J.J.; ATIENZA M., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, G. Pisarello y R. García Manrique (eds.), Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 85. “Para que un sistema político sea democrático es necesario

sustanciales se encuentra el nexo entre el derecho interno y el derecho internacional. Esa coincidencia sustantiva se da en la Constitución, no en la legislación, que debe adaptarse a las normas de jerarquía superior.

Cabe observar ciertas similitudes entre las normas constitucionales y las de *ius cogens*.

La primera similitud que podemos observar tiene carácter procesal: la dificultad para su modificación. Basta tener presentes los procedimientos más complejos para modificar una Constitución y el requisito previsto en la Convención de Viena para modificar una norma de *ius cogens* (artículo 53: “[...] solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”).

Ferrajoli explica que la “rigidez” es “un rasgo estructural de la Constitución, vinculado con su posición en la cúspide de la jerarquía normativa”. La rigidez forma parte de la definición de Constitución, dado que si no fuese rígida sería una ley ordinaria.¹⁶⁷⁵ Lo mismo cabe decir de las normas de *ius cogens*, si no fuesen “rígidas”, en el sentido que hemos visto, serían normas generales del derecho internacional, no “normas imperativas”. Además, en los ordenamientos de Constitución rígida, señala Ferrajoli, en el Estado constitucional de derecho, “la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas tanto formales como sustanciales, de derecho positivo”.¹⁶⁷⁶ En el derecho internacional, la creación de nuevas normas mediante tratados está sujeta también a determinados requisitos que tienen carácter de *ius cogens*, y cuyo incumplimiento afecta a la

que se sustraiga constitucionalmente a la mayoría el poder de suprimir o limitar la posibilidad de que las minorías se conviertan a su vez en mayoría”. *Ibíd.*

¹⁶⁷⁵ *Ibíd.*, p. 92. En otra obra, se pregunta: “¿Qué significa de hecho la “rigidez” de las constituciones? Significa que las constituciones vienen reconocidas como normas que ordenan la legislación ordinaria, a través, por un lado, de la provisión de procedimientos especiales para su revisión y, por otro, de la institución del control de constitucionalidad de las leyes por parte de las cortes constitucionales”. FERRAJOLI, L. *El garantismo y la filosofía del derecho*, op. cit., p. 163.

¹⁶⁷⁶ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducido por P.A. Ibáñez y A. Greppi, Madrid: Trotta, 2004, p. 19.

validez misma de esos tratados. (Por ejemplo, en la Convención de Viena, los artículos 46 a 53, incluido, de la Parte segunda sobre nulidad de los tratados).

La segunda similitud es más complicada, pero toca más al fondo de ambas instituciones jurídicas. Partiendo de la distinción de Ferrajoli entre derechos y garantías constitucionales, cabe recordar que además de las garantías negativas, que hemos visto, concernientes a la no derogación de determinadas normas, se encuentran las denominadas garantías positivas que consisten en “la obligación que tiene el legislador, como correlato de la estipulación de los derechos, de desarrollar una legislación de aplicación de los mismos”.¹⁶⁷⁷

Ferrajoli sostiene que la ausencia de garantías que permitan el ejercicio de los derechos, o los protejan, constituye una laguna del ordenamiento jurídico, pero no supone la inexistencia de tales derechos. Contradice así lo postulado por Kelsen en el sentido de que el derecho subjetivo sería solo el reflejo de un deber jurídico.¹⁶⁷⁸ Afirma que la existencia de las normas constitucionales, de jerarquía superior, “no puede estar subordinada a la producción (obligatoria) de sus leyes de desarrollo, ya que una tesis de este tipo equivaldría [...] a decretar el poder del legislador de neutralizar, de abrogar, o en cualquier caso, de derogar la constitución, ocultando así su violación”.¹⁶⁷⁹

Lo mismo podría decirse de las normas internacionales que revisten carácter de *ius cogens* para el Estado, y que en general no cuentan con “leyes de desarrollo”, es decir, no han sido incorporadas a la legislación interna.¹⁶⁸⁰ La

¹⁶⁷⁷ *Ibíd.*, p. 97. Recordemos la definición que da de garantías: “las obligaciones y prohibiciones que corresponden a las expectativas positivas o negativas establecidas normativamente”. *Ibíd.*, p. 96-97.

¹⁶⁷⁸ Véase un interesante debate entre Guastini y Zolo, por una parte, y Ferrajoli, por otra, en FERRAJOLI, L. et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

¹⁶⁷⁹ FERRAJOLI, L.; MORESO J. J.; ATIENZA M., *op. cit.*, p. 109. Ferrajoli se remite en esta frase a Bovero.

¹⁶⁸⁰ Ferrajoli señala que la ausencia de garantías es casi total en el derecho internacional. “Con la sola excepción de la Corte Penal Internacional instituida para juzgar los crímenes contra la humanidad, el ordenamiento internacional prácticamente carece de instituciones de garantía”. *Ibíd.*, p. 113.

ausencia de esa legislación no puede tachar de inexistentes las normas imperativas de derecho internacional, así como no puede hacerlo con las normas constitucionales. Lo que en cambio dicha ausencia pone de manifiesto es la presencia de la obligación constitucional e internacional de introducir las normas (Ferrajoli las llama “garantías fuertes”) que hagan exigibles, aplicables, los derechos y obligaciones previstos en las normas fundamentales.

Ahora bien, el fundamento de esa validez, es decir, existencia en el orden normativo de las normas constitucionales y de las normas internacionales de *ius cogens* se encuentra en el contenido mismo de esas normas, en su esencialidad para la supervivencia del sistema normativo mismo, no en su génesis, que constituye una condición importante pero no definitoria de la supremacía de esas normas.

4.4. Acerca de la “ley”

Suárez analizaba la etimología de *ius* y sus distintas acepciones, para optar finalmente por el siguiente significado: “Según el último y más estricto significado de derecho (*ius*), suele darse con toda propiedad ese nombre a cierto poder o facultad moral que cada uno tiene sobre lo que es suyo o sobre lo que se le debe. En este sentido decimos que el dueño de una cosa tiene derecho sobre ella, y que el trabajador tiene derecho al salario [...]”.¹⁶⁸¹ Respecto a la comparación con el significado de ley se remite a San Isidoro, según el cual derecho y ley se relacionan entre sí como el género y la especie, siendo el derecho el género y la ley la especie, porque el derecho consta de leyes y costumbres mientras que la ley consiste en una disposición escrita. Sin embargo, concluye, “el uso ha conseguido que se llame ley, con toda propiedad, tanto a la escrita como a la no escrita, y así el derecho en cuanto adquiere significación de ley, se identifica con ésta y se consideran sinónimos”.¹⁶⁸² Como vemos coincide mucho más con la acepción actual del

¹⁶⁸¹ SUÁREZ, F., *De legibus*, Corpus Hispanorum de Pace, *op. cit.*, I ii, 5, p. 24.

¹⁶⁸² *Ibidem*, I ii, 7, p. 28.

término derecho, tanto en el sentido de derecho subjetivo, como en el sentido de derecho objetivo.

En cambio, Hobbes distinguía netamente entre *lex* y *ius* en el sentido de que la primera (*Law*) es obligación y el segundo (*Right*) es libertad, la libertad que nos deja la Ley (*Civil Law*). Esta última es Obligación, y nos toma la libertad que nos ha dado el derecho natural.¹⁶⁸³

Zagrebelsky recuerda también Antígona, de Sófocles, como la transfiguración artístico-filosófica del conflicto entre dos concepciones opuestas del *nómos*: “la ley no escrita que hunde sus raíces en un pasado remoto, cuyos orígenes son indescifrables, y la ley escrita, ‘el arma de la ley’, impuesta por quien detenta el poder de la *polis*. *Agraphos nómos* y *ghegramménos nómos*, una forma de representar la doble cara de la ley [...]”.¹⁶⁸⁴ Es decir: las leyes que invoca Antígona y que son las fundadas en la tradición no escrita y tienen sus raíces en las costumbres de los seres humanos, y las leyes escritas, expresión de la voluntad del legislador.¹⁶⁸⁵ Como observa Zagrebelsky su invocación debía sonar -en la Atenas del siglo V antes de Cristo- como una advertencia contra el orgullo de la ley, que había olvidado las razones del derecho, una advertencia dirigida contra la *hybris* de la deliberación de la asamblea popular.¹⁶⁸⁶

Zagrebelsky traslada sus reflexiones de la Atenas del siglo V antes de Cristo al siglo pasado, cuando caen los regímenes totalitarios que, amparados en sus propias leyes, cometieron los crímenes más atroces. Y observa: “El tema de la

¹⁶⁸³ HOBBS, T., *Leviathan*, C.B. Macpherson (ed.), Londres: Penguin Books, 1968, Part II, Chap. 26, p. 334.

¹⁶⁸⁴ ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, op. cit., p. 63.

¹⁶⁸⁵ *Ibidem*, p. 67. Según la interpretación de Zagrebelsky, la lección que se quería dar a los ciudadanos de Atenas era que la *ley* de Creonte y el *derecho* de Antígona son dos lados de la realidad que deben convivir: hay que considerar al derecho desde el punto de vista de la ley y a la ley desde el punto de vista del derecho. Toda la tragedia refleja la intransigencia de ambas partes. Y a lo que conduce tal intransigencia, agregaría.

¹⁶⁸⁶ *Ibidem*, p. 69. Es notable el empleo del término *hybris* (desmesura, impulsividad, exceso) asociándolo con el procedimiento democrático. Véase, a ese respecto, LORAUX, N., op. cit., pp. 251 y ss., donde habla del término *kratos*, con su connotación de victoria o superioridad, del que deriva *demokratia*. *Ibidem*, p. 256.

justicia en el derecho estaba destinado a desplazarse nuevamente, del justo legislador a la ley justa; de quien hace la ley a lo que la ley contiene. Y la Constitución es el instrumento de este desplazamiento”.¹⁶⁸⁷

También Ferrajoli reivindica la dimensión sustantiva del derecho frente a la formalidad estricta del positivismo jurídico. Si bien el derecho es “puesto” por los hombres (con lo que excluiríamos el derecho natural o derivado de la moral), los hombres antes de ponerlo lo piensan, y optan por uno y otro contenido según ciertas reglas “que disciplinan las propias opciones desde las que el derecho viene pensado y proyectado mediante el establecimiento de los valores ético-políticos -igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales- por los que se acuerda que aquéllas deben ser informadas”. Esas reglas, consagradas en la Constitución, constituyen, según Ferrajoli, un “derecho sobre el derecho”, como vínculos y límites a la producción jurídica. Considera que esto es una innovación en la estructura de la legalidad: “la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos”.¹⁶⁸⁸

Una consecuencia fundamental de esta dimensión sustancial del Estado de derecho es que la sujeción del juez a la ley no es absoluta, cualquiera fuese su significado, sino condicionada a su coherencia con la Constitución.

Y volviendo a Zagrebelsky, este autor afirma que la primera gran función que han de cumplir las constituciones contemporáneas consiste en la distinción capital entre la ley, como regla puesta por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas, independientemente de la ley. Como vemos, es otra perspectiva.¹⁶⁸⁹

¹⁶⁸⁷ ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, op. cit., p. 124. Por ello considera que la Constitución no se puede reducir a una “superley”.

¹⁶⁸⁸ FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías*, op. cit., p. 19.

¹⁶⁸⁹ ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite: legge diritti giustizia*. Turín: Einaudi, 1992, p. 55. Existe traducción al español, *El derecho dúctil*, Madrid: Trotta, 2009.

5. Otro tipo de legalidad: una legalidad combinada

La conciliación del positivismo jurídico con el derecho penal internacional es difícil. Como pone de relieve Foffani: “La justicia penal internacional nace exactamente, y precisamente, de la crisis del positivismo jurídico penal internacional”. Y atribuye esto a que “el Estado nación y el derecho penal positivo no están en condiciones (han mostrado que no están en condiciones) de responder de manera adecuada, eficaz, proporcionada, ‘justa’ -en el sentido más cabal del término- a los crímenes más graves [...]”.¹⁶⁹⁰. Explica este autor que el derecho penal internacional es un sistema de “tipicidad limitada”. Sostiene, con razón, que palabras que emplean tradicionalmente los penalistas, tales como “determinación”, “legalidad”, “irretroactividad”, “fragmentariedad”, son conceptos que adquieren otra dimensión y otro significado en el contexto penal internacional. Y refiriéndose concretamente a la legalidad, dice que “la legalidad que nos propone el nuevo derecho penal internacional es, en cambio, una legalidad que debe principalmente (no limitar, sino más bien) construir la soberanía: no existe un poder punitivo de la comunidad internacional que preceda a la construcción del sistema de justicia”.¹⁶⁹¹

Nos habla Foffani de un “derecho natural institucionalizado”, fundado en “una legalidad sin ley” (en el sentido tradicional del término), “una legalidad dinámica, en la cual confluyen en la “fabricación” de la norma múltiples elementos, y en la que la producción y la aplicación del derecho se funden inescindiblemente”.¹⁶⁹²

No es posible aplicar el principio de legalidad exigible en el derecho interno al derecho internacional. La extensión de este principio más allá de la ley escrita, estricta y previa, sin embargo, ya ha sido propuesta por muchos juristas con respecto al derecho interno. Su propuesta se basa en la atribución de un papel más “activo” a los principios constitucionales, y en las premisas de la hermenéutica

¹⁶⁹⁰ FOFFANI, L., «La giustizia penale internazionale: un sistema penale ‘antimoderno’?», en AAVV, *Les sources du droit international pénal*, París: Société de législation comparée, 2005, pp. 371 y ss.

¹⁶⁹¹ *Ibidem*, p. 372.

¹⁶⁹² *Ibidem*.

filosófica que asignan a la interpretación una función integradora del significado de las normas y que conduce necesariamente a considerar la interpretación como otra fuente de derecho.

Es indudable que la aspiración al respeto del principio de legalidad en el contexto del derecho internacional no puede realizarse si no se tiene en cuenta la gran diversidad de condiciones en que este derecho nace, se desarrolla y aplica. El hecho de que no exista un poder legislativo, ni siquiera constitucional, del que emanen instrumentos vinculantes con las características de constituciones o leyes marca una diferencia notable.

Si bien encontramos coincidencia de fuentes con el derecho nacional, por ejemplo, la costumbre, los principios generales, la jurisprudencia, etc., el hecho de que en el ámbito interno exista una estructura institucional cuyas decisiones, sean leyes u otras medidas, se puedan categorizar en función del nivel de la estructura que las haya creado marca de por sí una diferencia esencial. En el derecho internacional no puede afirmarse sin vacilar que exista esa jerarquía de fuentes.

Ollé Sesé sostiene que “[n]o se trata de combatir el clásico principio de legalidad interno, ni siquiera de reformularlo, sino de conjugar dos principios: el de legalidad interna y el de legalidad internacional, desde la interacción del sistema de fuentes de ambas disciplinas, para fundamentar y desarrollar su vigencia en esa otra disciplina de los que los dos son parte, el DPI”.¹⁶⁹³ Y propone formular el principio de legalidad en el ámbito del derecho penal internacional de otra manera: « El clásico principio *nullum crimen sine lege previa*, en el ámbito del Derecho Penal Internacional, deja paso al *nullum crimen sine iure*». ¹⁶⁹⁴ Bassiouni también propone sustituir la formulación del principio de legalidad, *nullum crimen sine lege*, por *nullum crimen sine iure*, en el ámbito del derecho internacional,

¹⁶⁹³ Ollé Sesé, *op. cit.*, p. 165.

¹⁶⁹⁴ *Ibidem*, p. 183.

porque no puede haber crimen sin derecho. Dice que es una fórmula mucho más amplia que la que se refiere a la ley.¹⁶⁹⁵

Otra formulación del principio de legalidad en el mismo sentido que el propuesto por Ollé Sesé es la del “principio de juridicidad” a que se refiere Chinchón Álvarez.¹⁶⁹⁶ Este autor señala la diferencia entre el principio de legalidad en el orden interno y ese mismo principio en el orden internacional, diferencia que “no es más que una consecuencia de las particularidades propias de cada uno de estos dos órdenes del Derecho”.¹⁶⁹⁷

Se refiere también al criterio de la “juridicidad” en el derecho internacional Martín Martínez, que, tras hacer notar la semejanza del mismo con el derecho anglosajón, sostiene que: “el Derecho Internacional contemporáneo respeta la exigencia de *lex previa* mediante la juridicidad, ya que la ilicitud de las conductas debe ser establecida por normas internas o internacionales preexistentes, pero no necesariamente por normas con rango de ley en sentido formal”.¹⁶⁹⁸

Jacobucci menciona también la “juridicidad” respecto a la legalidad en el derecho penal internacional: “La positividad escrita cede frente a una juridicidad universal tan fuerte que reconoce determinados comportamientos como delitos, sin perjuicio de su falta de inclusión convencional”.¹⁶⁹⁹ Y ello obedece, según este autor, a una interpretación que da prioridad a los aspectos axiológicos frente a los formales.

¹⁶⁹⁵ BASSIOUNI, M., *Crimes against humanity in international criminal law*, op. cit., p. 144. Recuerda que esta fórmula había sido enunciada por Glaser en «La Méthode d'Interpretation en Droit International Pénal», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1966, p. 766.

¹⁶⁹⁶ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, op. cit., p. 171. Se remite en este contexto a la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 19 de abril de 2005, Sentencia n.º 16/2005, 4. El problema de la tipicidad, “lex certa”, e irretroactividad de la norma penal aplicable.

¹⁶⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁹⁸ MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La configuración del principio de legalidad penal en el derecho internacional contemporáneo*, op. cit., p. 379

¹⁶⁹⁹ JACOBUCCI, J.G., op. cit., p. 1099.

5.1. El principio de legalidad desde la filosofía hermenéutica del derecho

En los distintos autores citados, observamos un esfuerzo, mediante la interpretación, por vencer el obstáculo más serio con el que tropiezan las normas internacionales cuando deberían ser aplicadas en el ámbito interno. Aunque tal vez no sea adecuado calificar a estas reflexiones como esfuerzos, como si tuviera que forzarse la interpretación del derecho a fin de vencer el obstáculo.

Si se adopta una posición hermenéutica, en el sentido de la filosofía hermenéutica del derecho, comprobaremos cuánto apoyo encuentran las reflexiones de los autores que hemos mencionado en las premisas de dicha filosofía. Señala Zaccaria que “[l]as normas jurídicas sólo proporcionan un esquema general de interpretación que debe ser comprendido a partir del contexto”.¹⁷⁰⁰ Esto conlleva lo siguiente: “el sentido de cada disposición normativa concreta sólo se puede captar considerándolo como parte de la reglamentación jurídica completa dentro de la cual esa disposición se encuentra”.¹⁷⁰¹ Si adoptamos una posición monista, el derecho internacional forma parte de la reglamentación jurídica a la que pertenece la norma. La norma, incluso la norma penal, pero me atrevería a decir, principalmente la norma penal, por su enorme potencial para lesionar los derechos humanos, generalmente mejor protegidos a niveles constitucionales o internacionales, ha de ser interpretada a la luz de las normas internacionales.

En realidad las disposiciones constitucionales suelen establecer la necesidad de tener en cuenta las normas internacionales a la hora de interpretar el derecho nacional (en la Constitución española, el párrafo 2 del artículo 10, si bien se refiere concretamente a los derechos fundamentales y a las libertades fundamentales, no puede excluirse que comprende las normas penales que garantizan esos derechos y libertades). Viola y Zaccaria afirman, recordando la Constitución italiana, “que los principios constitucionales no se entienden como

¹⁷⁰⁰ ZACCARIA, G., *Razón jurídica e interpretación*, A. Messuti (comp.), Madrid: Thompson Civitas, 2004, p. 115.

¹⁷⁰¹ *Ibídem*.

instancias valorativas confinadas en el ámbito de un pueblo o de una cultura, sino que se conciben como capaces de dialogar y ponerse de acuerdo con los principios que rigen la comunidad internacional".¹⁷⁰²

Sin embargo, tal como están las cosas actualmente, en muchos casos se ha considerado al principio de legalidad como un obstáculo para la aplicación de normas que permitirían al Estado cumplir sus obligaciones internacionales.

Es cierto que inicialmente dicho principio se ha concebido como obstáculo: pero obstáculo al despotismo del soberano, obstáculo a la arbitrariedad de los jueces, obstáculo a la imposición abusiva de penas.

Parecería que la misma arma que el pensamiento jurídico ha creado para fortalecer la posición de la persona y sus derechos frente a los poderes públicos, se emplee para que no se puedan juzgar a esos poderes cuando han efectivamente violado los derechos humanos más esenciales. Es una trampa perfecta. El derecho le dice al ciudadano: te protejo, pero hasta aquí nada más, es decir, mientras tus derechos no hayan sido violados por el propio Estado o bajo su amparo. Si en cambio ha sido el propio Estado el que los ha violado o ha favorecido o consentido esa violación (como es el caso de los crímenes internacionales conforme la definición que hemos adoptado en este trabajo) y no encontramos en el ordenamiento jurídico nacional ninguna norma aplicable a ese caso, nada se puede hacer, porque las leyes, que están concebidas para protegerte nada dicen de esos crímenes, y la finalidad de los principios en que se sustentan es garantizar el respeto de esas leyes, digan lo que digan o no digan lo que deberían decir. Hay en este razonamiento algo de perverso.

El principio de legalidad está vinculado estrechamente al positivismo jurídico y a su enfoque normativo y ha representado una de las garantías, sino la más importante, que ofrece el derecho frente al poder punitivo. No podemos dar marcha atrás, ni renegando del positivismo, ni renegando del principio de

¹⁷⁰² VIOLA, F.; ZACCARIA, G., *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, G. Robles Morchon (ed.), Madrid: Dykinson, 2007, p. 369.

legalidad penal. No es necesario negar la razonabilidad de uno ni la validez del otro; basta seguir criterios de interpretación más flexibles.

El positivismo jurídico ha demostrado ser necesario pero insuficiente. Basta recordar a Radbruch. Sin embargo, como ha dicho Bobbio, podemos ir más allá de Kelsen, pero no retroceder.¹⁷⁰³

La filosofía hermenéutica del derecho va más allá del positivismo jurídico, siguiendo incluso a Kelsen en su perspectiva monista del ordenamiento jurídico. Propone una lectura de la norma jurídica que no se limita artificialmente a la lectura de un párrafo de un artículo de una ley penal nacional, sino que “construye” la norma teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico en su integridad, o sea derecho nacional más derecho internacional.

No obstante, como explica Zaccaria, el intérprete no goza de una libertad total en la elección de la norma: “el criterio del contextualismo exige un esfuerzo por parte del intérprete para justificar racionalmente y según criterios de generalización que un contexto es más adecuado que otros [...]”.¹⁷⁰⁴ Y para verificar cuál es el contexto más adecuado es preciso “remontarse a la teleología de la ley y al ‘sistema interno’ de principios y de juicios de valor que constituyen su base”.¹⁷⁰⁵

En un ordenamiento que tipifique determinados delitos, pero no sus formas más graves de comisión, como son los crímenes internacionales (es decir, prevé, por ejemplo, una pena o una escala de penas para el homicidio, pero ninguna para los crímenes contra la humanidad, es decir, el homicidio de una sola persona constituye un delito, pero el de miles, no), desde el punto de vista teleológico nos resultará difícil interpretar que el legislador haya tenido como finalidad establecer penas para el homicidio y dejar impunes totalmente delitos más graves que el

¹⁷⁰³ Bobbio ha afirmado: “El cambio fundamental que la teoría pura del derecho ha representado en el desarrollo de la jurisprudencia teórica es, en pocas palabras, uno de esos cambios a partir de los cuales es posible ir más allá, pero de los que no es lícito volver atrás”. BOBBIO, N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milán: Edizione di Comunità, 1977, pp. 215.

¹⁷⁰⁴ ZACCARIA, G., *Razón jurídica e interpretación*, op. cit, p. 116.

¹⁷⁰⁵ *Ibidem*, p. 115.

homicidio. Esta interpretación nos llevaría a un resultado absurdo. Si bien se refiere a los tratados internacionales, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ofrece pautas de interpretación muy útiles. Por ejemplo, el artículo 32, titulado “Medios de interpretación complementarios” dice que se podrá acudir a medios de interpretación complementarios para determinar el sentido cuando la interpretación: “a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”. Dejar impunes los crímenes más graves es un resultado “manifiestamente absurdo o irrazonable”.

El principio de legalidad criminal (referido a la tipificación del delito) o penal (referido a la tipificación de la pena) es una de las garantías más importantes que ofrece el derecho penal. Y con toda razón se sostiene que el principio de igualdad ante la ley exige que otorguemos las mismas garantías a todos los ciudadanos, independientemente de los crímenes que hayan cometido. No lo discuto. También las garantías constituyen un progreso del que no podemos dar marcha atrás.

Lo que sucede es que la cuestión que aquí se plantea no es una cuestión de respeto o no de las garantías, sino una cuestión que va mucho más allá.

Se trata de algo que pone en tela de juicio las funciones mismas que, en un contexto garantista, se atribuyen al derecho penal.

Las víctimas (en el sentido amplio del término, es decir, los familiares de las víctimas directas) recurren a la justicia penal principalmente para que se pronuncie sobre lo sucedido. No es el objetivo de su querrela la aplicación de penas a los culpables, ni la asignación de una indemnización por los daños sufridos. Esos son objetivos secundarios, que resultarían del objetivo principal, en caso de ser viables. En la mayoría de los casos en que es posible aplicar penas, como en el caso argentino, las penas son tan desproporcionadas a los crímenes cometidos que tienen un carácter meramente simbólico.

El objetivo que las víctimas persiguen recurriendo a la justicia penal, es una respuesta en sede penal ante la denuncia de la comisión de un presunto crimen. El hecho de que el derecho penal no pueda incriminar ya a los autores, no significa

que antes no deba verificar si se ha cometido un crimen, y establecer que se ha cometido un crimen.

No es lo mismo para las víctimas ser víctimas de un terremoto, o incluso de una guerra, que haber sido víctimas de un gravísimo crimen y que ni siquiera se intente averiguar si ese crimen se ha cometido. Y lo más absurdo es que se pretenda amparar la omisión de la justicia en uno de los principios que más la garantiza, el principio de legalidad.

Me he referido a las funciones del derecho penal porque en estos casos se desdibujan unas y se ponen de relieve otras. Entre las que se desdibujan encontramos la función retributiva, como hemos visto cuando examinamos brevemente el principio de proporcionalidad, y las funciones preventivas, dado que difícilmente los autores volverán a cometer esos crímenes o, si persisten en sus ideas, difícilmente serán disuadidos por la aplicación de penas. Las funciones que se ponen de relieve son las funciones investigadora y declarativa.

Y precisamente si se deniega la prestación de esas funciones por no contar con una norma que tipifique el crimen y que resulte aplicable sin violar el principio de retroactividad, se impedirá el avance del derecho nacional que podría lograrse recogiendo los principios y normas del derecho internacional.

Por eso, me ha parecido importante destacar la perspectiva internacional del derecho, adoptando una visión monista, y considerar que el Estado está obligado internacionalmente a perseguir los crímenes más graves que él mismo haya cometido, precisamente con más razón porque él mismo los ha cometido. Cuando se trata de crímenes, estamos hablando, por supuesto, de persecución penal. No es admisible desde el punto de vista de la justicia internacional que el propio Estado omita las medidas necesarias para eludir el cumplimiento de su obligación internacional.

La existencia de esa obligación en el plano internacional ha sido demostrada, así como la responsabilidad que incumbe al Estado ante los demás Estados si incumple dicha obligación. El problema reside entonces no en la existencia de la obligación sino en la posibilidad de su cumplimiento por el Estado.

Frente a los otros dos obstáculos, la prescripción y las leyes de amnistía, hemos expuesto argumentos que pueden ayudar a superarlos. Es el principio de legalidad el obstáculo más importante porque toca al corazón mismo del derecho penal. Con respecto a las exigencias de ley previa, estricta y escrita, (en el capítulo V nos hemos ocupado de la primera), considero que las exigencias de ley escrita y cierta pueden cumplirse si se admiten las normas internacionales consagradas en los respectivos instrumentos, y se las complementa con las normas nacionales, configurándose así una legalidad combinada.

No se trata de soslayar el principio de legalidad, sino de interpretarlo de una manera que permita al Estado cumplir sus obligaciones internacionales. No olvidemos que incluso una lectura pretendidamente estricta de la norma es también una interpretación. La interpretación más rigurosa, también es una interpretación.

6. Recapitulación

En este capítulo he examinado uno de los principales problemas con los que tropieza la aplicación del derecho penal internacional en el ámbito nacional. Es uno de los principales, porque es el más complejo.

El principio de legalidad es el “principio” por excelencia del derecho penal moderno. Desde Beccaria hasta los penalistas contemporáneos, incluso los más jóvenes, ha sido sustentado como la garantía máxima frente al poder estatal.

Sin embargo, en esas paradojas de la vida, para garantizar los derechos de los ciudadanos contra el poder estatal necesitamos poner en tela de juicio el principio mismo que los garantiza.

Hay un punto de partida, al menos, para abordar el problema: el principio de legalidad está referido a un orden jurídico nacional positivo. Cumple una función de protección de la pirámide normativa. Así como la norma fundamental de Kelsen cumple una función de fundamentación, el principio de legalidad reviste

toda la escala de normas para que nada ajeno a ella penetre. Por ejemplo, el derecho internacional, el derecho de los derechos humanos.

Hay algunas cosas que llaman sin embargo la atención en la consideración del principio examinado. Por una parte, su prevalencia frente a los demás principios. Pareciera que es el principio de los principios. ¿Qué sucede con el principio de proporcionalidad?, ¿con el principio de igualdad ante la ley? O bien con derechos, que no son principios pero que pueden muy bien fundamentarse en principios, como lo que solemos entender por los derechos humanos esenciales, el derecho a la vida, a la integridad física, a no ser objeto de desaparición forzada, a la identidad, a no ser víctima de genocidio, a no ser víctima de torturas, etc. Si la violación de esos derechos no ha sido prevista en las leyes penales, nada se puede hacer frente a ella.

El crimen más horrendo, si no está previsto en la ley, no puede ser juzgado porque si bien nadie le puede quitar el carácter de horrendo, no podrá ser considerado crimen porque violaríamos el principio de legalidad. La ley no lo ha previsto, el criminal por lo tanto tampoco. El fundamento mismo del principio, la previsibilidad, no existe. Por lo tanto, no hubo crimen.

No obstante, la trascendencia del hecho atroz, que en determinados Estados no lo podemos llamar crimen porque no ha sido previsto en la legislación, es tal, que el derecho internacional lo ha considerado como crimen. Ahora bien, el principio de legalidad en el derecho internacional tiene características muy diferentes a las del principio que rige en el derecho nacional. No tenemos pirámides normativas, tenemos solo normas. No siempre esas normas están escritas, ni son ciertas, y por lo tanto no sabemos cuán previas podían haber sido a la comisión de los hechos.

Y pretendemos, ni más ni menos, que nuestra pirámide normativa, tan protegida, sea contaminada por un orden normativo tan primitivo como el internacional.

El problema no se detiene allí. El orden normativo protegido por las leyes y las leyes que se hacen valer según el principio no solo no han previsto cosas muy

importantes, como los genocidios o los crímenes contra la humanidad, sino que muchas veces han ordenado la comisión de esos crímenes o al menos la han amparado. Cabe entonces preguntarse, ¿qué principio protegerá a los ciudadanos de esas leyes, para cuya aplicación se invoca el principio de legalidad?

Muchas veces es el Estado mismo el autor de los crímenes no previstos. Y muchas veces también alega el principio de legalidad para evitar cualquier sanción derivada de normas no defendidas por ese principio, es decir, normas ajenas al ordenamiento nacional.

La situación es muy compleja porque un principio que nació para proteger y garantizar contra el arbitrio de las autoridades impide proteger y garantizar contra los crímenes cometidos por orden de esas mismas autoridades o amparados por ellas.

Me ha parecido por ello importante referirme, a pesar de ser un tema que ha sido muy tratado, a las fuentes del derecho internacional, pero consideradas en la forma en que de hecho funcionan, es decir, combinadas unas con otras, las normas convencionales con las normas consuetudinarias, estas con los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia, las declaraciones, resoluciones, etc., de los organismos internacionales, junto a instrumentos elaborados por organizaciones no gubernamentales o entidades académicas.

De este bagaje de fuentes surgen normas reconocidas por los Estados en tanto miembros de la comunidad internacional. (Es importante esta aclaración porque parecería que, cuando los Estados actúan en forma individual, el derecho internacional les queda mucho más lejos). En cuanto a la incorporación de esas normas internacionales al orden jurídico interno, que es una forma de satisfacer la exigencia de legalidad, me he referido brevemente a las formas más frecuentes en que se efectúa.

Como he mencionado la pirámide normativa, debo aclarar aquí que en este capítulo trato especialmente la posición del creador de esa pirámide, Hans Kelsen, porque precisamente su aporte para solucionar los problemas de interacción entre derecho nacional e internacional es muy positivo.

Un problema particularmente acuciante que se presenta con el principio de legalidad es el de la legalidad de las penas. Si en el derecho nacional no están previstos ni siquiera los crímenes, mucho menos estarán previstas las penas. En el derecho internacional, en cambio, los crímenes suelen estar previstos pero en pocos instrumentos están previstas las penas. Por ello me ha parecido interesante ver cómo se han ingeniado los tribunales que juzgan esos crímenes para combinar las penas previstas para los delitos comunes con la forma en que esos delitos fueron efectivamente cometidos, considerándola como circunstancia agravante.

Ahora bien, entre el derecho nacional y el derecho internacional hay un puente, que es la Constitución. Me ha parecido fundamental resaltar el papel que la doctrina asigna a la Constitución como fuente de legitimidad de las normas no solo formal sino sobre todo sustancial. La Constitución ocupa en la pirámide normativa un grado superior al de las leyes, y su defensa de los derechos fundamentales, cuya violación constituye un crimen internacional, es mucho más enfática que en las leyes. Tal vez una solución se encuentre en una lectura de las normas constitucionales integrada al ordenamiento positivo, cosa que generalmente no sucede, dado que las normas constitucionales se consideran más bien como declaraciones de principios, normas programáticas, a las que no se incluye en la "legalidad" del principio de legalidad.

Varios autores han propuesto sustituir el principio de legalidad por un principio de juridicidad, el término ley por el término derecho, más amplio, en la búsqueda de una solución. Se formularía entonces un principio que en lugar de decir *nullum crimen sine lege* diría *nullum crimen sine iure*.

Hay un presupuesto fáctico del que no podemos olvidarnos: el derecho penal internacional acaba de nacer. Se encuentra en una etapa primera de su evolución. No se puede prescindir de los tribunales nacionales. Por consiguiente, dadas las carencias de los derechos nacionales, es fundamental conciliar la actuación de los tribunales nacionales con las normas internacionales, sin que las normas nacionales obstaculicen esa conciliación.

Pero, a mi juicio, el argumento más importante es de orden interno, no internacional: es el Estado el primer obligado en administrar justicia en su territorio. Y para hacerlo ha de ponderar con otros criterios los distintos principios que rigen esa administración.

CONCLUSIONES FINALES

En la Introducción me he referido al desarrollo del presente trabajo como si fuese el recorrido de una ruta, con múltiples señalizaciones y caminos que podían desviar la atención del tema principal. En las presentes conclusiones, en cambio, me interesa demostrar cómo los distintos tramos de la ruta, los distintos subtemas que se fueron desplegando, están vinculados entre sí, y terminan girando finalmente en torno a los dos o tres temas alrededor de los cuales giran siempre los discursos jurídicos.

Para facilitar la recapitulación, enumero a continuación las principales conclusiones a las que he llegado.

1. Los conceptos examinados en el capítulo I, comunidad internacional, conciencia jurídica universal, humanidad y derechos humanos, sitúan las reflexiones que se desarrollarán en los capítulos siguientes en un marco axiológico, demostrando la necesaria vinculación del derecho penal internacional con determinados valores. Por ejemplo, la idea, más que concepto, de “humanidad” sirve de eslabón entre “internacionalidad” y “universalidad”, con consecuencias jurídicas claras para el primero de los términos, dado que no se limita a denotar las relaciones entre Estados, sino la presencia de otros integrantes en la comunidad internacional, por ejemplo, los individuos. Por consiguiente, nos indica la necesidad de traspasar la bilateralidad, e incluso la multilateralidad de las relaciones entre los Estados, es decir, dejar la “lateralidad”, y entrar en la universalidad.

2. Si bien la memoria histórica no puede asimilarse al tipo de conceptos tratados en la primera parte del capítulo, cumple una importante función en la delimitación del tema, de ahí su ubicación en ese capítulo. El tema es la obligación del Estado del territorio y no la jurisdicción universal porque en ese Estado perdura la memoria de los acontecimientos, subsisten aún los traumas, y hay cadáveres sin digna sepultura. Las razones no son solo de índole práctica: hay una “justicia debida” por el Estado a sus nacionales. La memoria también introduce en el discurso jurídico el factor tiempo: el tiempo de vida de los que recuerdan, el tiempo de vida del recuerdo mismo.

3. La obligación del Estado con respecto a los crímenes internacionales requiere dos precisiones: por qué hablo de obligación internacional, y por qué hablo de crímenes internacionales. La obligación del Estado es internacional porque surge como consecuencia de la comisión de crímenes considerados internacionales. He aquí un eslabón fundamental: la vinculación entre la obligación y el crimen que la ha hecho nacer: el Estado tiene la obligación internacional de perseguir un crimen porque ese crimen tiene carácter internacional. Por ello la pregunta ha de concentrarse en la internacionalidad del crimen: como he explicado, el crimen es internacional porque dada su gravedad reviste interés para toda la comunidad internacional. (Como vemos, la atención que he dedicado al concepto de comunidad internacional, en el capítulo I y en el capítulo III, al tratar el *ius cogens*, está justificada, porque hay conceptos básicos que dependen de ese concepto).

4. Sin embargo, cabe preguntarse, ¿por qué la gravedad del crimen le confiere carácter internacional? Esa gravedad es una gravedad particular. Cualquier delito puede ser muy grave, y no ser internacional. En cambio, la gravedad de los crímenes que examinamos resulta de tres factores concretos: el autor, el contexto y la víctima. Respecto del primer factor, el autor, la gravedad deriva de la situación de poder de las personas que los cometieron, dado que contaban, como mínimo, con la protección del Estado. Con respecto al segundo factor, tras recordar la desvinculación del nexo de guerra, he recogido diversas definiciones que caracterizan el contexto como una situación de violencia

generalizada o sistemática, o ambas cosas, dirigida por el propio Estado contra la población civil, o amparada por él. Con respecto al tercer factor, las víctimas, cabe señalar no solo su número sino su situación de especial vulnerabilidad, dado que la única protección frente a semejantes actos únicamente se la podían dar quienes fueron sus verdugos. Resulta evidente la concatenación de los tres factores enumerados, el último es consecuencia de los dos primeros, y el segundo solo puede darse si se ha dado el primero.

5. De los tres factores concatenados resulta predominante el autor, directo o mediato, el Estado, la fuente de protección por excelencia de los derechos de sus ciudadanos. Para salir del círculo vicioso que supone su papel de protector y de violador de los derechos humanos, es necesario trascender las fronteras nacionales, y dar a los crímenes una dimensión internacional. No se puede limitar la protección a la que brinda quien la ha infringido.

6. Pero ello no supone resignarse a esa situación, y recurrir en forma inmediata a la justicia internacional. Precisamente por haber dirigido o tolerado la comisión de los crímenes, el Estado del territorio no puede eximirse de la responsabilidad que esos crímenes engendran. El Estado no puede responder penalmente, porque la responsabilidad penal es individual, pero eso no significa que no deba responder como Estado, es decir, administrando la justicia penal que la comisión de los crímenes exige.

7. El protagonismo del individuo en el derecho penal internacional no está aquí relacionado con su calidad de criminal, sino con su calidad de víctima. Ahora bien, la relación Estado-víctima no es determinante de la obligación del Estado que examinamos aquí. Esta obligación trasciende esa relación, porque en el crimen y su castigo no están interesadas solo las víctimas sino toda la comunidad internacional. Así como el castigo de los delitos ordinarios no queda librado a la voluntad de la víctima (salvo en contadas excepciones) porque está interesada la sociedad entera, la persecución penal de los crímenes internacionales tampoco puede quedar librada a la iniciativa de la víctima.

8. Si la internacionalidad de los crímenes contagia a la obligación, la imperatividad (carácter *ius cogens*) de la prohibición internacional de cometer los crímenes contagia a la obligación de perseguirlos. He decidido dedicar un capítulo entero a la expresión *ius cogens* por la frecuencia con la que se emplea en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia, como he explicado en la Introducción. Esta expresión se esgrime como un argumento con el que se pretende cerrar el debate. Podría decirse que cumple una función metafísica, como si mencionando al *ius cogens* no hubiese nada más que objetar al argumento que en el *ius cogens* se ampara. Conceptos de ese tipo son los que exigen un análisis más profundo, porque la función que se les atribuye exige que sepamos cabalmente lo que con ellos se pretende decir.

9. Al preguntarme qué entienden por *ius cogens* quienes lo emplean, he observado discrepancias fundamentales sobre el sentido de esta expresión. De la posición que se adopte se derivan consecuencias para todo el régimen internacional de responsabilidad de los Estados, así como para las fuentes del derecho internacional imperativo. Y en las respuestas al interrogante sobre el alcance del *ius cogens* también se reflejan posiciones con respecto a la soberanía de los Estados. Aún más fundamental son las posiciones reflejadas con respecto a la admisión en el discurso jurídico de conceptos que reflejan valores que trascienden lo jurídico propiamente dicho, y que cumplen una función de refuerzo de las obligaciones. El *ius cogens*, conforme a la interpretación amplia, que me parece la más adecuada y útil, es decir, como atributo de una obligación internacional, o de la norma de la que se deriva esa obligación, expresa el interés que reviste su cumplimiento para la comunidad internacional entera. Es como un grado más en un orden jurídico que no tiene grados, como el orden jurídico internacional.

10. No obstante la carga axiológica que el *ius cogens* tiene, se trata de un concepto jurídico positivo, dado que ha sido recogido en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esta disposición ofrece un claro ejemplo de una norma convencional que se basa en un concepto nada preciso como el de "comunidad internacional en su conjunto". La imprecisión ha sido en cierto modo superada mediante el diálogo y el intercambio de interpretaciones,

como lo demuestra el consenso que refleja la inclusión de la expresión en la norma. Esto me lleva a concluir que el derecho ha de valerse de conceptos imprecisos y ambiguos, porque los conceptos reflejan un mundo impreciso y ambiguo. El toque de alerta debe sonar cuando nos movemos con la certeza de que los conceptos que usamos no dan lugar a interpretaciones diversas y son precisos e inequívocos.

11. No tiene sentido establecer una obligación si no se determina la responsabilidad por su incumplimiento. El tema de la responsabilidad internacional del Estado lo he tratado examinando el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. No obstante su carácter de Proyecto, es un instrumento que refleja muchos años de debate en el seno de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y ofrece claras indicaciones de lo que opinan los Estados sobre este tema. En ausencia de otros instrumentos es admisible guiarse por el articulado del Proyecto, que, además, ya ha sido aprobado por la Comisión.

12. ¿Cómo puede responder el Estado que incumple su obligación, incumplimiento que calificamos, conforme al Proyecto, como “hecho internacionalmente ilícito? Puede responder: a) poniendo fin al hecho ilícito, si el hecho o la omisión continúan; b) ofreciendo seguridades y garantías adecuadas de que no se repetirá; c) reparando íntegramente el perjuicio, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito.

13. El Estado ha de responder tanto frente a los individuos afectados como frente a los demás Estados, quienes a su vez deberán cooperar para poner fin al hecho internacionalmente ilícito y no reconocer como lícita la situación creada por dicho hecho (por ejemplo, una amnistía). Pero también estarán facultados para adoptar otras medidas, incluso en interés de los beneficiarios de la obligación violada. Esto último es digno de especial atención, por la protección que brinda el derecho internacional a los ciudadanos de un Estado a través de la actuación de otros Estados (sin ignorar los peligros que puede suponer tal actuación).

14. Los individuos también pueden exigir al Estado el cumplimiento de la obligación haciendo valer su derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, es

necesario tener siempre presente que la obligación estatal existe con independencia del ejercicio del derecho a la jurisdicción por parte del afectado.

15. Perseguir penalmente los crímenes significa investigarlos y juzgar a sus autores. En caso de que no se pueda cumplir lo segundo, no por ello queda liberado el Estado de su obligación de cumplir lo primero. Sin embargo, el Estado no podrá amparar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales haciendo valer normas del ordenamiento nacional, como la prescripción o las leyes de amnistía.

16. En cuanto a la prescripción, las características peculiares de los crímenes internacionales hacen necesaria la imprescriptibilidad. Si sujetáramos a plazos nacionales la posibilidad de perseguir penalmente los crímenes internacionales, estaríamos dando a los Estados la posibilidad de incumplir su obligación internacional amparándose, aunque indirectamente, en su legislación nacional (así como en el propio efecto prescriptivo de un incumplimiento prolongado).

17. El elemento internacional del crimen requiere uniformidad en la reacción ante el crimen. No se trata de pretender una “punición infinita”, sino simplemente de imprescriptibilidad, que es una calificación jurídica, dada por el derecho, en un mundo finito para seres finitos. La justicia universal confiere al derecho universalidad espacial; la justicia nacional, cuando actúa como justicia internacional, es decir, cuando juzga los crímenes internacionales, le confiere universalidad temporal.

18. Muchos instrumentos internacionales y sentencias o resoluciones de tribunales internacionales han declarado la nulidad de las amnistías, principalmente cuando se trata de autoamnistías. Se han ponderado en la doctrina y en el ámbito internacional las necesidades de pacificación y reconciliación nacional a las que responde esta institución junto con las exigencias jurídicas de persecución de los crímenes internacionales. La conclusión ha sido categórica: no se admiten amnistías para los crímenes internacionales.

19. El punto más problemático es el principio de legalidad. En el derecho interno representa una garantía de rango constitucional. Cualquier sugerencia de

no tenerlo en cuenta se considera un grave retroceso en las conquistas que ha logrado el derecho penal moderno. No obstante, dada la situación normativa de los crímenes internacionales es muy difícil poder perseguir penalmente aquellos cometidos hace muchos años, cuando las legislaciones nacionales aún no los habían previsto. En este punto se plantea uno de los temas en torno a los cuales giran todos los argumentos sobre los crímenes internacionales: la relación entre el derecho nacional y el derecho internacional.

20. Con respecto a esta relación considero adecuado adoptar una postura monista: un solo derecho y una pluralidad de ordenamientos, entre ellos el internacional. El vaso comunicante por excelencia entre el ordenamiento internacional y los ordenamientos nacionales es la Constitución de cada uno estos. Se plantea entonces la validez de las normas internacionales en el ámbito interno, según los diversos sistemas que adopten los Estados: una validez inmediata, o una validez mediata a través de la trasposición de las normas internacionales en la legislación interna.

21. La relación entre normas internacionales y nacionales adquiere relieves especialmente problemáticos cuando se trata de normas penales, como en el tema que nos ocupa. Las normas internacionales no siempre cumplen los requisitos del principio de legalidad interno. Por ejemplo, muchas normas no son escritas, sino consuetudinarias. Además están formuladas con gran imprecisión, y ni siquiera, en la mayoría de los casos, prevén penas.

22. No obstante, es preciso reconocer la interdependencia entre derecho nacional y derecho internacional a la hora de perseguir penalmente los crímenes internacionales, la necesidad de complementariedad entre ambos sistemas normativos y el papel que cumple en esta fase de la evolución del derecho penal internacional el sistema judicial de los Estados.

23. Una de las soluciones que se han dado para que el principio de legalidad no se interponga como un obstáculo insalvable para la persecución penal de crímenes internacionales (cuando su función primordial es la de garantizar los derechos de los ciudadanos) ha sido flexibilizar el concepto de ley (como se

observa en la doctrina y en la jurisprudencia de algunos tribunales internacionales). En el marco de esta misma solución se ha intentado crear una suerte de “legalidad combinada”, conciliando la legalidad internacional con la legalidad nacional. En cuanto a las penas, el ejemplo en ese sentido de los tribunales nacionales, cuando recurren a los tipos penales nacionales pero enmarcándolos en los tipos internacionales, que aportan la imprescriptibilidad y funcionan como agravantes, ha resultado útil.

24. No hay que olvidar que el intérprete siempre cumple una función integradora del derecho. Sin embargo, en este caso específico de los crímenes internacionales, su función es determinante. Lo hemos observado cuando analizamos el derecho intertemporal. Este significa que el intérprete debe situarse hermenéuticamente, en su propio tiempo, e interpretar la norma según las pautas de su propio tiempo: no puede interpretar las leyes nazis conforme a las pautas vigentes en el Tercer Reich, sino conforme a las pautas del Estado de derecho.

25. Considero que la justicia universal constituye un valiosísimo progreso en la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales. Sin embargo, en este trabajo he considerado que el Estado es el primer obligado a administrar justicia por los crímenes cometidos en su territorio, por las diversas razones ya expuestas. Pero para cumplir su obligación ha de ponderar todos los elementos en juego a fin de que esa administración sea posible, respetando al máximo las garantías conquistadas, pero sin que esas garantías se conviertan en obstáculos insalvables para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales más imperativas.

26. Y ampliando un poco el horizonte que circunda este trabajo, cabe señalar que la adopción de un criterio abierto frente al derecho internacional y su influencia y aplicación en el ámbito nacional puede significar un aporte importante para modificar las normas penales nacionales aplicables a los delitos ordinarios, muchas veces violatorias de los derechos más elementales (basta pensar en la vigencia y aceptación de largas penas de prisión, en prisiones que constituyen en sí mismas una fuente constante de violación de los derechos humanos)

27. A lo largo de este trabajo he constatado la persistencia en todo discurso jurídico de la confrontación entre normas positivas y normas no positivas. Parecería incluso que el derecho internacional cumpliera ahora la función que antes cumplía el derecho natural. Pero además de las normas no positivas, como las consuetudinarias, también hay otras normas que no solo no están incorporadas en ninguna norma escrita, sino que reflejan valores morales. La eterna disociación entre moral y derecho reaparece cuando se teme que la carga axiológica del derecho internacional "contamine" al derecho positivo. Sin embargo, el derecho positivo siempre ha estado y seguirá estando contaminado mientras tenga como meta la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- ABI-SAAB, G., «The concept of "International Crimes" and its Place in Contemporary International Law», en J. Weiler, A. Cassese y M. Spinedi, *International Crimes of State: a Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility: Conference on Crimes of State*, 141-150, Nueva York: De Gruyter, 1989.
- «The Third World and the Future of the International Legal Order», en *Revue Egyptienne de Droit International* 29 (1973): 27-66.
- «The Uses of Article 19», en *European Journal of International Law* 10, n.º 2 (1999): 339-351.
- ABRAMOVICH, V.; BOVINO, A.; COURTIS, C. (eds.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*, Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2007.
- ACOSTA ESTÉVEZ, J. B., «Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos», en *Anuario de Derecho Internacional*, n.º 11 (1995): 3-22.
- ADAM, B., *Time and Social Theory*, Oxford: Polity Press, 1994.
- AGAMBEN, G., *Homo sacer*, Turín: Einaudi, 1995.
- *Estado de excepción*, 3ª ed., traducido por F. Costa e I. Costa, Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2007.
- AGO, R., «Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 134, n.º II (1971): 297-331.
- *Le droit international à l'heure de sa codification: études en l'honneur de Roberto Ago*, vol. II, Milán: Giuffrè, 1987.
- AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid: Edersa, 1999.
- AGUILAR CAVALLO, G., «El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como imperativos de derecho internacional público», en *Ius et Praxis* 12, n.º 1 (2006): 117-154.
- «Extradición y derechos humanos: algunas reflexiones a partir del caso Fujimori», en *Revista Ius et Praxis* – Año 13, n.º 2, pp. 423-433.
- AGUILAR FERNÁNDEZ, P., «Justicia, Política y Memoria: los legados del franquismo en la transición española», en A. Barahona de Brito (comp.), *Las políticas*

hacia el pasado: los legados del franquismo en la transición española, 135-194, Madrid: Istmo, 2002.

— *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Madrid: Alianza, 2008.

AKHAVAN, P., «Enforcement of the Genocide Convention: A Challenge to Civilization», en *Harvard Human Rights Journal* 8 (1995): 229-258.

ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., «Orden público y derecho internacional: desarrollo normativo y déficit institucional» en A. Salinas de Frías y M. Vargas Gutiérrez-Urrutia (coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional, Libro Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. I, 91- 116, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005.

ALEXIDZE, L., «Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 172 (1982): 219-270.

ALEXY, R., «Legal Argumentation as Rational Discourse», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 70, n.º 2 (1993): 165-178.

— *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALSTON, P.; CASSESE, A., *Ripensare i diritti umani nel secolo XXI*, Turín: EGA, 2003.

AMBOS, K., «Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional», en K. Ambos y E. Malarino (coords.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, 25-34, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003.

— *Impunidad y derecho internacional*, 2ª ed. en español, Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

— *Impunidad y derecho penal internacional, Un estudio empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina*, traducido por M. Anzola Gil, Medellín: Instituto Max Plank y Comisión Andina de Juristas, CIEDLA, 1997.

— *La Parte General del Derecho Penal Internacional, Bases para una elaboración dogmática*, traducido por E. Malarino, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.

— *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Barcelona: Marcial Pons, 2006.

— «Qué significa la “intención de destruir” en el delito de genocidio?», en *Revista Penal*, n.º 26 (2010): 46-64.

- AMBOS, K.; MALARINO, E., *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003.
- AMBOS, K.; MALARINO, E.; WOISCHNIK, J., *Temas Actuales del Derecho Penal Internacional, Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- AMBOS, K.; BÖHM, M. L., «Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la “intención de destruir”», en *Revista Penal*, n.º 26 (2010): 65-78.
- AMÉRY, J., *Más allá de la culpa y la expiación. Tentativas de superación de una víctima de la violencia*, traducido por E. Ocaña, Valencia: Pre-Textos, 2004.
- ANZILOTTI, D., *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel Diritto Internazionale, Parte Prima, Il problema della responsabilità nel Diritto Internazionale*, traducido por A. Guadagnin, Florencia: Lumachi-Libraio Editore, 1902.
- ARENDDT, H., *Eichmann en Jerusalén*, traducido por C. Ribalta, Barcelona: DeBolsillo, 2004.
- *Le origini del totalitarismo*, A. Martinelli y S. Forte (eds.), Turín: Einaudi, 2009.
- *Responsabilidad y juicio*, traducido por M. Candel y F. Birules, Barcelona: Paidós, 1995.
- ARENDDT, H.; JASPERS, K., *Hannah Arendt-Karl Jaspers: Correspondence 1926-1969*, L. Kohler y H. Saner (eds.), traducido por R. Kimber, Nueva York: Harcourt Brace and Co., 1992.
- ARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho Internacional Público, Parte General*, Madrid: Trotta, 1999.
- ARISTÓTELES, *Constitución de los atenienses*, traducido por M. García Valdés, Madrid: Gredos, 1995.
- *Física*, traducido por G. R. de Echandía, Madrid: Gredos, 1998.
- ARONEANU, E., *Le crime contre l'humanité*, París: Dalloz, 1961.
- ARROYO ZAPATERO, L.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; FERRÉ OLIVÈ, J.C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J. R.; TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Iustel, 2007.
- AZNAR, L., *Alfonsín: Discursos sobre el discurso*, Buenos Aires: Eudeba, 1986.

- BANTEKAS, I.; NASH, S., *International Criminal Law*, Londres: Cavendish Publishing Limited, 2003.
- BARKAN, E., *The Guilt of Nations*, Nueva York: Norton, 2000.
- BASSIOUNI, M. C., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Londres: Kluwer Law International, 1999.
- «International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes», en *Law & Contemporary Problems* 59, n.º 4 (1996): 63-74.
- «The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework», en *International Criminal Law*, vol. I, Nueva York: Ardsley, 1999.
- *International Criminal Law, vol. I, Sources, Subjects and Contents*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- «International Law and the Holocaust», en *California Western School of Law* 9, n.º 2 (1979): 201-305.
- *Introduction to International Criminal Law*, Nueva York: Ardsley, 2003.
- «La represión de crímenes internacionales: jus cogens y obligaciones erga omnes», en Comité Internacional de la Cruz Roja, *Represión nacional de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario (sistemas romano-germánicos)*, 29-55, Ginebra: Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario C.I.C.R, 1998.
- BAUMAN, Z., *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, traducido por J. Alborés, Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2003.
- BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, traducido por J. A. de las Casas, Madrid: Alianza, 1995.
- BÉDARIDA, F. (dir.), *Touvier, Vichy et le crime contre l'humanité, Le dossier de l'accusation*, París: Éditions du Seuil, 1996.
- «La mémoire contre l'histoire», en *Esprit* 193 (1993): 7-13.
- BENSOUSSAN, G., *¿Auschwitz por herencia? Sobre un buen uso de la memoria*, traducido por J. C. Moreno Romo, Barcelona: Anthropos, 2010.
- BENVENISTE, E., «Don et échange dans le vocabulaire indoeuropéen», en *L'Année sociologique*, III série, París (1948-1949): 7-20.

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Curso de derecho penal. Parte General*, C. Rodríguez Yagüe (coord.), Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004.
- *El delito de lesiones*, Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1982.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I; PÉREZ CEPEDA, A., «Derechos Humanos y Derecho Penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones», en *Revista penal*, n.º 26 (2010): 99-100.
- BERGALLI, R., «Transiciones jurídico-políticas: ¿olvido o memoria? un cuarto de siglo después», en AAVV, *La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado*, 121-144, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- BERIAIN, J., «Tiempo», en A. Ortiz-Osés, P. Lanceros y R. Aguirre Monasterio (eds.), *Claves de Hermenéutica, Para la filosofía, la cultura y la sociedad*, 525-550, Bilbao: Universidad de Deusto, 2005.
- BERLIN, I., *Contra la corriente, Ensayos sobre historia de las ideas políticas*, México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, traducido por A. Rivero Rodríguez, Madrid: Alianza, 2001.
- *El fuste torcido de la humanidad: capítulos de la historia de las ideas*; Barcelona: Península, 2002.
- BERNAL PULIDO, C., *El Derecho de los derechos*, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2005.
- BERTOLINO, P., *La verdad jurídica objetiva*, Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2007.
- BIANCHI, A., «Human Rights and the Magic of Jus Cogens», en *The European Journal of International Law* 19, n.º 3 (2008): 491-508.
- BINDER, A., *Política criminal, de la formulación a la praxis*, Buenos Aires: Ad Hoc, 1997.
- BINDING, K.; HOCHÉ, A., *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*, Buenos Aires: Ediar, 2009.
- BIRULÉS, F., «Responsabilidad política. Reflexiones en torno a la acción y a la memoria», en M. Cruz y R. Aramayo (comps.), *El reparto de la acción. Ensayos en torno a la responsabilidad*, 141-152, Madrid: Trotta, 1999.

- BLANC ALTEMIR, A., *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona: Bosch, 1990.
- BLANES SALAS, J., «A Política Internacional e as Regras de Jus Cogens», en *IMES - Direito* 13, n.º VII (2007): 29-36.
- BLAUSTEIN, E.; ZUBIETA, M., *Decíamos ayer. La prensa argentina bajo el Proceso*, Buenos Aires: Colihue, 1998.
- BLOCH, M., *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien*, París: Armand Colin, 1977.
- BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Turín: Einaudi, 1997.
- *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milán: Edizione di Comunità, 1977.
- BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Bilbao: Universidad del País Vasco, 2004.
- BONAFÈ, B. I., *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- BOUZAT, P., *Traité Théorique et Pratique de Droit Penal*, París: Dalloz, 1951.
- BOWETT, D. W., «Crimes of State and the 1996 Report of The ILC on State Responsibility», en *European Journal of International Law* 9, n.º 1 (1998): 163-173.
- BROOMHALL, B., «The International Criminal Court: A Checklist for National Implementation», en M. C. Bassiouni (ed.), *ICC Ratification and National Implementing Legislation*, 113-159, París: Editions Érès, 1999.
- BROWN, B. S., «État des lieux des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit international pénal face aux requêtes en "réparation" des crimes de l'histoire: bilan prospectif», en L. Boisson de Chazournes, J-F. Quéguiner y S. Villalpando (dirs.), *Crimes de l'histoire et réparations: les réponses du droit et de la justice*, 73-83, Bruselas: Bruylant, 2004.
- BROWN, C., «Universal Human Rights: A Critique», en T. Dunne y N. J. Wheeler (eds.), *Human Rights in Global Politics*, 103-127, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

- BUENO ARÚS, F., «Los delitos internacionales y el derecho penal español», en *Actualidad Penal*, n.º 7 (1988): 17-25.
- «Fuentes y principios generales del Derecho Penal Internacional de nuestro tiempo (Reflexiones sobre la sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo)», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 34, n.º 4 (2007): 78-96.
- BUENO ARÚS, F.; ZARAGOZA, M., *Manual de Derecho Penal Internacional*, Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 2003.
- BUERGENTHAL, T., *International Human Rights in a Nutshell*, 2ª ed., St. Paul: West Publishing, 1995.
- BURCHARDS, W., *Die Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen durch Drittstaaten, Das kanadische Beispiel*, Berlín: Berliner Wiss-Verl., 2005.
- BURDEAU, G., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977.
- BURKE-WHITE, W., «Reframing Impunity: Applying Liberal International Law Theory to an Analysis of Amnesty Legislation», en *Harvard International Law Journal* 42, n.º 2 (2001): 467-533.
- CANÇADO TRINDADE, A. A., *Derecho internacional de los derechos humanos. Esencia y trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*, México: Editorial Porrúa, 2007.
- «La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos», en AAVV, *El Juez y la defensa de la Democracia: un enfoque a partir de los Derechos Humanos*, 233-270, San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993.
- «Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Universal», en A. A. Cançado Trindade y J. Ruiz de Santiago, *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, 23-82, San José de Costa Rica: ACNUR, Impresora Gossestra Internacional, 2001.
- CAPELLÀ I ROIG, M., *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- «Los Crímenes contra la Humanidad en el Caso Scilingo», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 10 (2005): disponible en [http://www.reei.org/reei%2010/M.Capella\(reei10\).pdf](http://www.reei.org/reei%2010/M.Capella(reei10).pdf)
- CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal, concepto y principios constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CARBONNIER, J., *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.

CARDONA LLORÉNS, J., «La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguarda de intereses fundamentales de la Comunidad Internacional (el "crimen internacional")», en *Anuario de Derecho Internacional*, n.º 8 (1985): 265-336.

— «Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales y los crímenes internacionales: ¿tipificación o delimitación competencial?», en A. Cuerda Riezu y F. Jiménez García, *Nuevos desafíos del derecho penal internacional*, 193-204, Madrid: Tecnos, 2009.

CARNEGIE ENDOWMENT FOR INTERNATIONAL PEACE, DIVISION OF INTERNATIONAL LAW, *Violations of the Law and Customs of War, Report of Majority and Dissenting Reports of American and Japanese Members of the Commission of Responsibilities, Conference of Paris 1919*, Pamphlet n.º 32, Oxford: Clarendon Press, 1919.

CARNELLI, L., *Tiempo y derecho*, Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1952.

CARRETERO, E., «Postmodernidad y temporalidad social», en *A Parte Rei*, n.º 24 (2002): disponible en <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/convergencias.pdf>

CARRILLO SALCEDO, J. A., «Sul contributo della Scuola Spagnola di diritto delle genti ai fondamenti filosofici dei diritti dell'uomo», en *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, n.º 2 (1988): 1-6.

— «Aportación de Francisco de Vitoria a los fundamentos filosóficos de los derechos humanos», en A. Mangas Martín (coord.), *La escuela de Salamanca y el derecho internacional en América*, 49-54, Salamanca: Universidad de Salamanca y Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1993.

— «La comunidad internacional entre la ilusión y la historia», en R. Casado Raigón e I. Gallego Domínguez (coords.), *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, vol. I, 289-296, Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005.

— *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 1995.

CARRIÓ, G. R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

CARSE, J. P., *Muerte y Existencia. Una Historia Conceptual de la Mortalidad Humana*, México: Fondo de Cultura Económica, 1987.

CASADO RAIGÓN, R., *Aporías sobre el ius cogens internacional*, Córdoba: Tip. Católica, 1991.

— *Notas sobre el ius cogens internacional*, Córdoba: Servicio de Publicaciones de la UCO, 1999.

CASADO RAIGÓN, R.; VÁZQUEZ GÓMEZ, E. M., «La impronta del *Ius Cogens* en el Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos», en A. Salinas de Frías y M. Vargas Gutiérrez-Urrutia (coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. I, 343-360, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005.

CASSEL, D., «Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities», en *Law and Contemporary Problems* 59, n.º 4 (1997): 197-230.

— «The ICC's New Legal Landscape: The Need to Expand United States Domestic Jurisdiction to Prosecute Genocide, War Crimes, and Crimes Against Humanity», en *Fordham International Law Journal* 23 (1999): 378-397.

CASSESE, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona: Ariel, 1993.

— «A New Reservations Clause. Article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination», en *Recueil d'études en hommage à Paul Guggenheim*, 266-304, Ginebra: Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Faculté de Droit de l'Université de Genève, 1968.

— *Diritto internazionale. Problemi della comunità internazionale*, vol. II, P. Gaeta (ed.), Bologna: Il Mulino, 2003.

— *International Criminal Law*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2008.

— «L'incidence du droit international sur le droit interne», en A. Cassese y M. Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, 555-566, París: Presses Universitaires de France, 2002.

— «On the Current Trend towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law», en *European Journal of International Law* 9, n.º 1 (1998): 1-17.

— «The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?», en *European Journal of International Law* 11, n.º 1 (2000): 187-216.

CASSESE, A.; DELMAS-MARTY, M. (eds.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, París: Presses Universitaires de France, 2002.

- CASSESE, A.; GAETA P., *Il Sogno dei Diritti Umani*, Milán: Feltrinelli, 2008.
- *Le sfide attuali del diritto internazionale*, Bologna: Il Mulino, 2008.
- CASSESE, S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma: Donzelli, 2009.
- CEBADA ROMERO, A., «Los conceptos de obligación *erga omnes*, *Ius Cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2002): disponible en www.reei.org/reei4/Cebada.pdf
- CHAUMONT, C., «Sens du droit impératif general», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 129, n.º I (1970): 370-414.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Sevilla: Parthenon, 2007.
- «Justicia transicional, memoria histórica y responsabilidad internacional del Estado», en *Revista de derecho de Extremadura*, n.º 4 (2009): 49-74.
- CHINKIN, C. M., «The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law», en *International and Comparative Law Quarterly* 38 (1989): 850-866.
- CICERÓN, *Las leyes*, traducido por C. T. Pabón de Acuña, Madrid: Gredos, 2009.
- CLAY, C.; LEAPMAN, M. *Master race: the Lebensborn experiment in Nazi Germany*, Londres: Hodder & Stoughton, 1995.
- COHEN, J., «The Arc of the Moral Universe», en *Philosophy & Public Affairs* 26, n.º 2 (1997): 91-134.
- COMTE-SPONVILLE, A., *L'être-temps: quelques réflexions sur le temps de la conscience*, París: Presses Universitaires de France, 1999.
- CONADEP, *Nunca más*, Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, Buenos Aires: Eudeba, 1985.
- CONNERTON, P., *How Societies Remember*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- COPELLO, M. A., «El tiempo en el derecho», en AAVV, *Del actual pensamiento jurídico argentino*, 105-127, Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1955.
- CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código Penal Parte Especial*, vol. II, Madrid: Marcial Pons, 2004.

- CORREIA BAPTISTA, E., *Ius Cogens em direito internacional*, Lisboa: Lex, 1997.
- CORSALE, M., *La certezza del diritto*, Milán: Giuffrè, 1970.
- CORTEN, O.; KLEIN, P., *Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, vol. II, Bruselas: Bruylant, 2006.
- COSSER, L. A., *The Functions of Social Conflict*, Londres: Routledge & Kegan Paul, 1956.
- COSSIO, C., *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de la libertad*, Buenos Aires: Editorial Losada, 1944.
- COTTA, S., *Il Diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milán: Giuffrè, 1985.
- CRAWFORD, J., *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*, Madrid: Dykinson, 2004.
- «Revising the Draft Articles on State responsibility», en *European Journal of International Law* 10, n.º 2 (1999): 435-460.
- «The ILC's Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts: Completion of the Second Reading», en *European Journal of International Law* 12 (2001): 963-991.
- CRAWFORD, J.; BODEAU, P.; PEEL, J., «La seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États de la Commission de Droit International», en *Revue Générale de Droit International Public* 104, n.º 4 (2000): 911-935.
- CRUZ, M., *Acerca de la dificultad de vivir juntos. La prioridad de la política sobre la historia*, Barcelona: Gedisa, 2007.
- CUERDA ARNAU, M. L., «El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales», en F. Morales Prats y G. Quintero Olivares (coords.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 1125-1166, Pamplona: Aranzadi, 2001.
- CUERDA RIEZU, A. R.; JÍMENEZ GARCÍA, F. (coords.), *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 2009.
- CUESTA BUSTILLO, J., «De la memoria a la historia», en A. Alted Vigil (coord.), *Entre el pasado y el presente. Historia y memoria*, 55-89, Madrid: UNED, 1996.

-
- «Memorias persistentes en España», en J. Cuesta, (dir.), *Memorias históricas de España (siglo XX)*, 390-410, Madrid: Fundación Francisco Largo Caballero, 2007.
- *La odisea de la memoria. Historia de la memoria en España. Siglo XX*, Madrid: Alianza, 2008.
- *Historia del presente*, Madrid: Eudema, 1993.
- «La memoria del horror, después de la II guerra mundial», en *AYER*, n.º 32 (1998): 81-104.
- CUILLERAI, M., «L'irréconcilié: histoire critique aux marges de l'amnistie», en AAVV, *Une histoire politique de l'amnistie. Etudes d'histoire, d'anthropologie et de droit*, 93-120, París: Presses Universitaires de France, 2007.
- D'ALESSIO, A. J., *Los delitos de lesa humanidad*, Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2008.
- DANILENKO, G. M., «International Jus Cogens: Issues of Law Making», en *European Journal of International Law* II (1991): 42- 65.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M., «Negacionismo y revisionismo del genocidio: perspectiva penal y constitucional», en *Diario La Ley*, n.º 6842 (2007): disponible en [www. Laley.net](http://www.Laley.net).
- DEL ÁGUILA, J. J., *El TOP: la represión de la libertad (1963-1977)*, Barcelona: Planeta, 2001.
- DE SOTO, D., *Tratado de la Justicia y del Derecho*, vol. II, traducido por J. Torrubiano Ripoll, Madrid: Reus, 1926.
- DE VATTEL, E., *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Affairs of Nations and of Sovereigns*, traducido por C. G. Fenwick, Washington: Carnegie Institution of Washington, 1916.
- DE WET, E., «The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and Its Implications for National and Customary Law», en *European Journal of International Law* 15, n.º 1 (2004): 97-121.
- DEAN, F., *Diritto penale internazionale*, Perugia: Margiacchi-Galeno, 1998.
- DEL ARENAL MOYÚA, C., «La visión de la sociedad mundial en la Escuela de Salamanca», en A. Mangas Martín (coord.), *La escuela de Salamanca y el derecho internacional en América*, 27-48, Salamanca: Universidad de

- Salamanca y Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1993.
- «En torno al concepto de sociedad internacional», en A. Salinas de Frías y M. Vargas Gutiérrez-Urrutia (coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. I, 453-464, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005.
- DELMAS-MARTY, M., *Le flou du droit*, París: Presses Universitaires de France, 1986.
- «La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités)», en A. Cassese y M. Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, 613-652, París: Presses Universitaires de France, 2002.
- *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit*, París: Éditions du Seuil, 2004.
- DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización de la pena*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.
- DERRIDA, J., *El tiempo de una tesis. Deconstrucción e implicaciones conceptuales*, Barcelona: Proyecto A Ediciones, 1997.
- DESJARDINS, A., *Pour une mort sans peur*, París: Table Ronde, 1983.
- DÍAZ, E., *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid: Debate, 1984.
- DIENG, A., «The Contribution of the International Criminal Tribunal for Ruanda to the Development of the International Humanitarian Law», ICTR, 28 de febrero de 2005, disponible en <http://www.unictr.org/tabid/155/Default.aspx?ID=1072>.
- DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 11ª ed., Madrid: Tecnos, 1996.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid: Trotta, 2003.
- DILTHEY, W., *Dos escritos sobre hermenéutica: El surgimiento de la hermenéutica y los Esbozos para una crítica de la razón histórica*, traducido por A. Gómez Ramos, Madrid: Istmo, 2000.
- DOAK, J., *Victims Rights, Human Rights and Criminal Justice. Reconceiving the Role of Third Parties*, Oxford: Hart Publishing, 2008.
- DOHERTY, K. L.; Mc.CONNACK, T. L. H., «Complementarity as a Catalyst for Comprehensive Domestic Penal Legislation», en *Davis Journal of International Law and Policy* (1999): 147-180.

- DOMINICÉ, C., «The International Responsibility of States for breach of multilateral obligations», en *European Journal of International Law* 10, n.º 2 (1999): 353-363.
- DONNEDIEU DE VABRES, H. F. A., «Le jugement de Nuremberg et le principe de légalité des délits et des peines», en *Revue de droit pénal et de criminologie* 27 (1946-1947): 826-827.
- «Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 70, n.º I (1947): 481-581.
- *Les principes modernes du Droit pénal international*, París: Librairie du Recueil Sirey, 1928.
- DORJAHN, A. P., *Political Forgiveness in Old Athens: The Amnesty of 403 BC*, Evanston: Northwestern University Press, 1946.
- DRNAS DE CLÉMENT, Z., «Las normas imperativas de derecho internacional general (jus cogens). Dimensión sustancial», en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*: disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artiuscogens>
- DROST, P. N., *The Crime of State, Book I: Humanicide*, Leiden: Sijthoff, 1959.
- *The Crime of State, Book II: Genocide*, Leiden: Sijthoff, 1959.
- DUGARD, J., «Dealing with Crimes of a Past Regime: Is Amnesty Still an Option?», en *Leiden Journal of International Law* 12, n.º 4 (1999): 1001-1015.
- *International Law: a South African Perspective*, 2ª ed., Kenwyn: Juta, 2000.
- DUNNE, T.; WHEELER, N., «Introduction», en T. Dunne y Y. Wheeler (eds.), *Human Rights in Global Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- DUPUY, P. M., *Droit International Public*, 9ª ed., París: Dalloz, 2008.
- «Implications of the Institutionalization of International Crimes of State», en J. Weiler, A. Cassese y M. Spinedi, *International Crimes of State: a Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility: Conference on Crimes of State*, 170-185, Nueva York: De Gruyter, 1989.
- «Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats», en *Récueil des Cours de l'Académie de La Haye* 188, n.º V (1984): 9-133.
- DUPUY, R. J., *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, París: Economica-UNESCO, 1986.

- «La vision de l'humanité dans l'école de Salamanca du XVIe siècle», en A. Mangas Martín (coord.), *La escuela de Salamanca y el derecho internacional en América*, 62-65, Salamanca: Universidad de Salamanca y Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1993.
- DURKHEIM, E., *La división del trabajo social*, México: FCPyS/UNAM, 1997.
- ELIADE, M., *Le mythe de l'éternel retour*, París: Gallimard, 1969.
- ELÍAS, N., *Sobre el tiempo*, México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- ELSTER, J., *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*, E. Zaiidenweg (ed.), Buenos Aires: Katz, 2006.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Responsabilidad e inmunidad», en M. García Arán y D. López Garrido (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal (el caso Pinochet)*, 249-256, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- ESER, A., *Hacia un derecho penal mundial*, traducido por E. Díaz-Aranda, H. Fix-Fierro, M. Cancio Meliá, R. Procel Sánchez, S. Escudero Irra y T. Manso Porto, Granada: Editorial Comares, 2009.
- ESPALIÚ BERDUD, C., «Reflexiones en torno a la presencia del "jus cogens" en el Derecho Internacional contemporáneo», en R. Casado Raigón e I. Gallego Domínguez (coords.), *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, vol. I, 419-437, Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005.
- ESPOSITO, R., *Comunidad, inmunidad y biopolítica*, traducido por A. García Ruiz, Barcelona: Herder, 2009.
- ESPÓSITO MASSICCI, C. D., «Review of the Spanish Literature in the field of State Responsibility», en *Spanish Yearbook of International Law* 5 (1997): 83-101.
- FALK, R., *Achieving Human Rights*, Nueva York-Londres: Routledge, 2009.
- *Human Rights Horizons: The Promise of Justice in a Globalizing World*, Nueva York: Routledge, 2000.
- FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- FEIERSTEIN, D., «Guerra, genocidio, violencia política y sistema concentracionario en América Latina», en D. Feierstein (comp.), *Terrorismo de Estado y genocidio en América Latina*, 9-32, Buenos Aires: Prometeo Libros, 2009.

- *El Genocidio como práctica social*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «Reflexiones sobre los delitos de genocidio (el artículo 607 del Código Penal)», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 6 (1998): 2267-2284.
- FEINBERG, J., «The Expressive Function of Punishment», en D. Garland y R. A. Duff (eds.), *A Reader on Punishment*, 71-91, Oxford: Oxford University Press, 1994.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid: Dilex, 2007.
- FERNÁNDEZ LIESA, C. R., «La aplicabilidad de la costumbre internacional en el Derecho penal español», en J. M. Tamarit Sumalla (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, 73-90, Barcelona: Atelier, 2010.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «El *Ius Cogens* y las obligaciones derivadas de normas imperativas: entre el mito y la realidad», en A. Salinas de Frías y M. Vargas Gutiérrez-Urrutia (coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional. Libro Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. I, 619-634, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005.
- FERNÁNDEZ Y MEDINA, B., «La sociedad universal de Naciones en Francisco de Vitoria», en *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*, 2 (1929-1930): 223- 248.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducido por A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés y P. Andrés Ibañez, Madrid: Trotta, 1997.
- *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducido por P. A. Ibañez y A. Greppi, Madrid: Trotta, 2004.
- *El garantismo y la filosofía del derecho*, traducido por G. Pisarello, A. J. Estrada Martín y J. M. Díaz, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2000.
- *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, L.; MORESO, J. J.; ATIENZA M., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, G. Pisarello y R. García Manrique (eds.), Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- FERRER LLORET, J., «Responsabilidad internacional por violación grave y masiva de los derechos humanos: práctica española», en *Revista española de derecho internacional* 47, n.º 2 (1995): 71-99.

- FEUERBACH, P. J. A. von, *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland Gültigen Peinlichen Rechts*, Giessen: Heyer, 1801.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid: Tecnos, 1990.
- FILIPPINI, L. «Informes finales de la Comisión Interamericana», en V. Abramovich, A. Bovino y C. Courtis (eds.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, 153-189, Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2007.
- FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Nueva York: Oxford University Press, 1980.
- FLAUSS, J-F., «La protection des droits de l'homme et les sources du droit international: Rapport général», en Société française de Droit International, *La Protection des Droits de l'Homme et l'Évolution du Droit International. Colloque de Strasbourg*, 29-31 de mayo de 1997, 1-119, París: Pedone, 1998.
- FLETCHER, G. P., *Lo justo y lo razonable*, traducido por F. Muñoz Conde y P. C. Busato, Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- FOCARELLI, C., *Le contramisure nel diritto internazionale*, Milán: Guiffrè, 1994.
- FOFFANI, L., «La giustizia penale internazionale: un sistema penale 'antimoderno'», en AAVV, *Les sources du droit international pénal*, 371-376, París: Société de législation comparée, 2005.
- FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona: Gedisa, 2000.
- *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, traducido por A. Garzón del Camino, Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.
- FROWEIN, J. A., «Collective Enforcement of International Obligations», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 47 (1987): 67-79.
- «Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 248, n.º IV (1994): 345-437.
- GADAMER, H. G., *Verdad y Método*, vol. I, traducido por A. Agud Aparicio y R. de Agapito, Salamanca: Ediciones Sígueme, 2001.
- *Verdad y Método*, vol. II, traducido por M. Olasagasti, Salamanca: Ediciones Sígueme, 2001.

- GAETA, P., «La repressione penale dei crimini internazionali. Problemi e prospettive», en Crimes of War Project: CALLONI, M., *Violenza senza legge. Genocidi e crimini di guerra nell'età globale*, 143-156, Turín: Utet Università, 2006.
- GAJA, G., «Jus Cogens Beyond the Vienna Convention», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 172, n.º III (1981): 271-336.
- «Obligations *erga omnes*, International Crimes and Jus Cogens. A Tentative Analysis of Three Related Concepts», en J. Weiler, A. Cassese y M. Spinedi, *International Crimes of State: a Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility: Conference on Crimes of State*, 151-160, Berlín: Gruyter, 1989.
- «Should All References to International Crimes Disappear from ILC Draft Articles on State Responsibility?», en *European Journal of Intenational Law* 10, n.º 2 (1999): 365-370.
- GALINSOGA JORDÁ, A., «El reconocimiento de los principios jurídicos en el Derecho internacional contemporáneo y el desarrollo de la conciencia jurídica universal», en A. Salinas de Frías y M. Vargas Gutiérrez-Urrutia (coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. I, 647-660, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005.
- GALLANT, K. S., *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge: Cambridge Universtiy Press, 2009.
- B, A., *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale*, París: Odile Jacob, 2002.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Práctica Jurisprudencial del Código Penal, Análisis temático y sistemático de Jurisprudencia Penal*, vol. IV, Barcelona: Bosch, 2006.
- GARCÉS, J., «La ley española 46/1977, de amnistía, más citada que leída, no tiene por objeto actos de naturaleza genocida y lesa humanidad» (2010): disponible en <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=105976&titular=la-ley-de-amnist%EDa-m%E1s-citada-que-le%ED>
- «Los crímenes de lesa humanidad en España ante el Tribunal Supremo», en J. M. Tamarit Sumalla (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, 175-192, Barcelona: Atelier, 2010.
- *Soberanos e intervenidos*, Madrid: Siglo XXI, 2008.

- GARCÍA AMADOR, F. V., «State Responsibility: Some New Problems», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 94, n.º II (1958): 365-491.
- GARCÍA ARÁN, M.; LÓPEZ GARRIDO, D. (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal (el caso Pinochet)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- GAREAU, J. F., «Insoutenable imprescriptibilité à la lettre: note sur l'interaction du temps, du droit et du symbole dans la problématique de la réparation des crimes de l'histoire», en L. Boisson de Chazournes, J-F. Quéguiner y S. Villalpando (dirs.), *Crimes de l'histoire et réparations: les réponses du droit et de la justice*, 25-38, Bruselas: Bruylant, 2004.
- GARLAND, D., *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*, traducido por Berta Ortiz de la Concha, México: Siglo XXI, 1990.
- GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique du droit penal français*, vol. II, París: Librairie du Recueil Sirey, 1914.
- GIL DOMÍNGUEZ, A., *Constitución y derechos humanos. Las normas del olvido en la República Argentina*, Buenos Aires: Ediar, 2004.
- GIL GIL, A., «Informes nacionales. España», en K. Ambos y E. Malarino (coords.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, 343-402, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003.
- *Derecho penal internacional: especial consideración del delito de genocidio*, Madrid: Tecnos, 1999.
- «Justicia transicional en España», en J. M. Tamarit Sumalla (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, 143-174, Barcelona: Atelier, 2010.
- «La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2005): disponible en criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r1.pdf
- «Principio de legalidad y crímenes internacionales: luces y sombras en la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo», en A. Cuerda Riezu y F. Jiménez García, *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, 391-410, Madrid: Tecnos, 2009.
- GINZBURG, C., *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Sofri*, Turín: Einaudi, 1991.
- GIRARD, R., *La violence et le sacré*, París: B. Grasset, Coll. Pluriel, 1972.

- *Le bouc émissaire*, París: B. Grasset, 1982.
- GOLDSCHMIDT, V., *Le système stoïcien et l'idée de temps*, París: Librairie Vrin, 1998.
- *Temps physique et temps tragique chez Aristote*, París: Librairie Vrin, 1982.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «El exterminio de grupos políticos en el derecho penal internacional: entre el genocidio y los crímenes contra la humanidad», en *Revista de derecho y proceso penal*, n.º 4 (2000): 147-160.
- *Estudios Penales*, Madrid: Colex, 2001.
- GÓMEZ ROBLEDO, A., *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *La prescripción en el derecho penal*, Madrid: Dykinson, 2003.
- GOYENA HUERTA, J., *Los delitos contra la administración de justicia*. J. Goyena Huerta, J. Grinda González, J. Muñoz Cuesta y J. Hernández García (eds.), Pamplona: Aranzadi, 2002.
- GRAEFRATH, B., «International Crimes. A Specific Regime of International Responsibility of States and its Legal Consequences», en J. Weiler, A. Cassese y M. Spinedi, *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility: Conference on Crimes of State*, 161-169, Nueva York: De Gruyter, 1989.
- GRAMMER, C., «El sistema del Estatuto de Roma como fuerza motriz del derecho penal internacional: el inesperado éxito del Estatuto de Roma en América Latina», en K. Ambos, J. Woischnik y E. Malarino, *Temas actuales del Derecho Penal Internacional: contribuciones de América Latina, Alemania y España*, 41-60, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- GROCIO, H., *Del derecho de la guerra y de la paz*, Madrid: Reus, 1925.
- *The Law of War and Peace (De Jure Belli ac Pacis)*, traducido por L. R. Loomis, Nueva York: Walter Black, 1949.
- GRUCHALLA-WESIERSKI, T., «A Framework for Understanding Soft Law», en *McGill Law Journal* 30 (1984): 37-88.
- GUARIGLIA, F., «Los límites de la impunidad: la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos"», en *Nueva Doctrina Penal* (2001): 209-230.
- GUZMÁN DALBORA, J. L., «La administración de justicia como objeto de protección jurídica. (Observaciones preliminares a los delitos que la ofenden)», en A.

- Messuti y J. A. Sampedro Arrubla (comps.), *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*, 113-139, Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001.
- GUZMÁN, N., *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2006.
- HABERMAS, J., *The New Conservatism, Cultural Criticism and the Historical Debate*, traducido y editado por S. Weber Nicholzen, Cambridge: MIT Press, 1989.
- *Droit et morale*, París: Éditions du Seuil, 1997.
- *Facticidad y validez*, traducido por M. Jiménez Redondo, Madrid: Trotta, 1998.
- *La paix perpetuelle: le bicentenaire d'une idée kantienne*, traducido por R. Rochlitz, París: Editions du Cerf, 1996.
- *Moral Consciousness and Communicative Action*, traducido por C. Lenhardt y S. Weber Nicholzen, Cambridge: Polity Press, 1995.
- HALBWACHS, M., *La mémoire collective*, Collection: Les classiques des sciences sociales (2003): disponible en http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/index.html
- *On collective memory*, traducido por F. Ditter y V. Ditter, Chicago: The University of Chicago Press, 1992.
- *Les cadres sociaux de la mémoire*, París: Albin Michel, 1994.
- HANNIKAINEN, L., *Peremptory Norms (Ius Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988.
- HARIOU, M., *Précis de droit constitutionnel*, París: Librairie du Recueil Sirey, 1929.
- HART, H., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1993.
- *The Concept of Law*, Londres: Clarendon Press, 1991.
- HAYNER, P., *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*, Nueva York: Routledge, 2001.
- HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Madrid; Marcial Pons, 2007.
- HEIDEGGER, M., *Che cosa significa pensare*, Milán: Sugarco Edizioni, 1996.
- HENCKAERTS, J. M. et al., *Customary International Humanitarian Law*, vol. I Rules ICR, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

- HERZOG, J. B., «Contribution à l'étude de la définition du crime contre l'humanité», en *Revue Internationale du Droit Penal*, n.º 18 (1947): 155-168.
- HIGGINS, R., *Problems & Process: International Law and How We Use It*, Oxford: Oxford University Press, 1994.
- HOBBS, T., *Leviathan*, C. B. Macpherson (ed.), Londres: Penguin Books, 1968.
- HÖFFE, O., *Derecho intercultural*, traducido por R. Sevilla, Barcelona: Gedisa, 2008.
- HOOGH, A., *Obligations Erga Omnes and International Crimes. A Theoretical Inquiry into the Implementation of the Responsibility of States*, La Haya: Kluwer Law International, 1996.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H., "La inmunidad del Jefe de Estado", en M. García Arán y D. López Garrido (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal (el caso Pinochet)*, 163-184, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- HUSSERL, G., *Recht und Welt*, Frankfurt: Klostermann, 1964.
- *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, traducido por R. Cristin, Milán: Giuffrè, 1998.
- IGNATIEFF, M., *Los derechos humanos como idolatría*, Barcelona: Paidós, 2003.
- IHERING, R. von, *La lucha por el derecho*, traducido por A. Posada y Biesca, Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1881.
- INDIJ, G. (comp.), *Sobre el tiempo*, Buenos Aires: La Marca, 2008.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Annuaire*, Lausanne, 1923.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, «Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law», en *Committee Documents, London Conference Report (2000)* disponible en <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/30>
- ISOCRATES, «Against Callimachus», en *Isocrates*, traducido por G. Norlin, Londres: Heinemann, 1980, disponible en <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.01.0144:speech=18>
- JACOBUCCI, G. J., «El dilema de la legalidad en el derecho penal de los derechos humanos», en M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *El derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, 1073-1116, Madrid: Edisofer, 2006.

- JAÉN VALLEJO, M., *Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho penal internacional*, Barcelona: Atelier, 2006.
- JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, Madrid: Civitas, 2003.
- JANKÉLÉVITCH, V., *La mort*, París: Flammarion, 1977.
- *L'imprescriptible*, París: Éditions du Seuil, 1986.
- JEAN, J.; SALAS, D., *Barbie, Touvier, Papon. Des procès pour la mémoire*, Collection Mémoires n.º 83, París: Éditions Autrement, 2002.
- JENNINGS, R.; WATTS, A., *Oppenheim's International Law, vol. I: Peace*, 9ª ed., Londres: Longman, 1996.
- JESCHECK, H-H., *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, traducido por J. L. Manzanares Samaniego, Granada: Editorial Comares, 1993.
- JESCHECK, H-H.; WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal: Parte general*, traducido por O. Cardenete y M. Domingo, Granada: Editorial Comares, 2002.
- JESSBERGER, F.; POWELL, C., «Prosecuting Pinochets in South África, Implementing the Rome Statute of the International Criminal Court», en *South African Journal of Criminal Justice* 14 (2001): 344-372.
- JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, E., *Derecho Internacional Público*, vol. I, 2ª ed., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996.
- «Las fuentes del Derecho Internacional Público», en E. Jiménez de Aréchaga, H. Arbué-Vignali y R. Puceiro Ripoll, *Derecho Internacional Público. Principios, normas y estructuras*, vol. I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996.
- *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 1980.
- JORGENSEN, N. H. B., *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford: Oxford University Press, 2000.
- JUDT, T., «The Past is Another Country: Myth and Memory in Postwar Europe», en *Daedalus* 121, n.º 4 (1992): 83-118.
- JULIÁ, S., «De nuestras memorias y de nuestras miserias», en *Hispania Nova, Revista de Historia Contemporánea*, n.º 7 (2007): disponible en: hispanianova.rediris.es/7/dossier/07d018.pdf
- JUSTE RUIZ, J., «Las obligaciones *erga omnes* en el Derecho Internacional público», en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, vol. I, 219-234, Madrid: Tecnos, 1979.

- KALDOR, M., «Transnational civil society», en T. Dunne y N. J. Wheeler (eds.), *Human Rights in Global Politics*, 195-213, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- KANT, I., *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, traducido por R. Rodríguez Aramayo y C. Roldán Panadero, Madrid: Tecnos, 1994.
- *La metafísica de las costumbres*, traducido por A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, Madrid: Tecnos, 2002.
- *Sobre la paz perpetua*, Madrid: Alianza, 2009.
- *La pace perpetua: progetto filosofico. Introduzione de Norberto Bobbio*, N. Merker (ed.), Roma: Editori Riuniti, 1996.
- KELSEN, H., *General Theory of Norms*, traducido por Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- *La paz por medio del derecho*, traducido por L. Echávarri, Madrid: Trotta, 2003.
- «Les rapports de système entre le droit interne et le droit International public», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 14, n.º IV (1926): 231-330.
- *Principios de Derecho Internacional Público*, traducido por H. Caminos y E. Hermida, Buenos Aires: El Ateneo, 1965.
- *Principles of International Law*, R. W. Tucker (ed.), Nueva York: Rinehart and Winston, 1967.
- *Scritti autobiografici*, traducido por M. G. Lozano, Reggio Emilia: Diabasis, 2008.
- *Teoría general del Estado*, México: Editora Nacional, 1979.
- *Teoría pura del derecho*, México, D. F: Porrúa-UNAM, 1991.
- «Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?», en *International Law Quarterly* (1947): 153-171.
- KITTICHAISAREE, K., *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2002.
- KLEFFNER, J., «The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law», en *Journal of International Criminal Justice* 1, n.º 1 (2003): 86-113.

- KNOWLTON, J.; CATES, T., *Forever in the Shadow of Hitler*, Nueva Jersey: Humanities Press International, 1993.
- KOK, R. A., *Statutory Limitations in International Criminal Law*, La Haya: T.M.C. Asser Press, 2007.
- KOLB, R., «Jus cogens, intangibilité, intransgressibilité, dérogation "positive" et "négative"», en *Revue générale de droit international public* 109, n.º 2 (2005): 305-330.
- «The formal source of *Ius Cogens* in public international law», en *Zeitschrift für öffentliches Recht/Austrian Journal of Public and International Law* 53, n.º 1 (1998): 69-105.
- «Théorie du *ius cogens* international», en *Revue belge de droit international* (2003): 5-49.
- *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, París: Presses Universitaires de France, 2001.
- KOSELLECK, R., *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*, Barcelona: Paidós, 1993.
- *Los estratos del tiempo: estudios sobre la historia*, traducido por D. Innenarity, Barcelona: Paidós, 2001.
- KOSKENNIEMI, M., *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- KOYRÉ, A., *Études d'histoire de la pensée philosophique*, París: Gallimard, 1971.
- KRABBE, H., *L'idea moderna dello Stato*, G. Stella (ed.), Roma: Aracne, 2000.
- KRITZ, N. J. (ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Washington: United States Institute of Peace Press, 1995.
- KUPER, L., *Genocide. Its Political Use in the Twentieth Century*, New Haven: Yale University Press, 1982.
- LACAPRA, D., *Historia en tránsito. Experiencia, identidad, teoría crítica*, traducido por T. Arijón, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- *Escribir la historia, escribir el trauma*, traducido por E. Marengo, Buenos Aires: Nueva Visión, 2005.
- LAHAV, P., «The Eichmann Trial, the Jewish Question, and the American-Jewish Intellectual», en *Boston University Law Review* 72 (1992): 555-575.

- LAMARCA PÉREZ, C., «Internacionalización del Derecho Penal y principio de legalidad: el Caso Scilingo», en *Revista La ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 34, n.º 4 (2007): 69-77.
- LASIK, A., «Anatomy of the Auschwitz Death Camp», en Y. Gutman y M. Berenbaum (eds.), *Postwar Prosecution of the Auschwitz SS*, 588-600, Bloomington: Indiana University Press, 1994.
- LAU, H., «Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law», en *Chicago Journal of International Law*, n.º 6 (2005): 495-510.
- LAUN, R., *Recht und Sittlichkeit*, Berlín: Springer, 1935.
- LAUTERPACHT, H., «Règles générales du droit de la paix», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 62, n.º IV (1937): 99-419.
- LAUTERPACHT, H. (ed.), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, Being a Selection from the Decisions of International and National Courts and Tribunals Given During the Years 1919-1942* (Caso n.º 115). Londres: Butterworth & Co., 1947.
- LAWSON, E., *Encyclopedia of Human Rights*, Nueva York: Taylor & Francis, 1991.
- LE CROM, J. P., «Juger l'histoire», en *Droit et Société* n.º 38 (1998): 33-46.
- LE GOFF, J., *Histoire et mémoire*, París: Gallimard, 1988.
- LEMKIN, R., «Genocide as a Crime under International Law», en *American Journal of International Law* 41, n.º 1 (1947): 145-151.
- «Le crime de génocide», en *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques* 24 (1946): 213-222.
- LÉVINAS, E., «Quelques réflexions sur la philosophie de l'hitlérisme», en C. Chalié y M. Abensour (dirs.), *Cahier de l'Herne: Emmanuel Lévinas*, París, Éditions de l'Herne, 1991
- LEWIS, J. D.; WEIGERT, A. J., «Estructura y significado del tiempo social», en R. Ramos Torres (ed.), *Tiempo y sociedad*, 89-132, Madrid: Siglo XXI, 1992.
- LINDERFALK, U., «The effect of Jus Cogens Norms: Whoever opened Pandora's box, did you ever think about the consequences?», en *European Journal of International Law* 18, n.º 5 (2007): 853- 871.
- LISIAS, *Contra Eratóstenes*, 82, 84, en *Discursos I*, Barcelona: Alma Mater, 1953.
- LISTER, M., «The Legitimizing Role of Consent in International Law», en *Chicago Journal of International Law* 11, n.º 2 (2011): 1-29.

- LOENING, T. C., *The Reconciliation Agreement of 403/402 BC in Athens: its content and application*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden, 1987.
- LOPERA MESA, L. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2006.
- LÓPEZ DE OÑATE, F., *La certeza del derecho*, traducido por S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redin, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.
- LÓPEZ GOLDARACENA, O., *Cooperación con la Corte Penal Internacional. Genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- LORAU, N., *La cité divisée. L'oubli dans la mémoire d'Athènes*, París: Payot et Rivages, 1997.
- *La ciudad dividida. El olvido en la memoria de Atenas*, traducido por A. Vassallo, Madrid: Katz, 2008.
- MAIER, C. S., *The Unmasterable Past: History, Holocaust, and German National Identity*, Cambridge: Harvard University Press, 1988.
- MAIHOFER, W., *Estado de derecho y dignidad humana*, traducido por J. L. Guzmán Dalbora, Buenos Aires: B de F, 2008.
- MANGAS MARTÍN, A. (coord.), *La escuela de Salamanca y el derecho internacional en América*, Salamanca: Universidad de Salamanca y Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1993.
- MANZINI, P., «Le rôle du principe de la légalité dans la détermination des sources du droit international pénal», en E. Fronza, E. Lambert-Abdelgawad y M. Delmas-Marty (dirs.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, 261-267, París: Société de Législation Comparée, 2004.
- MANZINI, V., *Tratado de derecho penal*, traducido por S. Santis Melendo, Buenos Aires: Ediar, 1950.
- MAREK, K., «Contribution à l'étude du jus cogens en droit international», en *Recueil d'études en hommage à Paul Guggenheim*, 426-459, Ginebra: Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 1968.
- MARRAMAIO, G., *Kairós. Apologia del tempo debito*, Nápoles: Sagittari Laterza, 1993.
- MARTIN, J. C., «La démarche historique face à la vérité judiciaire. Juges et historiens», en *Droit et Société* n.º 38 (1998): 13-20.

- MARTÍN MARTÍNEZ, M., «La configuración del principio de legalidad penal en el derecho internacional contemporáneo», en A. Cuerda Riezu, y F. Jiménez García (dirs.), *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid: Editorial Tecnos. 2009.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., *Los paradigmas del derecho internacional*, Granada: Universidad de Granada, 2008.
- MATE, R., *Justicia de las víctimas. Terrorismo, memoria, reconciliación*, Barcelona: Anthropos, 2008.
- *La razón de los vencidos*, 2ª ed., Barcelona: Anthropos, 2008.
- «En torno a una justicia anamnética», en R. Mate y J. M. Mardones (eds.), *La ética ante las víctimas*, 1ª ed., 100-125, Barcelona: Anthropos, 2003.
- *Memoria de Auschwitz. Actualidad Moral y Política*, Madrid: Trotta, 2003.
- MAY, L., *Crime Against Humanity: A Normative Account*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- MAYDA, G., *I dossier segreti di Norimberga*, Milán: Ugo Mursia Editore, 1997.
- MCDUGAL, M. S.; LASSWELL, H. D.; CHEN, L., *Human Rights and World Public Order*, New Haven: Yale University Press, 1976.
- MEAD, G. H., «La naturaleza del pasado», en *Revista de Occidente*, n.º 100 (1989): 51-62.
- MEIER, C., «Condamner et comprendre», en *Les documents de la controverse sur la singularité de l'extermination des Juifs par le régime nazi*, París: Éditions du Cerf, 1988.
- MÉNDEZ, J., «Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos», en AAVV, *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, 517-540, Buenos Aires: CELS, 1997.
- MÉNDEZ, J.; CHILLIER, G., «El fallo del juez Cavallo y sus consecuencias sobre el sistema democrático», en *Nueva Doctrina Penal* (2000): 509-526.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., «Hacia la internacionalización del derecho penal», en I. Berdugo Gómez de la Torre y N. Sanz Mulas (coords.), *Derecho Penal de la Democracia vs. Seguridad Pública*, 33-64, Granada: Editorial Comares, 2005.
- «La Corte Penal Internacional. Implementación en derecho penal español», en *La reforma penal a debate, XVI Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal*, 65-84, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004.

- MERON, T., *The Humanization of International Law*, Leiden: The Hague Academy of International Law, 2006.
- «International Criminalization of Internal Atrocities», en *American Journal of International Law* 89, n.º 3 (1995): 554-577.
- «Is International Law Moving towards Criminalization?» *European Journal of International Law* 9, n.º 1 (1998): 18-31.
- «The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law», en *American Journal of International Law* 90 (1996): 238-249.
- «The Convergence between Human Rights and Humanitarian Law», en D. Warner (ed.), *Human Rights And The Humanitarian Law, The Quest For Universality*, 97-105, La Haya: Martinus Nijoff, 1997.
- «The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience», en *American Journal of International Law* 94 (2000): 78-89.
- MERTENS, P., *l'Imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité. Étude de droit international et de droit pénal comparé*, Bruselas: Editions de l'Université de Bruxelles, 1974.
- MESSUTI, A., «Reflexiones para un pensamiento jurídico no racista», en *Eguzkilore*, n.º 11 Extraordinario (1997): 151-163.
- «El tercero, una interpretación», en A. Messuti y J. A. Sampedro Arrubla (comps.), *La administración de justicia en el tercer milenio*, 175-186, Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001.
- METZ, J. B., *Por una cultura de la memoria*, Barcelona: Anthropos, 1999.
- MIAJA DE LA MUELA, A., «'Ius Cogens' y 'ius dispositivum' en derecho internacional público», en AAVV, *Estudios Jurídico-Sociales en Homenaje al Profesor Luis Legaz Lacambra*, 1121-1153, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1960.
- «El Genocidio, delito internacional», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. IV, n.º 2 (1951): 363-408.
- MIGLIOLI, G. (ed.), *Desaparecidos. La sentenza italiana contro i militari argentini*, Roma: Manifestolibri, 2001.
- MILITELLO, V., «I diritti fondamentali fra limite e legittimazione di una tutela penale europea», en *Ragion Pratica* 58 (2004): 139-160.
- MITSCHERLICH, A.; MITSCHERLICH, M., *Fundamentos del comportamiento colectivo: La imposibilidad de sentir duelo*, Madrid: Alianza, 1973.

- *The Inability to Mourn: Principles of Collective Behavior*, traducido al inglés por B. R. Placzek, Nueva York: Grove Press, 1975.
- MOLERO CRUZ, J., *Tiempo y temporalidad*, Córdoba: Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, 1979.
- MONACO, R., «Cours général sur des principes de droit international public», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 125, n.º III (1968): 93-336.
- MONTESPERELLI, P., *Sociología de la memoria*, Buenos Aires: Nueva Visión, 2004.
- MOSLER, H., «*Ius Cogens* im Völkerrecht», en *Schweizerisches Jahrbuch für internationale Recht* 25, n.º 9 (1968): 1-40.
- *The International Society as Legal Community*, Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1980.
- «The International Society as Legal Community», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 140, n.º IV (1974): 1-320.
- MUÑOZ CONDE, F., *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2007.
- NABERT, J., *Essai sur le mal*, París: Éditions du Cerf, 1977.
- NAGEL, T., *Equality and Partiality*, Oxford: Oxford University Press, 1991.
- NAMER, G., «Antifascismo y 'la memoria de los músicos' de Halbwachs (1938)», en J. Cuesta Bustillo (ed.), *Memoria e Historia*, 35-56, Madrid: Marcial Pons, 1998.
- NAQVI, Y., «El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?» *International Review of the Red Cross*, n.º 862 (2006): disponible en www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/.../irrc_862_Naqvi.pdf
- NAUMANN, B., *Auschwitz: A Report on the Proceedings Against Robert Ludwig Mulka and Others Before the Court at Frankfurt*, Nueva York: Praeger, 1966.
- NIETZSCHE, F., *La genealogía de la moral*, Madrid: Alianza, 1997.
- NIGRO, R., «Lo jus cogens nella pratica internazionale più recente», en *International Law*, n.º 1 (2007): 23-43.
- NINO, C. S., *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires: Paidós, 1984.

- *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del Proceso*, traducido por M. F. Böhmer, Buenos Aires: Emecé, 1997.
- *Radical Evil on Trial*, New Haven: Yale University Press, 1996.
- «Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional Reform in Latin America», en *University of Miami Law Review* n.º 1, vol. 44 (1989): 129-164.
- NORA, P. (dir.), *Les lieux de mémoire. vol. I, La République*, París: Gallimard, 1984.
- «La aventura de “Les lieux de mémoire”», en J. Cuesta Bustillo (ed.), *Memoria e historia*, 17-34, Madrid: Marcial Pons, 1998.
- «Between Memory and History: Les Lieux de mémoire», en *Representations* 26, University of California Press, 1989: 7-25.
- NOSIGLIA, J. E., *Botín de guerra*, Editorial Tierra Fértil, Buenos Aires, 1997.
- NUOTIO, K., «Transforming International Law and Obligations into Finnish Criminal Legislation», en M. Koskeniemi y J. Petmani, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. X, 325-350, La Haya: Martti Koskeniemi, Jarna Petman, 1999.
- OLLÉ SESÉ, M., Aspectos relevantes del crimen de genocidio. Cooperación judicial, extradición y justicia universal, en *El principio de justicia universal*, Ponencias del I Congreso Internacional sobre Derechos Humanos y el Principio de Justicia Universal organizado por la Asociación Argentina Pro Derechos Humanos (Madrid), Madrid: Editorial Colex, 2001, pp. 89-101.
- *Justicia universal para crímenes internacionales*, Madrid: La Ley, 2008.
- OPOCHER, E., «Diritto e tempo», en R. Orecchia (ed.), *La responsabilità politica. Diritto e Tempo. Atti del XIII Congresso Nazionale della Società di Filosofia Giuridica e Politica* (Pavia-Salice Terme, 28-31 de mayo de 1981), 149-158, Milán: Giuffrè, 1982.
- ORAKHELASHVILI, A.; BILDER, R. B., «The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations *Erga Omnes*», en *American Journal of International Law* 100, n.º 2 (2006): 513-517.
- ORENTLICHER, D. F., «‘Settling Accounts’ Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency», en *The International Journal of Transitional Justice* 1 (2007): 10-22.
- «Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime», en *Yale Law Journal* 100 (1991): 2537-2615.

- OSMANCZYK, E. J., *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*, México: Fondo de Cultura Económica, 1976.
- OSSIEL, M., *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, Londres: Transaction Publishers, 2000.
- OSSORIO, M., *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 28ª ed., Buenos Aires: Heliasta, 2001.
- OST, F., *Le Temps du Droit*, París: Editions Odile Jacob, 1999.
- PARENTI, P. F., «Crímenes contra la humanidad. Origen y evolución de la figura, y análisis de sus elementos centrales en el Estatuto de Roma», en AAVV, *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional*, 16-24, Buenos Aires: Ad Hoc, 2007.
- PAREYSON, L., *Ontologia della libertà*, Turín: Einaudi, 1995.
- PARIOTTI, E., *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Turín: Giappichelli, 2000.
- PASTOR, D., «El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional», en M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *El derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, 475-522, Madrid: Edisofer, 2006.
- *El poder penal internacional. Una aproximación jurídico crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: Atelier, 2006.
- «La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo», en J. R. Serrano-Piedecabras Fernández y E. Demetrio Crespo (dirs.), *Terrorismo y Estado de derecho*, 641-653, Madrid: Iustel, 2010.
- PASTORE, B., «Truth in Adjudication», en AAVV, *The Dialogue. Yearbook of Philosophical Hermeneutics: The Legitimacy of Truth, Proceedings of the Third Meeting, Italian-American Philosophy*, vol. I, 333-344, Münster: Lit Verlag, 2002.
- PEASLEE, A. J., «The Sanction of International Law», en *American Journal of International Law* 10, n.º 2 (1916): 328-336.
- PELLA, V. V., *Criminalité collective des États et le Droit pénal de l'avenir*, Bucarest: Imprimerie de l'État, 1925.
- PELLET, A., «Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!», en *European Journal of International Law* 10, n.º 2 (1999): 425-434.

- PENDAS, D.O., *The Frankfurt Auschwitz Trial, 1963-1965. Genocide, History, and the Limits of the Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- PEREÑA VICENTE, L., «El concepto del derecho de gentes en Francisco de Vitoria», en *Revista Española de Derecho Internacional* 5, n.º 2 (1952): 603-628.
- PÉREZ DEL VALLE, C., «Amnistía, Constitución y Justicia Material», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 61 (2001): 187-206.
- PÉREZ GARZÓN, J. S., «Entre la historia y las memorias: poderes y usos sociales en juego», en J. S. Pérez Garzón y E. Manzano Moreno (comps.), *Memoria histórica*, 23-70, Madrid: CSIC. Los Libros de la Catarata, 2010.
- PÉREZ GIRALDA, A., «El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2002): disponible en www.reei.org/reei4/PerezGiralda.pdf
- PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, 9ª ed., Madrid: Tecnos, 2007.
- PEREZ VERA, E., «La protection d'humanité en droit international», en *Revue Belge de Droit International*, n.º 2 (1969): 401-424.
- PESSINA, E., *Elementos de derecho penal*, traducido por H. González del Castillo, Madrid: Reus, 1936.
- PICONE, P., «La distinzione tra norme internazionali di Jus Cogens e norme che producono obblighi *erga omnes*», en *Rivista di diritto internazionale*, n.º 1 (2008): 5-38.
- «Obblighi *erga omnes* e codificazione della responsabilità degli Stati», en *Rivista di diritto internazionale*, 2005: 893-954.
- PICTET, J., *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Dordrecht: Martinus Nijhof, 1985.
- PLATÓN, *Leyes*, VI, 767c-768b, México: Editorial Porrúa, 1996.
- POCAR, F., «The Rome Statute of the International Criminal Court and Human Rights», en M. Politi y G. Nesi (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Challenge to Impunity*, 67-74, Adlershot: Ashgate Publishing, 2001.
- PORTELA, M. A., «La verdad procesal y los juicios por la verdad», en E. Rezsés (comp.), *Aportes jurídicos para el análisis y juzgamiento del genocidio en Argentina*, 317-340, Buenos Aires: Secretaría de Derechos Humanos, Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, 2007.

- PORTILLA CONTRERAS, G., *La consagración del Derecho penal de autor durante el franquismo. El Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo*, Granada: Editorial Comares, 2009.
- *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- «La configuración del ‘Homo sacer’ como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial», en F. Pérez Álvarez (ed.), *Serta: In memoriam Alexandri Baratta, 1401-1423*, Salamanca: CISE, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.
- PRITTWITZ, C., «The Resurrection of the Victim in Penal Theory», en *Buffalo Criminal Law Review* 3 (1999-2000): 109-129.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, Tomo I, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, 1955.
- QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 5ª ed., Pamplona: Aranzadi, 2005.
- QUIROGA LEÓN, A., «Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano», en *Ius et Praxis* 11, n.º 1 (2005): 243-267.
- QUISPE REMÓN, F., «El caso Fujimori: La relación del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional», en *Revista Española de Derecho Internacional* LXI, n.º 1 (2009): 291-295.
- RABOSSO, E., «Algunas reflexiones a modo de prólogo», en Y. Yerushalmi (ed.), *Usos del Olvido. Comunicaciones al Coloquio de Royaumont*, 7-11, Buenos Aires: Nueva Visión, 1989.
- RADBRUCH, G., *El hombre en el derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho*, traducido por A. del Campo, Buenos Aires: Depalma, 1980.
- RAGAZZI, M., *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford: Clarendon Press, 1997.
- RAGUÉS I VALLÉS, R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Barcelona: Atelier, 2004.
- RAMCHARAN, B. G., *The Principle of Legality in International Human Rights Institutions*, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

- «State Responsibility for Violations of Human Rights Treaties», en B. Cheng y E. Brown (eds.), *Contemporary Problems of International Law. Essays in Honour of Georg Schwarzenberger*, 242-261, Londres: Stevens, 1988.
- RECASENS SICHES, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica 'razonable'*, México: Fondo de Cultura Económica, 1971.
- REMIRO BROTONS, A., «Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial», en AAVV, *El derecho penal internacional*, 69-150, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2001.
- *Derecho Internacional Público. Principios Fundamentales*, vol. I, Madrid: Tecnos, 1982.
- *Derecho Internacional Público. Derecho de los Tratados*, vol. II, Madrid: Tecnos, 1987.
- REYDAM, L., «Universal Criminal Jurisdiction: The Belgian State of Affairs», en *Criminal Law Forum* 11, n.º 2 (2000): 183-216.
- REZSES, E. (comp), *Aportes jurídicos para el análisis y juzgamiento del genocidio en Argentina*, Buenos Aires: Secretaría de Derechos Humanos, Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, 2007.
- RICOEUR, P., *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, París: Éditions du Seuil, 2000.
- *Le Juste*, París: Éditions Esprit, 1995.
- *Le Juste 2*, París: Éditions Esprit, 2001.
- *Historia y verdad*, traducido por A. Ortiz García, Madrid: Ediciones Encuentro, 1990.
- *Soi même comme un autre*, París: Éditions du Seuil, 1990.
- *Temps et récit. Le temps raconté*, París: Éditions du Seuil, 1985.
- RIDRUEJO PASTOR, J. A., *La determinación del contenido del ius cogens. IX Congreso del Instituto hispano-luso-americano de derecho internacional*, Madrid: Secretaría General del IHLADI, 1972.
- ROBERGE, M-C., «Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 144 (1997): 695-710.
- ROBERTSON, G., *Crímenes contra la humanidad. La lucha por una justicia global*, traducido por A. Resines, Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2008.

- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.; SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., *Delitos contra la administración de justicia*, Barcelona: Bosch, 2008.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.; BARREIRO, A. J., *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Civitas, 1997.
- ROHT-ARRIAZA, N., *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*. Nueva York: Oxford University Press, 1995.
- «Amnesty and the International Criminal Court: A Preliminary Assessment», en D. Shelton (ed), *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*, 77-82, Ardsley: Transnational Press, 2000.
- «State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law», en *California Law Review* 78 (1990): 451-481.
- RÖLING, B. V. A., «The Law of War and the National Jurisdiction Since 1945», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 100, n.º II (1960): 323-456.
- ROMANO, B., *Il diritto non è il fatto. Tre domande di filosofia del diritto su diritto e memoria*, Roma: Bulzoni Editore, 1998.
- Il riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*, Roma: Bulzoni Editore, 1986.
- ROMMEN, H., *La teoría del Estado y de la comunidad internacional en Francisco Suárez*, Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1951.
- ROOT, E., «The Outlook for International Law», en *American Journal of International Law* 10 (1916): 1-11.
- ROSENSTEIN-ROZAKIS, C., *The Peremptory Norms of General International Law (Ius Cogens) under the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Illinois: University of Illinois, 1973.
- ROTBURG, R. I.; THOMPSON, D., *Truth vs. Justice: The Morality of Truth Commissions*, Princeton: Princeton University Press, 2000.
- ROZAKIS, C. L., *The Concept of Ius Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam: North-Holland Publ. Co., 1976.
- RUIZ ANTÓN, L. F., «El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencial», en *Poder Judicial*, n.º 6 (1989): 95-118.

- RUIZ-MORENO, I., «Reservations to Treaties Relating to Human Rights», en International Law Association, *Report of the 54th conference*, 642-645, La Haya: International Law Association, 1970.
- ROUSSO, H., «L'expertise des historiens dans les procès pour crimes contre l'humanité», en J. Jean, y D. Salas, *Barbie, Touvier, Papon. Des procès pour la mémoire*, Collection Mémoires N.º 83, París: Éditions Autrement, 2002.
- SÁEZ VALCÁRCEL, R., «Los jueces y el aprendizaje de la impunidad, a propósito de los crímenes del franquismo», en *Mientras tanto*, n.º 114 (2010): 41-72.
- SALDAÑA, Q., «La justice pénale internationale», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 10, n.º V (1925): 223-429.
- *La justicia penal internacional*, Madrid: Imprenta de Alrededor del Mundo, 1923.
- SAN AGUSTÍN, *Confesiones*, traducido por A. de Esclasans, Barcelona: Juventud, 2002.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- SANCINETTI, M. A.; FERRANTE, M., *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- SANTIAGO, A.; VIGO R., *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Consideraciones iufilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.
- SAULE, M.R., «*Ius Cogens* and human rights», en AAVV, *Le droit international à l'heure de sa codification: Études en l'honneur de Roberto Ago*, 288, Milán: Giuffrè, 1987.
- SCELLE, G., *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, París: Librairie du Recueil Sirey, 1932.
- «Règles générales du Droit de la paix», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 46, n.º IV (1933): 331-703.
- SCHABAS, W., *La Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2008.
- «Follow up to Rome: Preparing for Entry into Force of the International Criminal Court Statute», en *Human Rights Law Journal* 20, n.º 4-6 (1999): 157-166.
- SCHARF, M. P., «The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court», en *Cornell International Law Journal* 32 (1999): 507-527.

-
- «The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes», en *Law and Contemporary Problems* 59, n.º 4 (1996): 41-61.
- SCHLUCH, A., *Amnesty versus Accountability. Third Party Intervention Dealing with Gross Human Rights Violations in Internal and International Conflicts*, Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2000.
- SCHMITT, C., *Dottrina della Costituzione*, Milán: Giuffrè, 1984.
- SCHWARZENBERGER, G., «International Jus Cogens?», en *Texas Law Review* 43 (1964-1965): 455-478.
- «International Jus Cogens», en AAVV, *Conference on International Law: Papers and proceedings II* (Lagonissi, Grecia, 1966) 117-140, Ginebra: Carnegie Endowment For International Peace, 1967.
- SCOBIE, I., «The Invocation of Responsibility for the Breach of 'Obligations'», en *European Journal of International Law*, n.º 13 (2002): 1201-1220.
- SEGEV, T., *The Seventh Million: The Israelis and the Holocaust*, Nueva York: Hill and Wang, 1993.
- SERRANO GÓMEZ, A., *La prescripción del delito (Tres cuestiones)*, Madrid: Dykinson, 2003.
- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R.; GARCÍA ARÁN, M., «La calificación de los actos contra los derechos humanos conforme a la ley española», en M. García Arán y D. López Garrido (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal (el caso Pinochet)*, 101-160, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- SHUE, H., *Basic rights, Subsistence, Affluence, and U. S. Policy*, Princeton: Princeton University Press, 1980.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 1992.
- «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'», en S. Mir Puig, *Derecho penal del siglo XXI*, 325-362, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008.
- SILVA, E.; MACÍAS, S., *Las fosas de Franco. Los republicanos que el dictador dejó en las cunetas*, Madrid: Historia Viva, 2009.
- SIMMA, B., «International Human Rights and General International Law. A Comparative Analysis», en AAVV, *The Protection of Human Rights in Europe*.

Collected Courses of the Academy of European Law, vol. IV, 153-236, La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

SIMMA, B.; ALSTON, P., «The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles», en *Australian Year Book of International Law* 5, n.º 12 (1988-1989): 82-108.

SIMMA, B.; PAULUS, A., «Le rôle relatif des différentes sources du droit international pénal: dont les principes généraux de droit», en A. Hervé; E. Decaux y A. Pallet, *Droit international pénal*, 55-69, París: Pedone, 2000.

SIMMEL, G., *Conflict and the Web of Group Affiliation*, traducido por K. H. Wolff, Glencoe, Illinois: Free Press, 1955.

SIPERMAN, A., *La ley romana y el mundo moderno. Juristas, científicos y una historia de la verdad*, Buenos Aires: Editorial Biblos, 2008.

SLYE, R. C., «The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?» *Virginia Journal of International Law* 43 (2002): 173-247.

SOMOS, M., «Chirac affirms France's Guilt in Fate of Jews», en *The New York Times*, 17 de julio de 1995.

SORENSEN, M., *Do the Rights Set Forth in the European Convention on Human Rights in 1950 Have the Same Significance in 1975?: Fourth International Colloquium about the European Convention on Human Rights*, Estrasburgo: Publicaciones del Consejo de Europa, 1976.

— «Le problème du droit intertemporel dans l'ordre international», en *Annuaire de l'Institut de droit international* 55, n.º 4 (1973): 4-47.

SOROKIN, P. A.; MERTON, R. K., «El tiempo social: un análisis metodológico y funcional», en R. Ramos Torres (ed.), *Tiempo y sociedad*, 73-87, Madrid: Siglo XXI, 1992.

STELLA, G., *I giuristi di Husserl*, Milán: Giuffrè, 1990.

STERN, B., «La responsabilité dans le système international: Conclusions générales», en AAVV, *La responsabilité dans le système international*, 319-336, París: Pedone, 1991.

SUÁREZ, F., *De legibus*, Corpus Hispanorum de Pace, Edición crítica bilingüe por L. Pereña, Volúmenes I, III y IV, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1971.

SUÁREZ COLLÍA, J. M., *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Madrid: Actas, 1994.

- SUCAR, G., *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Madrid: Marcial Pons, 2008.
- SUDRE, F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, París: Presses Universitaires de France, 2001.
- SUR, S., «Le Droit International Pénal entre l'État et la Société Internationale», en *Actualité de Droit International* (2001): disponible en <http://www.ridi.org/adi/200110sur.pdf>
- SUY, E., «The Concept of Jus Cogens in International Law», en AAVV, *Conference on International Law: Papers and proceedings II* (Lagonissi, Grecia, 1966) 17-77, Ginebra: Carnegie Endowment for International Peace, 1967.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona: Atelier, 2010.
- TICEHURST, R., «La cláusula Martens y el derecho de los conflictos armados», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 140, Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja (1997): 131-141.
- TODOROV, T., *Memoria del mal, tentación del bien. Indagación sobre el siglo XX*, traducido por M. Serrat Crespo, Barcelona: Península, 2002.
- TOMUSCHAT, C., «The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals», en H.J. Cremer, *Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger*, 315-350, Berlín: Springer, 2002.
- TÖNNIES, F., *Comunità e società*, traducido por R. Treves, Milán: Communità, 1963.
- TORRES MOLINA, R., «Delitos de lesa humanidad», en E. Rezsés (comp.), *Aportes jurídicos para el análisis y juzgamiento del genocidio en Argentina*, 151-166, Buenos Aires: Secretaría de Derechos Humanos, Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, 2007.
- TORRES, R., *Los esclavos de Franco*, Madrid: Oberón, 2000.
- TREVES, R., «Ferdinand Tönnies e la teoria della comunità e della società», en A. Carrino, *Diritto e cultura. Archivio di filosofia e sociologia*, 31-58, Edizione Scientifiche Italiane, 1993.
- TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, 2ª ed, Oxford: Hart Publishing, 2008.
- TRUJILLO PÉREZ, I. *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i conflitti della socialità umana*, Turín: Giapicchelli Editore, 1997.

- TRUYOL Y SERRA, A., *La sociedad internacional*, Madrid: Alianza, 1977.
- TURNER, V. W., *From Ritual to Theatre*, Nueva York: Performing Arts Journal Publications, 1982.
- UNION ACADEMIQUE INTERNATIONALE (patrocinadora), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, París: Librairie du Recueil Sirey, 1960.
- VALLARTA MARRÓN, J. L., «La argumentación jurídica en torno al *Ius Cogens* internacional», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (2010), disponible en <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/10/art/art1.pdf>
- VAN BOVEN, T. C., «The Role of Nongovernmental Organizations in International Human Rights Standard-Setting: A Prerequisite of Democracy», en *California Western International Law Journal* 20, n.º 2 (1989/1990): 107-225.
- VAN SCHAACK, B., «The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot», en *The Yale Law Journal* 106 (1997): 2259-2291.
- VASALLI, G., «Nullum crimen sine lege», en *Nuovo Digesto Italiano* (1939): 1173.
- «I delitti contro l'umanità e il problema giuridico della loro punizione», en G. Vassalli, *La giustizia internazionale penale*, 9-60, Milán: Giuffrè, 1995.
- VATTIMO, G., *Etica dell'interpretazione*, Turín: Rosenberg & Sellier, 1989.
- *Nihilismo y emancipación, Ética, política, derecho*, S. Zabala (ed.), Barcelona: Paidós, 2004.
- VÁZQUEZ, F., *La memoria como acción social. Relaciones, significados e imaginarios*, Barcelona: Paidós, 2001.
- VERDROSS, V. A., «Forbidden Treaties in International Law», en *American Journal of International Law* 31, n.º 4 (1937): 571-577.
- «Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law», en *American Journal of International Law* 60, n.º 1 (1966): 55-63.
- «Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public», en AAVV, *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, 521-530, Ginebra: Faculté de Droit de l'Université de Genève, 1968.
- VERHOEVEN, J., «Vers un Ordre Répressif Universel? Quelques Observations», en *Annuaire Français de Droit International* 55 (1999): 55-71.

- VIGO, R., *Delitos de lesa humanidad. Reflexiones acerca de la jurisprudencia de la CSJN*, Buenos Aires: Ediar, 2009.
- VILLEY, M., *Le droit et les droits de l'homme*, París: Presses Universitaires de France, 1983.
- VIOLA, F., *Etica e metaetica dei diritti umani*, Turín: Giappichelli Editore, 2000.
- VIOLA, F.; ZACCARIA, G., *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, G. Robles Morchón (ed.), Madrid: Dykinson, 2007.
- VIRALLY, M., «Réflexions sur le Jus Cogens», en *Annuaire Français de Droit International* 12, n.º 6 (1966): 5-29.
- VISSCHER, C. de, «Positivism et 'jus cogens'», en *Revue générale de Droit international public* 75, n.º 1 (1971): 5-11.
- *Teorías y realidades en Derecho Internacional Público*, Barcelona: Bosch, 1962.
- VITORIA, F. de, *Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomás. T. IV, De Justitia (Quaest 67-88)*, R. P. Vicente Beltrán de Heredia (ed.), Salamanca: Biblioteca de Teólogos Españoles, 1934.
- *Los derechos humanos. Antología*, R. Hernández (ed.), Salamanca: San Esteban, 1984.
- *Relectio de Indis o Libertad de los Indios*, L. Pereña Vicente y J. M. Pérez Prendes (eds.), Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1967.
- *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*, traducido por L. Frayle Delgado, Madrid: Tecnos, 2007.
- VITU, A., *Procédure pénale*, París: Presses Universitaires de France, 1957.
- VON LISZT, F., *La idea del fin en el derecho penal*, Granada: Editorial Comares, 1995.
- WACHTEL, N., «Remember and Never Forget», en N. Bourguet (ed.), *Between Memory and History*, 307-334, Londres: Harwood, 1986.
- WAHNICH, S., *Une histoire politique de l'amnistie. Etudes d'histoire, d'anthropologie et de droit*, París: Presses Universitaires de France, 2007.
- WEBER, M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, J. Winckelmann (ed.), México: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- WEIL, P., «Le droit international en quête de son identité», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 237, n.º IV (1992): 9-370.

- «Vers une normativité relative en droit international?», en *Revue générale de droit international public* 86, n.º 1 (1982): 5-47.
- WEISMAN, N., «A History and Discussion of Amnesty», en *Columbia Human Rights Law Review*, n.º 4 (1972): 529-540.
- WEISS, F., «Time Limits for the Prosecution of Crimes against International Law», en *The British Year Book of International Law* 53 (1982): 163-195.
- WELZEL, H., *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, Montevideo: B de F, 2004.
- WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, traducido por M. M. Díaz Pita, M. Gutiérrez Rodríguez, A. Muñoz Aunión y C. Cárdenas Aravena, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- WERLE, G.; JESSBERGER, F., «La punibilidad de los crímenes internacionales en el derecho interno alemán. El código penal internacional alemán», en *Revista Penal*, n.º 12 (2003): 126-142.
- WIEVIORKA, A., *Les livres du souvenir: mémoriaux juifs de Pologne*, París: Gallimard-Julliard, 1983.
- WOLIN, S. S., «Injustice and Collective Memory», en S. S. Wolin, *The Present of the Past: Essays on the State and the Constitution* 32-46, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1989.
- WOUTERS, J.; VERHOEVE, S., «The Prohibition of Genocide as a Norm of *Ius Cogens* and Its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide», en *International Criminal Law Review*, n.º 1 (2005): 401-416.
- WYLER, E., «From 'State Crime' to Responsibility for Serious Breaches of International Obligations under Peremptory Norms of General International Law», en *European Journal of International Law*, n.º 13 (2002): 1147-1160.
- YASSEEN, M. K., «Réflexions sur la détermination du jus cogens», en Société française pour le droit international, *L'élaboration du droit international public. Colloque de Toulouse*, 204-212, París: Pedone, 1975.
- YUSEFF SOTOMAYOR, G., *La prescripción penal*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1994.
- ZACCARIA, G., *Razón jurídica e interpretación*, A. Messuti (comp.), Madrid: Civitas, 2004.
- *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padua: Cedam, 1990.

- ZAFFARONI, E. R., *En torno de la cuestión penal*, Montevideo: B de F, 2005.
- *El enemigo en el derecho penal*, Bogotá: Universidad Santo Tomás, Grupo Ibáñez, 2006.
- «Masacres: larvas y semillas. Lineamientos para un replanteo criminológico», en *Impasses da política criminal latinoamericana*, Rio de Janeiro: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Instituto Carioca de Criminologia, 2009.
- «Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad», en *Nueva Doctrina Penal* (2000): 437-446.
- ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. W., *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2000.
- ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite: legge diritti giustizia*, Turín: Einaudi, 1992.
- *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bolonia: Il Mulino, 2008.
- *La virtù del dubbio, Intervista su etica e diritto*, G. Preterossi (ed.), Roma: Editori Laterza, 2007.
- ZAPPALÀ, S., «¿Quale principio di legalità nel diritto internazionale penale?», en *Les sources du droit international pénal*, 277-284, París: Société de législation comparée, 2004.
- ZEMANEK, K.; SALMON, J., *Responsabilité internationale*, París: Pedone, 1987.
- ZERUBAVEL, E., «El calendario», en R. Ramos Torres (ed.), *Tiempo y sociedad*, 360-395, Madrid: Siglo XXI, 1992.
- ZOLO, D., «Una crítica realista del globalismo jurídico desde Kant y Kelsen a Habermas», en AAVV, *El derecho de una democracia cosmopolita*, 197-218, Granada: Cátedra Francisco Suárez, Universidad de Granada, 2002.
- *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Bagdad*, Roma: Laterza, 2006.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada: Editorial Comares, 2009.
- «El inmigrante como víctima. Contradicciones del tratamiento penal», en M. R. Diego Díaz-Santos, E. A. Fabián Caparrós y C. Rodríguez Gómez (coords.), *La reforma penal a debate, XVI Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal*, 105-132, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004.

ZUPPI, A. L., «En busca de la memoria perdida: las leyes de amnistía y la impunidad de los crímenes de lesa humanidad», en *Nueva Doctrina Penal* (2000): 447-475.

ANEXOS

I. JURISPRUDENCIA

TRIBUNALES ARGENTINOS

- Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, caso *Olivera Róvere y otros*, Causas n.º 1.261-1.268, Sentencia 10 de diciembre de 2009.
- Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Causa 13/85*, Sentencia de 9 de noviembre de 1985 (Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional, Causa n.º 13/84 de 9 de diciembre de 1985).
- Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, caso *Reinhold, Oscar Lorenzo y otros s/ privación ilegal de libertad*, Expediente: 666/69, Sentencia de 18 de diciembre de 2008.
- Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 1 de La Plata, caso *Von Wernich*, Expediente: 2506/07, Sentencia de noviembre de 2007.
- Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, caso *Romero Niklison María Alejandra s/ Su pedido*. Expediente: 401.118/04 y sus acumulados: *Romano Miguel Armando y otros s/ Inf. a los arts 213 bis y 189 bis del C.P.*, Expediente: 358/76 y *Meneses Adolfo Francisco s/ Su pedido*, Expediente: 1119/00, Sentencia de 31 de marzo de 2011.
- Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, caso *Vargas Aignasse Guillermo s/ Secuestro y Desaparición*, Expediente: V 03/08, Sentencia de 4 de septiembre de 2008.
- CSJN, caso *Mazzeo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad*, Sentencia de 13 de julio de 2007.

- CSJN, caso *Ekmekdjian, Miguel Angel C/ Sofovich, Gerardo y otros s/ Recurso de Hecho*, Sentencia de 7 de julio de 1992.
- CSJN, caso *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros, (Causa n.º 259)*, Causa A.533.XXXVIII, Sentencia de 24 de agosto de 2004.
- CSJN, caso *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. s/ Recurso de hecho*, Causa n.º 17.768, Sentencia de 14 de junio de 2005.
- CSJN, caso *Priebke, Erich s/ solicitud de Extradición*, Causa No 1663/94. Fallos: 318: 2148, Sentencia del 2 de noviembre de 1995.
- Juzgado Federal n.º 3 de la Ciudad de La Plata, caso *Etchecolatz*, Causa n.º 2251/06, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- Juzgado Federal de San Martín, caso *Riveros Santiago Omar y otros por privación ilegal de la libertad, tormentos, homicidio, etc.*, Auto de procesamiento de 6 de mayo de 2011.
- Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, n.º 4. Juez Gabriel Cavallo. Causa n.º 8686/2000, caso *Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años*, del registro de la Secretaría 7, 6 de marzo de 2001.

TRIBUNALES ESPAÑOLES

- Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, *Auto sobre la competencia de la Justicia Española para perseguir delitos de genocidio en Argentina*, de 4 de noviembre de 1998.
- Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, *Auto sobre la competencia de la Justicia Española para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena*, de 5 de noviembre de 1998.
- TCE, Sentencia n.º 237/2005 de 26 septiembre RTC 2005\237.
- TCE, Sentencia n.º 227/2007 de 22 octubre RTC 2007\227
- STS, caso *Scilingo*, Sentencia 1362/2004, de 15 de noviembre de 2004.

TRIBUNALES FRANCESES

- Cour de Cassation, Chambre Criminelle, *Klaus Barbie*, Confirmation de la condamnation, 3 juin 1988.

- Cour de Cassation, Chambre Criminelle, *Klaus Barbie*, Sentencias de 6 de octubre de 1983, 26 de enero de 1984, 20 de diciembre de 1985, en: *International Law Reports* 78 (1988), p. 124.
- Cour de Cassation, Chambre Criminelle, *Paul Touvier*, Arrêt de la Cour de Cassation, 27 de novembre 1992.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- *Aldea de Moiwana vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C n.º 124.
- *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154.
- *Aloeboetoe y otros, vs. Suriname*. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C n.º 11.
- *Aloeboetoe y otros, vs. Suriname*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C n.º 15.
- *Bamaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C n.º 70.
- *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de de 14 de marzo de 2001. Serie C n.º 75.
- *Bayarri vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C n.º 187.
- *Blake vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C n.º 36.
- *Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C n.º 100.
- *Carpio Nicolle vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C n.º 117.
- *Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C n.º 34.
- *19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C n.º 109.
- *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C n.º 110.

- *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C n.º 160.
- *Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C n.º 39.
- *Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C n.º 5.
- *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C n.º 153.
- *Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C n.º 132.
- *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C n.º 104.
- *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C n.º 120.
- *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140.
- *Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148.
- *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134.
- *La Cantuta vs. Perú*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162.
- *Molina Theissen vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C n.º 108.
- *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre 2003. Serie C n.º 101.
- *Tibí vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n.º 114.
- *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de septiembre de 2006. Serie C n.º 158.
- *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

- *Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs* (Pays-Bas c. Suède), CIJ, Arrêts, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, Série A/B, 1958.
- *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne) deuxième phase, arrêt du 5 février 1970, CIJ, Recueil 1970, p. 3.
- *Affaire du Détroit de Corfou* (Fond), Arrêt du 9 avril 1949, CIJ, Recueil 1949, p. 4.
- *Affaire des essais nucléaires* (Australie c. France), requête à fin d'intervention, ordonnance du 20 décembre 1974, CIJ, Recueil, 1974, p. 530.
- *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary vs. Slovakia), Judgment, ICJ, Reports 1997, p. 7.
- *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua* (Nicaragua vs. United States of America), 26 November 1984, ICJ, Reports 1984, p. 392.
- *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua* (Nicaragua vs. United States of America), Merits, Judgment, 27 June 1986, ICJ, Reports 1986, p. 149.
- *South West Africa* (Liberia vs. South Africa; Ethiopia vs. South Africa), Judgments of 18 July 1966, ICJ, Reports, 1966.
- *North Sea Continental Shelf Cases* (Federal Republic of Germany vs. Denmark; Federal Republic of Germany vs. Netherlands), Judgment of 20 February 1969, ICJ, Reports 1969, p. 3.
- *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of The Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina vs. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Order of 8 April 1993, ICJ, Reports 1993.
- *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina vs. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Preliminary Objections, Judgment of 30 June 1995, ICJ, Reports 1995.
- *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007, ICJ, Reports 2007, p. 43.
- *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States of America vs. Iran), Judgment of 24 May 1980, ICJ, Reports, 1980, p. 3.

CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL

- *Lotus*, Judgment of 7 September 1927. Series A n.º 10.
- *Oscar Chinn* (United Kingdom vs. Belgium), Judgment of 12 December 1934, Series A/B n.º 63.
- *Factory at Chorzów* (Germany vs. Poland), Judgment on the Merits, 13 of September 1928, Series A n.º 17.
- *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)* (Allemagne c. Pologne), Arrêts du 25 mai 1926, Série A No 7.
- United Nations, *Claim of the Salvador Commercial Company (El Triunfo Company)*, Award of arbitrators of 8 May 1902, Reports of International Arbitral Awards, vol. XV, 1902.

COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

- *Touvier vs. France*, decisión n.º 29420/95, de 13 de enero de 1997, Decisiones e Informes 88-B.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- *Aksoy vs. Turquía*, Sentencia del 18 diciembre de 1996. Demanda n.º 21987/93.
- *Al-Adsani vs. Reino Unido*, Sentencia de 21 de noviembre de 2001. Demanda n.º 35763/1997.
- *Assenov vs. Bulgaria*, Sentencia de 28 de octubre de 1998. Demanda n.º 24760/94.
- *Basorkina vs. Rusia*, Sentencia de 27 de julio de 2006, Demanda n.º 69481/01.
- *Cyprus vs. Turquía*, Sentencia del 10 de mayo de 2001. Demanda n.º 25781/94.
- *Finucane vs. Reino Unido*, Sentencia de 1 de julio de 2003.
- *Güleç vs. Turquía*, Sentencia de 27 de julio de 1998. Demanda n.º 21593/93.
- *McCann y Otros vs. Reino Unido*, Sentencia de 27 de septiembre de 1995. Demanda n.º 19009/04

- *McElhinney vs. Irlanda*, Sentencia de 21 de noviembre de 2001. Demanda n.º 31253/1996.
- *Kaya vs. Turquía*, Sentencia del 28 de marzo de 2000. Demanda n.º 22535/93.
- *Kolk y Kislyiy vs. Estonia*, Imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y su aplicación retroactiva, decisión sobre admisibilidad de 17 de enero de 2006. Demandas n.º 23053/04 y n.º 24018/04.
- *Kononov vs. Letonia*, Sentencia de 24 de julio de 2008. Demanda n.º 36376/04.
- *Kurt vs. Turquía*, Sentencia de 25 mayo 1998. Demanda n.º 24276/94.
- *Ould Dah vs. Francia*, Sentencia sobre admisibilidad, de 3 de marzo de 2009. Demanda n.º 13113/03.
- *S.W. y C.R. vs. Reino Unido*, Sentencia de 22 de noviembre de 1995. Demanda n.º 20190/92
- *Siliadin vs. Francia*, Sentencia de 26 de julio de 2005. Demanda n.º 37853/10.
- *Streletz, Kessler y Krenz vs. Alemania*, Sentencia de 22 marzo 2001. Demandas n.º 34044/96, n.º 35532/97 y n.º 44801/98.
- *Tas vs. Turquía*, Sentencia del 14 de noviembre de 2000. Demanda n.º 24396/94.
- *Toltoy Miloslavsky vs. Reino Unido*, Sentencia de 13 de julio de 1995. Demanda n.º 18139/91.
- *Varnava y otros vs. Turquía*, sentencia de 18 de septiembre de 2009. Demandas n.º 16064/90; 16065/90; 16066/90; 16068/90; 16069/90; 16070/90; 16071/90; 16072/90 y 16073/90.
- *Zdanoka vs. Letonia*, Sentencia de 16 de marzo de 2006. Demanda n.º 58278/00.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation vs. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, 21 September 2005. T-306/01.

TRIBUNAL DE NUREMBERG

- The Nuremberg War Trials: *The Justice Trial*. United States of America vs. Alstötter et al. (The Justice Case) 3 T.W.C. 1 (1948), 6 L.R.T.W.C. 1 (1948), 14 Ann. Dig. 278 (1948).
- *The Trial of German Major War Criminals*, His Majesty's Stationery Office, Londres, 1946, disponible en Equipo Nizkor, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/>
- Nuremberg Military Tribunals, "*The Milch Case*", 17 April 1947, in *Trial of the War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n.º 10*, vol. II, Washington: United States Government Printing Office,
- Nuremberg Military Tribunals, "*The Pohl Case*", in *Trial of the War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n.º 10*, vol. V, Washington: United States Government Printing Office, 1950.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA

- *Jean Paul Akayesu*, Appeals Chamber Judgement of 1 June 2001 (ICTR-96-4).
- *Ignace Bagilishema*, Trial Chamber Judgement of 7 June 2001 (ICTR-95-1A-T).
- *Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, Trial Chamber Judgement of 21 May 1999 (ICTR-95-1-T).
- *Alfred Musema*, Trial Chamber Judgement and Sentence of 27 January 2000 (ICTR-96-13-A).
- *Geroge Rutaganda*, Trial Chamber Judgement and Sentence of 6 December 1999 (ICTR-96-3-T).

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA

- *Blaskić*, Trial Judgement of 3 March 2000 (IT-95-14-T).
- *Blaskić*, Appeals Chamber Judgement of 29 July 2004 (IT-95-14-A).
- *Delalić et al.* Appeals Chamber Judgement of 20 February 2001 (IT-96-21-A).
- *Furundzija*, Trial Judgement of 10 December 1998 (IT-95-17/1-T).
- *Jelisić*, Trial Judgement of 14 December 1999 (IT-95-10-T).
- *Kordić and Čerkez*, Trial Judgement of 26 February 2001 (IT-95-14/2-T).

- *Krstić*, Trial Judgement of 2 August 2001 (IT-98-33-T).
- *Kunarac et al.*, Trial Judgement of 22 February 2001 (IT-96-23 & 23/1-T).
- *Kunarac et al.*, Appeals Chamber Judgement of 12 June 2002 (IT-96-23 & 23/1-A).
- *Kupreskyć*, Trial Judgement of 14 January 2000 (IT-95-16-T).
- *Kupreskyć*, Appeals Chamber Judgement of 23 October 2001 (IT-95-16-A).
- *Mucic et al.*, Trial Judgement of 16 November 1998 (IT-96-21-T).
- *Tadić*, Trial Judgement of 7 May 1997 (IT-94-1-T).

OPINIONES CONSULTIVAS

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

- *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories*, Advisory Opinion of 9 July 2004, disponible en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm>
- *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion of 28 May 1951, ICJ, Reports, 1951.
- *Sahara Occidental*, Avis consultatif du 16 octobre 1975, Recueil des Arrêts, 1975.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Opinión Consultiva OC-6/86, *Solicitada por el Gobierno de la República Oriental de Uruguay. La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6.
- Opinión Consultiva OC-18/03, *Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18.
- Opinión Consultiva OC-14/94, *Solicitada por la Comisión IDH, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de 9 de diciembre de 1994. Serie A n.º 14.

II. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, aprobada el 9 de diciembre de 1948 mediante Resolución 260 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, durante el tercer período de sesiones.
- *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, aprobada el 10 de diciembre de 1984 mediante Resolución 39/46 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, durante el trigésimo noveno período de sesiones (*Recopilación de instrumentos internacionales*. vol. I (Primera Parte) Instrumentos de carácter universal, Documento de las Naciones Unidas ST/HR/1/Rev.5 (vol. I, Parte 1)).
- *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, aprobada el 25 de noviembre de 1968 Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General, durante el vigésimo tercer período de sesiones (Documento de las Naciones Unidas A/7218).
- *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, aprobada el 12 de enero de 2007 mediante Resolución 61/177 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, durante el sexagésimo primer período de sesiones (Documento de las Naciones Unidas A/RES/61/177).
- *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, aprobada el 23 de mayo de 1969 (UN Treaty Series, vol. 1155, p. 331, Documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/27 (1969)).
- *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, (aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su 56º período de sesiones (2001) y recibido por la Asamblea General en 2002 mediante la Resolución A/RES/56/83, pp.1-14). El texto de los artículos acompañado de los correspondientes comentarios de la Comisión figura en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001, Volumen II, Segunda parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo período de sesiones*, documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), pp. 76-153.
- *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, aprobado el 17 de julio de 1998 (Documento de las Naciones Unidas A/CONF. 183/9).
- *Édit de Nantes en faveur de ceux de la religion prétendue réformée*, Paris le 25 février 1599. Disponible en http://huguenotsweb.free.fr/histoire/edit_nantes.htm
- *Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*, de 18 de octubre de 1907.

- *Tratado de Paz de Versalles*, de 28 de junio de 1919.
- *Convención concerniente al tratamiento de prisioneros de guerra*, Ginebra, 27 de julio de 1929.
- *I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, de 12 de agosto de 1949.
- *II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar*, de 12 de agosto de 1949.
- *III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, de 12 de agosto de 1949.
- *IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, de 12 de agosto de 1949.
- *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, 8 de junio de 1977).
- *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional* (Protocolo II, 8 de junio de 1977).
- *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional* (Protocolo III, 8 de diciembre de 2005).
- *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, aprobada el 24 de octubre de 1970 mediante Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el vigésimo quinto período de sesiones.
- *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad*, aprobados el 3 de diciembre de 1973 mediante Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, durante el vigésimo octavo período de sesiones.
- *Carta de derechos y deberes económicos de los Estados*, aprobada el 12 de diciembre de 1974 mediante Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, durante el vigésimo noveno período de sesiones.

-
- *Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, Compendio de instrumentos internacionales pertinentes* (documento de las Naciones Unidas A/CN.4/368).
 - *Protocolo de Minnesota* de 1991, Manual sobre la prevención e investigación efectiva de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias (Documento de las Naciones Unidas E/ST/CSDHA/.12 (1991)).
 - *Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, aprobada el 18 de diciembre de 1993 mediante Resolución 47/133 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, durante el cuadragésimo séptimo período de sesiones (Documento de las Naciones Unidas A/RES/47/133).
 - *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, aprobada el 8 de marzo de 1999 mediante Resolución 53/144 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, durante el quincuagésimo tercer período de sesiones (Documento de las Naciones Unidas A/RES/53/144).
 - *Declaración y Programa de Acción de Viena*, aprobados el 12 de julio de 1993, por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena del 14 al 25 de junio de 1993 (Documento de las Naciones Unidas A/CONF.157/23).
 - *Protocolo de Estambul* de 1999, Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Documento de las Naciones Unidas HR/P/PT/8 (1999)).
 - *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction (Princeton Principles)*, 2001. Disponible en www.princeton.edu/~lapa/unive_jur.pdf.
 - Naciones Unidas, *Derechos Humanos: Recopilación de Instrumentos Internacionales. Instrumentos de carácter universal, vol. I (primera y segunda partes)*, documentos ST/HR/1/Rev.6 (Vol. 1, Part 1) y ST/HR/1/Rev.6 (Vol. 1, Part 2), Nueva York y Ginebra, 2007.
 - *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, aprobados el 16 de diciembre de 2005, mediante Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, durante el sexagésimo período de sesiones (Documento de las Naciones Unidas A/RES/60/147).
 - *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Roma 4 de noviembre de 1950, revisado de

conformidad con el Protocolo no 11 completado por los Protocolos n.º 1 y 6 por la Secretaria del TEDH, junio de 2010.

- *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.
- *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, suscrita en Belém do Pará, Brasil, 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General de la OEA.
- *Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados*, hecha en Ginebra el 10 de octubre de 1980. En Instrumento de Ratificación, Boletín Oficial del Estado del Reino de España, jueves 14 de abril de 1994, Núm. 89.
- *Treaty of Westphalia. Peace Treaty between the Holy Roman Emperor and the King of France and their respective Allies*, en base de datos de la Universidad de Yale, Avalon Project, disponible en http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp.

III. INFORMES Y OTROS DOCUMENTOS DEL SISTEMA DE LAS NACIONES UNIDAS Y DE OTRAS FUENTES INTERNACIONALES Y REGIONALES

SECRETARIO GENERAL

- Study submitted by Secretary General, *Question of the non-applicability of statutory limitation to war crimes and crimes against humanity*, of 15 February 1966 (Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/906).
- Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, 3 de mayo de 1993 (Documento de las Naciones Unidas S/25704).
- Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, sobre el establecimiento de un Tribunal Espacial para Sierra Leona, de 2 de octubre de 2000 (Documento de las Naciones Unidas S/2000/915).
- Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre *Impunidad* de 28 de diciembre de 2000 (Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2001/88).
- Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, 3 de agosto de 2004 (Documento de las Naciones Unidas S/2004/616).

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 40 del Pacto, Proyecto de observaciones finales: España*, de 27 de octubre de 2008 (Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/ESP/CO/5).
- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina*, 5 de abril de 1995 (Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.46).
- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Observación General 20 sobre el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas*, aprobada el 10 de abril de 1992, durante la cuadragésima cuarta Sesión (Documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev. 7).

- Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, caso *Lyashkevich vs. Belarús*, de 3 de abril de 2003, Comunicación n.º 887/1999 (Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/77/D/950/2000).
- Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, caso *Khalilova vs. Tayikistán*, de 30 de marzo de 2005, Comunicación n.º 973/2001 (Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/83/D/973/2001).
- Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, caso *Valichon Aliboev vs. Tayikistán*, de 16 de noviembre de 2005, Comunicación n.º 985/2001 (Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/85/D/985/2001).

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

- Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission: Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1, of the of the International Law Commission*. - Memorandum submitted by the Secretary-General. Nueva York, Lake Success, 1949 (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/1/Rev.1).
- Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, período comprendido entre el 5 de junio y el 29 de julio de 1950, Quinto período de sesiones, Suplemento n.º 12 (Documentos oficiales de la Asamblea General, A/1316)
- Primer Informe sobre el Derecho de los Tratados, elaborado por H. Lauterpacht, Relator Especial, 1953 (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/63).
- Tercer Informe sobre el Derecho de los Tratados, 1958, elaborado por G. G. Fitzmaurice, Relator Especial (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/115 y Corr. 1), en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1958, vol. II.
- Cuarto Informe sobre el Derecho de los Tratados, 1959, elaborado por G. G. Fitzmaurice, Relator Especial (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/120), en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 1959, vol. II.
- Segundo Informe sobre el Derecho de los Tratados 1963, elaborado por Sir Humphrey Waldock, Relator Especial (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/156 y Add. 1-3), en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, vol. II.

- Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados y comentarios de 1966, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, decimoctavo período de sesiones, en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, vol. II (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1966/Add.1).
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Exposición de H. Waldock, Relator Especial, Primer período de sesiones Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968), Actas, Nueva York, 1969 (Documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/11).
- Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1976, Vol. II (Segunda Parte), Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su vigésimo octavo período de sesiones (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1976/Add.1 (Part 2)).
- Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1980, Vol. II (Segunda Parte), Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su trigésimo segundo período de sesiones (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (Part 2)).
- Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1985, Vol. II (Segunda Parte) Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su trigésimo séptimo período de sesiones (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1985/Add.1 (Part 2)).
- Informe preliminar sobre la responsabilidad de los Estados, elaborado por Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial, 18 y 27 de mayo de 1988 (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/416, en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1988, vol. II).
- Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, títulos y textos de los artículos aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en su cuadragésimo octavo período de sesiones, 8 de julio de 1996 (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/L.532 [y Corr. 1 a 3], en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1996, Vol. II, Segunda Parte).
- Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1996, Vol. II, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1996/Add.1, (Part. 2)).

- Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1998, Vol. II, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo período de sesiones (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1998/Add.I, (Part. 2)).
- Texto del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, Vol. II (Segunda parte), Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones (Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/2001/Add. 1 (Part 2)).

CONSEJO DE SEGURIDAD

- Resolución 1067 (1996) del Consejo de Seguridad, *sobre las Conclusiones del informe de la OACI en relación con el derribo de dos aeronaves civiles por aeronaves militares cubanas*, aprobada en su 3683ª Sesión, celebrada el 26 de julio de 1996 (Documento de las Naciones Unidas S/RES/1067(1996)).
- Resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad, *sobre la situación en Sierra Leona*, aprobada en su 4186ª Sesión, celebrada el 14 de agosto de 2000 (Documento de las Naciones Unidas S/RES/1315 (2000)).

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL

- Resolución 1074 D (XXXIX) del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, trigésimo noveno período de sesiones, *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad*, 28 de julio de 1965 (Documento de las Naciones Unidas E/4117).
- Resolución 1158 (XLI) del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, cuadragésimo primer período de sesiones, *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad*, 5 de agosto de 1966 (Documento de las Naciones Unidas E/4264).
- Resolución 1989/65 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*, 24 de mayo de 1989 (Documento de las Naciones Unidas E/1989/91).
- Resolución 2005/66 de la Comisión de Derechos Humanos, *El derecho a la verdad*, aprobada sin votación el 20 de abril de 2005 (Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/L.10/Add.17).

- Resolución 2005/35 de la Comisión de Derechos Humanos, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, 20 de abril 2005 (Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/RES/2005/35).
- Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Informe revisado y actualizado sobre la Cuestión de la Prevención y la Represión del Crimen del Genocidio*, preparado por el Sr. B. Whitaker, 2 de julio de 1985 (Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1985/6).
- Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Estudio sobre las leyes de amnistía y sobre el papel que desempeñan en la salvaguardia y promoción de los derechos humanos*, presentado por el Sr. Louis Joinet, Relator Especial sobre la amnistía, 15 de agosto de 1985 (Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1).
- Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)*, preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1995/35 de la Subcomisión, 20 de junio de 1996 (Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1996/18).
- Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)* preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión (Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1).
- Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Informe actualizado sobre Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, elaborado por Diane Orentlicher, 8 de febrero de 2005 (Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/102/Add.1).

ASAMBLEA GENERAL

- Resolución 3 (I) de la Asamblea General, primer período de sesiones, *Extradición y castigo de criminales de guerra*, trigésima segunda sesión plenaria, 13 de febrero de 1946.

- Resolución 95 (I) de la Asamblea General, primer período de sesiones, *Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg*, quincuagésima quinta reunión plenaria, 11 de diciembre de 1946.
- Resolución 96 (I) de la Asamblea General, primer período de sesiones, *El crimen de Genocidio*, quincuagésima quinta reunión plenaria, 11 de diciembre de 1946.
- Resolución 375 (IV) de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, *Proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados*, 6 de diciembre de 1949.
- Resolución 488 (V) de la Asamblea General, quinto período de sesiones, *Formulación de los principios de Nuremberg*, 12 de diciembre de 1950.
- Resolución 799 (VIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, octavo período de sesiones, *Petición de codificación de los principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado*, 7 de diciembre de 1953.
- Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, decimoquinto período de sesiones, *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*, 14 de diciembre de 1960.
- Resolución 2338 (XXII) de la Asamblea General, vigésimo segundo período de sesiones, *Cuestión del Castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad*, 18 de diciembre de 1967.
- Resolución 3220 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, vigésimo noveno período de sesiones, *Asistencia y Cooperación para Localizar a las Personas Desaparecidas o Muertas en Conflictos Armados*, 6 noviembre de 1974.
- Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, vigésimo noveno período de sesiones, *Definición de la Agresión*, 14 de diciembre de 1974.
- Resolución 3450 (XXX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, trigésimo período de sesiones, *Personas desaparecidas en Chipre*, 9 noviembre de 1975 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/3450(XXX)).
- Resolución 32/118 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, trigésimo segundo período de sesiones, *Protección de los derechos humanos en Chile*, 16 de diciembre de 1977 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/32/118).

- Resolución 32/128 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, trigésimo segundo período de sesiones, *Personas desaparecidas en Chipre*, 16 de diciembre de 1977 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/32/128).
- Resolución 33/172 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, trigésimo tercer período de sesiones, *Personas desaparecidas en Chipre*, 20 de diciembre de 1978 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/33/172).
- Resolución 33/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, trigésimo tercer período de sesiones, *Personas desaparecidas*, 20 de diciembre de 1978 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/33/173).
- Resolución 34/179 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, trigésimo cuarto período de sesiones, *Derechos humanos en Chile*, 7 de febrero de 1980 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/34/179).
- Resolución 35/188 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, trigésimo quinto período de sesiones, *Protección de los derechos humanos en Chile*, 15 de diciembre de 1980 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/35/188).
- Resolución 35/193 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, trigésimo quinto período de sesiones, *Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*, 15 de diciembre de 1980 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/35/193).
- Resolución 36/163 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, trigésimo sexto período de sesiones, *Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*, de 16 de diciembre de 1981 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/36/163).
- Resolución 37/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, trigésimo séptimo período de sesiones, *Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*, 17 de diciembre de 1982 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/37/180).
- Resolución 38/94 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, trigésimo octavo período de sesiones, *Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*, 16 de diciembre de 1983 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/38/94).
- Resolución 39/111 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, trigésimo noveno período de sesiones, *Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*, 14 de diciembre de 1984 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/39/111).

- Resolución 40/145 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuadragésimo período de sesiones, *Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Chile*, 13 de diciembre de 1985 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/40/145).
- Resolución 40/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuadragésimo período de sesiones, *Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*, 13 de diciembre de 1985 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/40/147).
- Resolución 41/145 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuadragésimo primer período de sesiones, *Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*, 4 de diciembre de 1986 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/41/145).
- Resolución 42/142 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuadragésimo segundo período de sesiones, *Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*, 7 de diciembre de 1987 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/42/142).
- Resolución 42/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuadragésimo segundo período de sesiones, *Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Chile*, 7 de diciembre de 1987 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/42/147).
- Resolución 43/159 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuadragésimo tercer período de sesiones, *Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*, 8 de diciembre de 1988 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/43/159).
- Resolución 44/160 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuadragésimo cuarto período de sesiones, *Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*, 15 de diciembre de 1989 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/44/160).
- Resolución 45/165 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuadragésimo quinto período de sesiones, *Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*, 18 de diciembre de 1990 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/45/165).
- Resolución 46/125 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuadragésimo sexto período de sesiones, *Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*, 17 de diciembre de 1991 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/46/125).
- Resolución 47/132 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuadragésimo séptimo período de sesiones, *Cuestión de las desapariciones*

forzadas o involuntarias, 22 de febrero de 1993 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/47/132).

- Resolución 48/149 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuadragésimo octavo período de sesiones, *Situación de los derechos humanos en El Salvador*, 7 de marzo de 1994 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/48/149).
- Resolución 55/118 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, quincuagésimo quinto período de sesiones, *Situación de los derechos humanos en Haití*, 4 de diciembre de 2000 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/55/118).
- Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, quincuagésimo sexto período de sesiones, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Tema 162 del programa, 28 de enero de 2002 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/56/83).
- Resolución 57/105 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, quincuagésimo séptimo período de sesiones, *Asistencia para el socorro humanitario, la rehabilitación y el desarrollo de Timor-Leste*, 25 de noviembre de 2002 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/57/105).
- Resolución 57/161 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, quincuagésimo séptimo período de sesiones, *Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala*, 16 de diciembre de 2002 (Documento de las Naciones Unidas A/RES/57/161).
- *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados* (26 de marzo a 24 de mayo de 1968), primer período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión plenaria (Documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/11, (1969)).
- *United Nations Conference on the Law of Treaties*, Second session, Vienna 9 April-24 May 1969, Summary records of the plenary meetings of the Committee of the Whole (Documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/11/Add. 1, (1970), en inglés y francés solamente).
- *United Nations Conference on the Law of Treaties*, First and Second sessions, Vienna 26 de March-24 May 1968 and 9 April-24 May 1969, Documents of the Conference (Documento de las Naciones Unidas A/CONF. 39/11/Add.2, (1971), en inglés y francés solamente).
- Corte Penal Internacional, *Elementos de los Crímenes*, Documentos del Informe de la Comisión Preparatoria (Documento de las Naciones Unidas PCNICC/2000/1/Add.2 (2000)).

INFORMES DE ORGANISMOS REGIONALES

- UNIÓN AFRICANA-UNIÓN EUROPEA, *Informe del Grupo de Expertos Técnicos Ad hoc UA-UE sobre el principio de jurisdicción universal*, Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 2009 (8672/1/09 Rev. 1)
- CIDH, Informe Anual 1985-1986, 26 septiembre 1986 (OEA/Ser.L/V/II.68. Doc. 8 Rev. 1).
- CIDH, Informe n.º 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311: *Argentina*, 2 de octubre de 1992, en Informe anual 1992-1993 (OEA/Ser.L/V/II. 83, Doc. 14 Rev. (1993)).
- CIDH, Informe n.º 136/99, caso 10.488, *Ignacio Ellacuría, S. J. y otros vs. El Salvador*, 22 de diciembre de 1999, en Informe Anual 1999 (OEA/Ser.L/V/II. 106, Doc. 3 Rev. (1999)).
- CIDH, Informe n.º 36/96, caso 10.843, *Garay Herмосilla y otros vs. Chile*, 15 de octubre de 996, en Informe Anual 1996 (OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 Rev. (1997)).
- CIDH, Informe n.º 21/00, caso 12.059, *Carmen Aguiar de Lapacó vs. Argentina*, 29 de febrero de 2000, en Informe Anual 1999 (OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3 Rev. (1999)).
- CIDH, Informe n.º 28/00, caso 11.528, *Barrios Altos (Chambipura y otros) vs. Perú*, 7 de marzo de 2000, en Informe Anual 2000 (OEA/Ser.L/V/II. 111, Doc. 20 rev. (2000)).
- CIDH, Informe n.º 19/03, caso 11.725, *Carmelo Soria Espinoza vs. Chile* (OEA/Ser./L/V/II.118 Doc. 70 Rev. (2003)).
- COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO, *Memoria del silencio*, Informe final, Guatemala: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 1999.