XIV H/Vol, 152 C

KAI AMBOS

Doctor en Derecho (Munich). Referente científico del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (Friburgo de Brisgovia, Alemania), encargado de las secciones de Derecho Penal Internacional y de Hispanoamérica.

IMPUNIDAD Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Con la colaboración de

MÓNICA KARAYAN

2ª edición actualizada y revisada

AD-HOC S.R.L.

Buenos Aires - Argentina

Tapa: *Rosana Fuentes (1962)*
"1/10 de 30.000"
(Trabajo en proceso)
Acrílico sobre cartón *passe partoud*
(3.000 piezas de 7 x 7 cm.)
Foto: *Daniel Kiblisky*

Primera edición: 1997 (Colombia)
Segunda edición: diciembre, 1999 (Argentina)

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

DIRECCIÓN EDITORIAL
Dr. Rubén Villela 2003/1197

Copyright by AD-HOC S. R. L.
Dirección, Administración y Correspondencia:
Viamonte 1450 - Tel./Fax: 4371-0778
1055 Buenos Aires, República Argentina
E-mail: info@adhoc-villela.com
Internet: www.adhoc-villela.com

Printed in Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723
ISBN: 950-894-214-2

Para Vânia, Lara y Patrick

"Desde el origen de la humanidad hasta la época contemporánea, la historia de la impunidad es la historia de un conflicto perpetuo y de una extraña paradoja: un conflicto entre el oprimido y el opresor, la sociedad civil y el Estado, la conciencia humana y la barbarie; la 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 lucha contra la impunidad."

(UN-ECOSOC-CHR-Subcommission, 1996, par. 26, del original español).

"No nos pidan explicaciones porque no las daremos, como no las darían nuestro enemigos si hubieran ganado la guerra."

(Leopoldo Galtieri, ex comandante del Ejército Argentino, según Verbitsky, 1995, p. 79).

"Si no logramos elaborar el duelo y cerrar las heridas no tendremos futuro, no debemos negar más el horror vivido y así poder pensar en nuestra vida como sociedad hacia adelante, superando la pena y el sufrimiento.

...asumo nuestra parte de la responsabilidad de los errores de esta lucha entre argentinos que hoy nos vuelve a conmover."

(Martín Antonio Balza, jefe del Estado Mayor General del Ejército Argentino).

"Que nadie crea poder con valores como objetividad y legalidad responder a las últimas cuestiones de Derecho y dominar los más difíciles problemas del Derecho. La objetividad y la legalidad son suficientes mientras la dirección del Estado esté en manos decentes, pero si, como diría Augustinus, el Estado se convierte en una banda de ladrones, entonces sólo puede ayudar la fe en valores superiores, entonces la candente llama de la justicia tiene que atravesar cualquier consideración y miedo."

(Gustav Radbruch)

ÍNDICE

Presentación, por Kai Ambos 15
Prólogo a la edición castellana, por Albin Eser 17
Prólogo de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos del Perú, por Sofía Macher 19
Prólogo del director de la Revista de Ciencias Penales de Uruguay, por Gonzalo D. Fernández 21
Abreviaturas 23

CAPÍTULO I

IMPUNIDAD Y DERECHOS HUMANOS

1. *Impunidad* 33
   1.1. Concepto y aspectos histórico-legales 33
   1.2. Formas de aparición de la impunidad 34
      1.2.1. Impunidad jurídico-material 35
      1.2.2. Impunidad procesal 39
      1.2.3. La impunidad como problema estructural 41
2. *Derechos humanos* 43
   2.1. Derechos humanos y persecución penal 43
   2.2. Las violaciones de derechos humanos y el derecho penal internacional 44
      2.2.1. Los criterios de examen 44
      2.2.2. Derecho penal internacional versus macrocriminalidad 48
3. *Síntesis: impunidad y derechos humanos en el presente análisis* ... 51
   3.1. Las dimensiones fácticas de la impunidad en Colombia, Perú, Bolivia, Chile y Argentina 51
   3.2. Las dimensiones normativas de la impunidad en Colombia, Perú, Bolivia, Chile y Argentina 53
      3.2.1. "Leyes de impunidad" 53
         3.2.1.1. Derecho constitucional y derecho penal general 53

3.2.1.2. Las disposiciones sobre amnistía e indulto ... 54
3.2.1.3. Disposiciones especiales ... 55
3.2.2. Jurisdicción militar ... 56
3.2.2.1. Delitos ... 56
3.2.2.2. Competencias ... 57
3.2.2.3. Organización judicial ... 58
3.2.2.4. Principios del Estado de derecho ... 58
3.2.2.5. Obstáculos para la condena ... 59
3.2.3. Estados de excepción ... 59
3.2.4. Conclusiones ... 60

CAPÍTULO II

DEBERES DE PENALIZACIÓN EN CASO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

1. *Tratados internacionales* ... 66
1.1. Tratados generales de derechos humanos ... 66
1.1.1. Disposiciones de "respetar y asegurar" ("respect and ensure") 69
1.1.2. Disposiciones sobre "derecho a un recurso" ("right to a remedy") ... 73
1.2. Tratados especiales en materia de derechos humanos ... 75
1.2.1. Tortura ... 75
1.2.2. Ejecuciones extrajudiciales y "desapariciones forzadas" 77
1.3. Resultado parcial 1 ... 79
2. *Derecho internacional consuetudinario vs. principios generales del derecho internacional* ... 79
2.1. Problemas para fundamentar el derecho internacional consuetudinario de los derechos humanos ... 79
2.2. Principios generales del derecho como concepto más convincente 85
2.3. Fuentes ... 88
2.3.1. Fuentes generales ... 89
2.3.1.1. Art. 55 c), 56 Carta de la ONU ... 89
2.3.1.2. Derecho internacional humanitario ... 89
2.3.1.3. Crímenes contra la humanidad ... 95
2.3.1.4. Reconocimiento de responsabilidad individual 97
2.3.1.5. Derecho internacional de extranjería y responsabilidad estatal ... 102
2.3.1.6. Jurisprudencia internacional y nacional ... 106
2.3.1.7. "Soft law" ... 107
2.3.2. Fuentes especiales ... 110
2.3.2.1. Tortura ... 110

2.3.2.2. Ejecuciones extrajudiciales ... 111
2.3.2.3. "Desapariciones forzadas" ... 113
2.4. Resultado parcial 2 ... 116
3. *Resultado* ... 117

CAPÍTULO III

LA COMPATIBILIDAD DE LAS "LEYES DE IMPUNIDAD" CON EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1. *Requisitos del derecho penal internacional* ... 126
1.1. Amnistías ... 126
1.1.1. Límites de derecho material ... 126
1.1.2. Autofavorecimiento vs. favorecimiento de terceros ... 129
1.1.3. Amnistías y estado de emergencia ... 131
1.1.4. Violación autónoma del derecho a un recurso ("right to a remedy?") ... 135
1.2. Indultos ... 141
1.3. Otras reglas (procesal-penales) ... 143
1.3.1. Atenuación y reglas análogas ... 143
1.3.2. Reglas que impiden la persecución, especialmente las disposiciones sobre prescripción ... 143
1.4. Conclusiones ... 145
2. *Comparación estructural de las "normas de impunidad" vigentes* . 147
2.1. Denominación y objeto ... 152
2.2. Tipo ... 152
2.3. Consecuencias jurídicas ... 154
2.4. Otros aspectos ... 155
2.5. Conclusiones ... 156
3. *Violación a los límites penales y constitucionales* ... 157
3.1. Derecho penal internacional ... 157
3.1.1. Colombia ... 158
3.1.2. Perú ... 159
3.1.3. Chile ... 162
3.1.4. Argentina ... 162
3.2. Derecho constitucional ... 163
3.2.1. La discusión chilena ... 163
3.2.1.1. La posición de la jurisprudencia ... 163
3.2.1.2. La posición en la doctrina ... 168
3.2.2. La discusión argentina ... 175
3.2.2.1. La ley de punto final ... 175
3.2.2.2. Los indultos ... 182
3.3. Conclusiones ... 186

CAPÍTULO IV

JUSTICIA MILITAR E IMPUNIDAD

1. *La justicia militar como factor de impunidad* 191
1.1. Situación actual 191
1.2. Causas 191
1.2.1. Causas normativas 192
1.2.2. Causas fácticas 195
2. *Puntos de partida normativos para disminuir la impunidad* 199
2.1. Sobre la competencia de los tribunales militares 199
2.1.1. La interpretación de las disposiciones vigentes por la jurisprudencia 199
2.1.1.1. Colombia 200
2.1.1.2. Perú 210
2.1.1.3. Chile 212
2.1.1.4. Argentina 215
2.1.1.5. Resumen 218
2.1.2. Los criterios de la doctrina 219
2.1.2.1. Los delitos contemplados (reflexiones vinculadas al delito) 219
2.1.2.2. Las personas contempladas (reflexiones vinculadas a la persona) 224
2.1.2.3. Exigencias político-jurídicas 225
2.1.2.4. Resumen 227
2.2. Reformas inmanentes al sistema 227
2.2.1. Conformación de los tribunales militares 228
2.2.2. Participación de las víctimas en los procesos 229
2.2.3. Fortalecimiento de los controles civiles 230
2.2.4. Complementos del derecho penal militar 231
3. *Conclusiones y propuestas concretas de reforma* 232

CAPÍTULO V

ACTUACIÓN EN CUMPLIMIENTO DE ÓRDENES E IMPUNIDAD

1. *Requisitos del derecho penal internacional* 240
1.1. La jurisprudencia internacional desde Nuremberg 240
1.2. La normatividad y la doctrina internacional 244
1.2.1. Actuación en cumplimiento de órdenes como causal de exclusión de la punibilidad 244
1.2.2. Actuación en cumplimiento de órdenes como causal de atenuación punitiva 252

1.2.3. La responsabilidad del superior 253
1.3. Resumen 257
2. *Derecho internacional y derecho nacional* 258
2.1. Colombia 261
2.2. Perú 264
2.3. Bolivia 266
2.4. Chile 267
2.5. Argentina 270
2.5.1. Las disposiciones generales (CP y CJM) 270
2.5.2. La ley de "obediencia debida" 275
2.6. Resumen 278
3. *Conclusiones comparadas* 280

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES POLÍTICO-CRIMINALES

1. *Conclusiones* 285
2. *Recomendaciones político-criminales* 287

CAPÍTULO VII

CONSIDERACIÓN ESPECIAL
EL CASO PINOCHET Y EL DERECHO APLICABLE

1. *Competencia penal de los Estados europeos* 304
1.1. España 304
1.2. Otros Estados 308
2. *Cuestiones relativas a la extradición* 311
2.1. Doble incriminación 311
2.2. Derecho procesal 315
2.3. Obstáculos a la extradición 315
3. *Inmunidad de un ex jefe de Estado* 317
3.1. Nota preliminar: inmunidad estatal e inmunidad diplomática 317
3.2. ¿Procede también la inmunidad estatal en caso de crímenes internacionales? 320
3.2.1. Las decisiones de la High Court y de la House of Lords 320
3.2.2. Sobre la limitación de la inmunidad en base a consideraciones jurídico-comerciales 324
3.2.3. Limitaciones basadas en los derechos humanos 325
3.2.4. Repercusiones para el régimen jurídico nacional de la inmunidad 330
4. *Conclusión* 331

CAPÍTULO VIII

INFORMES ESPECIALES SOBRE PERÚ Y URUGUAY

– *La impunidad en el Perú,* por Iván BAZÁN CHACÓN 335
1. Situación fáctica 335
2. La situación jurídica de la impunidad 339
3. Acciones desde el movimiento de derechos humanos 340
4. Intervención de la comunidad internacional 341
5. Programa actualizado sobre Perú 344
– *Elaboración jurídico-penal del pasado tras un cambio de sistema político en el Uruguay,* por Gonzalo D. FERNÁNDEZ 345
1. Evolución histórica 345
2. Criminalidad política y terrorismo de Estado 347
2.1. Caracterización del cambio de sistema político ocurrido en el país 347
2.2. Determinación de los fenómenos de criminalidad política ocurridos en el pasado 349
3. La persecución penal bajo el régimen democrático. 350
4. La impunidad 352
5. Conclusiones 355
6. Bibliografía 356

ANEXOS DOCUMENTALES

I. Lista de disposiciones contempladas en los instrumentos internacionales que prohíben la impunidad 361
II. Proyecto de Convención Internacional sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas 381
III. Tipificación nacional de crímenes de lesa humanidad 403
IV. Proyecto de Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas contra la impunidad 413
V. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1998/53 sobre "impunidad" 429
VI. Mensaje del jefe del Estado Mayor General del Ejército, teniente general Martín Antonio Balza 433
VII. Registro de los casos de derechos humanos analizados 437

Bibliografía 439

PRESENTACIÓN

La impunidad *(impunity)* de las violaciones a los derechos humanos es desde hace varios años objeto de intensas discusiones tanto a nivel nacional como internacional. Por esta razón cada vez más y más se plantea el problema en el ámbito de las investigaciones de la ciencia jurídica. El tema, sin embargo, prescindiendo de algunas publicaciones norteamericanas, casi no ha sido objeto de especial consideración en relación con la situación en Latinoamérica. Este trabajo pretende suplir este vacío. Se dirige no sólo al público científico, sino que también puede servir de base científica a las personas y organizaciones que se ocupan a diario de la defensa de los derechos humanos.

El origen de este trabajo se remonta a un seminario de la sección alemana de la Comisión Internacional de Juristas sobre la problemática de los derechos humanos en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (Friburgo de Brisgovia, Alemania) en el año 1989. Primero se publicaron los resultados de la investigación en Alemania (*Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Zur 'impunidad' in südamerikanischen Ländern aus völkerstrafrechtlicher Sicht,* Friburgo de Brisgovia, 1997), poco después salió una versión en castellano (*Ambos*, 1997e) que, sin embargo, sufre de muchos errores de traducción y de edición. Por ello y por la importancia del tema decidí preparar una nueva edición totalmente revisada, actualizada y complementada (ver en particular los capítulos VII y VIII y los anexos). Esta edición se dedica, partiendo de un capítulo explicativo sobre las dimensiones de la impunidad (capítulo I), esencialmente a la problemática de la compatibilidad de la impunidad con el derecho penal internacional. Se analizan los deberes de penalización derivados del derecho penal internacional (capítulo II), la compatibilidad de las *leyes de impunidad* con el derecho penal internacional (capítulo III), la relación entre justicia militar e impunidad (capítulo IV) y el importante concepto de la actuación en cumplimiento de órdenes (capítulo V), para terminar con conclusiones y algunas recomendaciones (capítulo VI). Como contribuciones especiales la obra incluye antecedentes sobre la persecución penal del senador Augusto Pinochet en Europa (capítulo VII), y sobre la situación de la impuni-

dad en el Perú y Uruguay (capítulo VIII). Los anexos contienen documentos importantes —tanto internacionales como nacionales— de la lucha contra la impunidad.

Esta investigación no habría sido posible sin las condiciones inigualables del Instituto Max-Planck, tanto personales como técnicas. A lo cual se sumó el apoyo de los numerosos colegas del Instituto y de Latinoamérica. Ante todo quiero manifestar mi agradecimiento al profesor Dr. Dr. h.c. Albin Eser, director del Instituto, por su apoyo y confianza durante tantos años. A mi maestro de Derecho Público Internacional, el profesor Dr. Bruno Simma, Munich, le agradezco sus sugerencias y críticas a mi tesis sobre el deber internacional de penalización en casos de graves violaciones a los derechos humanos. Asimismo le agradezco a los profesores Dres. Jochen Abr. Frowein y Rüdiger Wolfrum, directores del Instituto Max-Planck de Derecho Público Extranjero e Internacional (Heidelberg), por haberme permitido discutir en su Instituto parte de mi trabajo. Agradezco también a los funcionarios del Centro de Derechos Humanos de la ONU y de la Biblioteca de la ONU en Ginebra, en particular al señor Dr. Werner Simon, la amistosa acogida durante los tres meses de mi estancia allí y la cooperación posterior.

Las organizaciones de derechos humanos, tanto de carácter nacional como internacional, que me enviaron el material legal que sirvió de base para la investigación, se encuentran citadas en numerosas partes del trabajo. De los colegas latinoamericanos que me ayudaron en la preparación de la edición castellana debo mi agradecimiento, en primer lugar, a la traductora del texto original, la Sra. Marcela Anzola (Colombia). En la presente edición conté con la inestimable asistencia de la Sra. Monica Karayan (Buenos Aires, Argentina) que revisó toda la versión en castellano. Además, debo agradecimientos al Prof. Enrique García Vitor (Argentina) por la revisión idiomática de los capítulos I, II, IV, V, a la Sra. Hermilda Sierra (Colombia) por la revisión del capítulo III y al Sr. Oscar Julián Guerrero (Colombia) y a la Dra. Inmaculada Ramos (España) por la consulta de algunas cuestiones puntuales. Finalmente, agradezco al Dr. Carlos Caro (Perú) la traducción de una parte del capítulo V. Sin estas personas, y no se trata de una simple fórmula de cortesía, esta versión española no habría visto todavía la luz.

La publicación del trabajo en Latinoamérica fue posible gracias al apoyo financiero del programa de Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer (CIEDLA, Buenos Aires, Argentina) y del Instituto Max-Planck, así como gracias al interés y la colaboración del editor Rubén Villela (Ad-Hoc, Argentina). Agradezco igualmente a las instituciones coeditoras, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos del Perú (CNDDHH), en particular a los Sres. Iván Bazán y Miguel Huerta, y la *Revista de Ciencias Penales* del Uruguay, en particular al Prof. Gonzalo Fernández. *Last but not least,* está mi familia, especialmente mi esposa, a quien agradezco su paciencia y comprensión hacia mi trabajo científico.

Kai Ambos

PRÓLOGO A LA EDICIÓN CASTELLANA

Incluso conjuntos de problemas que habrían merecido desde hace mucho tiempo una investigación científica requieren a veces un impulso externo. En el presente caso lo fueron las Jornadas de la Sección Alemana de la Comisión Internacional de Juristas, que estuvo de visita en octubre de 1989 en el Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional, y que se ocupó de discutir "Problemas de Derechos Humanos en América Latina". A este respecto se ha vuelto francamente claro por demás, que la ajuridicidad no sólo puede tener su fundamento en la falta de protección de los derechos humanos, sino que la situación es apenas menos *ajurídica* cuando, si bien existen normativamente garantías para los derechos humanos, su lesión queda de hecho sin sanción. Mi disposición, ya expresada por entonces, de aceptar el fortalecimiento, también por parte de nuestro Instituto, de la problemática de derechos humanos en América latina, se vio por eso muy favorecida al encontrar en *Kai Ambos,* en el año 1991, un colaborador que, con su tesis doctoral sobre "Los controles de drogas y sus problemas en Colombia, Perú y Bolivia" (*"Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru und Bolivien"*, Friburgo, 1993), no sólo ya se había ocupado científicamente de discutir problemas de ese continente, sino que, en relación con ello, también había podido reunir *in situ* experiencias prácticas.

A primera vista, podría parecer que, la impunidad o no persecución de los derechos humanos, se tratara de un problema en cada caso nacional, que habría que abordar de raíz, configurando los respectivos países su derecho penal y procesal penal en el sentido de una mejor protección de los derechos humanos y persiguiendo también fácticamente de modo consecuente las violaciones a los derechos humanos en el marco de la ley. Pero esto es sólo una cara de la moneda, que además pierde valor en tanto los Estados particulares no configuran su derecho nacional de modo suficientemente favorable a los derechos humanos, o en cuanto, si es que así existe, no lo quieren aplicar de modo efectivo

o no pueden hacerlo. Pero a más tardar frente a esta situación también la comunidad de las naciones es llamada a asegurar la protección de los derechos humanos y a hacer efectiva la persecución de las violaciones, en caso necesario por la cooperación internacional o incluso por el derecho impuesto por vía supranacional. Ante este trasfondo, uno de los objetivos del proyecto consiste también —y no en un plano secundario— en investigar la cuestión de si —y en su caso, en qué medida— se puede fundamentar, por el derecho internacional vigente, no sólo el derecho, sino también el deber de penar las violaciones a los derechos humanos, y qué consecuencias puede tener esto para las disposiciones nacionales contrarias.

La propuesta de tales objetivos ya había adquirido especial actualidad por la instalación de tribunales internacionales para la persecución de crímenes internacionales en la ex Yugoslavia y en Ruanda. Aún más grande esperanza genera el Tribunal Penal Internacional Permanente que fue establecido en el marco de las Naciones Unidas en una conferencia diplomática en Roma en julio de 1998. Por ello, estaba precisamente también en el interés de nuestro Instituto Max-Planck, de participar en estos desarrollos colaborando en un "Proyecto Alternativo" a los proyectos presentados por la Comisión de Derecho Internacional (*International Law Commission).*

Al presentar ahora ante un ámbito más extenso los resultados de nuestro Proyecto sobre *Impunidad* esperamos poder expresar también nuestro interés permanente en problemas político-criminales y jurídico-penales del continente latinoamericano. A fin de que los resultados de nuestro trabajo alcancen a aquellos que están afectados del modo más directo, esta investigación es presentada también en castellano. Así, es de esperar que, con la publicación de esta segunda edición actualizada y modificada, producto del interés generado por la primera, puedan fortalecerse nuevamente las relaciones del Instituto Max-Planck con la cultura del derecho penal y de los derechos humanos de América latina.

Friburgo de Brisgovia, Alemania, febrero de 1999.

Prof. Dr. Dr. h.c. Albin Eser, MCJ
Director del Instituto Max-Planck para el
Derecho Penal Extranjero e Internacional, Friburgo de Brisgovia,
RFA, Catedrático de Derecho Penal, de Derecho Procesal Penal
y Derecho Comparado de la Universidad de Friburgo

PRÓLOGO DE LA *COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS DEL PERÚ*

El tema de la impunidad en América latina despierta el interés no sólo por cuestiones académicas sino por el impacto que ha tenido en la opinión pública latinoamericana, los efectos negativos que ha generado en estas sociedades y que han dejado huellas imborrables. Eso se ha notado claramente en los casos de Argentina y Chile, países en los cuales supuestamente se había logrado una reconciliación, pero que sin embargo luego de décadas de ocurridos los hechos violatorios de derechos humanos, siguen produciéndose controversias sociales, precisamente porque se mantuvo la impunidad. La sed de justicia de las víctimas sigue vigente y latente. El caso "Pinochet", en ese sentido, es paradigmático.

En el caso peruano son alarmantes los extremos a los que la impunidad ha llegado, entendido como política estatal. Y es bueno precisar que no nos referimos a la impunidad que puede generarse por la disfunción del sistema penal, sino a aquella que se plasma como una voluntad política orientada a encubrir hechos violatorios de los derechos humanos. A la impunidad *de facto* que imperaba en el Perú, a través de diversos mecanismos, se estableció la impunidad *de jure* que se impuso a través de las leyes 26.479 y 26.492, emitidas en 1995. Son tan amplias dichas leyes de amnistía, que inclusive llegan al extremo de disponer que no se podrá investigar ningún caso de violación de derechos humanos ocurrido entre 1980 y 1995, aun cuando no se hubiera denunciado.

Además de pretender cerrar el camino para obtener la justicia, en el caso peruano existen serios obstáculos para conseguir una reparación de las víctimas —no se ha dado ninguna norma en este sentido como sí se emitieron en otros países de la región—, así como para establecer la verdad —no existe voluntad política para ello—. Todo esto genera un panorama de desprotección de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

En ese marco la lucha de los organismos de derechos humanos resulta fundamental para impedir que la impunidad perdure; en ese compromiso se

encuentra la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos del Perú y las cincuenta organizaciones que la integran.

Pensamos también que es importante mirar hacia delante y ante la experiencia de nuestros órganos de justicia nacionales, creemos firmemente que deben consolidarse los mecanismos internacionales no sólo para exigir medidas a los Estados para eliminar la impunidad, sino también para sancionar a los responsables de las violaciones de derechos humanos. En ese contexto resulta importante consolidar una Corte Penal Internacional (CPI) que resulte eficaz para ese cometido, para lo cual es fundamental la labor de los organismos no gubernamentales para evitar que la CPI —cuyo Estatuto fue aprobado en Roma en el mes julio de 1998— sea mediatizado por los Estados.

El trabajo del Dr. jur. Kai Ambos, que nos honramos en auspiciar, contribuye a reflexionar sobre la problemática de la impunidad en países de América del Sur a la luz del derecho penal internacional, brindándonos recomendaciones sobre cómo revertir la situación de impunidad actualmente imperante.

Esperamos que la presente obra contribuya a la lucha contra la impunidad.

Lima, marzo de 1999.

Sofía Macher
Secretaria Ejecutiva,
Coordinadora Nacional de Derechos Humanos

PRÓLOGO DEL DIRECTOR DE LA *REVISTA DE CIENCIAS PENALES* DE URUGUAY

Los procesos de restauración democrática desarrollados en América latina, en especial a partir de la década de los ochenta, mantienen todavía —entre otros tantos problemas sociales— una inocultable asignatura pendiente. Me refiero, claro está, a la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos —v. gr.: torturas, asesinatos, desapariciones forzadas, etc.—, cometidas al amparo de las dictaduras militares y en el marco del denominado *terrorismo de Estado*.

Es viable afirmar, en efecto, que la cuestión de la impunidad deja latente, si no retroalimenta, al conflicto social. Por lo pronto, constituye un problema irresuelto, que impide la plena consolidación de un Estado material de derecho, así como el tránsito definitivo hacia la auténtica democracia republicana.

Pues bien, la impunidad —escogida generalmente como opción de política de Estado y alternativa de transición democrática— ha sido objeto de innumerables debates políticos, tanto como de hondas controversias en el terreno filosófico, ya que —en sí misma— ella involucra también una evidente dimensión ética.

No obstante, son relativamente escasos los abordajes del tema en perspectiva jurídico-penal. De algún modo, esa severa polémica entre quienes reivindican la necesidad del juicio y castigo a los culpables, confrontando con aquellos que apuestan a las políticas de perdón y olvido como instrumentos de reconciliación, ha terminado por soslayar, en buena medida, la consideración estrictamente jurídica, desenvolviéndose en el plano preferente de la discusión ideológica.

Por lo tanto, esta significativa carencia de la literatura jurídica especializada viene a subrayar aún más la trascendencia científica de esta obra, que —en nombre de la *Revista de Ciencias Penales*— tengo el honor de presentar en su segunda edición castellana.

Debo hacer abstracción, naturalmente, de los lazos de amistad que me unen al autor, desde varios años atrás. No quiero relegar, además, siquiera por

un instante, su manifiesta inclinación hacia la problemática latinoamericana —no es frecuente hallarla en el ambiente académico europeo—, en la cual no se lee sino una vocación de indefectible solidaridad humana, que se hace presente, al fin y al cabo, en cada línea de este libro.

A la hora del juicio crítico, ateniéndonos a parámetros de austera objetividad, la obra de Kai Ambos alcanza —lo logra *cum laude* —, niveles de verdadera excelencia. Está elaborada en forma minuciosa, con sumo rigor y pulcritud técnica, e inusual acopio bibliográfico. Ambos encara un análisis dogmático y político-criminal de la impunidad, relevando para ello el derecho comparado, con absoluta solvencia y honestidad intelectual.

En particular, me importa destacar el tratamiento de la impunidad hecho desde la óptica del derecho penal internacional (capítulo IV), pues allí reside —a mi entender— su mayor riqueza.

Por fortuna, el derecho penal internacional ha venido resurgiendo con energía en los últimos tiempos —*¡corsi e ricorsi!* —, de modo que la impunidad tiene que ser valorada, conforme lo sugiere el autor, a la luz del deber de persecución penal impuesto a los Estados, en relación a los llamados delitos de lesa humanidad, por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En virtud de lo expuesto, no me resta más que brindarle una calurosa bienvenida a esta segunda edición argentina de la obra, en la seguridad de que ella traduce un aporte científico de real valía.

Y en la seguridad, también, de que esa vocación iushumanista de Kai Ambos, su condición de jurista comprometido con los dramas de nuestro tiempo, se le hará ostensible al lector en cada página y, de un modo u otro, habrá de indicarle el camino para que el respeto irrestricto a los derechos humanos se convierta en una certeza sólidamente cimentada.

Montevideo, marzo de 1999.

Gonzalo D. Fernández
Catedrático de Derecho Penal
Director de la *Revista de Ciencias Penales*

ABREVIATURAS

ADLA	Anales de Legislación Argentina, Argentina
ADN	Acción Democrática Nacionalista, Bolivia
AI	Amnesty International
AJIL	American Journal of International Law
AP	Actualidad Penal, revista española
APRA	Alianza Popular Revolucionaria Americana, Perú
APRODEH	Asociación para los Derechos Humanos, Perú
art.	artículo
arts.	artículos
ASIL	American Society of International Law
AW	Americas Watch (ahora HRW/A)
BayOblG	Bayerisches Oberstes Landesgericht *(Tribunal Regional Superior de Baviera)*
BGBl.	Bundesgesetzblatt - Diario Oficial alemán
BGBl.	Bundesgesetzblatt *(Boletín Oficial de la RFA)*
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal de Alemania)
BGHSt	Decisiones del Tribunal Supremo Federal de Alemania en asuntos penales
BO	Boletín Oficial, Argentina
BT	Bundestag - Parlamento alemán
BVerfG	Bundesverfassungsgericht - Tribunal Constitucional alemán
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht - Tribunal Administrativo Federal alemán
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)
CAJ	Comisión Andina de Juristas, Perú
CAJ-SC	Comisión Andina de Juristas, Seccional colombiana (ahora Comisión Colombiana de Juristas)

CAT	Committee against Torture (Comité contra la Tortura, Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura)
CC	Código Civil o Corte Constitucional (depende del contexto)
CDH	Comité de Derechos Humanos del PIDCP
CDI	Comisión de Derecho Internacional (ONU)
CDJP	Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, revista argentina.
CEDH	Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CELS	Centro de Estudios Legales y Sociales, Argentina
CERD	UN-Committee on the Elimination of Racial Discrimination (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, ONU)
Cf.	Confrontar
CG	Convenciones de Ginebra
CHR	Commission on Human Rights (Comisión de Derechos Humanos de la ONU).
CIDH	Convención Interamericana de Derechos Humanos, Washington D.C., USA
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CINEP	Centro de Investigación y Educación Popular, Colombia
CJM	Código de Justicia Militar, Chile
CJPM	Código de Justicia Penal Militar
CLF	Criminal Law Forum
CMR	Court Martial Reports (EE.UU.) (Informes de la Corte Nacional)
CNCDH	Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, Suiza (Comisión Nacional Consultiva de Derechos del Hombre)
CNDDHH	Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Perú
CNI	Centro Nacional de Informaciones, Chile
CNPZ	Comando Néstor Paz Zamora, Bolivia
CNRR	Corporación Naciónal de Reparación y Reconciliación, Chile
CNVR	Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Chile
Com.	Communication (comunicación)
ComDH	Comisión de Derechos Humanos de la ONU
ComEDH	Comisión Europea de Derechos Humanos
ComIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington D.C., EE.UU.
ComIJ	Comisión Internacional de Juristas, Suiza
comp.	compárese

CONADEP	Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, Argentina
Cons.	Considerando
ConSup.	Consejo Superior
CorteEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica
COT	Código Orgánico de Tribunales
CP	Código Penal
CPI	Corte Penal Internacional
CPM	Código Penal Militar
CPPM	Código de Procedimiento Penal Militar
CPPN	Código Procesal Penal de la Nación
CRF	Comando Rodrigo Franco, Perú
CS	Corte Suprema
CSFA	Consejo Supremo de las FF.AA.
CSJ(N)	Consejo Supremo de Justicia o Corte Suprema de Justicia (de la Nación)
CSJM	Consejo Supremo de Justicia Militar, Perú
CSN	Consejo de Seguridad Nacional
CSupJ	Consejo Superior de la Judicatura
dec.	Decreto
DAS	Departamento Administrativo de Seguridad, Colombia
Dept.	Departmento
DESCO	Centro de Estudios y Promoción del Desarollo, Lima, Perú.
DIML	Dokumentation - und Informationszentrum Menschenrechte in Lateinamerika - Centro de Documentación e Información sobre Derechos Humanos en Latinoamérica, Nuremberg.
DINA	Dirección de Inteligencia Nacional, Chile
dec. ley.	Decreto ley
DLeg	Decreto Legislativo
DO	Diario Oficial
Doc.	documento
DReg	Decreto Reglamentario
DRiZ	Deutsche Richterzeitung, revista alemana
DS	Decreto Supremo
ECOSOC	Economic and Social Council (der UNO) (Consejo Económico y Social de la ONU)
ed.	Editor/edición
EDJ	Estatuto de Defensa para la Justicia, Colombia
EEUU	Estados Unidos

EGTK	Ejército Guerillero Túpac Katari, Bolivia
ej.	ejemplo
EJIL	European Journal of International Law
ELN	Ejército de Liberación Nacional, Colombia y Bolivia
ELNR	Ejército de Liberación Nacional Renovada, Bolivia
EPIL	Encyclopedia of Public International Law, Instalment (Enciclopedia de Derecho Internacional Público)
EPL	Ejército Popular de Liberación, o: Esperanza, Paz y Libertad (ambos Colombia)
ESMA	Escuela de Mecánica de la Armada, Argentina
ETS	European Treaty Series
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift, revista alemana
f.	frase
FAL-ZW	Fuerzas Armadas de Liberación-Zarate Wilka, Bolivia
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
FASIC	Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas, Chile
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung, diario nacional alemán, Francfort
FEDEFAM	Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos, Venezuela
FEDEPAZ	Fundación Ecuménica para el Desarrollo y la Paz
FFAA	Fuerzas Armadas
FR	Frankfurter Rundschau, diario nacional, Francfort
FREPASO	Frente País Solidario
GA	General Assembly (UNO) (Asamblea General, ONU)
GA	Goltdammer's Archiv, revista alemana
GAOR	General Assembly Official Records (Asamblea General, Documentos Oficiales, ONU)
GEA	Grupo Especial Antiterrorista, Bolivia
GG	Grundgesetz, Ley Fundamental alemana
GW	Guardian Weekly
HRC	Human Rights Committee (Comité de Derechos Humanos del PIDCP)
HRLJ	Human Rights Law Journal
HRQ	Human Rights Quarterly
HRW	Human Rights Watch, USA
HRW/A	Human Rights Watch/Americas (anteriormente AW)
HuV	Humanitäres Völkerrecht, revista alemana
IA	Informativo Andino (CAJ), Perú
IACHR	Inter-American Commission on Human Rights, Washington D. C.

IACourt	Inter-American Court of Human Rights, sede: San José (Costa Rica)
ibid.	ibidem
ICJ	International Court of Justice o International Comission of Jurists, Suiza
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda (Tribunal Penal Internacional para Ruanda), Arusha, Tansania
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia), La Haya, Países Bajos.
id.	idem
IDL	Instituto de Defensa Legal, Perú
IELR	International Enforcement Law Reporter
IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica.
IISS	International Institute for Strategic Studies
ILA	International Law Association
ILC	International Law Commission (de la ONU)
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports (citado por tomo y página)
IMG	Internationaler Militärgerichtshof (TIM)
IMT	International Military Tribunal, Nuremberg
inc.	inciso
Informe	Informe de la Comision Nacional de Verdad y Reconciliación (Original y edición especial citados, cf. Bibliografia)
INPE	Instituto Nacional Penitenciario, Perú
JA	Juristische Arbeitsblätter, revista alemana
JpD	Jueces para la Democracia, revista española
JuS	Juristische Schulung, revista alemana
JZ	Juristenzeitung, revista alemana
KG	Kammergericht (Tribunal)
KRG 10	Kontrollratsgesetz N° 10 (Ley del Consejo de Control de los Aliados N° 10)
LAB	Latin American Bureau, England
LAN	Lateinamerika Nachrichten, Berlín
LARR-AG	Latin American Regional Reports - Grupo Andino
LARR-SC	Latin American Regional Reports - Cono Sur
LdR/VR	Lexikon des Rechts/Völkerrecht (Enciclopedia de Derecho/ Derecho Internacional Público)
Liga	Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos - Sección colombiana.

LK	Leipziger Kommentar, comentario alemán
LOFFAA	Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, Bolivia
LOJM	Ley Orgánica de Justicia Militar, Perú o Ley de Organización Judicial Militar, Bolivia (para ambas la Ley de Organización de la Justicia Militar)
LR	Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkommentar, 24 ed., comentario al CPP alemán
M19	Movimiento de 19 abril, Colombia
MAS	Muerte a los Secuestradores, Colombia
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MIR	Movimiento de Izquierda Revolucionaria, Colombia
MIR	Movimiento Izquierdista Revolucionario, Bolivia
MNR	Movimiento Nacionalista Revolucionario, Bolivia
mp	Magistrado ponente
MRTA	Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, Perú.
MStGB	Militärstrafgesetzbuch (CPM anterior de la RFA)
NA	Noticias Aliadas (publicación semanal), Lima, Perú.
NFP	Nuevo Foro Penal, Medellín
NGO	Non-Governmental Organisation (ONG, Organización no gubernamental)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, revista alemana
nm.	nota marginal
N°	Número
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht, publicación danesa
NYT	New York Times
NZZ	Neue Zürcher Zeitung, diario suizo
OAS	Organisation of American States
OEA	Organización de los Estados Americanos
OGBBrZ	Oberster Gerichtshof für die britische Zone (Tribunal Supremo para la zona de ocupación británica)
OGH	Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo)
OLG	Oberlandesgericht *(Tribunal Regional Superior)*
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización Naciones Unidas (UN/UNO)
p.	página
pp.	páginas
PA	Protocolo Adicional
par.	parágrafo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

PRT	Partido Revolucionario de los Trabajadores, Colombia
RDJGT	Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Chile.
Ref.	Referencia
Resol.	Resolución
RFA	República Federal Alemania
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen *(Decisiones del Tribunal del Reich en asuntos penales)*
RN	Renovación Nacional, Chile
RUDH	Revue Universelle de Droits de l'Homme
s.	siguiente
s.n.	*supra* nota
s/p	sin página
S/S	Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 25 ed., Munich 1997 (citado según autor)
SC	Security Council (UNO) (Consejo de Seguridad, ONU)
SERPAJ	Servicio Paz y Justicia
SG	Soldatengesetz (Ley de Soldados de Alemania)
SIN	Servicio de Inteligencia Nacional, Perú
SL	Sendero Luminoso, Perú
ss.	siguientes
StGB	Strafgesetzbuch (CP de Alemania)
StPO	Strafprozeßordnung (CPP de Alemania)
StV	Strafverteidiger, revista alemana
StZ	Stuttgarter Zeitung, diario alemán
Subcommission	UN-Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (Subcomisión de la ONU sobre Prevención de la Discriminación y Protección de Menores)
SZ	Süddeutsche Zeitung, diario nacional, Munich
TAZ	(Die) Tageszeitung, diario nacional, Berlín
TIM	Tribunal Internacional Militar (de Nuremberg)
TSJM	Tribunal Supremo de Justicia Militar, Bolivia
UDI	Unión Democrática Independiente, Chile
UDP	Unidad Democrático Popular, Bolivia
UMOPAR	Unidad Móvil de Patrullaje Rural, Bolivia
UN	United Nations (NN.UU.)
UN-ECOSOC	United Nations-Economic and Social Council (Consejo Económico y Social, ONU)
UNO	United Nations Organization (ONU)
UNTS	United Nations Treaty Series (Serie de Tratados, ONU, citado con tomo y página)

UNWCC	United Nations War Crimes Commission (Comisión de Crímenes de Guerra, ONU)
USA	United States of America
USIS	United States Information Service
vol.	volumen
WOLA	Washington Office of Latin America
WStG	Wehrstrafgesetzbuch (Ley Penal Militar de Alemania)
WVRK	Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados
Yb ILC	Yearbook of the International Law Commission (citado por año y tomo y página)
YILC	Yearbook of the International Law Commission
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, revista alemana
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik, revista alemana
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, revista alemana

Capítulo I

Impunidad y derechos humanos

1. Impunidad.
2. Derechos humanos.
3. Síntesis: impunidad y derechos humanos en el presente análisis.

1. *Impunidad*

1.1. Concepto y aspectos histórico-legales

El concepto de impunidad no describe una situación jurídica que se pueda definir estrictamente, sino un *fenómeno* de dimensiones legales, sociales, culturales, psicológicas y hasta económicas. En términos generales, se puede definir impunidad como "no punibilidad" o "ausencia de castigo" —en estricta oposición a los conceptos, ampliamente conocidos en este contexto, de "impunibilidad", "imputabilidad" o "inmunidad".[1]

En la literatura histórico-legal no aparece como tal el concepto de impunidad.[2] En lo que hace referencia al sistema legal *precolonial* la literatura sobresale por su rigidez y generalidad,[3] así como por su primitividad.[4] *Mendieta* señala como causales de agravación de la pena la pertenencia a la aristocracia, a las fuerzas armadas (!), o la juventud.[5] En Latinoamérica, durante la época *colonial*, regía el derecho penal español así como las "Leyes de Indias", expedidas por los españoles, que contenían reglas especialmente dirigidas a la población indígena.[6] Aquí se encuentran, de manera aislada, algunas regulaciones sobre impunidad.[7]

[1] Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Tratado de derecho penal, parte general*, t. V, Buenos Aires, 1983, p. 11; BECHER: Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, N° 1, 3ª ed., (español-alemán), Munich, 1988.

[2] Se trata esencialmente en la literatura sobre el derecho indiano tradicional, pero no en los libros de derecho antiguos. Ver: ALBA, 1949; MENDIETA, 1937; DEL BUSTO DUTHURBURU, 1983; ORTEGA, 1970; VAILLANT, 1965.

[3] ORTEGA: *Hechos y penas*, 1970, pp. 95 y ss.; DEL BUSTO DUTHURBURU: *Cárcel para todas las clases*, 1983, p. 107.

[4] VAILLANT, 1965, p. 27 (ninguna diferencia entre culpabilidad y participación); CHICHIZOLA: 1965, p. 17, de aquí se deduce el que no se pueda hablar realmente de un "derecho indiano".

[5] MENDIETA, 1937, p. 30 (en relación con el reino de Acolhuacán, México y Tacuba).

[6] JIMÉNEZ DE ASÚA: *Sobre las "Leyes de las Indias"*, 1950, pp. 745 y ss. (748).

[7] ALBA, 1949, pp. 60 y ss., señala por ejemplo, similitud entre el derecho de los aztecas y el CP mexicano en algunas de las disposiciones sobre impunidad e indulto. PESSAGNO/BERNARDI, 1953, p. 212, se remite a las reglas de indulto de la Asamblea Constituyente argentina de 1813.

1.2. **Formas de aparición de la impunidad**

El intento de clasificar sistemáticamente la impunidad es difícil, porque la comprensión del fenómeno generalmente se encuentra determinada por las experiencias nacionales propias y pocos autores se han ocupado de su sistematización.

En un *primer nivel* se puede diferenciar entre impunidad normativa y fáctica. Por *impunidad normativa* se entiende toda impunidad, que tenga su origen directa e inmediatamente en normas, especialmente disposiciones sobre amnistía e indulto. La *impunidad fáctica* es, por el contrario, el resultado de mecanismos fácticos que prohíben una persecución penal y sanción penal.[8] Estas dos formas de impunidad se hacen mas perceptibles, de manera especial, frente a la no persecución por violaciones de derechos humanos, como se comprueba en el análisis mundial, contenido en los Informes anuales del Relator Especial de la ONU sobre ejecuciones extrajudiciales:

> "Los mecanismos de impunidad son múltiples... éstos incluyen... *impunidad mediante la ley*, a través de legislación que exime de persecución a los perpetradores de abusos de derechos humanos, o la *impunidad en la práctica*, en la cual, no obstante la existencia de leyes que prevén la persecución a los violadores de derechos humanos, las amenazas y la intimidación dirigida en contra de las víctimas de violaciones de derechos humanos y/o de los testigos, hacen peligrar la investigación; así como los problemas relacionados con el funcionamiento del órgano judicial, particularmente su independencia e imparcialidad."[9]

De modo similar, el "Informe Final Revisado" de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU nos ofrece una definición amplia y exhaustiva de impunidad:

> "Por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, 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."[10]

En un *segundo nivel*, el concepto de impunidad se encuentra vinculado a dos puntos de referencia formales. De una parte se puede relacionar con los hechos punibles perseguibles (diferenciación *jurídico material)* y, de otra parte,

[8] Este aspecto se tratará más detalladamente para cada país *infra*, 3.1.

[9] *UN-ECOSOC-CHR*, 1994a, p. 123, (énfasis del autor, traduc. del inglés); ver también *UN-ECOSOC-CHR- Subcomission*, 1996, p. 9.

[10] *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission*, 1997b, p. 19 (ver anexo II).

con la etapa en la que se encuentra el proceso (diferenciación *procesal*). Éste y el primer nivel, antes mencionado, se entrelazan en cuanto existe impunidad normativa y fáctica tanto en la diferenciación material como en la procesal (ver *infra* 1.2.1. y 1.2.2.).

En un *tercer nivel* se puede considerar la impunidad —prescindiendo de las formas y puntos de referencia antes citados— como expresión de los problemas estructurales de las sociedades analizadas *(infra* 1.2.3.).

1.2.1. Impunidad jurídico-material

Aquí se puede diferenciar la impunidad en un sentido amplio y restringido. Impunidad en sentido *amplio* se relaciona con los hechos subordinados al derecho penal general, mientras que impunidad en sentido *restringido*, se vincula (sólo) a la violación de los derechos humanos universalmente reconocidos.

Impunidad, en sentido *amplio*, implica la no persecución penal de conductas (acciones y omisiones), que encuadran en principio en el derecho penal nacional material y que pertenecen a la criminalidad común, pero que —por razones más bien fácticas que normativas— no resultan castigados. Aquí también se manifiesta la ya señalada confusión entre el primer y segundo nivel; empero, en esta diferenciación no se trata tanto de la cuestión de las causas —fácticas o normativas— de la impunidad, sino más bien de los hechos en sí mismos.

El concepto amplio de impunidad es el utilizado, especialmente, por fuentes *oficiales*. En efecto, por ejemplo, en una publicación de ensayos editado por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos colombiana[11] la mayoría de los autores, algunos de los cuales ocupan cargos estatales, han entendido la impunidad en un sentido amplio.[12] Aún más, se ha hablado sencillamente de "ausencia de pena".[13] El ex presidente colombiano, Ernesto

[11] *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos*, 1991 (los artículos se citan de manera separada).

[12] El entonces ministro de justicia del gobierno colombiano de Barco (1986-1990), Jaime Giraldo, (1991, p. 115), entiende por impunidad "la incapacidad del Estado, para solucionar los conflictos entre los ciudadanos, y entre éstos y el Estado mismo, ya sea en el campo penal, civil, laboral, familiar o administrativo". Lozano, T. (1991, p. 201) habla de impunidad como un "fenómeno social" que significa "la repetida y usual no penalización de formas delictivas, en una medida tan notoria que la cantidad de delincuentes que son sancionados es mucho menor de aquella que lo es". Mejía, E. (1991, p. 253) considera la impunidad como "la imposibilidad, de lograr la identificación de los autores materiales o intelectuales de un hecho punible, y de aplicarle la pena a la que se ha hecho acreedor".

[13] Gutiérrez T. (1991, p. 220); Melo, asesor para los derechos humanos del presidente de la época, entrevista, Bogotá, 12/3/1992; *República de Colombia - Ministerio de Justicia*, 1988, p. 1.

Samper, se refirió en su discurso en el "Día Internacional de los Derechos Humanos" a la impunidad como "fenómeno de la generalización de los comportamientos delictivos".[14] En la Exposición de Motivos del proyecto peruano para el Código de Derecho Procesal Penal en su versión de 1991, se habló de la impunidad de una gran parte de los delitos, en relación con la discusión para la abolición del procedimiento oral (!).[15] No obstante, también algunos voces no oficiales parten en cierta forma de un concepto amplio de impunidad. En este sentido, el "Tribunal Permanente de los Pueblos" [16] entiende por "impunidad" el no penalizar la culpabilidad de una contravención o de un delito.[17]

Impunidad en sentido *restringido* significa, como ya se expresó, la ausencia de sanción por la violación de derechos humanos; sin embargo, el mismo concepto de "derechos humanos" es discutible y tiene que dar lugar a mayores precisiones.[18] Los principales exponentes de este concepto son los representantes de los movimientos de derechos humanos. Así, por ejemplo, el "Tribunal Permanente de los Pueblos" habla de la impunidad en conexión con los "delitos en contra de la humanidad".[19] La organización latinoamericana para los desaparecidos FEDEFAM[20] organizó en 1987 un "encuentro regional en contra de la impunidad", y tuvo como punto central las conocidas leyes de impunidad de las dictaduras militares de Paraguay y Chile, las cuales impedían o dificultaban la persecución penal de los violadores de los derechos humanos.[21] La declaración de Santiago (de Chile) de 1996 se refiere a impunidad como la renuncia de sanciones penales para violadores de dere-

[14] Mensaje del Presidente *Ernesto Samper Pizano* a todos los colombianos con ocasión del día nacional de los derechos humanos, oficina de divulgación y prensa —Boletín informativo (9/9/1994), p. 3 (archivo del autor).

[15] *Proyecto de un Código de Procedimiento Penal*, Exposición de Motivos, Lima, julio 1990, p. VI. Sobre la última versión del proyecto, ver AMBOS, 1998, pp. 49 y ss.

[16] El "Tribunal Permanente de los Pueblos" fue fundado en 1979 siguiendo el modelo del Tribunal Russell, como un "Tribunal de Opinión" internacional, independiente, que tiene por objeto someter a un proceso penal a los Estados en los cuales se violan los derechos humanos, orientado por los criterios del derecho penal internacional. Entre 1989 y 1991 once Estados latinoamericanos fueron investigados, "procesados" y finalmente, a causa de "los delitos en contra de la humanidad" y su no persecución, fueron "sentenciados". (cf. *Tribunal Permanente de los Pueblos*, 1989, pp. 18 y ss.; *ibid.*, 1991, pp. 15 y ss.).

[17] *Tribunal Permanente de los Pueblos*, 1989, p. 19. VALENCIA VILLA (1991a, p. 41) ve, por ejemplo, en la impunidad "un problema de la ineficiencia como de la incapacidad de la justicia..., para procesar, con la rapidez debida y en la forma prevista en la ley, la inmensa cantidad de conflictos individuales y colectivos". GARCÍA-SAYÁN (1989, p. 23) habla de una "enorme nube" de impunidad y la vincula tanto a la relación del ciudadano con el Estado como también con la de los ciudadanos entre sí.

[18] Al respecto ver *infra* 2.

[19] *Tribunal Permanente de los Pueblos*, 1989, por ejemplo, p. 9; *ibid.*, 1991, por ejemplo, p. 19.

[20] Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familias de Detenidos-Desaparecidos, Venezuela.

[21] *FEDEFAM*, 1987.

chos humanos.[22] En forma similar se han expresado organizaciones nacionales de derechos humanos.[23] También los informes de las comisiones de derechos humanos, instauradas por los gobiernos democráticos de Chile y Argentina, emplean la palabra impunidad en relación con las violaciones a los derechos humanos.[24] Esporádicamente se encuentran también expresiones oficiales, que van en esa dirección.[25]

A nivel de las *Naciones Unidas*, la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, una de las subcomisiones de la Comisión para los Derechos Humanos, resolvió en agosto de 1991, ocuparse de la cuestión de la impunidad. Para tales efectos le solicitó al senegalés *Guissé* y al francés *Joinet*, como expertos independientes, presentar un informe. Esa resolución precedió a numerosos informes de la ONU,[26] que trataron el tema indirectamente,[27] o que se referían principalmente a los esfuerzos de

[22] *CODEPU/FASIC/SERPAJ Chile*, Declaración de Santiago, 15 de diciembre de 1996 (archivo del autor).

[23] GALLÓN, Gustavo (1991a), Director de la Comisión Andina de Juristas-Seccional Colombiana (CAJ-SC), ha analizado las "violaciones de derechos humanos" por parte de agentes estatales como un "tipo especial" de impunidad. Para la Comisión Chilena de Derechos Humanos impunidad significa "negar a las víctimas de homicidio o de desaparición forzada su último derecho humano, vinculando así la totalidad de la sociedad a la injusticia sufrida por aquellas" (*Comisión Chilena de Derechos Humanos*, 1991, p. 56). El CELS *argentino* (Boletín 5, N° 17, Buenos Aires, agosto/septiembre 1989) vincula su "No a la impunidad" con la promoción de la "Verdad y la Justicia", lo que implica "enterarse de lo ocurrido con los presos desaparecidos" y la "sentencia a los responsables del terrorismo de Estado (ver también *CELS*, 1997, pp. 25 y ss.; *id.*, 1998, pp. 17 y ss.). El movimiento boliviano de derechos humanos emprendió un proceso penal en contra de la impunidad por la violación de derechos humanos durante las dictaduras de García Meza (1980-82) y Banzer (1971-78). En el primer semestre de 1992 se llevó a cabo en *Chile* una encuesta sobre las preocupaciones más importantes de la población. Lo que con mas frecuencia se expresó era que "aquellos que fueran culpables de la violación de derechos humanos deberían ser juzgados" (según *AW*, 1992a, p. 5). Ver también la reciente discusión publicada en *Ideele* 115, febrero 1999, pp. 31 y ss.

[24] Cf. *Informe-Especial*, p. 22; CONADEP, 1985, p. 16, 391.

[25] Cf. el citado discurso del presidente colombiano Ernesto Samper (nota 14), p. 3: "...*impunidad* (como) causa de la frecuencia y expansión de las violaciones de derechos humanos..." así como el discurso del "Defensor del Pueblo", CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime: en *Su Defensor*, N° 15, Bogotá, octubre 1994, pp. 16 y ss.).

[26] En el entretanto el tema fue abordado también por la ciencia, como por ejemplo, en la "International Experts Conference on International Criminal Justice: Historic and Criminal Perspectives", Siracusa, 4-8/12/1994 (cf. el correspondiente documento del *International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences*, pp. 16 y ss.). Cf. también ROHT-ARRIAZA, 1995 y 1996; MORRIS, 1996/98; JOYNER (ed.), 1998 y AMBOS, 1996.

[27] Cf. por ejemplo, *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission*, 1992a así como el informe sobre las leyes de amnistía (Doc. ONU. E/CN.4/Sub.2/1985/16), *habeas corpus* y *fair trial* (E/CN.4/Sub.2/1992/24). Se deben citar además los informes de los diferentes grupos de trabajo, especialmente los del "Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias" (por ejemplo *UN-ECOSOC-CHR*, 1991, p. 86: "impunidad... es uno de los factores más importantes que contribuyen... a la desaparición").

las organizaciones no estatales de derechos humanos por desarrollar instrumentos internacionales en contra de la impunidad.[28] En un primer documento de trabajo *Guissé/Joinet* caracterizaron la impunidad —en el contexto de las violaciones (graves) de los derechos humanos— como un "tema que le concierne principalmente a los encargados de formular políticas *(policy-makers)*".[29] En su primer Informe Preliminar,[30] *Guissé/Joinet* delimitaron su análisis según tres criterios. Analizaron —primero— sólo las violaciones de derechos humanos perpetradas por los Estados —segundo— en el sentido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,[31] que —tercero— muestren un carácter grave y sistemático. El primer Informe de Avance[32] resumió sencillamente las cuestiones planteadas en las discusiones con las ONGs y los gobiernos. En el Informe Final[33] fueron propuestos una "serie de principios para la protección y promoción de los derechos humanos a través de la acción de combatir la impunidad". En el Informe Final Revisado se presentó un conjunto de principios para la lucha contra la impunidad que debían formar la base para una resolución de la Asamblea General de la ONU.[34] Con base en este informe la ComDH —a través de la resolución 1998/53 del 17 de abril de 1998—[35] solicitó a Estados, organizaciones internacionales y no gubernamentales sus puntos de vista al respecto; además solicitó al Secretario

[28] Cf., por ejemplo, la "Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearances" (GA, Official Records, 47th session, supplement N° 49, A/47/49, pp. 207 y ss.), expedida por la GA el 18/12/1992, que se puede consultar en el anexo I, 2.2.1. dentro de la lista de "Soft law". Como *soft law* se señalan las declaraciones extrajudiciales o los acuerdos, que no se pueden clasificar dentro de las fuentes clásicas del derecho internacional en el sentido del art. 38 de los Estatutos del Tribunal Internacional, y que por consiguiente no pueden fundamentar una vinculación de derecho internacional, pero que sin embargo tienen un significado (político) o efecto sancionatorio (interno) (cf. Verdross/Simma, 1984, §§ 540 y ss., 654 y ss. con más anotaciones y numerosos ejemplos; sobre el *soft law* en derechos humanos Simma, 1995, pp. 233 y ss.).

[29] *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission*, 1992, p. 2 (trad. del inglés).

[30] *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission*, 1993a, en especial pp. 5 y ss. (señalado erradamente como *progress report)*. Ver las críticas a ese informe por ejemplo en la posición del *Human Rights Advocates* (E/CN.4/Sub.2/1994/NGO/37).

[31] En una segunda fase se analizaron empero también las violaciones de los derechos sociales y económicos (*UN-ECOSOC-CHR-Subcommission*, 1994, 1995a, 1997a); cf. además la discusión al interior de la Comisión para Derechos Económicos, Sociales y Culturales (summary record of the 47th meeting, E/C.12/1993/SR.47, pp. 5-8) así como la posición de la *American Association of Jurists* (E/CN.4/Sub.2/1994/NGO/4).

[32] *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission*, 1995.

[33] *UN-ECOSOC-CHR-Subcomisión*, 1996 (ver anexo I).

[34] *UN-ECOSOC-CHR-Subcomisión*, 1997b (ver anexo II, donde se incluyen los principios contra la impunidad). Sobre el tratamiento del tema en la ONU ver también Tayler, 1996.

[35] Ver anexo V.

General que invite a los Estados a informar sobre su política al respecto. Al comienzo de 1999 han respondido nueve Estados, entre ellos Colombia y México.[36]

El problema de la impunidad (en sentido restringido) se convirtió, con fundamento en estos desarrollos, en parte integrante de la discusión y política internacional en materia de derechos humanos. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena exhortó a los Estados "a abrogar la legislación que conduce a la impunidad de los responsables de graves violaciones de derechos humanos... y a perseguir tales violaciones".[37] En los numerosos informes de los Relatores Especiales y de los Grupos de Trabajo de la ONU, aparece regularmente el concepto.[38] El Parlamento Europeo también se ocupa del tema.[39] Recientemente, tuvó lugar una conferencia internacional sobre el tema en Siracusa, Italia.[40]

1.2.2. Impunidad procesal

Desde el punto de vista procesal existen algunas diferencias, dependiendo de la etapa procesal.

El informe mencionado de *Guissé/Joinet* diferencia dentro de la jurisdicción ordinaria entre investigación, plenario y ejecución penal.[41] *Gutiérrez* diferencia cinco formas diversas de impunidad en sentido amplio:[42]

- *impunidad de hecho,* por la ausencia de denuncia de los hechos punibles;
- *impunidad investigativa,* por una deficiente actividad de investigación;[43]
- *impunidad por congestión,* debida a la sobrecarga de la justicia penal;

[36] *UN-ECOSOC-CHR*, 1999a.

[37] *The Vienna Declaration and Programme of Action* (UN, N.Y. 1993), par. 60 (traduc. del inglés).

[38] Cf. —aparte de las notas 27 y ss.— por ejemplo *UN-ECOSOC-CHR*, 1995a, par. 926 o *UN-ECOSOC-CHR*, 1994a, par. 398 y ss.

[39] *European Parliament, Committee on Foreign Affairs, Security and Defence Policy, Subcommittee on Human Rights*, "Public hearing on Impunity: The need for an international response", Bruselas, 30-31/10/1996 <http://www.europarl.eu.int>; ver también el número especial de *NA* del 8/5/1997.

[40] Ver Joyner (ed.), 1998.

[41] *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission*, 1993a, pp. 10 y ss. En el original francés se diferencian cuatro fases "poursuites", "l'enquete", "jugement" y "l'execution de la peine". "Poursuites" (en la versión inglesa "prosecution") significa sin embargo, en forma muy general, persecución penal, representando un concepto superior pero no un estadio especial del proceso. Cf. *European Parliament, Committe on Foreign Affairs, Security and Defence Policy, Sucommitte on Human Rights*, "Public Hearing on Impunity: The need for an international response", Bruselas, 30-31/10/1996 (internet: http://www.europarl.eu.int); y el número especial de *NA* del 8/5/1997.

[42] Gutiérrez T., 1991, pp. 234 y ss.; referencia luego tomada por García, 1991, pp. 21 y s.

[43] Ver también Orozco/Gómez, 1997, p. 449: "No hay investigación criminal en Colombia".

- *impunidad legal,* por reglas procesales o legislación especial;
- *impunidad delictuosa,* por el desarrollo de actividades delictivas en contra de las partes procesales.

Cada una de estas formas implica un grado diverso de responsabilidad estatal por la impunidad. La *impunidad de hecho* representa un adelantamiento: como en esos casos ni siquiera se llega a un proceso de investigación, la responsabilidad recae en los ciudadanos mismos, ya que no reportan determinados hechos; el Ministerio de Justicia colombiano habla de una "responsabilidad social".[44] En los otros casos el Estado de manera directa o indirecta ocasiona la impunidad, al vincular causas normativas con causas fácticas. En la *impunidad investigativa* la responsabilidad recae en las autoridades estatales encargadas de investigar; en la *impunidad por congestión,* en la justicia (estatal). La *impunidad legal* corresponde a la mencionada impunidad normativa, como que se trata de normas que ocasionan la impunidad. Por el contrario, en el caso de la *impunidad delictuosa*, se trata más de una forma fáctica de impunidad, ya que los correspondientes resultados procesales son obstaculizados a través de medidas coactivas en contra de las partes procesales.

Se puede hablar de una forma posterior de impunidad, no examinada por *Gutiérrez,* en el caso en que no exista *compensación y reparación* de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos. Para las organizaciones de derechos humanos gubernamentales y no gubernamentales existe, de acuerdo con los informes correspondientes de la ONU "un claro nexo entre la impunidad de los perpetradores de graves violaciones de derechos humanos y la no provisión de una reparación justa y adecuada a las víctimas...".[45] El fundamento estriba en que investigaciones y condenas penales representan por regla general una condición legal previa, o bien, fáctica para la reivindicación de una compensación (civil):

> "De hecho, una vez que las autoridades estatales concluyen la investigación de los hechos y establecen la responsabilidad criminal, llega a ser muy difícil para las víctimas o sus parientes llevar a cabo un procedimiento legal efectivo con el ánimo de obtener una reparación justa y adecuada."[46]

De acuerdo con esto, la reparación presupone el deber de perseguir y sancionar a los autores. La impunidad contraviene directamente el deber de reparar adecuadamente toda vez que se haya ocasionado una violación a los derechos humanos.[47]

[44] Cf. *República de Colombia - Ministerio de Justicia,* 1988, p. 1: "responsabilidad social".

[45] *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission,* 1992a, p. 18, cf. también *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission,* 1991 con numerosas remisiones a las decisiones de los órganos de la ONU.

[46] *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission,* 1992a, p. 18 (traduc. del inglés).

[47] Cf. las "proposed basic principles and guidelines" para las decisiones en: *UN-ECOSOC-CHR- Subcommission,* 1993.

Esta visión procesal de la impunidad hace evidente que existe una interdependencia entre la prevención y el castigo de violaciones a los derechos humanos así como la compensación de las víctimas.[48] Si se quiere combatir en su integridad la impunidad se debe propender por un mejoramiento en todos esos campos.

1.2.3. La impunidad como problema estructural

Existe unanimidad en considerar que la impunidad, ya sea en sentido estricto o lato, adolece de profundos problemas estructurales de carácter jurídico en los Estados en donde se presenta. *Peña* expresa por ejemplo:

> "La impunidad no es más que la punta de un *iceberg*; en el fondo la sostienen una masa heterogénea de violencia y desigualdad y permite plantear la hipótesis de que detrás de la falta de respuesta del Estado al fenómeno criminal, se halla enquistada una forma de 'injusticia estructural'..."[49]

García-Sayán señala la desconfianza del pueblo frente a la justicia y a la falta de capacidad funcional de las instituciones estatales; dos causas y factores de la impunidad, que se "atraen entre sí".[50] La organización de derechos humanos "Amnistía Internacional" atribuye la impunidad en Latinoamérica a problemas históricos de desarrollo:

> "La práctica de la impunidad... se enraíza en la historia de graves desigualdades y autoritarismo en la región; en el uso históricamente selectivo de los estándares de derechos humanos como un instrumento de política de guerra fría y seguridad nacional; en la herencia de las reglas militares y la escasez de reformas políticas y judiciales desde el retorno a la democracia. En las Américas, el hecho de que los violadores de derechos humanos escapen de la justicia resulta de la persistencia de factores estructurales..." [51]

El criminólogo colombiano *Muñoz,* lleva a cabo un análisis más complejo. Sostiene la tesis de que la impunidad representa sólo un problema de segundo rango frente a la decisiva cuestión sobre el contenido reglamentario del derecho penal:

[48] Cf. Roht-Arriaza, 1995, p. 46.

[49] Peña, 1991, p. 10.

[50] García-Sayán, 1989, pp. 45 y s.

[51] AI, 1994, p. 8. También AI, 1996. Ver también las declaraciones de AI y HRW en Kritz, 1995 (t. I), pp. 217 y ss. Para la situación de los derechos humanos en Latinoamérica en general, Oberascher, 1996.

"...El centro de la problemática son los contenidos mismos del derecho penal, los conflictos que ha de recoger y aquellos que ha de excluir, y no la *impunidad*, que partiría del supuesto de dejar inalterados los contenidos del derecho penal, y solamente ocuparse de disminuir la distancia entre las definiciones del legislador y las que hacen los jueces."[52]

Esto es, desde el punto de vista de la "criminología crítica", a la sociedad dominante latinoamericana se vinculan conflictos que se sustraen del intento de una solución en el marco del derecho penal. El derecho penal se presenta como "un mecanismo poco adecuado para 'curar' los graves conflictos sociales";[53] en primer lugar, porque actúa de manera más efectiva frente a los débiles sociales que frente a las clases privilegiadas, y se descuida el "crimen de cuello blanco". Su prevalencia (efectiva), así como la reducción de la impunidad, sería por tanto contraproducente, pues se dirige sólo a los débiles sociales y a sus delitos patrimoniales; esos delitos les ayudan empero a sobrevivir y su comisión y no penalización evitan mayores explosiones sociales. En vista de la conocida estructura criminal y penal existente en Colombia, al igual que en otros sistemas con similares desigualdades socioeconómicas,[54] se ha desarrollado la idea de que "una disminución indiscriminada de la impunidad generaría consecuencias demasiado graves".[55] En efecto, se plantea el hecho de que la impunidad relacionada con los delitos de homicidio, especialmente aquellos de carácter político, genera aún "mayores desequilibrios sociales" y por tanto, en todo caso, a corto plazo, lo mínimo que se puede hacer frente a esos hechos es reducir el margen de impunidad, pero resulta claro que los conflictos que los originan continúan presentes.[56] Asimismo una posición crítica respecto de la efectividad del derecho penal y con esto de la reducción de la impunidad, concuerda por tanto con que la impunidad relacionada con los derechos humanos —como tema central aquí— sería inaceptable y por lo tanto se la debe combatir.

A efectos de resumir el punto de vista estructural aquí presentado se debe resaltar que la impunidad es inherente a una problemática sociopolítica, que representa una imagen de las relaciones socioeconómicas y políticas de una sociedad "subdesarrollada". La impunidad comprendida en este sentido implica en todo caso ausencia de protección, especialmente de la población no privilegiada, por cuanto ésta no se puede dar ninguna protección privada.

[52] Muñoz, 1988, pp. 213 y s.
[53] *Ibid.*, p. 222.
[54] Cf. sobre la criminalidad de las drogas en Colombia, Perú y Bolivia: Ambos, 1993, pp. 366 y ss.; *id.*, 1998h, pp. 108 y s.
[55] Muñoz, 1988, pp. 221, 216.
[56] *Ibid.*, p. 216.

Conduce además a un descrédito de la justicia, cuyo revés es una creciente desconfianza del pueblo respecto de las instituciones estatales.[57]

Con miras al establecimiento de un Estado de derecho que respete los derechos humanos de sus ciudadanos se debe tener en cuenta finalmente que la lucha contra la impunidad puede tener efectos contraproducentes. Así señalan correctamente *Orozco/Gómez:*

"De un lado, tenemos que la falta de castigo para las violaciones a los derechos humanos por parte de miembros de los organismos de seguridad del Estado favorece el que las mismas se sigan llevando a cabo y, aún, se multipliquen. De otro lado, encontramos cómo la ineficiencia dramática de los aparatos de investigación criminal despierta en el sistema de la justicia penal una ansiedad *'eficientista'* y de producción de resultados que se refleja en el diseño de tipos y procedimientos contrarios a la idea del Estado —liberal y social— de derecho y a su esquema de *'garantías'*, y con ello altamente proclives a la violaciones de los derechos humanos."[58]

2. *Derechos humanos*

2.1. **Derechos humanos y persecución penal**

La existencia de mecanismos normativos de impunidad lleva a la cuestión —conocida en las discusiones sobre la finalidad de la pena— de la relación entre ausencia de persecución penal y la perpetración de hechos punibles (violatorios de derechos humanos). Si se parte del hecho de que la impunidad quita la credibilidad en la pena y del derecho penal en general, su efecto preventivo (general o especial) se puede formular la *tesis* de que la impunidad posibilita, o más bien facilita, violaciones de derechos humanos, ya que el autor de la violación no es responsabilizado penalmente.[59]

Esta tesis tiende a ser adoptada también oficialmente, cuando por ejemplo se observa que:

"el elevado nivel de la 'impunidad' refuerza la violencia y las violaciones. En el caso de los derechos humanos debilita la legitimidad

[57] Cf. *República de Colombia - Ministerio de Justicia,* 1988, p. 3; en el mismo sentido García-Sayán, 1989, pp. 45 y s.
[58] Orozco/Gómez, 1997, p. 450 (énfasis en el original). De manera similar, Castresana, Carlos entiende la impunidad como problema del Estado de derecho *(El País,* 18/3/1999 <www.elpais.es>)
[59] Cf. por ejemplo, Roht-Arriaza, 1995, pp. 14 y s. Así como 22: "General deterrence requires certainty of punishment: If potential lawbreakers are not convinced of this certainty, they will be encouraged to commit crimes".

del Estado, incrementa la desconfianza de los ciudadanos hacia las instituciones y reduce el apoyo de la ciudadanía a las acciones de persecución penal."[60]

Esto significa que la impunidad de determinados hechos puede alcanzar una magnitud tal, que lleva a dejar inerme por completo la persecución de los mismos y a que los autores no tengan que temer por ningún tipo de sanción estatal. Para las víctimas de los delitos ésta es ciertamente una perspectiva alarmante, que se opone ampliamente a su necesidad, probada en las investigaciones victimológicas de derechos humanos, de protección frente a futuras violaciones de esa naturaleza.[61] Es así necesaria una concretización de la tesis de partida que al principio parece obvio. No sólo es válido examinar la relación básica entre impunidad y violación de derechos humanos, sino que también se deben plantear las siguientes preguntas: ¿cuáles violaciones de derechos humanos permanecen sin sanción? ¿Qué formas de impunidad se han detectado? ¿En qué medida estas formas favorecen, o sea, posibilitan violaciones a los derechos humanos? Los autores ¿no se deben responsabilizar penalmente o, sólo, no son en principio responsables penalmente? ¿Pueden también las atenuantes de las penas, o sea, las reglas sobre circunstancias de atenuación punitiva desarrollar un efecto comparable al de la impunidad?

Este catálogo de preguntas pone definitivamente de relieve el hecho de que las actuales teorías sobre la finalidad de la pena (retribución, prevención especial y general) justifican sólo de manera incompleta, el empleo del derecho penal en caso de serias violaciones de derechos humanos o crímenes internacionales. A lo mejor es posible referir a la prevención general positiva, cuando se parte de que con el derecho penal internacional se persigue la meta de crear un determinado orden normativo para poner fin a abusos estatales o sea de macrocriminalidad.[62]

2.2. Las violaciones de derechos humanos y el derecho penal internacional

2.2.1. Los criterios de examen

Antes de entrar a analizar las preguntas planteadas se debe responder cuáles son las violaciones de derechos humanos que en realidad se deben analizar.

[60] *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos*, 1991, p. 280.

[61] Crawford, 1990, p. 44 con otras anotaciones. Para un enfoque centrado en la víctima para la justificación de la penalización de las violaciones de derechos humanos Rohr-Arriaza, 1995, pp. 19 y ss.

[62] Cf. Jäger, 1995, pp. 339 y ss.; Mohr, 1995, pp. 407 y s. En igual sentido el NS-Verbrechen ya Schünemann, 1978, pp. 238 y ss., así como Roxin, 1997, p. 47 (rechazo de la prevención especial), pp. 57 y s. (en favor de la prevención general); ver también Huhle, 1996a, pp. 30 y ss.

Partiendo de los clásicos bienes jurídicos protegidos por el derecho penal[63] —la vida, la integridad corporal y la libertad individual, y sólo para citar los más importantes— la respuesta es clara: el análisis existente se limita a los derechos civiles y políticos en el sentido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y en los acuerdos regionales correspondientes. Este límite se presenta a pesar de los esfuerzos importantes de ampliar el concepto tradicional de derechos humanos a los derechos económicos, sociales y culturales (en el sentido del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - PIDESC),[64] o aún a los conocidos como derechos de "tercera generación".[65] Encuentra un fundamento internacional —además del penal, ya mencionado— , en el hecho de que los derechos económicos, sociales y culturales experimentan un reconocimiento menos amplio que los derechos civiles y políticos. Esto lo señala tanto el número y calidad de los instrumentos internacionales, que coordinan los respectivos grupos —existiendo más acuerdos especiales sobre derechos políticos y civiles— como también la discusión científica universal sobre deberes internacionales de penalización, que se limita prácticamente a los casos que impliquen graves violaciones a los derechos civiles y políticos.

Esto no significa que el análisis de los derechos económicos, sociales y culturales no sea importante. Por el contrario, en vista de las serias violaciones a esos derechos, como por ejemplo, a los derechos a una alimentación (saludable), a la debida asistencia médica o a la educación, su análisis no es superfluo. Su importancia estriba finalmente en la convicción de que —no obstante los diferentes grados de reconocimiento internacional— los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales constituyen una "unidad conceptual", "porque los derechos políticos carecen de valor sin los derechos económicos, sociales y culturales, pero también, por el contrario, éstos, sin los derechos políticos, no toman en cuenta la dignidad humana".[66]

[63] Cf. Roxin, 1997, pp. 11 y ss.; Jescheck, 1996, pp. 6 y s.

[64] A pesar de varios, Adama Dieng, Secretario General del ICJ: "La cuestión de la impunidad no está limitada y no puede limitarse a las graves violaciones:.. Debe incluir también las serias violaciones de derechos económicos, sociales y culturales". *(ICJ/CNCDH*, 1993, p. 24). Ver asimismo, Cancado Trindade, 1994; Steiner/Alston, pp. 256 y ss. Para la posición de las ONGs. ver ONU-Doc. E/CN.4/1988/NGO/51 y E/CN.4/1988/NGO/66.

[65] Entre ellos están los derechos que sirven a la protección de los bienes jurídicos universales, como por ejemplo, el derecho al desarrollo, la paz, el medio ambiente, etc. (cf. Verdross/Simma, 1984, § 1250; Robertson/Merrills, 1989, pp. 255 y s.). Como de "primera generación" se pueden designar los derechos civiles y políticos, y como de "segunda generación" los derechos económicos, sociales y culturales. A causa de la valoración que esto implica entre un primero y segundo rango se debe rechazar (cf. también el texto). Críticas sobre el aumento inflacionario de los derechos humanos y su pronta deflación clama *Schüler-Springorum*, 1995, en especial en las pp. 395 y ss.

[66] Verdross/Simma, 1984, § 1250. Prof. Simma, como ex miembro de la Comisión del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es también un práctico conocedor de la materia. Ver asimismo *CAJ*, 1996, pp. 11, 61 y ss.

Como criterios concretos de examen de los derechos humanos sirven en principio, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969[67] así como el ya mencionado Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966.[68] Otros instrumentos internacionales relevantes para la protección de los derechos humanos son:

- las cuatro Convenciones de Ginebra (CG) de 12/8/1949 y sus dos Protocolos Adicionales (PA) de 12/12/1977;[69]

[67] También *Pacto de San José, Costa Rica.* Fuente original: OEA: Serie sobre tratados 36, OEA/Ser.A/16 (SEPF), Washington D.C., 1970 (allí se encuentra el texto original en español, y sus traducciones al inglés, portugués y francés). La CADH entró en vigor el 18/7/1978 de acuerdo con lo previsto en el art. 74.2, luego del depósito del onceavo instrumento de ratificación o de adhesión. Al 15/2/1999 lo han ratificado 25 Estados miembro de la OEA —dentro de los cuales se encuentran los analizados aquí (pero no los EE.UU.) - (cronológicamente): Costa Rica (8/4/1970); Colombia (31/3/73); Venezuela (9/8/77); Honduras (8/9/77); Haití (27/9/77); Ecuador (28/12/77); República Dominicana (19/4/78), Guatemala (25/5/78), Panamá (22/6/78), El Salvador (23/6/78), Granada (18/7/78); Perú (28/7/78); Jamaica (7/8/78); Bolivia (19/7/79); Nicaragua (25/9/79); México (3/4/82); Barbados (27/11/82); Argentina (5/9/84); Uruguay (19/4/85); Surinam (12/11/87); Paraguay (24/8/1989); Chile (21/8/1990); Trinidad y Tobago (28/5/1991); Brasil (25/9/1992); Dominica (3/6/1993). 17 Estados se han sometido a la jurisdicción del Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre los que se cuentan todos los aquí analizados: Costa Rica (2/7/1980); Perú (21/1/1981); Venezuela (24/6/1981); Honduras (9/9/1981); Argentina (5/9/1984); Ecuador (24/7/1984); Uruguay (19/4/1985); Colombia (21/6/1985); Guatemala (9/3/1987); Surinam (12/11/1987); Panamá (3/5/1990); Chile (21/8/1990); Nicaragua (12/2/1991);Trinidad y Tobago (28/5/1991); Paraguay (11/3/1993); Bolivia (27/7/1993); El Salvador (6/6/1995) <http://wwww.oas.org>. Sobre el sistema interamericano de derechos humanos, cf. por último, BUERGENTHAL/SHELTON, 1995, pp. 45 y ss.; GONZÁLEZ, 1996; para su historia ROSABAL DE ROTH, 1995.

[68] UNTS 999, 171 (en español en: *CAJ*, 1988, p. 19). Al *16/2/1999* el PIDCP tenía 144 Estados partes http://<www.un.org./Depts/Treaty>. Entre éstos se pueden contar también —cronológicamente— Colombia (29/10/1969), Chile (10/2/1972), Perú (28/4/1978), Bolivia (12/8/1982) y Argentina (8/8/1986); entró en vigor en los citados Estados, de conformidad con el art. 49, a los tres meses siguientes respectivamente. Un total de 44 Estados han reconocido la competencia de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, de conformidad con el art. 41 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, éste ha sido desplazado cada vez más por la competencia de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU para conocer de las quejas individuales, con fundamento en el protocolo adicional que entró en vigor el 23/3/1976. Éste tenía 95 Estados partes al 16/2/1999 —dentro de los cuales se encuentran Colombia (29/10/1969), Perú (3/10/1980), Bolivia (12/8/1982), Argentina (8/8/1986), Chile (27/5/1992)— y entró en vigor tres meses después de su ratificación <http://www.un.org/Depts/Treaty>.

[69] UNTS 75, 31 (I. Acuerdo), UNTS 75, 85 (II. Acuerdo), UNTS 75, 135 (III. Acuerdo), UNTS 75, 278 (IV. Acuerdo), Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law etc., Génova (1974-77), vol. I, Berna, 1978, p. 115 (Protocolo Adicional I); *ibid.*, p. 185 (Protocolo Adicional II). Los Acuerdos de Ginebra entraron en vigor el 21/10/1950 y tenían al 31/1/1999, 188 Estados partes (tres más que la ONU), en los que se encuentran en orden cronológico: Chile (suscripción y ratificación el 12/10/1950), Perú (15/2/1956), Argentina (18/9/1956), Colombia (8/11/1961) y Bolivia (10/12/1976). Los Protocolos Adicionales (PA) entraron en vigor el 7/12/1978, el PA I vincula 152 Estados y el PA II 144 Estados. Ambos vinculan los Estados aquí analizados (cronológicamente): Bolivia (adhesión el 8/12/1983), Argentina (adhesión con reservas el 26/11/1986), Perú (suscripción y ratificación el 14/7/1989), Chile (suscripción y ratificación el 24/4/1991), Colombia (Adhesión al PA I el 1/9/1993 y al PA II, mediante la ley 171 del 16/12/1994) <http://www.icrc.org>. Cf. sobre Colombia Doc. ONU. HRI/CORE/1/Add.56, 30/6/1995, par. 99 así como la decisión de la Corte Constitucional del 18/5/1995, en: *Jurisprudencia y Doctrina,* N° 283, julio de 1995, pp. 779 y ss. Además se deben añadir a los acuerdos el derecho consuetudinario (GASSER, 1993, pp. 510 y s.).

- la Convención sobre la prevención y el castigo del delito de genocidio del 9/12/1948;[70]
- la Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad del 26/11/1968; [71]
- la Convención en contra de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes del 10/12/1984 [72] y la correspondiente Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura;[73]
- la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas del 9/6/1994.[74]

[70] "Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide" (UNTS 78, 277). La Convención tenía al 16/2/1999, 129 Estados partes, entre los cuales se encuentran Colombia (firmado 12/8/1949 ratificado 27/10/1959), Perú (11/12/1948-24/2/1960), Bolivia (11/12/1948), Chile (11/12/1948-3/6/1953) y Argentina (5/6/1956) <http://www.un.org/Depts/Treaty/>.

[71] "Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity" (con base en la Resolución de la Asamblea General de la ONU 2391 (XXIII) del 26/11/1968, en: UNTS 754, 73). La Convención entró en vigor el 11/11/1970, y tenía 43 Estados partes al 16/2/1999. De los Estados aquí analizados sólo Bolivia la ha ratificado (6/10/1983) <http://www.un.org/Depts/Treaty>.

[72] "Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment" (GAOR 39th session, resolution, p. 197). La Convención contra la Tortura de la ONU entró en vigor el 26/6/1987. Al 16/2/1999 tenía 112 Estados partes, incluidos —cronológicamente—: Argentina (24/9/1986), Colombia (8/12/1987), Perú (7/7/1988), Chile (30/9/1988), Bolivia sólo la firmó (4/2/1985) ver <http://www.un.org/Depts/Treaty>; también Doc. ONU E/CN.4/1999/54.

[73] "Inter-American Convention to prevent and punish torture" del 9/12/1985, entró en vigor el 28/2/1987 (OAS Treaty Series N° 67). Al 15/2/1999 fue suscrita por 20 Estados de la OEA, y ratificada por 13 (cronológicamente): República Dominicana y Guatemala (ambas 29/1/1987), México (22/6/1987), Surinam (12/11/1987), Chile (30/9/1988), Argentina (31/3/1989), Brasil (20/7/1989), Paraguay (9/3/1990), Perú (28/3/1991), Venezuela (26/8/1991), Panamá (28/8/1991), Uruguay (10/11/1992), El Salvador (5/12/1994). Colombia y Bolivia la suscribieron <http://www.oas.org>.

[74] En la forma adoptada por la Asamblea General de la OEA de 9/6/1994, el documento de la OEA OEA/Ser.P, AG/doc.3114/94 rev. 1 del 8/6/1994 (original en español). Al 15/2/1999 suscrita por Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Honduras, Nicaragua, Venezuela (todas el 10/6/1994), Guatemala (24/6/1994), Uruguay (30/6/1994), Colombia (5/8/1994), Bolivia (14/9/1994), Panamá (5/10/1994) y Paraguay (8/11/1995); pero no por Perú (!). La Convención entró en vigor al tercer día del depósito del segundo documento de ratificación por Argentina y Panamá el 28/3/1996; después fue ratificado también por Costa Rica, Paraguay y Uruguay <http://www.oas.org>.

Además, tiene una importancia especial el *Estatuto de Roma* de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998 en Roma.[75]

Aparte, existen otros instrumentos de *soft law,*[76] en especial, resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por ejemplo la ya citada Declaración contra la la Desaparición Forzada de Personas.[77] En el anexo (I) se encuentra una compilación de las disposiciones en materia de derecho internacional penal, las cuales prevén una obligación de sancionar penalmente. Finalmente, se deben tener en cuenta los catálogos de derechos fundamentales[78] contemplados en las constituciones nacionales, los cuales, sin embargo, no brindan por lo general una protección más amplia que la de los instrumentos legales internacionales.

2.2.2. Derecho penal internacional versus macrocriminalidad

El concepto de derecho penal internacional se encuentra muy pocas veces en los manuales de derecho penal o derecho público internacional. Normalmente éstos se ocupan del derecho internacional tradicional, que como se sabe, se aplica a las relaciones entre los Estados u otros sujetos del derecho público internacional. Habitualmente no se considera que el individuo sea uno de esos sujetos, por lo tanto, su conducta criminal no está

[75] *Rome Statute of the International Criminal Court*, adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998, Doc. ONU A/Cf. 183/9 (http://www.un.org/icc; ILM 1998, 999). Al 26 de febrero de 1999, 76 Estados firmaron el Estatuto y uno (Senegal) lo ratificó (*UN Press Release* L/2912). Cf. Ambos, 1998g; *id.*, 1998i; *id.*, 1999b; Albrecht/Ambos/Fijnaut (eds.). Ver también anexo I, 1. 2.

[76] Sobre el término *soft law* ver ya *supra* nota 28.

[77] Cf. *supra* nota 28. Para su implementación ver por último *UN-ECOSOC-CHR*, 1996c, pp. 13 y ss.; *UN-ECOSOC-CHR-Subcomission*, 1998, pp. 5 y ss.

[78] Se puede renunciar a la búsqueda de una diferencia dogmática entre derechos humanos y derechos fundamentales, pues se trata de un formalismo superfluo. Los *derechos humanos* se pueden determinar formalmente en los citados instrumentos de derecho internacional. Desde el punto de vista de la historia se remontan al derecho natural (cf. Kühnhardt, 1987, especialmente pp. 86 y ss.). Los *derechos fundamentales* se encuentran en los catálogos de derechos de las constituciones nacionales. Éstos se inspiran en los estándares internacionales de derechos humanos, reinantes al momento de su creación y expedición. Esto se marca especialmente en las constituciones, que luego de la suscripción de importantes acuerdos de derechos humanos, se orientan hacia éstos o de manera expresa los adoptan. Un ejemplo reciente lo constituyen la Constitución de Colombia de 1991 y la de Argentina de 1994. En este sentido se pueden señalar los derechos fundamentales como los derechos humanos reconocidos por la ley. De otra parte, los acuerdos de derechos humanos (especialmente regionales) se orientan por los catálogos de derechos fundamentales de las constituciones existentes, por ejemplo como el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales. Se verifica además una influencia variable, que se aparte de lo que el concepto derechos fundamentales y derechos humanos oculta en su contenido (sobre la preeminencia de los derechos humanos en la mayor parte de las constituciones latinoamericanas, Fix-Zamudio, 1993).

sujeta al derecho internacional, sino únicamente al *derecho penal de cada Estado*. Este derecho penal fija las pautas y consecuencias de la responsabilidad del individuo por comportamientos codificados como punibles en la legislación nacional respectiva. Desde ese punto de vista, el derecho internacional y el derecho penal nacional no tienen nada que ver el uno con el otro, se trata de ordenamientos jurídicos *paralelos*. Sin embargo, sin duda existen bienes jurídicos e intereses que trascienden los límites (penales) nacionales. Así, por ejemplo, es indiscutible que la comunidad internacional tiene la obligación de proteger los derechos fundamentales y los derechos humanos reconocidos en el art. 55 c) de la Carta de la ONU. La violación de cualquiera de esos derechos es un delito internacional. Asimismo, los actos criminales clásicos de Nuremberg, es decir crímenes contra la paz, crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad (art. 6° del Estatuto para el Tribunal Militar Internacional)[79] deben procesarse en el mundo entero como delitos internacionales, y por lo tanto, los autores de tales delitos deben tener una responsabilidad internacional especial. El derecho penal internacional (muchos hablan también de un derecho penal internacional material) busca establecer esa responsabilidad y especificar sus requisitos; por tal razón, en la literatura científica se entiende por *derecho penal internacional* la totalidad de las normas de derecho internacional público que regulan las consecuencias de carácter penal.[80] A la vez, el derecho penal internacional vincula los conceptos de aplicabilidad *universal* de las normas (derecho internacional público), con los conceptos de responsabilidad *individual* (derecho penal), de manera que la conducta respectiva queda sujeta a una punibilidad internacional *autónoma* (principio de responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional público). Por consiguiente, en ese sentido el derecho penal internacional es el sistema penal de la comunidad internacional.[81]

Por supuesto, antes del Estatuto de Roma,[82] no existía un derecho penal internacional totalmente codificado. Cuando se habló del *derecho penal internacional vigente* se estaba refiriendo en esencia al derecho consuetudinario no escrito y a principios jurídicos generales (aparte del derecho interna-

[79] Ver más detallado *infra* cap. II, 2.3.1.2. y 2.3.1.3.

[80] Comp. Triffterer, 1966, p. 34: "En sentido formal, el derecho penal internacional es la totalidad de las normas de derecho internacional público de naturaleza judicial, que vinculan a una conducta determinada —el crimen internacional— determinadas consecuencias judiciales, típicas y propias del derecho penal y que como tal son aplicables directamente". (traduc. del alemán).

[81] Cf. Triffterer, 1995, p. 38.

[82] Cf. *supra* nota 75 y Ambos allí citado.

cional humanitario o derecho de guerra codificado en las CG y sus PA). Sin embargo, según la doctrina general de derecho internacional, también esas reglas representan una jurisprudencia "dura".[83] Esas regulaciones se complementan con la ya mencionada *soft law*.[84] Ésta puede alcanzar un grado tal de "dureza" que se vuelve *hard law,* en forma de derecho consuetudinario o principios jurídicos generales.

El tipo de criminalidad que es objeto del derecho penal internacional se llama generalmente *macrocriminalidad.* El término comprende, como señala *Jäger*, "comportamientos conformes con el sistema y acordes con la situación, dentro de la estructura de una organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectivo",[85] "macroacontecimientos relevantes desde el punto de vista del derecho de guerra y del derecho internacional público".[86] Por consiguiente, la macrocriminalidad se diferencia cualitativamente de las formas conocidas y "normales" de criminalidad y de las formas especiales conocidas (terrorismo, narcotráfico, delitos económicos, etc.), y además se distingue por las condiciones políticas de excepción y el papel activo del Estado. La "macrocriminalidad" es más específica que la "criminalidad de los poderosos"[87] (discutida con más frecuencia criminológicamente), pues esta última por lo general tiene que ver con los delitos cometidos por "los poderosos" para defender sus posiciones de poder, y esos "poderosos" o el "poder" (económico) que ellos defienden no necesariamente son lo mismo que el Estado o el poder del Estado. La participación del Estado o su tolerancia, inatención o incluso incentivación de comportamientos criminales, son determinantes y llevan además el adjetivo "político". "*Macrocriminalidad política*" significa, por tanto, "criminalidad fortalecida por el Estado"[88] o, con menor precisión, delitos de Estado,[89] terrorismo de Estado o criminalidad gubernamental.[90] Además, se trata siempre de una criminalidad hacia dentro, contra los propios ciudadanos, "del seno del Estado"; una criminalidad que, como lo muestran los ejemplos dados, también es el centro de interés de este trabajo. El derecho penal internacional existente pone límites relativamente fijos a la impunidad de esos macrodelitos que se analizará en adelante.[91]

[83] Cf. el art. 38 de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), cap. II, 1.
[84] Ver *supra* nota 28.
[85] JÄGER, 1989; *id.*, 1995, p. 327.
[86] SCHÜLER-SPRINGORUM, 1991, p. 236.
[87] Comp. SCHEERER, 1993. Concepto similar al de la "Herrschaftskriminalität" (aprox. "criminalidad del poder o gobierno") de MERKEL, 1993.
[88] NAUCKE, 1996, en especial la p. 19.
[89] Utilizado especialmente por FRIEDRICH (comp. la referencia de RÜTER, 1987, pp. 67 y ss.).
[90] Al respecto, por ejemplo, TRIFFTERER, 1994, pp. 155 y ss.
[91] Ver caps. II a V.

3. *Síntesis: impunidad y derechos humanos en el presente análisis*

En este trabajo se partirá del concepto de impunidad en sentido restringido, comprendida ésta como la ausencia de sanción penal o de persecución penal por la violación de derechos humanos. A pesar de que la impunidad tiene dimensiones de carácter normativo y fáctico en los países examinados (Colombia, Perú, Bolivia, Chile y Argentina), este análisis se concentrará en las dimensiónes normativas.

3.1. Las dimensiones fácticas de la impunidad en Colombia, Perú, Bolivia, Chile y Argentina[92]

Las violaciones de derechos humanos en los países analizados se llevaron a cabo en democracias formales, en las cuales la estabilidad de las instituciones democráticas existe en mayor (Bolivia, Chile) o menor grado (Colombia, Argentina). Un caso especial es el Perú por la suspensión temporal de las funciones democráticas.

Los *hechos* cometidos van desde las limitaciones a la libertad personal (detenciones arbitrarias preparatorias de la "desaparición forzada", prohibición de salida), pasan por la violación de la integridad corporal (torturas y otras violaciones corporales) y llegan hasta la violación del derecho a la vida (ejecuciones extrajudiciales, "desapariciones forzadas", masacres). De ahí que las ejecuciones extrajudiciales, las "desapariciones forzadas" y las torturas, en su carácter de serias violaciones de derechos humanos, adquieran un significado sobresaliente. Esto está en concordancia con la situación internacional, pues también para esa clase de violaciones de derechos humanos se crearon órganos especiales de observación en la ONU.[93]

Los *autores* no se encuentran sólo entre las fuerzas de seguridad (ejército y policía, preponderantes últimamente en los "redemocratizados" estados de Chile y Argentina), sino también en grupos no estatales y paraestatales, ya sean movimientos alzados en armas o los conocidos paramilitares "escuadrones de la muerte". En vista de la especial relevancia que esta situación tiene en Colombia y Perú, no es de extrañarse que esos países —como lo demuestran las estadísticas— tengan un potencial de violencia incomparable, mientras que en Bolivia, Chile y Argentina la situación de derechos humanos ha

[92] Ver más detallado AMBOS, 1997e, pp. 49 y ss.; *CAJ*, 1997b; *id.*, 1998a; 1999, pp. 26 y ss. Ver también los informes de derechos humanos citados en la Bibliografía en el punto 3. En Internet ver <http://www.derechos.org/nizkor/>
[93] Para las ejecuciones extrajudiciales y torturas, entre otros maltratos, fue creado el Relator especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU *(Special Rapporteur)*, y para las "desapariciones forzadas" un *Working Group* (cf. los informes citados como *UN-ECOSOC-CHR*).

mejorado considerablemente desde el retiro de los gobiernos militares. De este modo el problema de la no persecución penal de las violaciones de derechos humanos en esos países representa más bien un problema de superación penal del pasado,[94] en tanto que en Colombia y Perú, un problema agudo y actual.

La intensidad de la violencia corresponde al ramillete de casos, que sirven a la elaboración de las *formas de impunidad.* Colombia y Perú ofrecen más casos en la práctica pasada o actual, que pueden posiblemente ser incluidos y valorados en el marco de este análisis. Esto implica, por cierto, de una parte, un campo de investigación amplio y satisfactorio y la posibilidad de una selección representativa aunque, por otro lado, estremecedora, de la forma como se presenta la situación de derechos humanos en esos países. En el caso de Bolivia, Chile y Argentina se debe limitar el estudio a pocos casos —conocidos internacionalmente y publicados— si no se quiere hablar (sólo) de las dictaduras militares del pasado, cuya herencia en materia de derechos humanos se encuentra efectivamente en el caso chileno y argentino relativamente poco documentada y no es inferior a la actual situación en Colombia y Perú, superando ampliamente en este sentido a la sistemática de la violación de derechos humanos.

Como *formas principales,* de carácter normativo, de la impunidad se señalan la jurisdicción militar y las leyes de impunidad, debiéndose tener en cuenta las especiales particularidades de cada país. La *jurisdicción militar* sirve especialmente en Colombia y Perú como factor de impunidad, mientras que las *leyes de impunidad* en forma de amnistías e indultos a favor de las Fuerzas de Seguridad en Chile y Argentina han hecho superfluo el papel de la jurisdicción militar como mecanismo de impunidad. Un efecto similar tiene la reciente ley de amnistía expedida en Perú. Colombia es un caso especial, ya que su política de despenalización o de atenuación penal ha favorecido menos a las Fuerzas de Seguridad estatales y más a los movimientos alzados en armas, a los grupos paramilitares de los narcotraficantes y a los narcotraficantes mismos. Por el contrario, en Perú el *estado de excepción* juega, en todo caso, un rol no determinable *normativamente.*

Como mecanismos *fácticos* de impunidad se deben citar especialmente los intentos masivos de intimidación a los gobiernos civiles a través de las fuerzas armadas (especialmente en Chile y Argentina), las amenazas directas

[94] Sobre este tema el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional lleva a cabo un proyecto mundial de investigación (ver <http.www.iuscrim.mpg.de>). Ver también la documentación más completa de KRITZ (ed.), 1995; también MÉNDEZ, 1998; ZALAQUETT, 1998; BAEHR, 1998; JOYNER (comp.), 1998, 457 y ss.; para Uruguay: MICHELINI, 1996; Argentina: AMBOS, 1997b; Guatemala: POPKIN, 1996.

en contra de la justicia y sus representantes (especialmente en Colombia y Perú) así como en contra de las partes en el proceso, especialmente los testigos. La falta de voluntad general, o sea, la falta de idoneidad de la justicia penal para investigar las violaciones de derechos humanos, ya fue criticada en investigaciones anteriores como un problema estructural.[95]

3.2. Las dimensiones normativas de la impunidad en Colombia, Perú, Bolivia, Chile y Argentina

3.2.1. "LEYES DE IMPUNIDAD"[96]

El marco jurídico general en los países analizados señala similitudes, pero también algunas diferencias.

3.2.1.1. *Derecho constitucional y derecho penal general*

Las *constituciones* exigen por regla general, desde el punto de vista *formal,* una ley (formal) para la amnistía, mientras que el indulto puede ser otorgado por el Ejecutivo (Presidente). Excepcionalmente la amnistía puede ser otorgada por el Presidente *(Bolivia),* y el indulto requiere de un fundamento constitucional *(Colombia, Chile:* con carácter "individual"), de un "informe" judicial *(Bolivia, Argentina)* o puede ser otorgado simplemente por el Congreso *(Bolivia, Chile:* con carácter "general"). Las reglas constitucionales *bolivianas* se apartan por completo del marco general.

Desde el punto de vista *material* las constituciones no prevén disposiciones de contenido *(Perú)* o de contenido especial (los demás países). La Constitución *colombiana* restringe la amnistía y el indulto, mientras que la *boliviana* sólo la amnistía a los "delitos políticos". La Constitución *chilena* excluye los hechos "terroristas" y aplica la amnistía y el indulto (general) a cierta clase de delitos, la *argentina* habla de una amnistía "general".

De acuerdo con los *Códigos Penales* la amnistía —por regla general— genera la extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena, el indulto sólo la extinción de la ejecución de la pena. De conformidad con el CP *chile-*

[95] En este sentido expresa el relator especial de la ONU, P. KOOIJMANS, respecto de El Salvador y Guatemala: "Se debe anotar que en caso de conflicto interno... la actitud general de la jurisdicción es la de una total inactividad frente a las violaciones de derechos humanos o una respuesta extraordinariamente baja. En modo tal que no existe registro de un procedimiento criminal por actos de tortura que tenga como resultado una sentencia. En la mayor parte de los casos es extremadamente difícil determinar los autores ya sea porque no hay testigos o porque los testigos tienen temor de atestiguar. Si las denuncias se presentan adecuadamente ante las cortes, el procedimiento tiende inmediatamente a pararse y es clasificado como 'investigación pendiente'" (citado en SCHMID, 1989, pp. 175 y s.; traduc. del inglés).

[96] Ver más detallado AMBOS, 1997e, pp. 127 y ss.

no la amnistía se relaciona sólo con la ejecución de la pena, y el indulto "condona" o sea, "transforma" la pena. El CP *boliviano* reglamenta solamente el *perdón judicial.*

3.2.1.2. *Las disposiciones sobre amnistía e indulto*

Esta clase de disposiciones se encuentran en todos los países con *excepción de Bolivia.* En esto no se puede pasar por alto que en los países en los cuales no se ha dictado una amnistía general a favor de las fuerzas armadas (especialmente *Argentina),*[97] se han perseguido los mismos objetivos mediante disposiciones especiales. Estos dos grupos de normas, que se diferencian sólo desde el punto de vista formal, se deben considerar por tanto siempre conjuntamente, si se quiere efectuar una valoración total de la política criminal.

El trasfondo político-jurídico y la forma, o sea, el contenido de las disposiciones de amnistía o indulto muestran más diferencias que similitudes. Mientras que las disposiciones analizadas en *Colombia* representan el resultado de un proceso de paz entre el Estado y las organizaciones guerrilleras (las últimas disposiciones de 1993),[98] las disposiciones *chilenas* (1978)[99] y *argentinas* (1983)[100] aparecen dictadas con un trasfondo de violaciones masivas de los derechos humanos durante las dictaduras militares y con la finalidad (oficial) de lograr una "reconciliación nacional". En *Perú* en principio, fueron una reacción en contra de la sobrecarga en las cárceles (1990),[101] y luego, en una generalidad no conocida hasta ahora, para amnistiar la violación estatal de los derechos humanos (1995).[102]

El diferente trasfondo conduce también a diferentes *contenidos y tipos de reglas.* En *Colombia,* los miembros de las organizaciones guerrilleras fueron y son favorecidos, en caso de "delitos políticos", mediante la amnistía, el

[97] Sobre las estrategias de impunidad de tipo normativo en Argentina de manera ejemplar: SANCINETTI/FERRANTE, 1998, pp. 107 y ss. (B.III.B.)

[98] Ley 104 del 30 de diciembre de 1993 (*Régimen Penal Colombiano*, envío 36, febrero/abril de 1994 y envío 38, noviembre de 1994, §§ 8122 ff.). El art. 127 CP —concediendo una exención de pena a los rebeldes con excepción de delitos feroces o terroristas— fue declarado inconstitucional por sentencia del 23 de septiembre de 1997 de la Corte Constitucional (C-456/97).

[99] Dec. ley 291 del 18 de abril de 1978 (*Diario Oficial* Nº 30.042 de 19 abril 1978).

[100] Dec. ley 22.924 del 22 de septiembre de 1983 *(Legislación Argentina,* 1983-B, p. 1681 y s.). Derogado tres meses después por la ley 23.040 del 22 de diciembre de 1983 *(Legislación Argentina,* 1983-B, p. 1813).

[101] Decreto Supremo 017-90 *JuS* del 2 de octubre de 1990 (*Normas Legales* 171, dic. 1990, p. 36; modificado por DS 019-90 *JuS, ibid.*, p. 150).

[102] Ley 26.479 del 14 de junio de 1995 (*Normas Legales* 229, junio 1995, pp. 143 y s.). Ver también la ley de "interpretación" 26.492 del 28 de junio de 1995 *(Normas Legales* 230, julio 1995, pp. 8 y s.).

indulto y la "extinción de la acción penal", excluyéndose las graves violaciones de los derechos humanos. En *Perú, Chile y Argentina* son amnistiados los miembros de las Fuerzas de Seguridad estatales (de manera expresa lo prevén las reglamentaciones argentinas) de todo hecho cometido durante determinado tiempo, especialmente en la "lucha en contra de la subversión". No se excluyen las violaciones graves de los derechos humanos. Un gran número de personas han sido indultadas por los gobiernos democráticos, tratándose en *Chile* prevalentemente de "prisioneros políticos" y en Argentina de miembros de las fuerzas armadas.

3.2.1.3. *Disposiciones especiales*

Aquí parece más sensato hacer una diferenciación material orientada por países.

En *Colombia* la reforma procesal llevada a cabo en 1993,[103] prevé numerosos beneficios para la "colaboración eficaz". Las disposiciones —no obstante su tenor neutral— tienen como finalidad posibilitar la entrega de los narcotraficantes, y su retiro voluntario del narcotráfico. La ley 23 de 1991 facilita las posibilidades de entrega en caso de delitos menores.

En *Perú* el "decreto de arrepentimiento" (1992)[104] crea la posibilidad a los "terroristas arrepentidos" de una atenuación, exención y remisión de la pena. Como ocurre con los beneficios procesales en Colombia, se pueden aplicar a otros grupos de personas. En forma similar, el "decreto de arrepentimiento" (1991)[105] *boliviano*, de carácter temporal (del 29 de julio al 29 de noviembre de 1991), abrió la vía para una atenuación de las penas a favor de los narcotraficantes. Incluye los mismo hechos que las normas colombianas.

La ley *chilena* "de arrepentimiento" (1992),[106] que prevé la posibilidad de una exclusión de pena o su atenuación para los (antiguos) "terroristas", se asemeja igualmente a las reglamentaciones peruanas. La propuestas sobre extinción de la acción penal por las violaciones de derechos humanos, cometidas durante la dictadura militar, no encontraron mayoría en el Congreso.

Por otro lado, las disposiciones especiales *argentinas* persiguen una finalidad distinta y se dirigen a los miembros de las fuerzas de seguridad, a los

[103] Ley 81 del 2 de noviembre 1993 = Art. 369 A al 369 I CPP (*Régimen Penal Colombiano*, envío 38, noviembre de 1994, §§ 6098-6106).

[104] Dec. ley 25.499 del 12 de mayo de 1992 *(Normas Legales* 192, mayo 1992, pp. 200 y s.). Ver también Decreto Supremo 015-93 *JuS* del 8 de mayo de 1993 *(Normas Legales* 204, mayo 1993, pp. 185 y ss.)

[105] Decreto 22.881 (*Gaceta Oficial de* Bolivia, 9 de septiembre de 1991).

[106] Ley 19.172 del 4 de noviembre de 1992 *(Colleción Textos Legales* 133, abril 1993, pp. 115 y ss.).

que se les imputan violaciones de derechos humanos. La "ley de punto final" (1986)[107] prevé la extinción irrevocable de la acción penal en un plazo de 60 días. La "ley de obediencia debida" (1987)[108] excluye la ponderación de las circunstancias del comportamiento punible mediante la "presunción irrefutable" de la actuación fundamentada en "la obediencia debida". Esta "técnica" es especialmente conocida en el derecho militar.[109] Estas leyes fueron complementadas por decretos de indulto (1986/87)[110] que perfeccionaron la impunidad. Las leyes de punto final y obediencia debida fueron recientemente derogadas (no anuladas) por la ley 24.952.[111]

Desde el punto de vista *material* se encuentran dos clases de disposiciones especiales: aquellas que tienen como finalidad favorecer a los narcotraficantes (*Colombia, Bolivia)* y que conllevan principalmente la atenuación de la pena; y aquellas que favorecen a los delincuentes políticos en el sentido clásico, designados como "terroristas" (*Perú, Chile)* y prevén además de una atenuación de la pena la posibilidad de su exención. Las disposiciones *argentinas,* por otro lado, se dirigen a las fuerzas de seguridad y se asemejan más a las disposiciones "clásicas" sobre amnistía e indulto. Así, se pueden designar como una "amnistía encubierta".[112]

3.2.2. Jurisdicción militar[113]

Se pueden presentar cinco categorías de problemas en forma comparativa.

3.2.2.1. *Delitos*

Respecto de los delitos contemplados en los Códigos Militares no hay unidad de criterio. Todos los Códigos Militares incluyen algunos delitos comunes —incluso relevantes desde el punto de vista de los derechos humanos— *(Colombia:* detención arbitraria, homicidio calificado (o asesinato), lesiones corporales; *Perú:* secuestro; *Bolivia:* homicidio simple, lesiones corporales; *Chile:* referencia al derecho internacional; *Argentina:* robo, hurto). De ahí que se trate, de una parte, en todos los casos, de una codificación

[107] Ley 23.492 del 23 de diciembre de 1986 *(Legislación Argentina,* 1986-B, p. 1100).
[108] Ley 23.521 del 4 de junio de 1987 (*Boletín Oficial*, 9 de junio de 1987).
[109] Cf. cap. V.
[110] Ver por ejemplo *Ministerio de Defensa,* Instrucciones al Fiscal General del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, 24 de abril de 1989 (para ésta y otras normas ver Sancinetti, 1988, pp. 229, 245, 249).
[111] Aprobada el 25/3/1998, en vigencia el 17/5/1998. Ver también cap. III, 3.2.2.1.
[112] Más detallado en el cap. III.
[113] Ver más detallado Ambos, 1997e, pp. 165 y ss.

incompleta, y en dos casos *(Perú, Argentina)* hasta de un grupo de delitos irrelevante para la protección de los derechos humanos. De otra parte, en los Códigos Militares prevalecen —de conformidad con su función de disciplina y ordenamiento— los delitos militares especiales.

La ausencia parcial de delitos comunes, relevantes para la protección de los derechos humanos, tales como el homicidio calificado o asesinato, las lesiones corporales graves, la violación, la restricción de la libertad, etc., sólo puede ser compensada mediante la aplicación del Código Penal Nacional respectivo. Su aplicación tiene lugar, por regla general, de manera indirecta en la (lógica) extensión de la competencia de la jurisdicción militar a los delitos comunes incluidos en el Código Penal.

3.2.2.2. *Competencias*

La jurisdicción militar se extiende principalmente a los delitos administrativos o a los actos del servicio, esto es, a los delitos cometidos en razón o con ocasión del servicio (en este sentido las formulaciones colombiana, peruana, boliviana y chilena).[114] *Chile* y *Argentina* emplean el concepto "delitos o contravenciones militares", comprendiendo por éstos aquellos que se encuentran previstos en los Códigos Militares.[115]

La *extensión de las competencias* existe desde el punto de vista material y personal. Una ampliación *material* a los delitos comunes la prevén expresamente las normativas colombiana, peruana y chilena, y de manera implícita también los Códigos Militares, que contemplan delitos comunes, especialmente el Código Penal Militar boliviano. Una extensión de carácter *personal* a los civiles se encuentra en *Perú* (con limitaciones al ámbito de aplicación), *Chile* (entre otras, en caso de la comisión de delitos conjuntamente con militares) y *Argentina* (en tiempo de guerra). Una ampliación de competencias de *carácter legal especial* existe en *Perú* (durante el Estado de sitio) y *Argentina* (para delitos en el marco de la lucha en contra de los alzados en armas, entre el 24 de marzo de 1976 y el 26 de septiembre de 1983).

Las *cuestiones de competencia* entre la jurisdicción militar y la ordinaria las decide por regla general (en última instancia) la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y en *Colombia* el Consejo Superior de la Judicatura. En general, la duración del proceso y la decisión final dependen de quien invo-

[114] Art. 14 del *CPM colombiano*, por ejemplo, reza: "Las disposiciones de este Código se aplicarán a los militares en *servicio activo* que cometan *hecho punible militar* o común relacionado con el mismo *servicio* ...". Art. 3° N° 2 del *CJM chileno* prevé jurisdicción militar "cuando se trata de delitos cometidos por militares en el *ejercicio de sus funciones* o en *comisiones del servicio*" (énfasis del autor).
[115] Más en el cap. IV 2.1.

que la competencia; en *Bolivia* de esto depende incluso la competencia de la CSJ —usual en los otros países.

Finalmente, bastante particular es la posibilidad que existe en *Argentina* de que la jurisdicción ordinaria pueda entrar a conocer de un proceso en caso de que su trámite se dilate en la jurisdicción militar.

3.2.2.3. *Organización judicial*

En el plano de la organización jurisdiccional dominan las *dos instancias*. Todas las Cortes están compuesta por militares (activos), que en la mayoría de los casos no son juristas. Los (pocos) juristas son de un lado —parte integral de la jerarquía militar— por regla general como miembros del *Cuerpo Jurídico Militar* y tienen funciones de asesoría, sin derecho a voto en la segunda instancia *(Colombia, Perú)*. A manera de ejemplo, se puede señalar *Chile,* en donde existen auditores jurídicos, quienes en efecto sólo tienen funciones de asesoría y deben doblegarse ante el voto de los militares. En *Bolivia* hay juristas en la primera instancia, pero el proceso no es *abierto* por militares con formación jurídica. En *Argentina* ni siquiera participan juristas.

De especial significación puede ser la cuestión sobre si se ha previsto en cualquiera de los estadios del proceso un control por parte de la jurisdicción ordinaria. En esto el derecho argentino es el que va más lejos. Permite —además de la citada posibilidad de avocarse al conocimiento del proceso— una revisión de las decisiones de los tribunales militares mediante la presentación de un recurso ante la Cámara Federal, por consiguiente un tribunal ordinario. En *Colombia y Chile,* por el contrario, la CSJ es sólo una instancia de revisión de carácter extraordinario, en donde la situación chilena es la más cercana a la argentina. En *Perú* y *Bolivia* no se ha previsto una revisión de esta clase por parte de la jurisdicción ordinaria. [116]

3.2.2.4. *Principios del Estado de derecho*

Los principios del Estado de Derecho se consagran en todos los Códigos Militares, aunque en forma diferente: mientras que el colombiano y el boliviano contemplan todos los principios importantes, en el peruano y en el argentino sólo se encuentran algunos, y en el chileno sólo la regla de la publicidad. El principio de la publicidad se garantiza en todos, empero puede ser restringido por razones poco determinadas ("moral, disciplina, buenas costumbres seguridad estatal, orden público"), de las cuales la restricción colombiana es la menor —desde el punto de vista normativo. En *Perú, Chile,* y *Argentina* la etapa de investigación es secreta.

[116] Ciertamente, sólo se ayuda realmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos cuando el tribunal ordinario competente somete las decisiones de las cortes militares a un examen serio de los hechos y del derecho. Éste no es siempre el caso. (Cf. al respecto cap. IV).

3.2.2.5. *Obstáculos para la condena*

En todos los ordenamientos jurídicos existen obstáculos para la condena.

En la *exclusión del tipo penal,* por causales de justificación, disculpa o de exclusión de la culpabilidad o —en general— como de "exclusión de la responsabilidad penal", tiene gran significado la "obediencia debida", bajo diferentes acepciones.[117] Al respecto sólo en el derecho *boliviano* se formulan diferentes criterios para la extinción de los hechos punibles. El CJM *chileno,* especialmente, contempla otras reglas para la exención de la punibilidad.

Como *obstáculos de carácter procesal se presentan* la amnistía, el indulto y la prescripción.

Los *plazos* (normalmente cortos) pueden actuar como obstáculos al proceso. Rigen regularmente tanto para la etapa de investigación, como para el juicio. Sólo en *Chile* los plazos se pueden prorrogar.

3.2.3. Estados de excepción[118]

En el *plano material* las constituciones analizadas prevén uno *(Bolivia, Argentina),* dos *(Perú),* tres *(Colombia)* o cinco *(Chile)* tipos de estados de excepción, cuya declaración tiene como presupuesto la perturbación del orden público *(Perú, Bolivia, Chile)* o *la conmoción interior (Colombia, Argentina).*

La competencia para la declaratoria la ostenta el Ejecutivo (el Presidente, con o sin participación del gobierno), en donde las facultades de participación del Legislativo (Congreso con dos Cámaras) son más *(Colombia, Argentina)* o menos *(Bolivia, Chile)* vigorosas. En *Perú,* el débil Congreso, ha sido despojado considerablemente de todo poder a través del golpe del Presidente en abril de 1992 y de su reducción.

Desde el punto de vista *temporal* la posibilidad de duración de la declaratoria por primera vez va desde 60 días *(Perú),* o bien 90 *(Colombia, Bolivia, Chile)* hasta 180 *(Bolivia),* 270 *(Colombia)* o más días *(Perú, Chile).* La Constitución argentina no determina un tiempo específico.

Respecto de las *consecuencias jurídicas* se pueden diferenciar entre las consecuencias clásicas y algunas específicas.

La consecuencia *clásica* es la *suspensión de determinados derechos fundamentales,* que en *Chile* es la más amplia. Allí sigue vigente —aun luego de

[117] Más adelante sobre las "actuaciones en cumplimiento de órdenes" en el cap. V.

[118] Ver más detallado Ambos, 1997e, pp. 202 y ss. Sobre la jurisprudencia colombiana al respecto ver Orozco/Gómez, 1997, pp. 265 y ss., 410 y ss.

la reforma constitucional llevada a cabo por el gobierno civil— el estado de excepción innominado previsto por el art. 24 transitorio, y las posibilidades de protección jurídica, no obstante las reformas positivas, se encuentra bastante restringida. En *Colombia* no se ha previsto expresamente una restricción a los derechos humanos. Allí la Constitución prescribe el respeto a los "derechos humanos, las libertades fundamentales, el derecho humanitario y al principio de proporcionalidad", y le otorga al Ejecutivo sencillamente la competencia —existente también en otros países— de expedir decretos ejecutivos. En *Bolivia* las restricciones a los derechos fundamentales se encuentra limitada a los "perturbadores" del orden público.

Como consecuencia jurídica *especial* se debe citar la de *Perú* con el establecimiento de un "comando político militar" en las zonas que se encuentren bajo el estado de excepción. Esto lleva a una concentración del poder de las fuerzas armadas, las cuales se han fortalecido con las competencias especiales que les ha atribuido el presidente Fujimori. En *Chile* se ha posibilitado la delegación de unas competencias comparables a las del Presidente a las Fuerzas Armadas mediante la ley reglamentaria 18.415.

Sólo la Constitución *colombiana* incluye un catálogo de principios propios del *Estado de derecho.*[119] En *Perú* , la ley correspondiente *cayó* con la disolución del Congreso. En las otras Constituciones sólo se encuentran disposiciones aisladas, por ejemplo, respecto de una posible responsabilidad administrativa de los órganos responsables del Estado de excepción *(Colombia, Bolivia).*

3.2.4. Conclusiones

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. Éstas representan una forma inmediata y directa de la impunidad, porque excluyen de una ulterior sanción las violaciones de derechos humanos cometidas. Esto justifica un análisis posterior más detallado. [120]

La relación entre impunidad y *jurisdicción militar* se origina en la tesis de que los procesos marciales relacionados con la violación de derechos humanos por regla general no conducen a una condena y en caso contrario ésta es muy leve. El autor de una violación de derechos humanos confía en que además puede rechazar el efecto intimidatorio de carácter penal. Esto hace

[119] Sobre los límites de derecho internacional cf. *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission,* 1982, pp. 10 y ss.
[120] Cf. cap. III.

necesario el análisis detallado de las causas de esta situación e intentar, con base en puntos de partida normativos, una disminución de la impunidad en los tribunales militares. [121]

La relación entre impunidad y las normas de *estado de excepción* es difícil de establecer, ya que la declaratoria del estado de excepción como reacción a las perturbaciones del orden público no presupone la violación de los derechos humanos —como las leyes de impunidad y la justicia militar—, ni extingue la acción penal o la ejecución de la pena de manera expresa; en todo caso conduce hacia una (admisible constitucionalmente) restricción o suspensión de los derechos fundamentales o derechos humanos.[122] Esto empero, no confirma nada sobre la relación de la impunidad con los estados de excepción, o sea no responde —concretamente— a la pregunta acerca de si y, en su caso, en qué medida la declaratoria del estado de excepción dificulta la sanción de las violaciones a los derechos humanos o si acaso no la impide. La relación es por tanto de naturaleza fáctica: la militarización, que acompaña (en parte) la declaratoria del estado de excepción —en la mayor parte de los países— favorece las violaciones de derechos humanos y dificulta o impide tanto las investigaciones de las autoridades judiciales, como también el control por parte de las organizaciones de derechos humanos y otras entidades independientes.[123] Esta diferencia cualitativa entre las leyes de impunidad y la jurisdicción militar así como la naturaleza de esa problemática, de carácter empírico, hacen imposible un análisis detallado de este punto. [124]

No obstante la importancia de los aspectos normativos de la impunidad, no se puede pasar por alto finalmente, que además de las disposiciones de derecho positivo existen algunos *mecanismos de impunidad no determinables normativamente,* que ordinariamente sirven de complemento a los del derecho positivo, y que son más importantes que éstos.[125]

[121] Cf. cap. IV.
[122] Cf. al respecto (nuevamente) *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission,* 1982, pp. 10 y ss., así como —sobre los límites constitucionales, especialmente el principio de certeza (legalidad material), en Latinoamérica— Valiña, 1991, pp. 10 y ss.
[123] Cf. sobre los "efectos" generales *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission,* 1982, pp. 33 y ss.
[124] Cf. los citados informes de derechos humanos en la Bibliografía y las formas y casos de impunidad documentados en Ambos, 1997e, pp. 49 y ss. (allí se encuentran en parte los mecanismos fácticos de impunidad, que funcionan en los estados de excepción).
[125] Cf. al respecto también Ambos, 1997e, pp. 49 y ss.

Capítulo II

Deberes de penalización en caso de graves violaciones a los derechos humanos

1. Tratados internacionales.
2. Derecho internacional consuetudinario vs. principios generales del derecho internacional.
3. Resultado.

En el presente análisis se tratarán tres formas de violación a los derechos humanos, principalmente torturas, ejecuciones extrajudiciales y "desaparición forzada", todas éstas con frecuencia preparadas por medio de la detención arbitraria. Se analizará si el derecho penal internacional vigente prevé para esos hechos un deber de penalizar o castigarlos. 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.[1] *El deber de*

[1] Otro aspecto, no tratado aquí, es si las violaciones a los derechos humanos pueden eventualmente generar una acción indemnizatoria de carácter civil a favor de la víctima o de sus parientes. Hasta el punto que después del "Caso Letelier" se puede afirmar que los "particulares que hubieren sido perjudicados y los Estados correspondientes, a través de un determinado procedimiento en el plano interno e internacional, pueden constreñir al Estado que hubiere cometido el daño a la reparación de los daños sufridos." (Hess, 1993, p. 114; traduc. del alemán). El procedimiento en el plano interno presupone en efecto que el derecho nacional del Estado que otorga la protección o del Estado patrio, admita la interposición ante las cortes nacionales de una demanda en contra del Estado que cometió el daño (así el *Foreign Sovereign Immunities Act,* en tanto que la demanda tenga que ver con un delito cometido en el país y que se considera imputable al Estado que cometió el daño). En caso contrario procede al arbitramento nacional, posible en el derecho internacional, por la vía de la protección diplomática a través del Estado patrio; esto presupone empero una cesión formal de las pretensiones a un órgano del Estado patrio (cf. *ibidem*, especialmente en la p. 114). Más aún, el derecho norteamericano le garantiza actualmente a la víctima o a sus parientes una acción civil en caso de torturas o ejecuciones extrajudiciales en contra del autor *particular* —ya sea ciudadano americano o extranjero—, en tanto haya actuado "bajo la autoridad real o aparente... de una nación extranjera" *[Torture Victim Protection Act of 1991*, Publ. 102-256, 106 Stat. 73 (1992) codificado en 28 USC § 1350 (1993)]. El anterior *Alien Tort Claims Act* [Judiciary Act de 1789, ch. 20, § 9 (b), 1° Stat. 73, 77 (1789), también en el 28 USC, § 1350; al respecto Steiner/Alston, 1996, pp. 779 y ss.] le garantizaba sólo a los extranjeros una acción penal. La demanda en contra del líder de los serbios bosnios (Karadzic), presentada con base en los citados principios jurídicos, fue rechazada en principio a causa de la falta de jurisdicción (*jurisdiction)*, con el fundamento de que "los actos cometidos por un actor no estatal no violan la ley de las naciones" (como lo exige el *Alien Tort Claims Act*) o sea, "la ley (el *Torture Victim Protection Act*, nota del autor) no tiene por objeto la tortura o el homicidio cometido por grupos exclusivamente privados". Esa decisión fue luego revocada por la corte de apelaciones competente y el asunto fue reenviado (*Doe v. Karadzic*, 1994 US Dist., Lexis 12599,

penalización implica, también, para el sujeto obligado jurídicamente —en el derecho internacional generalmente el Estado—[2] *el deber de procurar que se aclaren plenamente esta clase de hechos delictivos. Esto tiene como consecuencia, en principio,*[3] *que la impunidad normativa o fáctica de tales hechos sería una violación del derecho penal internacional. Si bien el derecho penal nacional normalmente tipifica las respectivas conductas,*[4] *muchas veces falta la efectividad del tipo penal, es decir una sanción. Así, la facultad del derecho nacional de no penalizar actúa como un reflejo del deber internacional de castigar, y se encuentra delimitada por éste. En otras palabras: la competencia, para no penalizar o castigar determinados hechos, puede ir sólo hasta donde no se contraríe el deber internacional de penalización.*[5]

Las siguientes reflexiones se orientan en las fuentes del derecho internacional previstas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ).[6] *Se examinará si de esas fuentes se puede derivar un principio del derecho según el cual las violaciones a derechos humanos aquí analizadas se encuentren sometidas a un deber de penalización.*

1. *Tratados internacionales*

1.1. **Tratados generales de derechos humanos**

Dentro de los tratados generales de derechos humanos se considerarán la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).[7] La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) será invocada de manera complementaria.[8] Estos tratados presentan, como "acuerdos internacionales" en el sentido del art. 38 inc. 1° (a) del Estatuto de la CIJ, normas de derecho internacional y fundamentan,

Southern District of New York; *Kadic vs. Karadzic*, US Court of Appeals for the second circuit, 1995 US App. Lexis 28826; al respecto *IELR* 1996, pp. 277 y ss.; desde la perspectiva del representante de la parte actora, también en Wu, 1993, especialmente pp. 106 ss.). En general sobre acciones penales en Van Dyke/Berkley, 1992, p. 265; Walther, 1995.

2 Sobre otros sujetos del derecho internacional: Verdross/Simma, 1984, pp. 239 y ss.

3 Sólo "en principio" porque existen posibles excepciones de esta regla (ver *infra* cap. III, 1).

4 Cf., por ejemplo, sobre torturas, *infra* nota 50 y sobre ejecuciones extralegales *infra* nota 61; por el contrario sobre "desapariciones forzadas" *infra* nota 239.

5 La mencionada relación entre el derecho nacional e internacional necesita sin embargo distintas consideraciones particulares, ver sobre este punto *infra*, en particular 1.3.

6 Ver *UN Yearbook* 1946-47, p. 843; también: *International Court of Justice*, Acts and Documents concerning the Organization of the Court, N° 5, p. 60.

7 Cf. ya en el cap. I, 2.2. Recientemente Nacimiento, 1997, pp. 4 y ss.

8 Versión original del 4/11/1950, modificado mediante los Protocolos 3, 5, 8 y 9 (UNTS, 213, 221).

de conformidad con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, una responsabilidad internacional luego de su aprobación por parte de los Estados contratantes y de su entrada en vigencia.[9] En este caso el derecho nacional que se encuentre en contraposición es inaplicable desde el punto de vista del derecho *internacional*, como éste tiene un rango legal superior.[10] Por otro lado, la validez y el rango dependen en el plano *interno* del legislador nacional.[11] Al respecto los ordenamientos legales latinoamericanos, también los de los países aquí analizados,[12] exigen leyes especiales de transformación, con las cuales se les otorga un rango constitucional, supralegal o legal.[13]

9 Cf. arts. 11 y ss. y 24 y s. de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (Doc. ONU A/CF. 39/11/Add.2, p. 271); Verdross/Simma, 1984, §§ 707 ss.; nótese la diferencia entre "vinculante" ("consent becomes irrevocable") y "entrada en vigor" ("obligations are to be performed"). Cf. *ibid*, §§ 716 ss. (nota 42).

10 Cf. art. 27 Convención de Viena, *supra* nota 9: "Una Parte no puede invocar el derecho interno, a efectos de justificar el no cumplimiento de un tratado". Ésta es también la jurisprudencia vigente de la Corte Permanente Internacional de Justicia y de la CIJ, cf. sólo la Opinión Consultiva de la Corte Permanente Internacional de Justicia (CPIJ) en el caso *"Greco-Bulgarian Communities"*: "Es un principio aceptado generalmente en el derecho internacional que en las relaciones entre dos poderes que sean parte de un tratado, no podrán prevalecer las disposiciones del derecho municipal sobre las del tratado". (1930 CPIJ, Serie B, N° 17, p. 23). Cf. también Goldmann, 1988, p. 10 y Gordillo, 1992.

11 Verdross/Simma, 1984, §§ 852 ss. con otras anotaciones. El tipo de aplicación interna de las normas jurídicas de un tratado depende ciertamente de su carácter. La aplicación directa *(self-executing)*, esto es, en la versión original de derecho internacional, sin la sanción de una norma nacional que las concretice, puede considerarse en principio sólo en caso de normas que otorguen derechos subjetivos y se encuentran formuladas en forma suficientemente determinada. [*ibid.* §§ 863 ss. con otras notas; Jiménez, 1988, pp. 27-53 (34)]. La pregunta de si éste es el caso en materia de tratados de derechos humanos, ha sido contestada afirmativamente por la mayor parte de la literatura [al respecto por ejemplo, O'Donnell, 1988, pp. 45 y s.; Jiménez, 1988, pp. 38 y ss. (diferenciadamente); Minvielle, 1988, pp. 75 y ss.; Trejos, 1991, pp. 78, 81 y ss.; en contra de la opinión oficial de los EE.UU. de acuerdo con Jiménez, 1988, pp. 40 y s., Trejos, 1991, pp. 81 y s. y también el CDH, *infra* nota 34 y texto]. A favor de esto se pronuncia por ejemplo, también, el art. 2° CIDH, que obliga a las partes, "a adoptar... medidas... que den efecto a estos derechos y libertades (de la CIDH, nota del autor)"; así como el art. 93 de la Constitución colombiana, que exige que la interpretación constitucional deba hacerse en concordancia con los pactos internacionales en materia de derechos humanos. Con relación al Pacto de Derechos Civiles y Políticos los gobiernos argentino y chileno, por ejemplo, han señalado que puede ser aplicado directamente por las cortes *(Report of the HRC*, vol. I, *GA*, Official Records, 45th session, supplement N° 40, Doc-ONU A/45/40, pp. 41, 52).

12 El art. 76 N° 18 de la antigua Constitución colombiana y 150 N° 16 de la nueva (1991); el art. 102 de la antigua Constitución peruana y 56 de la nueva (1993); el art. 59 N° 12 de la Constitución boliviana. (En su versión del 5 de agosto de 1994); el art. 50 N° 1 de la Constitución chilena; el art. 67 N° 19 de la antigua Constitución argentina y el art. 75 N° 22 de la nueva (1994). En adelante sólo se citarán las constituciones vigentes (nuevas).

13 ***Rango supraconstitucional:*** Guatemala (art. 46, en el caso de derechos humanos incluso sobre la Constitución), Honduras (arts. 16-18); es discutible si las normas citadas no conceden solamente rango supralegal. ***Rango constitucional:*** Argentina (art. 75 N° 22 Const.: tratados fundamentales

Los Estados aquí analizados han transformado ("ratificado")[14] la CIDH y el PIDCP.

Los tratados de derechos humanos citados no contienen una disposición expresa que prescriba la persecución de las violaciones a derechos humanos. Puntos de partida de un deber de esta clase pueden ser, sin embargo, de una parte, las prescripciones de los tratados sobre el "deber de respetar y asegurar" *(respect and ensure)*,[15] y de otra los "remedios efectivos" *(effective remedy)*.[16]

---

en materia de derechos humanos, de lo contrario requieren de una mayoría de 2/3 en ambas Cámaras del Congreso; el art. 31 de la anterior Constitución les otorgaba sólo rango de ley). ***Rango supralegal:*** Costa Rica (art. 7°), El Salvador (arts.144 y s.), Paraguay (art. 9°), Colombia (art. 93 Const.: tratados de derechos humanos). ***Rango legal:*** México (art. 133), Uruguay (art. 6°), Ecuador (art. 3°, 137), Venezuela (art. 128), República Dominicana (art. 3°); Colombia (ex art. 93 y art. 150 N° 16). La Constitución Peruana coloca el derecho constitucional sobre "toda norma legal" (art. 51), así como también sobre los tratados internacionales trasladados al derecho interno (argumento y arts. 55, 56; art. 105 de la anterior Constitución le daba a los tratados de derechos humanos rango constitucional, el art. 101 le otorgaba a otros tratados rango supralegal). Las Constituciones (modificadas) de Bolivia y Chile no contemplan una regla similar. Chile, Cuba y Panamá no reconocen internamente el derecho internacional —sin transformación— (cf. TREJOS, 1991, pp. 65 y ss.; MINVIELLE, 1988, pp. 72 y ss.; FIX-ZAMUDIO, 1992/93, pp. 44 y s., señalan al respecto que las constituciones latinoamericanas le conceden al derecho internacional por lo general, especialmente en materia de derechos humanos, preeminencia frente al derecho nacional; en forma similar VALIÑA, 1991, pp. 20 y ss.; recientemente AYALA C., 1998). Ver también la decisión de la Corte Constitucional colombiana, en: IIDH, 1996, pp. 213 y ss.

[14] La "ratificación" es la autorización del cierre del tratado, realizada por los órganos internos competentes, y como tal se debe diferenciar fundamentalmente de la aprobación parlamentaria. Representa principalmente "Sólo un eslabón en la creación de la voluntad contractual del Estado..." y precede "como tal la ratificación del derecho internacional...". (VERDROSS/SIMMA, 1984, § 698; traduc. del alemán). Sobre el *status* de las ratificaciónes ver ya cap. I, 2.2.

[15] *Art. 1.1 CIDH* determina: "Los Estados parte 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". *Art. 2°(1) PIDCP* determina que cada Estado parte se compromete a *respetar y asegurar* a todos los individuos los derechos reconocidos en el Convenio. Cf. también el art. 1° CEDH (sobre la similitudes de esas disposiciones: MERON, 1989, p. 164).

[16] *Art. 25 CIDH:* "*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 amparen 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. 2. Los Estados partes se comprometen: *a)* a *garantizar* que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; *b)* a *desarrollar* las posibilidades de recurso judicial; *c)* a *garantizar* el cumplimiento por las autoridades competentes de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso". El *art. 2° del PIDCP*: "*3.* Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a *garantizar* que: *a)* toda persona cuyos derechos y 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 cualquier 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 del recurso judicial; *c)* las autoridades competentes *cumplirán* toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso" (destacado por el autor). Cf. también art. 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 13 de la CEDH.

1.1.1. DISPOSICIONES DE "RESPETAR Y ASEGURAR" ("RESPECT AND ENSURE")

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH)[17] expresó en el caso *Velásquez-Rodríguez*[18] —interpretando el art. 1° de la Convención— lo siguiente:

> "El Estado está en el *deber* jurídico de *prevenir*, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos, de *investigar* seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de *imponerles las sanciones* pertinentes y de *asegurar* a la víctima una adecuada *reparación*."[19]

Estas obligaciones las concretiza posteriormente, estableciendo que la simple existencia del correspondiente sistema legal no es suficiente sino que el gobierno debe ser exhortado a "...efectivamente asegurar... los derechos humanos".[20] Además, le exige que las investigaciones (penales) deben "...emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa".[21]

---

[17] Cf. <http://corteidh-oea.nu.or.cr/ci/> con jurisprudencia y otras informaciones.

[18] *Velásquez Rodríguez* fue —junto a *Godínez Cruz y Farén Garbi/Solís Corrales*— el primero de tres casos, en los cuales el tribunal —siguiendo el modelo de la CIDH— responsabilizó internacionalmente a un Estado parte de la CIDH (Honduras) por la "desaparición forzada" de personas (sentencias del 29/7/1988, 20/1/1989, 15/3/1989, *IACourt*, Series C, Decisions and Judgements 1-8, aquí n^{os} 4-6 al igual que *OEA-Corte IA*, 1988a, pp. 35 y ss.; 1988b, pp. 35 y ss.; 1989, pp. 15 y ss., 71 y ss., 129 y ss., 147 y ss.; *OAS-IACourt*, 1994a, pp. 49 y ss.). Honduras fue sentenciada además al pago de indemnizaciones (sentencias del 21/7/1989, *ibid.*, N^{os}. 7, 8). Sobre el trasfondo THUN, 1989; NIETO, sin fecha. El caso fue cerrado luego del pago de la indemnización ordenada por el fallo de la CorteIDH el 10/9/1996 *(OAS-IA Court* 1997, pp. 209 y ss.); asimismo *Godínez Cruz (ibid.*, pp. 213 y ss.).

[19] Sentencia del 29/7/1988 (nota 18), N° 4, par. 174 (destacado por el autor). Sobre la interpretación del art. 1° CIDH, cf. especialmente el par. 162-167: de acuerdo con éste, la "obligación de asegurar" implica "...organizar todo el aparato gubernamental y, en general todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos... los Estados deben *prevenir, investigar y sancionar,* procurar *restablecer* el derecho conculcado y, proveer a una *compensación*..." (par. 166, destacado por el autor). Como consecuencia jurídica la CorteIDH ha ordenado sólo el pago de una indemnización monetaria (par. 194; crítica en ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 31).

[20] Sentencia del 29/7/1988 (nota 18), par. 167. En forma similar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (GOLLWITZER en: *LR*, CIDH, art. 1°, PIDCP art. 2° incs. 1°, 2°, N° 17).

[21] Sentencia del 29/7/1988 (nota 18) par. 177.

Esta jurisprudencia ha sido el fundamento de numerosas decisiones posteriores. En el caso *Aloeboetoe et al.* (vs. Surinam), el gobierno de Surinam reconoció su responsabilidad internacional y con esto la obligación de investigar, sancionar e indemnizar, impuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComIDH).[22] En forma similar el gobierno venezolano reconoció su responsabilidad en el caso *El Amparo*.[23] En el caso *Neira Alegría y otros,* Perú fue condenado, entre otros, al pago de indemnizaciones por la violación del art. 1° de la CIDH.[24] En el caso *Caballero Delgado y Santana,* Colombia fue condenada por la violación a los arts. 4° y 7°, en concordancia con el art. 1°, de la CIDH al pago de una indemnización y se le exigió el castigo de los culpables.[25] La Corte, además, decidió en el caso *Colotenango* mediante resolución provisional, que del art. 1° inc. 1° de la CIDH se derivaba

[22] En este caso se trató de la masacre de siete campesinos, cometida por las Fuerzas Armadas de Surinam. La ComIDH encontró que se habían violado los arts. 1°, 2°, 4°(1), 5°(1), 5°(2), 7°(1), 7°(2), 7°(3), 25 (1) y 25 (2) de la CIDH y recomendó la investigación de las violaciones, la penalización de los responsables y el pago de indemnizaciones a las víctimas. Por sentencia del 10 de septiembre de 1993 la CorteIDH le concedió a los parientes una indemnización por valor de U$S 453.102 y obligó al gobierno de Surinam, entre otras, a crear una fundación para administrar las sumas provenientes de la indemnización y a pagarle a ésta U$S 4.000 (juicio del 4 de diciembre de 1991, en: *OAS-IACourt* 1992, pp. 76 y ss. así como la sentencia del 10 de septiembre de 1993 respecto de "reparaciones", en: *OAS-IACourt*, 1994b, 61 y ss.; ver también *OEA-CorteIDH*, 1998, pp. 105 y ss.). Por el contrario, la CorteIDH en el caso *Gangaram Panday* condenó a Surinam sólo por la detención arbitraria de la víctima y en esta medida le reconoció a los parientes una indemnización por valor de U$S 10.000; con relación al asesinato de la víctima, quien murió ahorcada mientras se encontraba bajo la vigilancia de la policía, fue rechazada la responsabilidad del Estado por motivos probatorios (sentencia del 21 de enero de 1994, en: *OEA-CorteIDH*, 1995, pp. 21 y ss.; Cf. también *OEA-CorteIDH*, 1998, pp. 101 y ss., 127 y ss., 173 y ss.). En estos casos se evidenciaron los problemas probatorios cuando no existe un "patrón consistente" de violación a los derechos humanos (Cf. Rohr-Arriaza, 1995, p. 31). El caso fue cerrado luego del pago de una indemnización decretada por la CorteIDH el pasado 5/2/1997 (*IACourt*, CDH-CP 2/97).

[23] En este caso se trató de la masacre de 16 pescadores cometida por la fuerzas de seguridad estatales en el pueblo de El Amparo. El gobierno venezolano reconoció su responsabilidad en los hechos, circunstancia de la que la Corte tomó nota para considerar que la controversia había cesado y condenar al gobierno venezolano al pago de una compensación y de una indemnización "adecuada" a los parientes de las víctimas. (Sentencia del 18 de enero de 1995, en: *OAS-IACourt*, 1996, pp. 23 y ss.). La sentencia fijando el valor de la indemnización fue expedida el 19/9/1996 (*OAS-IACourt* 1997, pp. 159 y ss.). Ver también *OEA-CorteIDH*, 1998, pp. 133 y ss., 169 y ss., 191 y ss., 265 y ss.

[24] En ese caso se trató de la masacre conocida internacionalmente, en la prisión limeña de "San Juan Bautista" *(El Frontón)*. Sentencia del 19 de enero de 1995, *OAS-IACourt*, 1996, pp. 41 y ss.; ver también *OEA-CorteIDH*, 1998, pp. 117 y ss., 145 y ss., 381 y ss.

[25] *CorteIDH*, sentencia del 8 de diciembre de 1995 (*OAS-IACourt*, 1996, pp. 135 y ss. = *HRLJ* 1996, 24). Ver también la sentencia del 29 de enero de 1997, en: *OEA-CorteIDH*, 1998, pp. 63 y ss.; también 91 y ss., 271 y ss.).

el deber de proteger a las partes del proceso, especialmente a los testigos.[26] La Corte confirmó y consolidó esta jurisprudencia en los casos *Loayza Tamayo*[27] y *Castillo Páez*[28] (ambos contra Perú), *Suárez Rosero*[29] (contra Ecuador), *Blake*[30] y *Paniagua Morales et al.*[31] (ambos contra Guatemala).

La ComIDH exige también —remitiendo regularmente al caso *Velásquez Rodríguez*— "investigaciones de fondo e imparciales", la penalización de los responsables y una indemnización adecuada.[32]

Esa interpretación tan amplia de la disposición sobre "respetar y asegurar" debe en realidad relativizarse teniendo en cuenta en el fondo las particularidades del sistema interamericano de derechos humanos.[33] Los casos sometidos tanto a la ComIDH como a la Corte tienen en común que las fuerzas armadas implicadas intentan siempre por todos los medios evitar una persecución penal en el ámbito interno —con la aprobación o en todo caso la tolerancia de las correspondientes autoridades civiles—. Una vez que se somete el caso a los órganos interamericanos, el gobierno demandado por lo general no se muestra deseoso de cooperar, de modo tal que dejan la impresión de que no toman muy en serio sus obligaciones contractuales. Esto aclara por

[26] *Resolución de la Corte,* 22 de junio de 1994, en: *OEA-CorteIDH*, 1995, pp. 73 y ss. Cf. también la decisión del 1/12/1994 (*ibidem*, pp. 103 y ss.), del 18/5/1995 (*OAS-IACourt*, 1996, 93 y ss.), del 1/2/1996 y 10/9/1996 (*OAS-IACourt*, 1997, pp. 83 y ss., 197 y ss.) y del 16/4 y 19/9/1997 (*OEA-CorteIDH*, 1998, 153 y ss., 241 y ss.). Ver también en los casos *Vogt* y *Serech y Saquic vs. Guatemala* (*OAS-IACourt*, 1997, pp. 123 y ss., 259 y ss.; *OEA-CorteIDH*, 1998, pp. 10, 247 y ss., 307 y ss.). Ver también Ambos/Ruegenberg, 1998, 170.

[27] Sentencia del 17/9/1997, en: *OEA-CorteIDH*, 1998, pp. 207 y ss. Sobre la importancia de este caso en cuanto a un derecho a compensación en el sentido del *restitutio in integrum* ver Shelton, 1998, pp. 203, 206.

[28] Sentencia del 3/11/1997, en: *OEA-CorteIDH*, 1998, pp. 275 y ss.

[29] Sentencia del 12/11/1997, en: *OEA-CorteIDH*, 1998, pp. 311 y ss. El 20/1/1999 la Corte condenó a Ecuador a pagar U$S 86.621,77 de reparación (CDH-CP3/99).

[30] Sentencia de 24/1/1998 (archivo del autor). El 20/1/1999 la Corte condenó a Guatemala a pagar U$S 161.000 en total de reparación a los familiares de la víctima (CDH-CP3/99).

[31] Sentencia del 8/3/1998 (archivo del autor).

[32] En esto se apoya la ComIDH, pero también en el art. 25 de la CIDH. Cf. por ejemplo los casos colombianos 10.235, 10.454, 10.581 (*OAS-IACHR*, 1992, p. 27; *ibid.*, 1993, pp. 52, 61) y los casos peruanos 10.433, 10.443, 10.528, 10.531 (*ibid.*, 1993, pp. 110, 118, 128, 136). Aquí se repitió lo previsto en la sentencia *Velásquez-Rodríguez* de la CorteIDH y recomendó "la realización de una investigación exhaustiva... en orden a clarificar las circunstancias..., determinar el paradero de la víctima e identificar las personas responsables y llevarlas ante las justicias para que puedan recibir el castigo que merecen" *(ibid,* p. 141). Ver también la reciente decisión de la ComIDH con respecto a la amnistía chilena (DL 2.191): Informe N° 25/98 (casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675, 11.705), OEA/Ser/L/V/II.98, Doc. 33, par. 66 y ss. Cf. también Orentlicher, 1991, pp. 2578 y s., nota 176 y s.

[33] Sobre el sistema interamericano de derechos humanos, cf. Buergenthal/Shelton, 1995, pp. 45 y ss.; González, 1996; Faúndez-Ledesma, 1996; Méndez/Cox (eds.), 1998.

qué la Corte, en el caso *Velásquez-Rodríguez*, insistió en la seguridad "efectiva" de los derechos humanos y en la seriedad de las investigaciones penales. Lo cual se encuentra ausente por lo general en el sistema interamericano. Si los Estados parte de la CIDH tomaran en serio sus deberes, la Comisión y la Corte posiblemente no habrían encontrado importante el recordarles a los Estados parte sus deberes, ni derivar deberes de protección positivos del art. 1° de la CIDH (o del art. 25).

Vale la pena destacar que el Comité de Derechos Humanos (CDH) del PIDCP[34] en su interpretación de las obligaciones en materia de derechos humanos previstas en el PIDCP, especialmente del art. 2° inc. 1°,[35] sigue más bien la doctrina del "margen de apreciación" del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y así concede a los Estados partes un amplio margen de discreción en la aplicación interna del Pacto.[36] Así, la afirmación de que los "Estados partes tienen también que asegurar el goce de estos derechos a todos los individuos bajo su jurisdicción",[37] aparece como una simple declaratoria, ya que resulta del tenor del art. 2°, inc.1° del PIDCP. Deberes positivos de protección basados en el art. 2°, inc. 1° del PIDCP (y 1° de la CIDH) que van mas allá de simples mandatos negativos de omisión pueden emerger solamente en casos concretos muy específicos. Sin embargo, deberes positivos se pueden fundamentar perfectamente en los casos aquí relevantes, esto es en caso de una violación al derecho a la vida (art. 6° PIDCP, art. 2° de la CIDH) o de la prohibición de tortura (art. 7° PIDCP, art. 3° CIDH).[38]

[34] El CDH fue establecido en 1977 según el art. 28 del PIDCP y debe velar por el cumplimiento del Pacto (art. 40-45 del PIDCP). Está compuesto por 18 miembros de los Estados partes que son electos en secreto cada cuatro años. Decide sobre peticiones contra los Estados conforme el práctico e insignificante art. 41 del Pacto y sobre peticiones individuales con apoyo en el Protocolo Adicional (Cf. *UN-Centre for Human Rights*, Human Rights Machinery, página de hechos N° 1, Ginebra. 1987/1992, pp. 12 y ss.; OPSAHL, 1992; STEINER/ALSTON, 1996, pp. 500 y ss.; instructivo sobre peticiones individuales SCHMIDT, 1994).

[35] Ver nota 15.

[36] Cf. SIMMA, 1995, pp. 203 y s., con más referencias. De ahí parte la " idea general" de esta doctrina, "de garantizar a los Estados partes alguna discrecionalidad para la restricción de los derechos individuales, cuando se requiera salvaguardar valores públicos reconocidos". Cf. también STEINER/ALSTON, 1996, pp. 631 y ss.; BREMS, 1996; YOUROW, 1996, *passim*.

[37] *HRC*, General Comment N° 3 (sobre el art. 2°), Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1 (19/5/1989), p. 3. Cf. también SIEGHART, 1986, pp. 73 y s., que hace constar —respecto del PIDCP y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— que las obligaciones previstas en el primero son "absolutas e inmediatas", mientras que las del segundo solamente "relativas y progresivas". Por eso, para el caso del PIDCP se debe probar si "las leyes del Estado y los procedimientos administrativos... protegen suficientemente los derechos en cuestión... si esas leyes y procedimientos son aplicados apropiadamente y puestos en práctica". Acerca de la naturaleza de los Comentarios Generales, ver nota 39.

[38] Cf. GOLLWITZER, en: LÖWE/ROSENBERG, CJDH art. 1°, PIDCP art. 2.1, 2, n°s 17 y s. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha registrado un cambio desde un defensivo y negatorio concepto de los derechos humanos hacia una fórmula más positiva con el dictado de la sentencia *Marckx* (*EuGRZ*, 1979, 454). En el caso *X/Y contra NL* fue considerado violatorio del art. 8° del Convenio la falta de la penalización de actos sexuales llevados a cabo contra un menor mentalmente disminuido por su representante legal (*EuGRZ* 1985, 297; acerca de esta jurisprudencia: *IntKomm EMRK*, WILDHABER/BREITMOSER, art. 8°, nota al pie, pp. 73 y ss.; FROWEIN/PEUKERT, 1996, art. 10 nm. 1). Para un reconocimiento del deber de penalización a través de la CEDH también KÜHL, 1988, p. 412; ROHT-ARRIAZA, 1995, pp. 32, 34.

1.1.2. DISPOSICIONES SOBRE "DERECHO A UN RECURSO" ("RIGHT TO A REMEDY")

Sin embargo, el CDH fue más allá de las comunicaciones mencionadas consagrando el deber de protección y penalización en dos "Comentarios Generales"[39] al pronunciarse sobre el art. 7° del PIDCP (prohibición de tortura) —remitiéndose[40] a la disposición del "recurso efectivo" del art. 2°, inc. 3° del PIDCP—. En el primero de esos comentarios generales señaló:

> "...se deriva del art. 7°, leído juntamente con el art. 2° del Pacto, que los Estados deben asegurar una protección *efectiva* a través de algún mecanismo de control. Las quejas por mal trato deben ser investigadas *efectivamente* por las autoridades competentes. Quienes sean culpables deben ser considerados responsables, y las víctimas deben tener a su disposición los recursos efectivos, incluyendo el derecho a obtener una compensación."[41]

Este punto de vista fue repetido en numerosas decisiones en casos concretos.[42] La ComIDH también ha afirmado la existencia del deber de

[39] Los "Comentarios Generales", basados en el art. 40 inc. 4° del PIDCP no representan en realidad ni "estudios doctrinarios ni actos legislativos de carácter secundario", sin embargo, se les atribuye un significado práctico considerable para la interpretación del PIDCP: "... conllevan cierta autoridad práctica, porque representan un cuerpo importante de experiencia en la consideración de materias desde el ángulo del Convenio" (OPSAHL, 1992, pp. 412 y ss., 415; traduc. del inglés). SIMMA, 1995, p. 234, habla mucho de *soft law* (sobre este concepto ver el cap. I, notas 28 y 76). Una compilación de todos los comentarios generales, incluso de otros órganos de control, contiene el Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev. 3, 15/8/1997.

[40] Sobre el contenido y alcance de esa disposición ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 33 remitiendo a SCHACHTER; sobre "remedios judiciales" *ibid.*, 1995, pp. 35 y ss.

[41] *HRC*, General Comment N° 7, Doc. ONU. CCPR/C/21/Rev.1 (19/5/1989), p. 6 (destacado por el autor; traduc. del inglés). En el segundo General Comment sobre el art. 7° se confirmó ese punto de vista y se sugirió a los Estados parte en forma expresa hacer evidente en sus informes "cómo garantizaban efectivamente sus sistemas legales la terminación inmediata de todos los actos prohibidos en el art. 7° al igual que la indemnización apropiada...". [General Comment N° 20, par. 13 y s., Doc-ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.3 (7/4/1992)].

[42] Así, por ejemplo, en el caso *Lilo Miango vs. Zaire* se le exigió al gobierno "(a) investigar las circunstancias de la muerte... (b) llevar ante la justicia a cualquier persona que se haya encontrado como responsable... (c) pagar una compensación". (Com. 194/1985, observaciones adoptadas el 27 de octubre de 1987, Decisiones seleccionadas del HRC bajo el Protocolo Adicional, vol. 2, Sesiones Decimoséptima y Trigesimasegunda, octubre 1982-abril 1988, *CCPR/C/OP/2*, N.Y. 1990, pp. 219 y ss., 221). En el caso *Y.S.E. v. Argentina* la Comisión de Derechos Humanos de la ONU

penalizar en los casos de torturas y "desapariciones forzadas", con base en el art. 25 de la CIDH.[43] Una indemnización dineraria es suficiente como "remedio" sólo cuando el Estado se compromete coetáneamente a que las violaciones cometidas no se repitan. Ésta no será suficiente si los órganos del Estado responsables no cumplen con su deber de protección, sino que toleran o más bien ordenan la violación a los convenios sobre derechos humanos.[44]

Resumiendo, de los tratados generales sobre derechos humanos, en los que se encuentren formuladas en forma determinante previsiones sobre "remedio efectivo", se puede derivar el deber de perseguir las violaciones graves de derechos humanos. Esta posición se ve reflejada en la opinión de la mayor parte de la doctrina.[45] Finalmente, esto ha motivado el argumento, promovido especialmente por los activistas de derechos humanos, de que "la impunidad por las violaciones a derechos humanos, es en sí misma una violación del derecho internacional".[46] Por tanto, numerosas ONGs, nacionales e internacionales, han declarado la lucha en contra de la "impunidad" como su demanda central.

Ciertamente, una *interpretación* tal de los tratados internacionales por parte de sus órganos de control —por lo menos desde el punto de vista de la tradición legal (continental europea), vinculada en primer término al derecho escrito— no reemplaza una *obligación escrita,* prevista en ese derecho positivo. Por lo tanto, cabe preguntarse si ésta se puede originar en los tratados especiales en materia de derechos humanos.[47]

1.2. Tratados especiales en materia de derechos humanos

1.2.1. Tortura

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU (1984) y la respectiva Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985) crean un marco jurídico relativamente preciso.[48] El art. 2° de la Convención contra la Tortura de la ONU obliga a los Estados parte a adoptar "medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura".[49] De conformidad con el art. 4° el delito de tortura, incluyendo el intento y la participación, deben codificarse en el derecho penal nacional y castigarse con penas adecuadas. Aún cuando se trata por eso de un derecho penal "simbólico", si se tiene en cuenta que las actividades delictivas en cuestión generalmente se encuentran tipificadas como delitos contra la integridad personal,[50] sin embargo esta exigencia es un tanto lógica ya que la Convención no prevé un tipo penal aplicable directamente, lo que torna necesaria una transformación al derecho interno.[51] El art. 5° establece un deber de persecución

comenzó diciendo que, "le recuerda al Estado parte que se encuentra en la obligación... de investigar a fondo... las violaciones y de proveer los remedios cuando fueran aplicables " (Com. 275/1988, observaciones adoptadas el 26/3/1990; así como *R.A.V.N. et al. v.* Argentina, Com. 343-345/1988, observaciones adoptadas el 26/3/1990, en: *Report of the HRC,* vol. II, GA, Sesión 45a., Doc-ONU A/45/40, pp. 159 y ss. y 191 y ss.). En *Delgado Páez v. Colombia* se determinó que el Estado parte se encontraba obligado a "tomar medidas efectivas para remediar las violaciones... incluyendo... la compensación" (Com. 195/1985, observaciones adoptados el 12/7/1990, en: Report HRC, Doc-ONU A/45/40, p. 49). En el caso *C. Orihuela Valenzuela v. Perú* se le reconoció a la víctima el derecho a un "examen justo y no discriminatorio..., a una compensación apropiada y... al pago de una indemnización" de conformidad con lo previsto en el art. 2° III del PIDCP (Com. 309/1988, observaciones adoptadas el 14/7/1993, en: Report HRC, Doc-ONU A/48/40, p. 51). En el caso *Bautista vs. Colombia* el Comité determinó que el Estado, especialmente en el caso de "desapariciones forzadas" estaba obligado a penalizar a los culpables (Com. 563/1993, observaciones adoptadas el 27/10/1995, CCPR/C/55/D/563/1993, par. 8.6.). Cf. también *Herrera Rubio vs. Colombia* (Com. 161/1983, observaciones adoptadas el 2/11/1987, *Selected Decisions,* pp. 192 y ss.); *Eduardo Bleier vs. Uruguay* (en Rohr-Arriaza, 1990, pp. 477 y s. con otros casos); *Hugo Rodríguez vs. Uruguay* (Com. 322/1988, observaciones adoptadas el 19/7/1994, en: *Report HRC,* A/49/40, pp. 5 y ss., especialmente par. 14); por último *Laureano Atachahua vs. Perú* (Com. 540/1993, observaciones adoptadas el 25/3/1996 = CCPR/C/56/D/540/1993, 16/4/1996), par. 8.3, 10.

[43] Cf. el caso citado en la nota 27 con otras remisiones, en Rohr-Arriaza, 1990, p. 478, nota 153; *ibid.* 1995, p. 34. La CorteIDH deriva esa obligación, como se señaló, del art. 1° de la CIDH.

[44] Rohr-Arriaza, 1995, p. 35 con más referencias; ver también Shelton, 1998, 202 y ss. referidos particularmente al caso *Loayza Tamayo* (*supra* nota 27).

[45] Orentlicher, 1991, pp. 2568 ss.; Rohr-Arriaza, 1990, pp. 467 y ss.; *ibid.*, 1995, pp. 28 y ss.; Edelenbos, 1994, p. 8; Meron, 1989, pp. 164 y ss.; Goldmann, 1988, p. 10; Quinn, 1994, pp. 928 y ss.; Buergenthal, 1981, especialmente pp. 77 y s.; Mattarollo, 1991, p. 406; Kokott, 1993 (con otras anotaciones en la nota 5); Reisman/Koven Levit, 1996, pp. 421 y ss.; *Tribunal Permanente,* 1991, pp. 523 y ss. (par. 106 y ss.); Scharf, 1996b, pp. 48 y ss; *id.*, 1998, p. 128; Trassl, 1994, pp. 42 y ss. (pero otro punto de vista relativo al "derecho a un remedio", pp. 38 y s.); Scharf, 1996b, 41 y ss. (48 y ss.); *id.*, 1998, 127 y ss. (128); Méndez, 1998, pp. 79 y ss.; Beigbeder, 1999, p. 125. Con dudas Schachter, 1981, especialmente pp. 326 330 y Simma, 1995, pp. 223 y s., hablando del "overstretch".

[46] Edelenbos, 1994, p. 6.

[47] Cf. al respecto también las disposiciones incluidas en el capítulo I, nota y en el anexo I.

[48] Cf. sobre la ratificación en el cap. I, 2.2. En general Burgers/Danelius, 1988; Voyame, en: Cassese (ed.), The International Fight against Torture, 1991, 43 y ss.; Rohr-Arriaza, 1995, pp. 26 y ss.; Blanc Altemir, 1990, pp. 304 y ss.

[49] Sobre el carácter vinculante de esta obligación ver Boulesbaa, 1990, 53 y ss.

[50] El tipo de los delitos contra la integridad personal se encuentra en los Códigos Penales de todos los estados "civilizados" (Cf. para los países aquí analizados: los arts. 331 CP Colombia, 121 CP Perú, 270 y s. CP Bolivia, 395 CP Chile, 89 CP Argentina). Ciertamente se puede discutir al respecto si también se incluye el dolor *espiritual*: de conformidad con el art. 1° de la Convención en contra de las torturas de la ONU el vocablo "tortura" designa los daños corporales y espirituales; la opinión prevalente alemana, por el contrario, no reconoce la psiquis como un bien protegido por el § 223 del CP (cf. por otro punto de vista S/S-Eser 1 § 223). Sobre la ley 26.926 peruana *infra* nota 216. Para las tendencias de reforma chilenas: *UN-ECOSOC-CHR,* 1996f, nota 20.

[51] Crawford, 1994, p. 143. Para la prohibición de torturas y penalidad en las decisiones de la Comisión contra la Tortura: Bank, 1996, pp. 207 y ss.

universal y descentralizado. Directamente esa disposición tiene por objeto garantizar que "ningún culpable de tortura pueda sentirse a salvo de persecución".[52] El precepto contiene varios principios para la aplicación del derecho penal.[53] El art. 6° establece la detención de los sospechosos y el esclarecimiento de los hechos, el art. 7° el principio de *aut dedere aut judicare* (extraditar o juzgar).[54] El art. 12 exige una "investigación pronta e imparcial" en caso de sospechas razonables y los arts. 13 y 14 le dan a las posibles víctimas el derecho a someter sus casos ante las autoridades competentes, así como de presentar los recursos correspondientes y exigir una indemnización justa y adecuada.[55]

De la Convención Interamericana contra la tortura se derivan obligaciones similares, especialmente de los arts. 6° y 12.[56] Por consiguiente, de

[52] En este sentido se expresó el delegado alemán en la ComDH (*Summary Records*, cit. en ORENTLICHER, 1991, p. 2567, nota 123).

[53] *Inc. 1°, a)* consagra según la "soberanía del correspondiente Estado (torturador)" el conocimiento de los hechos y lo vincula al *principio territorial* (cf. § 3 Código Penal Alemán); el *inc. 1° b)* remite a la nacionalidad, con lo que por lo menos evoca el *principio de la personalidad activa* (cf. § 7 II N° 1 Código Penal Alemán); el *inc. 1° c)* según la nacionalidad de la víctima y por tanto lo vincula al *principio de la personalidad pasiva* —discutido en el plano internacional (cf. § 7.1 Código Penal Alemán); el *inc. 2°* finalmente, vincula la competencia judicial a la posibilidad fundamental de detener a un autor que se encuentre en su propio territorio y negar su extradición, acudiendo a la manifestación tanto del principio de la *representación penal* (§ 7.2 N° 2 Código Penal Alemán) como también al *principio de universalidad* (el deber de penalizar en caso de violación de un bien jurídico reconocido en el marco del derecho internacional). [Sobre los principios en general, con otras anotaciones, S-S/ESER 4 y ss. respecto del §§ 3-7; GORNIG, 1992, p. 6, nota 45; WOLFRUM, 1994, pp. 184 ss.; sobre el principio de la universalidad respecto de los crímenes cometidos en la guerra de los Balcanes, ROGGEMANN, 1994a]. En la práctica internacional no se diferencia claramente entre los principios de representación y universalidad (cf. por ejemplo, ORENTLICHER, 1991, p. 2567, que habla de la Convención contra la Tortura de manera sencilla refiriéndose al art. 5.2 como "una forma de jurisdicción universal"). No está de todos modos tampoco muy claro, cual es el sentido *práctico* de la diferencia.

[54] De conformidad con el art. 7° el Estado parte debe extraditar o "someter el caso a sus autoridades competentes a los fines de la persecución". Ese deber ha sido considerado como una medida efectiva en contra de las torturas (cf. ORENTLICHER, 1991, pp. 2566 y s.).

[55] De conformidad con el art. 13: "Todo Estado parte velará para que toda persona... tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes" así como "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". El art. 14 consagra que todo Estado parte "velará porque su legislación garantice a la víctima... la reparación y el *derecho* a una indemnización justa y adecuada incluso los medios para su rehabilitación lo más completa posible" (destacado por el autor).

[56] El art. 6° prescribe —en forma similar al art. 4° de la Convención contra la Tortura de la ONU— la codificación doméstica del tipo penal de tortura. El art. 12 sirve de base a un deber de persecución universal —descentralizado, similar al art. 5° de la Convención de la ONU (*OEA*, Treaty Series, N° 67; cf. anexo I, 3.1.1.)

ambos acuerdos se sigue sin duda alguna un deber de penalizar las torturas. Por ello, el delito de tortura formó la base mas importante y convincente en la persecución del ex general Pinochet por España y otros Estados europeos.[57]

Sin embargo, sólo algunos de los Estados aquí analizados han ratificado la Convención de la ONU contra la Tortura (Argentina, Chile, Colombia, Perú), así como la Convención Interamericana sobre Tortura (Argentina, Chile, Perú).[58] Por lo menos respecto de Bolivia se deberá comprobar si se encuentra sujeta a un deber de penalizar originado en el derecho internacional consuetudinario o en los principios generales del derecho.

1.2.2. EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES Y "DESAPARICIONES FORZADAS"

Ni las ejecuciones extrajudiciales ni las "desapariciones forzadas" han encontrado recepción hasta ahora en tratados especiales, comparables con las Convenciones sobre Tortura en cuanto a su validez universal. Mientras la "desaparicion forzada" fue incluida en el Estatuto de Roma de 1998[59] y ya entró en vigencia la correspondiente Convención Interamericana,[60] las ejecuciones extrajudiciales solamente se han reglamentado en forma implícita en tratados (universales) dentro de las disposiciones relativas al "derecho a la vida" (art. 6° del PIDCP, 4.1 de la CIDH).[61]

En este sentido el CDH, en un Comentario General, ha concluido con base en el art. 6° del PIDCP, que "los Estados parte deben... prevenir las muertes arbitrarias llevadas a cabo por sus propias fuerzas", así como "la desaparición de individuos" y "llevar a cabo investigaciones" de esos casos.[62]

A pesar de que la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*[63] prevé un deber de penalización aplicable directamente, las eje-

[57] Ver sobre todo *Audiencia Nacional Sala de lo Penal Plena*. Rollo de Apelación 84/98. Sección 3. Sumario 19/97. Juzgado Central de Instrucción 5. 4/11/1998 (Argentina); y Rollo de Apelación 173/98. Sección 3. Sumario 1/98. Juzgado Central de Instrucción 6. 5/11/1998 (Chile). <http://www.elpais.es>. Sobre el caso *Pinochet* y el derecho aplicable, AMBOS, 1999a y cap. VII.

[58] Cf. en el cap. I, 2.2.

[59] Art. 7° par. 1 (i) *Rome Statute*, ver ya cap. I, 2.2.1. y anexo I, 2.1.

[60] Cf. cap. I, 2.2. Cf. ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 27.

[61] También aquí —como para el caso de la tortura (nota 50)— los problemas de persecución no se encuentran en la ausencia de un tipo penal (cf. arts. 323 CP Colombia, 106 CP Perú, 251 CP Bolivia, 390 y s. CP Chile, 79 CP Argentina). Ver también la ley 26.926 peruana *infra* nota 216.

[62] Comentario General N° 6 (art. 6°), par. 3 y s., Doc-ONU CCPR/C/21/Rev.1 (19/5/1989).

[63] La Convención en contra del Genocidio (cap. I, 2.2.) es el clásico ejemplo de la aplicación descentralizada de una persecución penal universal y por tanto del principio de universalidad, aunque no excluye la persecución centralizada por parte de un tribunal internacional (cf. art. VI, en anexo I, 2.1.2.). De conformidad con el art. 1° los Estados partes se encuentran *obligados* a sancionar el genocidio (al respecto el § 220a del Código Penal alemán). Cf. también la Opinión Consultiva de la CIJ respecto de las "Reservas a la Convención sobre

cuciones extrajudiciales del tipo de las que aquí se analizan no se pueden subsumir en el art. II (a): "matanza de los miembros de un grupo". El ámbito de aplicación material se encuentra restringido, como se deduce del tenor del art. II, a la *persecución deliberada de grupos* por motivos racistas, étnicos o religiosos.[64] Las medidas en contra de los grupos de oposición política, como sucede generalmente en los países analizados, fueron excluidas expresamente del ámbito de aplicación;[65] esto vale igualmente para la persecución individual de personas.

Por otro lado, la prohibición del genocidio —como de manera convincente demostró recientemente *Van Schaack*—[66] posee carácter de *ius cogens*[67] y como tal también abarca a grupos políticos como estaba previsto en la resolución original N° 96 de la Asamblea General de la ONU del año 1946[68] no obstante la relativización del tipo penal por el derecho internacional convencional. También, vale la pena señalar que la inclusión de grupos políticos dentro del ámbito protector del tipo objetivo del genocidio fue sugerido en el marco de las negociaciones gubernamentales para el Estatuto de un Tribunal Penal Internacional permanente,[69] aunque el Estatuto final repite solamente la Convención de Genocidio.[70] También la Audiencia Nacional Española incluye de hecho el grupo político dentro del tipo a través un concepto colecti-

Genocidio" (*ICJ Reports* 1951, p. 15), recientemente confirmado por la sentencia interlocutoria del 11/7/1996 (*Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, Bosnia y Herzegovina vs. Yugoslavia,* en particular par. 22, 31, 34; al respecto, FASTENRATH, *FAZ* del 9/9/1996). Cf., asímismo, *Oeter*, 1993, pp. 32 y s.; ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 26; TRIFFTERER, 1995, pp. 188 y ss.; SUNGA, 1997, 105 y ss.; RATNER/ABRAMS, 1997, 24 y ss.; A. ZIMMERMANN, ZaöRV 1998, 47 y ss. (49 s., 85 ss.).

64 Sobre los presupuestos típicos, ver OELLERS-FRAHM, 1994, p. 424; TRIFFTERER, 1995, p. 189; AMBOS, 1998a, 138 y s.

65 PLANZER, *Le crime de Génocide,* 1956, 105 y ss.; DROST: The Crime of State II. Genocide, 1959, 29 y s., 60 y ss., 122 ss.; ROBINSON, The Genocide Convention, 1960, 59 y s.; JESCHECK, "Die internationale Genocidium-Konvention vom 9. Dezember 1948 und die Lehre vom Völkerstrafrecht", ZStW 1954, 193 y ss. (212); también ORENTLICHER, 1991, pp. 2563 y ss., que expresa sin embargo que "...hasta las más depravadas violaciones podrían estar más allá del ámbito de aplicación de la Convención, a menos que se 'hubieren cometido con el intento de destruir en todo o en parte' un grupo específico 'como tal'." (p. 2565; traduc. del inglés; Cf. art. II).

66 VAN SCHAACK: *The Yale Law Journal,* 1997, pp. 2259 y ss. (2261 y s., 2272 y ss., sobre todo 2280 y ss. con más referencias).

67 Según el art. 53 Convención de Viena (*supra* nota 9) se entiende bajo *ius cogens* "una norma coactiva del derecho internacional público general, aceptada y reconocida en su totalidad por la comunidad internacional de Estados como una norma de la que no hay que desviarse y que sólo puede ser cambiada por una norma posterior del derecho internacional público general de la misma naturaleza jurídica". Sobre la relación entre *ius cogens* y *obligatio erga omnes,* ver BASSIOUNI, 1996, pp. 63 y ss.

68 GAR 96, 1 GAOR, 1st Session, 55th meeting, UN-Dok. A/46/Add. 1 (1947), pp. 188 y s.

69 Cfr. *Comité Preparatorio para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional,* 16/3/-3/4/1998, UN-Doc. A/AC.249/1998/CRP. 8 (2/4/1998), p. 2 nota al pie de página 2.

70 Ver art. 6° Estatuto de Roma, *supra* nota 59.

vo-social.[71] En todo caso, no es posible subsumir, bajo el tipo, ejecuciones extralegales selectivas *sin* el intento de una destrucción colectiva.

1.3. **Resultado parcial 1**

El deber de investigar, penalizar e indemnizar graves violaciones de los derechos humanos se deriva de las disposiciones de "respetar y asegurar", o bien de "derecho a un recurso" de la CIDH y el PIDCP, de conformidad con la interpretación que de esas disposiciones ha efectuado la CorteIDH, la ComIDH y el CDH. Esa interpretación, sin embargo, no es de carácter vinculante, especialmente si se tiene en cuenta las peculiaridades del sistema interamericano. En materia de tratados internacionales, sólo para el caso de *tortura,* se puede afirmar un deber de penalización.

Los deberes de derecho internacional, derivados de esos instrumentos internacionales, los tienen los Estados parte con la entrada en vigor de los correspondientes tratados, ya que por el contrario, como afirma *Kokott* refiriéndose a la CIDH, a estos tratados "se les reconocería un cierto efecto de retroactividad no deseada".[72] Respecto de los hechos punibles ocurridos antes de la entrada en vigor de los tratados de derechos humanos, así como de las *ejecuciones extrajudiciales* y *las desapariciones forzadas*, se debe analizar por tanto, si de ellos se derivan, con base en el derecho consuetudinario internacional u otros principios generales del derecho, eventualmente deberes de penalización.

2. *Derecho internacional consuetudinario vs. principios generales del derecho internacional*

2.1. **Problemas para fundamentar el derecho internacional consuetudinario de los derechos humanos**

Partiendo de la definición de "costumbre internacional" prevista en el art. 38.1.b) del Estatuto de la CIJ, como "la evidencia de una práctica gene-

71 Ver *Audiencia Nacional, supra* nota 57. Ver también AMBOS, Kai; RUEGEMBERG, Guido; WOISCHNIK, Jan: "Posibilidad de persecución en Alemania de violaciones a los derechos humanos cometidos en Sudamérica", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal,* n° 8C, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 441-483 y el caso Pinochet publicado en este libro.

72 KOKOTT, 1987, p. 520 (traduc. del alemán); *ibid,* 1993, p. 156. Tanto el PIDCP como también la CIDH entraron en vigencia dentro de los tres meses siguientes al depósito del instrumento de ratificación (art. 49.2 del PIDCP) y, respectivamente, al momento de su depósito (art. 74.2.3 de la CIDH). Además, Colombia, Chile y Argentina han expresado reservas en ese sentido. *Colombia* ha reconocido la competencia de la CorteIDH y de la ComIDH sólo para los hechos cometidos después de su reconocimiento; *Chile* en forma similar, sólo para los hechos que se iniciaron a partir del 11/3/1990; Argentina, en todo caso sólo para los hechos cometidos luego del depósito del instrumento de ratificación (*OEA-CorteIDH,* 1995, pp. 245 y ss.). Cuestión distinta suscita, si la prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) es válida también para las (graves) violaciones a los derechos humanos. Al respecto se volverá al final de este capítulo.

ralmente aceptada como ley", se deriva que el derecho internacional consuetudinario, de acuerdo con la opinión tradicional, es la consecuencia de una *práctica estatal* general vinculada con la conocida *opinio iuris vel necessitatis*, esto es, que de esa práctica se deriva un convencimiento de estar vinculado legalmente.[73] Si bien los detalles son discutibles,[74] existe consenso en todo caso en el ámbito de los derechos humanos de que las tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las "desapariciones forzadas" se encuentran prohibidas por el derecho internacional consuetudinario,[75] algunos hablan incluso de *ius*

[73] Cf. BERNHARDT, 1992, p. 898; BROWNLIE, 1998, pp. 4 y ss.; VERDROSS/SIMMA, 1984, §§ 549 ss.

[74] Discutible es, por ejemplo, si los presupuestos de derecho consuetudinario internacional desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Internacional, especialmente en los casos *North Sea Continental Shelf*, son determinantes y concluyentes (al respecto BERNHARDT, 1992, pp. 899 y s., 902); cómo debe constituirse la "evidencia" necesaria para la *opinio iuris* (a diferencia de otros, BROWNLIE, 1998, pp. 7 y ss. se remite a los diferentes criterios jurisprudenciales de la CIJ); o qué se tiene que entender bajo el concepto de "práctica estatal" ("state practice". Cf. ROHT-ARRIAZA, 1995, pp. 39 y ss. con otras anotaciones en el texto).

[75] Por lo menos la Declaración Universal de Derechos Humanos (Resol. 217 (III) de la Asamblea General de la ONU, Official Records, Third Session (Part I), Resoluciones, Doc-ONU. A/810, (p. 71) lo reconoce en sus disposiciones fundamentales en forma predominante como derecho consuetudinario (ROBERTSON/MERRILLS, 1989, p. 27; SIEGHART, 1986, p. 64 y s.; LEARY/WICKREMASINGHE, 1993, p. 9; ROHT-ARRIAZA, 1990, p. 492) o como "derecho de las Naciones Unidas" (traduc. del inglés: BROWNLIE, 1998, pp. 574 y s.). Contempla el derecho a la vida (art. 3°), de donde se prohíben las ejecuciones extrajudiciales y las "desapariciones forzadas", y la prohibición de la tortura (art. 5°). Su carácter no vinculante, en principio, ha sido rechazado en forma mucho más convincente principalmente por el argumento de SOHN, que representa la continuación de los principios del estatuto de la ONU (arts. 55, 56), que rige *erga omnes* en materia de derechos humanos. La CIJ se ha adherido a esta opinion en el caso *US-Irán*, para fundamentar la ilegalidad de la retención del personal de la Embajada americana por parte de los fundamentalistas iraníes, con base en los principios de la Carta de la ONU en concordancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos (cf. MERON, 1989, pp. 81 y ss.; BROWNLIE, 1998, pp. 575, nota al pie de p. 80). El Tribunal Federal Alemán (NJW 1994/2708, 2710 = BGHSt 40/241) deja abierta la posibilidad acerca de si los derechos humanos fundamentales son considerados como *ius cogens* o como derecho consuetudinario, empero se inclina hacía este último criterio, cuando expresa sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos, "como una concretización, que puede ser interpretada, como lo que se ha entendido por convicción jurídica de todos los pueblos en conjunto sobre el valor y la dignidad humana". Como una prohibición concreta en materia de derechos humanos se puede citar por ejemplo: "abolición de la esclavitud, genocidio, discriminación racial y tortura" (SIEGHART, 1986, p. 60); "genocidio y tortura" (LEARY/WICKREMASINGHE, 1993, p. 9); "genocidio, apartheid y crímenes de guerra" (GORNIG, 1992, p. 10); "los derecho humanos más fundamentales, que excluyen genocidio, tortura y esclavitud y otras violaciones a gran escala..." (BUERGENTHAL/MAIER, 1990, p. 126); "tortura, ejecuciones sumarias y detención arbitraria" (ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 42) así como "homicidio, desaparición, tortura, patrón constante de gruesas violaciones de derechos humanos internacionalmente reconocidos" (§ 702 del *Restatement of the Foreign Relations Law of the US*, citados en MERON, 1989, pp. 94 y s., quien añade la garantía del "debido proceso ". Para el reconocimiento de un derecho consuetudinario en los efectos, asimismo, KOKOTT, 1987, especialmente en p. 514.

cogens.[76] Sin embargo, el ámbito de protección de tal prohibición de derecho internacional consuetudinario, ha sido comunmente objeto de discusión. Así por ejemplo, se cuestiona si ya un caso individual representa una violación al derecho consuetudinario o por el contrario solo "un patrón constante" *(systematic pattern)* de violaciones.[77]

Cuestión distinta suscita, sin duda, si de esa prohibición se derivan *deberes estatales de penalización o castigo* en caso de violación y si del derecho internacional consuetudinario se pueden derivar esta clase de obligaciones. Ello depende en definitiva del significado que se le atribuya a la *práctica estatal* en la fundamentación del derecho internacional consuetudinario. Si desde el punto de vista tradicional se concluye que una práctica estatal firme y uniforme constituye el fundamento de la *opinio iuris*, corresponde a aquélla por consiguiente la primacía,[78] y se encontraría dificultades de justificar deberes de castigo si se tiene en cuenta la "impunidad" generalizada en los casos de violación a derechos humanos. Esto sólo se puede evitar si se redefine el concepto mismo de práctica estatal y se sustituye su contenido original —regido por la realidad— por uno nuevo, aquel que originariamente se entendió por *opinio iuris:* la conducta de los órganos representativos en los organismos internacionales así como las decisiones y opiniones de estos mismos organismos, las decisiones de las cortes internacionales,[79] o también una

[76] Por *ius cogens* se entiende, de conformidad con el art. 53 de la Convención de Viena (*supra* nota 9) "una norma imperativa del derecho internacional general... 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". La idea de considerar los derechos humanos fundamentales como *ius cogens*, se remonta a la decisión de la CIJ en el caso *Barcelona Traction* (*ICJ Reports* 1970, pp. 3, 32), en el cual se reconocieron los derechos básicos de un ser humano como obligaciones *erga omnes*. En el mismo sentido: BERNHARDT, 1992, p. 902 ("derechos humanos básicos"); ORENTLICHER, 1991, p. 2582 ("tortura, desapariciones y ejecuciones extralegales"); ROHT-ARRIAZA, 1990, p. 492 ("prohibición de la tortura, despariciones y ejecuciones sumarias"); BROWNLIE, 1998, p. 515 ("genocidio"); MERON, 1989, p. 194 ("derecho a la vida, prohibición de esclalvitud, tortura y medidas penales retroactivas"); SIMMA, 1995, p. 226 ("derechos humanos fundamentales").

[77] Cf. MERON, 1989, pp. 102 y s., analizando el *Restatement*.

[78] Cf. SIMMA, 1995, p. 216 (con más referencias): "...los hechos eran lo que contaban, no sólo las palabras..." ("deeds were what counted, not just words..."). De conformidad con esto Kelsen y Guggenheim ven aún en la práctica estatal el elemento constitutivo del derecho consuetudinario.

[79] Cf. en general BERNHARDT, 1992, p. 900; BROWNLIE, 1998, pp. 5, 7 y ss.; BUERGENTHAL/MAIER, 1990, pp. 22 y s. La CIJ y la literatura se refieren prevalentemente a las posiciones de los representantes estatales ante las organizaciones internacionales, al traslado doméstico de esas posiciones así como a las resoluciones y declaraciones de esas organizaciones mismas. SIEGHART, 1986, p. 60 por ejemplo, establece que: "Uno... tiene que mirar para el contenido de la costumbre internacional de los derechos humanos extensamente a la doctrina, la práctica (incluida las declaraciones públicas) de los Estados y el pronunciamiento ocasional de una

determinada práctica contractual;[80] en otras palabras, la "práctica verbal". *Simma* ha descrito la "metamorfosis" del concepto de práctica estatal en cuestión, como sigue:

> "Ha cambiado por algo ocurrido allí afuera, en el mundo real, luego de que los diplomáticos y los delegados volcaron su parecer en la práctica documental: las palabras, textos, votaciones y las mismas excusas. De este modo, sin embargo, el proceso de formación de la norma consuetudinaria pasa a ser un ejercicio de autocontenido en retórica." [81]

En la misma dirección se dirigen aquellos que —a causa de las abiertas contradicciones y la discontinuidad de las conductas estatales[82] en el ámbito

corte internacional o nacional..." (traduc. del inglés) MERON, 1989, p. 89 se refiere a las "Decisiones de cortes nacionales... los pronunciamientos y las opiniones consultivas de la CIJ ...la jurisprudencia de cuerpos cuasi-judiciales como el CDH..." así como también "el peso acumulativo" de la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" (traduc. del inglés; en el mismo sentido pp. 100 y s.). BUERGENTHAL/MAIER, 1990, p. 126 afirma que la "práctica de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos puede crear y ha creado una legislación internacional de derechos humanos) (traducido del inglés: "UN human rights practice can create and has created international human rights law"). (Cf. también ROHT-ARRIAZA, 1995, pp. 41 y ss.). La importancia de una análoga definición del concepto de práctica estatal hace más evidente su ausencia para EDELENBOS (1994). Parte de un lado de la persecución (penal) auténtica (p. 13), y de la otra, de los "tratados" y "declaraciones" (p. 15) y llega necesariamente a resultados contradictorios respecto del deber de persecución, (p. 15: "...obligation to prosecute those suspected of having committed war crimes and crimes against humanity (including possibly enforced disappearances and arbitrary executions)" p. 20: "The practice of states does *not* appear to reflect the existence of an obligation ..."; (destacado por el autor). Sobre el valor normativo de resoluciones de la Asamblea General de la ONU ver la opinión consultiva de la CIJ (HRLJ 1996, 253).

80 Esto se remonta a las decisiones de la CIJ en los casos *North Sea Continental Shelf*, donde se establece que, regulaciones con un "carácter normativo creativo" pueden llegar a ser reglas generales del derecho internacional *(ICJ Reports 1969*, pp. 41 y ss., par. 70 y ss.). Cf. MERON, 1989, pp. 89 y ss. (92): "Through acceptance of norms stated in human rights instruments by states, especially non-parties, human rights treaties have *generated* new customary rules... New human rights instruments have been adopted that already embody certain customary rules. The repetition of certain norms in many human rights instruments is *in itself an important articulation of state practice* and may serve as evidence of customary international law." (destacado por el autor). En forma similar ROHT-ARRIAZA, 1990, pp. 490 s. con otras anotaciones.; DAES, 1995, 40 y s. críticamente KOKOTT (1987, pp. 511 y s.), quien tiene como posible la remisión al derecho internacional consuetudinario con base en una determinada práctica contractual, pero sin que se derive en principio ninguna obligación contractual para los Estados no vinculados; en forma similar BERNHARDT, 1992, p. 902, quien alerta de descuidar "the normal requirements of state practice and *opinio iuris*".

81 SIMMA, 1995, p. 218 (traduc. del inglés).

82 Al respecto propone ROHT-ARRIAZA en una carta al autor de fecha 14/6/1994 (p. 2), que "state practice in this area... is indeterminate: one cannot tell if a given government decided not to prosecute because it believed itself under no obligation to do, or because it understood itself under such an obligation but decided other considerations were more important and therefore chose to violate accepted law, or because it wanted to comply but was prevented by security or other concerns" (también *ibidem*, 1995, p. 42: "...by itself inconclusive"). Un panorama histórico sobre la práctica estatal en el siglo XX la da VAN DYKE/BERKLEY, 1992.

de los derechos humanos— invierten los fundamentos originales del derecho internacional consuetudinario y proponen crear normas consuetudinarias con base en las declaraciones y opiniones oficiales. Esta "modernización" en la creación de normas de derecho internacional consuetudinario —de empírica o inductiva a principalmente interpretativa—[83] conduce finalmente a una desvalorización o simplemente ignorancia de la práctica estatal. Así, la CIJ en el caso "Nicaragua"[84] sostuvo la opinión de que la prohibición de intervención y violencia tenían el carácter de derecho consuetudinario. La Corte, en realidad, en principio enfatizó la práctica estatal como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario,[85] relativizando empero considerablemente su contenido[86] y apoyando la consiguiente fundamentación de la costumbre internacional principalmente en la *opinio iuris*.[87] En lo que se refiere

83 SIMMA, 1995, p. 217.

84 *CIJ*, "Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua *(Nicaragua vs. U.S.A.)"*, Méritos, sentencia del 27 de junio de 1986.

85 *ICJ Reports* 1986, par. 184: " ...en el campo del derecho internacional consuetudinario, la visión compartida que las partes tengan acerca del contenido de lo que consideran es la regla, no es suficiente. La Corte debe satisfacer por sí misma que la existencia de la regla en la *opinio iuris* de los Estados está *confirmada por la práctica* " (destacado por el autor. Traduc. del original inglés: "...in the field of customary international law, the shared view of the Parties as to the content of what they regard as the rule is not enough. The court must satisfy itself that the existence of the rule in the *opinio iuris* of States is confirmed by practice").

86 *ICJ Reports* 1986, par. 186: "No es de esperar que en la práctica de los Estados la aplicación de las reglas... haya sido *perfecta*.... La Corte no considera que para que una regla sea establecida como consuetudinaria, la práctica correspondiente deba con absoluta rigurosidad conformarse a la regla... la Corte reputa suficiente que la conducta de los Estados sea, *en general*, concordante con tales reglas, y que las instancias de la conducta de los Estados que no concuerden con esas normas sean consideradas como *violatorias de esa regla, no como indicativas del reconocimiento de una nueva regla.* Si un Estado actúa de un modo *prima facie* incompatible con una regla reconocida, pero defiende su conducta apelando a excepciones o justificaciones contenidas en la misma regla, entonces sea o no la conducta del Estado en los hechos justificable sobre esa base, la significación de esa actitud es para confirmar más que para debilitar la regla" (destacado por el autor. Traduc. del original inglés: "It is no to be expected that in the practice of States the application of the rules... should have been perfect... The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous confirmity with the rule... the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule. If a State acts in a way *prima facie* incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule".).

87 *ICJ Reports* 1986, par. 187 y ss. (sobre la prohibición del "uso de la fuerza") y la "intervención") así como par. 216 y ss. (arts. 1°, 3° de la Convención de Ginebra). Cf. al respecto especialmente MERON, 1989, p. 107: "The Court focused not on state practice, but on *opinio iuris* found in verbal statements by government representatives to international organisations,

a sus consecuencias, esta solución encuentra tanto en el pasado como en el presente un considerable paralelismo[88]; no obstante convenció mucho menos que la antes descrita modificación del contenido del concepto de práctica estatal. Respecto de lo cual nuevamente *Simma* expresó lo siguiente:

> "El problema con esta...versión de derecho consuetudinario...es...que está creciendo como una flor en un invernadero, sin gozar de mayor seguridad de la que gozan aquellas criaturas que sobreviven en los ásperos climas de la actual práctica estatal."[89]

La discusión hace evidente que las peculiaridades de la práctica cotidiana en materia de derechos humanos se encuentran en conflicto con la concepción tradicional de la formación del derecho consuetudinario. Con los medios del derecho internacional consuetudinario casi no se puede resolver este conflicto ni se puede proponer la renuncia a las categorías reconocidas del derecho internacional a efectos de alcanzar los resultados de política criminal deseados,[90] para contribuir una vez más a los escritos misionarios *(missionary writing)* de los impacientes abogados de los derechos humanos.[91] Finalmente, aquellos que en principio encuentran positiva la criminalización de las violaciones a derechos humanos por medio del derecho internacional consuetudinario, exigen también el empleo de "métodos incuestionables" *(irreprochable methods),* para no poner en peligro la credibilidad de su posición.[92] La creación de normas de derecho internacional consuetudinario presupone —junto a la *opinio iuris* — una respectiva práctica estatal previa. La manifestación de ésta se encuentra sin embargo vinculada a dificultades considerables si se tiene en cuenta la "impunidad generalizada". Quien cierra sus ojos a esto, no le presta un buen servicio ni al derecho internacional ni a los derechos humanos. Esto, sin embargo, no niega la importancia creciente del derecho internacional consuetudinario en cuanto a la protección de los derechos humanos[93] y al derecho internacional humanitario.[94] Se trata solamente de la pregunta metodológica fundamental, cómo se puede fundamentar la formación de derecho internacional consuetudinario, en contraposición a los principios generales del derecho.

the content of resolutions, declarations and other normative instruments adopted by such organisations, and the consent of states to such instruments. The Nicaragua judgement simultaneously strengthened the law-making force of General Assembly resolutions and emphasizes the importance of practice...". MERON ve además "important antecedents in its earlier jurisprudence..." (p. 113).

[88] Cf. *U.S. vs. Leeb* (sentencia contra el Cuartel General de las Fuerzas Armadas Alemanas), Juicios contra los Criminales de Guerra ante los Tribunales Militares de Nuremberg bajo la ley del Consejo de Control N° 10, Washington D.C. 1950, vol. 11, pp. 462, 533 y ss.; igualmente *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (ICTY), Cámara de Apelaciones, *Prosecutor vs. Tadic*, 2 de octubre de 1995, en *ILM* 1996, pp. 32 y ss. = *HRLJ* 1995, 437 con la argumentación de que es difícil fijar con precisión el comportamiento de la tropa en el campo (al respecto MERON, 1996; GREENWOOD, 1996; para la fundamentación jurídica: ÁLVAREZ, 1996). Sobre esta decisión ver *infra* nota 126 y texto comentado

[89] SIMMA, 1995, p. 217 (traduc. del inglés).

[90] SIMMA, 1995, p. 221:"to sacrifice the established concept of customary international law on the altar of desired policy outcomes".

[91] SIMMA, 1995, pp. 218 ss., citando a WARBRICK que el concepto del "missionary writing" ha influido.

[92] MERON, 1989, p. 246.

2.2. **Principios generales del derecho como concepto más convincente**

Las dificultades descritas han motivado una serie de escritos que invocan como fuente a los principios generales del derecho *(general principles of law)* en el sentido del art. 38, inc. 1°, apart. c) del Estatuto de la CIJ.[95] Sin embargo, este concepto también genera problemas si su fundamento es el concepto tradicional de derecho internacional, de acuerdo con el cual se entiende por principios generales del derecho aquellos principios reconocidos en el derecho interno de las naciones "civilizadas", o sea aquellas que tienen un sistema legal con cierto grado de desarrollo.[96] En este caso la comprobación de un principio general del derecho, requiere de un análisis comparado

[93] Cf. al respecto la prueba en STEINER/ALSTON, 1996, pp. 132 y ss.

[94] Al respecto, MERON, 1996.

[95] SIMMA, 1995, pp. 224 y ss.; MERON, 1989, pp. 88 y ss., 247; ROHT-ARRIAZA, 1995, pp. 46 y ss. Un enfoque semejante "orientado a los principios generales" (traduc. del inglés) se sigue también en la CIJ, según SIMMA, 1995, pp. 227 y s.

[96] VERDROSS/SIMMA, 1984, §§ 599 ss. (especialmente en el §§ 601 y 606.). En esto son válidos los principios generales del derecho como fuente autónoma del derecho, sin embargo, como se deduce del tenor del art. 38 del Estatuto de la CIJ, sólo se pueden probar subsidiariamente de conformidad con los tratados internacionales y el derecho consuetudinario *(ibíd.,* 1984, p. 608, al hablar de *lex specialis* y *lex generalis*; para otro punto de vista ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 46). La tajante división en principios generales del derecho "nacionales" e "internacionales" puede aún diferenciarse más, a pesar de que surgen así categorías casi inseparables (cf. por ejemplo, MOSLER, EPIL, Instalment 7 1984, pp. 89-105, quien diferencia cuatro categorías: "principios generales, generalmente reconocidos en la legislación nacional", "principios generales de las relaciones legales internacionales", "principios generales aplicables a todo tipo de relaciones legales" y "principios de lógica legal" [traduc. del inglés]). En la práctica se acepta la existencia de un principio general del derecho cuando exista en los ordenamientos jurídicos de los jueces que conforman la Sala competente de la CIJ (cf. art. 9° del Estatuto de la CIJ, según el cual tienen que estar representados en el Tribunal los "principales sistemas jurídicos del mundo"; cf. VERDROSS/SIMMA, 1984, § 602). En el ámbito de los derechos humanos "elementales consideraciones de humanidad" y "respeto de derechos humanos básicos" son reconocidos como principios generales del derecho (cf. MOSLER, op. cit., pp. 102, 104). El Tribunal de la Unión Europea recurre a los "principios generales del derecho, comunes a los ordenamientos de los Estados miembros" (cf. art. 215 II Tratado de la Unión Europea), en el marco de la protección comunitaria de los derechos fundamentales (cf. OPPERMANN, 1991, nms 411-418).

de los ordenamientos legales nacionales. Como análisis de este tipo se pueden citar en el ámbito del derecho penal internacional solamente los trabajos de *Jescheck* y *Bassiouni*.[97]

Ahora bien, el desarrollo normativo e institucional del derecho penal internacional desde los procesos de Nuremberg, no justifica más una comprensión tan restrictiva de los principios generales del derecho. Aun para los "padres" del art. 38 I c) del Estatuto de la CIJ, fue decisivo que los principios generales del derecho tuvieran que estar reconocidos mediante "cierta clase de aceptación general o reconocimiento por parte de los Estados".[98] La limitación al *foro doméstico* tuvo ante todo un fundamento de tipo práctico, cual era la ausencia en el ámbito internacional de un órgano generador de normas. Empero, hoy en día, el *soft law*[99] que emana de las organizaciones internacionales soporta directamente el desarrollo de los principios generales del derecho. El derecho internacional vigente se desarrolla más y más —alejándose de un derecho "egoísta", basado en el consentimiento explícito de los Estados ('principio de Lotus')— 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.[100] En consecuencia, los principios basados en *soft law* institucionalizado ganan cada vez más y más significado, mientras los principios generales del derecho (nacionales) originados en el *foro doméstico* han perdido importancia, toda vez que la mayor parte de ellos han pasado a ser normas de tratados internacionales o del derecho internacional consuetudinario.[101]

[97] El estudio de JESCHECK sobre el proceso de Nuremberg (1952) tiene el carácter de modelo. Analiza los fundamentos jurídicos empleados en Nuremberg —el Estatuto del Tribunal Internacional Militar (Nuremberg, 82 UNTS 280) y la Ley del Consejo de Control Nº 10— desde la perspectiva del derecho internacional, para lo cual somete los principios y tipos de derecho penal allí codificados a un examen comparado de cara al derecho alemán, francés, angloamericano y soviético. Sólo aquellos principios que pasan esa "prueba", o que en todo caso existen en la mayoría los sistemas legales, pueden considerarse como generales y por tanto como parte del derecho internacional. Ciertamente es dudoso si un simple análisis comparado permite deducir que hay una norma del derecho penal internacional o más aún, como propone BASSIOUNI (1992, pp. 290, 321), si la existencia de un "elemento internacional" en todos los sistemas legales, convierte en derecho penal internacional los tipos penales existentes en el derecho interno. Esto plantea la pregunta, que en última instancia no responde tampoco Bassiouni, de cómo se debe lograr ese "elemento internacional". Sobre las disposiciones "inductivas" de principios generales en las constituciones nacionales cf. BASSIOUNI, 1993.

[98] SIMMA, 1995, p. 224.

[99] Sobre ese concepto ya en el cap. I, nota 28.

[100] Cf. recientemente SIMMA/PAULUS, 1998, 276 y s. Ver también KINGSBURY, 1998, 599 quien señala: "State sovereignity as a normative concept is increasingly challenged".

[101] VERDROSS/SIMMA, 1984, §§ 599 ss.; SIMMA, 1995, pp. 224 y ss.

Esa "internacionalización" de los principios generales del derecho se ha convertido, para hablar nuevamente en categorías de derecho internacional consuetudinario, en una "*opinio iuris* sin una práctica estatal concordante".[102] De ahí que sea posible desarrollar reglas de derecho internacional, allí donde por cierto sólo existe una "poco o inconclusa práctica estatal, pero un divulgado sentimiento de que una regla legal es necesaria."[103] En este sentido, se puede pensar en una valoración gradual de la "práctica verbal" disponible: reacciones estatales *concretas* a la impunidad de violaciones de derechos humanos así como la implementación de obligaciones internacionales de punición en el derecho interno tienen más importancia que declaraciones *abstractas* de *soft law*. Esta valoración pone en evidencia que existe una relación tripartita y gradual entre las siguientes fuentes: comprensión tradicional de práctica estatal (punición fáctica), reacciones concretas a la impunidad (crítica verbal hasta sanciones) y declaraciones abstractas de *soft law*. Solamente en el primer caso de la punición fáctica de violaciones de derechos humanos se puede hablar de práctica estatal en el sentido (estricto) del derecho internacional consuetudinario. De esto resulta también, que la diferencia entre el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho, como se puede evidenciar claramente del art. 38 del Estatuto de la CIJ, se desdibuja hasta desvanecerse, si no se conserva el requisito de la práctica estatal en sentido estricto.[104]

A efectos de encontrar los fundamentos del deber de penalizar, se debe analizar entonces la práctica jurisprudencial de los órganos internacionales de los tratados internacionales relevantes, especialmente del CDH del PIDCP, la CorteIDH y la ComIDH. Luego se deben considerar los puntos de vista en materia de derechos humanos de los Estados (interesados) o sea, tanto las opiniones de carácter gubernamental como las normas constitucionales y penales, relacionadas con los derechos humanos. Este material así obtenido, puede considerarse como *opinio iuris*[105] o como la expresión de reflexiones de diversas clases de carácter humanitario o moral "en forma legal".[106] Con base en esto, se puede luego hacer referencia a los principios generales de derecho existentes.

[102] SIMMA, 1995, p. 225. En forma similar BASSIOUNI, 1990, pp. 768 y s.: "when a custom is not evidenced by... practice, or when States express *opinio juris* without any supportive practice".

[103] ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 47, traduc. del inglés: "little or inconclusive state practice, yet a *widespread sense that a legal rule is needed*" (destacado por el autor).

[104] En ese sentido señala MERON (1989, pp. 88 y s.) al respecto, que "the distinction between international customary law... and general principles of law... will eventually become blurred". Cf. también VAN BOVEN: "difficult to draw a dividing line between the concepts of customary law and of general principles of law." (citado en SIMMA, 1995, p. 225, nota 212).

[105] Sobre la relación entre *opinio iuris* y *ius cogens* en este contexto cf. SIMMA, 1995, pp. 225 y ss.

[106] La CIJ habla en su sentencia *South West Africa* de "expresión en forma legal" (traduc. del inglés "expression in legal form"; ICJ Reports 1966, p. 34).

No se puede perder de vista, sin embargo, que una referencia de esa naturaleza a los principios generales del derecho encuentra el reproche de que va en contra de la valorización del derecho consuetudinario internacional basado en un concepto restrictivo de práctica estatal porque intenta compensar la falta de una fundamentación de un deber de castigo basado en el derecho consuetudinario a través de los principios generales del derecho. Este reproche, sin embargo, no parece convincente porque los principios generales del derecho no poseen el mismo rango que el derecho convencional o consuetudinario. Aun cuando ellos constituyen una fuente autónoma de derecho son solamente *lex generalis* frente al derecho convencional y consuetudinario como se desprende del orden consagrado por el art. 38 del Estatuto de la CIJ.[107] Por otro lado, ellos no pueden ser degradados a meros auxiliares de interpretación como la jurisprudencia y la doctrina según el art. 38 I d) del Estatuto de la CIJ.[108] Por lo tanto, si bien no pueden suprimir el derecho convencional o consuetudinario se puede recurrir en particular a ellos cuando estas últimas fuentes dejan sin respuesta una cuestión jurídica.[109] Éste es el caso aquí. Finalmente, los principios generales del derecho tienen un especial significado en el campo de derechos humanos —según el concepto moderno aquí desarrollado— como receptor y filtro del *soft law* internacional.

2.3. **Fuentes**

Las fuentes son tan numerosas y diversas, que una diferenciación en fuentes generales y especiales parece oportuna. Por fuentes *generales* se entienden aquellas que prevén en forma determinante el deber de penalizar las violaciones a los derechos humanos, sin diferenciar en forma individual entre tortura, ejecuciones extrajudiciales y "desapariciones forzadas". Por fuentes *especiales*, por otra parte, aquellas que hacen referencia a las citadas violaciones de derechos humanos de manera específica y exclusiva. Al respecto no se puede pasar por alto, que en la práctica las violaciones a derechos humanos se encuentran usualmente vinculadas. Así por ejemplo, la tortura con frecuencia antecede a ejecuciones extrajudiciales y a "desapariciones forzadas", o una persona "desaparecida" es (luego) ejecutada o torturada hasta ser muerta y podría manifestarse en este sentido como una forma de ejecución extralegal.[110]

[107] VERDROSS/SIMMA, 1984, § 608.

[108] Ver, por ejemplo, BROWNLIE, 1998, pp. 15 y ss.; ROHT-ARRIAZA, 1995, 46.

[109] MALANCZUK, 1997, 48.

[110] Cf. también el *Manual para la efectiva prevención e investigación de ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias* (*Manual on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions* del UN-Centre for Social Development and Humanitarian Affairs, Viena, Doc. ST/CS DHA/12, N.Y. 1991), que comprende dentro de las ejecuciones extrajudiciales, entre otras, "death resulting from torture or ill-treatment" y "enforced disappearances", respectivamente, p. 3). O, la CorteIDH, VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ (nota 18), par. 156: "las investigaciones... donde ha existido la práctica de desapariciones... demuestran que ella incluye el trato despiadado a los detenidos quienes se ven sometidos a todo tipo de vejámenes, torturas..." y par. 157 "...la práctica de desapariciones ...ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos...". En forma similar ROHT-ARRIAZA, 1990, p. 466.

2.3.1. FUENTES GENERALES

2.3.1.1. *Arts. 55 c), 56 Carta de la ONU*

El deber de penalización se puede derivar en principio de los arts. 55 c) y 56 de la Carta de las Naciones Unidas.[111] De acuerdo con éste, los Estados miembros de la ONU se obligan "al respeto universal y a la observancia de los derechos humanos" y a la colaboración para el logro de estos fines. Esto se considera comúnmente como una obligación legal, aun cuando no se pueda derivar de ello un derecho subjetivo.[112] Siguiendo la interpretación de las disposiciones de "respetar y asegurar" consagradas en los tratados universales en materia de derechos humanos, se puede derivar de allí los respectivos deberes para los Estados parte de la ONU.[113] Desde luego que esa interpretación, con fundamento en el carácter general de la Carta de las Naciones Unidas, parece menos convincente que las disposiciones de "respetar y asegurar".

2.3.1.2. *Derecho internacional humanitario*

Mucho más convincente son los deberes de penalización previstos en las *Convenciones de Ginebra*[114] para las violaciones graves, conocidas como infracciones graves *(grave breaches)*, que comprenden por ejemplo "asesinatos intencionales, torturas o tratos inhumanos".[115] Sin embargo, éstas se apli-

[111] Cf. también los arts. 1° N° 3, 13 (1) b), 62, 68 y 76 Carta ONU, que en todo caso se relacionan con derechos humanos.

[112] La ComDH, Resol. 1988/50, par. 4, refiriéndose a los principios de la Carta, expresa que: "la obligación de proteger y promover los derechos humanos... clama no sólo por medidas para garantizar la protección de los derechos humanos... pero también por medidas dirigidas a efectivamente prevenir cualquier violación de estos derechos" (traduc. del inglés; Doc-ONU E/CN.4/1988/88, pp. 114 y s.). De acuerdo con BROWNLIE, 1998, p. 574, "puede haber poca duda acerca de que la responsabilidad existe bajo la Carta por cualquier violación sustancial de sus disposiciones, especialmente cuando una clase de personas, o un grupo de actividad, están involucrados" (traduc. del inglés). Otras anotaciones en SIMMA, 1995, pp. 223 y s.

[113] Cf. ya en el literal anexo I, 2.1.3.

[114] Sobre el estado de adhesión y ratificación (también del Protocolo Adicional) ya en el cap. I, 2.2.

[115] Cf. art. 49 y ss. del primero, 50 y ss. del segundo, 129 y ss. del tercero y 146 y ss. del cuarto Convenio de Ginebra. De conformidad con el art. 49/50/129/146 las Partes tienen que procurar "establecer cualquier legislación necesaria para proveer sanciones penales efectivas..." y "búsqueda de personas contra las que se alega la comisión o la orden de haber cometido, semejantes graves violaciones, y someterá a tales personas, independientemente de su nacionalidad, ante sus propios tribunales" al igual que "entregar a esas personas para que sean sometidas a juicio a otra Alta Parte Contratante". Cf. GASSER 1993, pp. 590 y ss.; OETER, 1993, pp. 26 y ss.; SOLF/CUMMINGS, 1977, 205 y ss.

can sólo a los conflictos armados de carácter "internacional". Tanto el art. 3° común como el Segundo Protocolo Adicional (PA II), que se aplican a conflictos armados "no internacionales",[116] no prevén ningún deber de penalización. El art. 3° común declara solamente la posibilidad de la ayuda humanitaria a través del Comité Internacional de la Cruz Roja y el art. 19 PA II prescribe sólo la difusión del Protocolo;[117] el art. 6.5 del PA II consagra —en completa oposición con un deber de penalizar— que los partes en conflicto al término de las hostilidades "deben otorgar amnistías lo más ampliamente posibles...".[118] La división entre conflicto "internacional" y "no internacional"[119] corresponde al punto de vista clásico del derecho internacional humanitario, entendido éste como un derecho de guerra (*ius in bello*), esto es, un conflicto internacional entre Estados.[120]

[116] Al contrario de lo que ocurre en los conflictos internacionales, los conflictos "no internacionales" —denominados en el lenguaje común "guerras civiles"— se llevan a cabo en el interior del territorio de un Estado (las denominadas guerras nacionales de liberación son, sin embargo, consideradas en el Protocolo Adicional I como conflictos internacionales, art. 1°, N° 4). Los conflictos armados *internacionales* se resuelven mediante el empleo de las fuerzas armadas; por el contrario, en casos de conflictos *no internacionales* queda librado al grado de organización de los insurrectos (presupuesto de aplicación del art. 3° común) y a los controles territoriales (presupuesto *adicional* del art. 1° del Protocolo Adicional II), de donde se pueden establecer dos tipos de "guerras civiles" (aquellas, que sólo se encuentran bajo el art. 3°, y aquellas que —por su grado de intensidad— se encuentran bajo el art. 3° y el Protocolo Adicional II) [Cf. GASSER, 1993, pp. 518 y ss., 573 y ss. con otras anotaciones; sobre un mayor umbral de aplicación del Protocolo Adicional II, también OETER, 1993, pp. 7 y s.]. Por lo demás, el derecho internacional humanitario de los "conflictos no internacionales" sólo puede ser aplicado aquí en Colombia y Perú [cf. como EGUIGUREN, 1992, p. 41; VALENCIA VILLA, 1991b (Colombia); *Informe*, 1991, p. 6 (Chile)]; de conformidad con esto la organización de derechos humanos AW (HRW/A) pondera los movimientos alzados en armas colombianos y peruanos en el marco del derecho humanitario, por ejemplo, *AW*, 1992, pp. 60 y s.; *AW* 1988, pp. 15 y s. A favor de la aplicación del derecho de guerra a los movimientos de liberación también VERDROSS/SIMMA, 1985, § 410 con otras anotaciones en nota 30 y § 468 nota 3.

[117] Cf. PLATTNER, 1990, por eso concluye: "La regla según la cual una responsabilidad individual internacional por las violaciones en los conflictos armados no internacionales está prevista con la aplicación del derecho internacional *humanitario*, debe ser elaborada" (p. 248, traduc. del alemán; destacado del autor). Para una conclusión de este tipo ver KOKOTT, 1987, p. 510; ORENTLICHER, 1991, p. 2562, nota al pie de p. 100.

[118] Sobre el significado de esta disposición *infra* cap. III, 1.1.1.

[119] Cf. SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN-JUNOD (Comentarios al Protocolo Adicional II), 1986, nota al pie 4359 y ss. y 4456 y ss. De una parte, art. 3° comunes y el Protocolo Adicional II son "indisociables" (*ibid.*, nm. 4359), de otra parte, es difícil separar entre conflicto internacional y no internacional (*ibid.*, nm. 4458). Ver también RATNER/ABRAMS, 1997, pp. 81 y ss.

[120] En general RAUCH, en: *LdR/VR*, 1992, 1992, p. 192; sobre el concepto de guerra BOTHE, en: *LdR/VR*, 1992, p. 186.

Es, sin embargo, discutible si ese punto de vista mantiene actualidad. La CIJ sostuvó en el "caso Nicaragua", la opinión de que el art. 1° común de las Convenciones de Ginebra imponía deberes de conducta aun en los conflictos armados *no internacionales*.[121] Por lo tanto, se mantiene abierta la discusión acerca de si el derecho internacional humanitario sólo prevé el deber de penalización para el caso de conflictos "internacionales", el que no se puede transferir sin más a los conflictos "no internacionales". Pues si también en conflictos no internacionales los deberes de conducta tienen que ser observados, aquellos que violen esos deberes podrían asímismo ser sancionados. Ciertamente la sentencia del caso "Nicaragua" no debería sobrevalorarse, pero sin embargo se plantea en el fondo desde hace tiempo, principalmente ante las violaciones a derechos humanos cometidas en conflictos internos, la pregunta acerca de si no se encuentra atrasada la extensión del deber de penalización, estatuido por el derecho humanitario para los conflictos "internacionales", a los conflictos "no internacionales". Por lo menos, el derecho de Ginebra expresa el deseo de la comunidad de Estados[122] de someter determinados delitos contra la humanidad a un deber de penalización de carácter consuetudinario. Así, también el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha incluido las "infracciones graves" en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, sentando así los presupuestos para el reconocimiento consuetudinario del consecuente deber de penalización.[123] *Meron* ha apuntado a la contradicción valorativa encubierta

[121] *ICJ Reports* 1986, par. 255 y 219 y s.; cf. también MERON, 1994, pp. 80 y ss.

[122] Las Convenciones de Ginebra tienen 186 Estados contratantes y por tanto son instrumentos de derecho internacional reconocidos por la mayor parte de los Estados; la ONU tiene 184 (cf. más ampliamente en el cap. I, 2.2.).

[123] Cf. Informe del Secretario General sobre el § 2 de la Resolución del Consejo de Seguridad 808 del 3 de mayo de 1993 (Doc-ONU S/25704, par. 34). La Resolución del Consejo de Seguridad 808 (22/2/1993), estableció el Tribunal para la antigua Yugoslavia. Las disposiciones citadas en los estatutos se señalaron como "fuera de toda duda parte del derecho internacional consuetudinario" (traduc. del inglés "beyond any doubt part of customary international law") y se clasificaron en cuatro grupos: "graves violaciones" ("grave breaches") de las Convenciones de Ginebra (cf. art. 2°), "violaciones de las leyes o costumbres de la guerra" ("violations of the laws or customs of war", art. 3°), "genocidio" ("genocide", art. 4°), "crímenes contra la humanidad" ("crimes against humanity", art. 5°). El "Estatuto de Ruanda" cita del mismo modo el "genocidio" ("genocide", art. 2°), "crímenes contra la humanidad" ("crimes against humanity", art. 3°) y —ya que se trata de un conflicto no internacional— "violaciones al art. 3° común de las Convenciones de Ginebra y del Protocolo Adicional II" ("violations of Article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II", art. 4°) [Resolución del Consejo de Seguridad 955, Doc-ONU S/Res/955 (1994), del 8 de noviembre de 1994, pp. 3 y ss.]. Ciertamente, a través de esas disposiciones no se crea ningún derecho internacional material, sino que se describe solamente la competencia del tribunal (TOMUSCHAT, 1994, p. 242). Sobre los Estatutos en general, AMBOS, 1995, pp. 257 y ss.; 1996b con mas referencias; ver también ODIO BENITO, 1996; PINTO, 1997; CIURLIZZA, 1997.

en la diferencia entre conflicto "internacional" y "no internacional", cuando escribe:

> "No hay justificación moral, ni una verdaderamente persuasiva razón legal, para tratar en forma más indulgente a quienes cometen atrocidades en los conflictos *internos* de aquellos comprometidos en guerras *internacionales*".[124]

Recientemente, el mismo *Meron* desarrolló las diferentes estrategias de una expansión del derecho penal internacional a conflictos internos:[125]

- derogación de la distinción entre conflicto internacional e interno a través de una aplicación general de las reglas del conflicto internacional al conflicto interno o reconocimiento más generoso de conflictos como internacional;
- fortalecimiento de las normas aplicables en el conflicto interno a través de convenios especiales;
- expansión de normas humanitarias a través del derecho consuetudinario.

Esta última posibilidad siguió el Tribunal de Yugoslavia en el ya citado caso *Tadíc*.[126] En relación a las disposiciones vinculadas a "infracciones graves" de las Convenciones de Ginebra (interpretando el *art. 2° del Estatuto del ICTY)*,[127] la sala de apelaciones (*Appeals Chamber*) opinó que sólo se pueden aplicar a conflictos internacionales *"in the present state of development of the law."*[128] Resulta así, de esta "solución conservadora",[129] que no es posible la traslación de las obligaciones de sancionar los supuestos de "infracciones graves" internacionales a los conflictos internos, por lo menos, hasta un cambio de esta jurisprudencia.

No obstante, a continuación —interpretando el *art. 3° del Estatuto del ICTY*—[130] la sala opinó que esta disposición representa un tipo de captación *(Auffangtatbestand)*,[131] que puede fundamentar su competencia en razón de

[124] Destacado por el autor. MERON, 1995, pp. 561 así como 559 y ss., con otras anotaciones, por ejemplo, el punto de vista del gobierno de los EE.UU. (Ex Embajadora Albright); también MERON, 1998b, 466 y ss. Más escéptico aún MERON, 1994, p. 80.

[125] MERON, 1998a, 25 y ss.

[126] *Prosecutor vs. Tadíc*, nota 88, par. 87 y ss. Ver KING/LA ROSA, *EJIL* 1998, 757 y ss.

[127] En la parte decisiva aquí el art. 2° dice: "The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949..."

[128] *Prosecutor vs. Tadíc*, nota 88, par. 84.

[129] KRESS, *EuGRZ* 1996, pp. 638 y ss., 645.

[130] En la parte decisiva aquí el art. 3° dice: "The International Tribunal shall have the power to prosecute persons violating the laws or customs of war..."

[131] *Prosecutor vs. Tadíc*, nota 88, par. 91.

la materia *(subject matter jurisdiction)* para perseguir violaciones de las "leyes o costumbres de la guerra" *(art. 3° Estatuto del ICTY)* en las siguientes condiciones[132] ("solución progresiva"):[133]

- El delito en cuestión debe causar una grave violación de una norma del derecho internacional público humanitario.
- Dicha norma debe estar reconocida por el derecho consuetudinario, o bien, debe estar definida por un tratado.
- La violación cometida debe implicar una responsabilidad penal individual fundamentada por un tratado o por el derecho consuetudinario.

Según el tribunal no es importante si la violación se produjo en un conflicto internacional o interno, puesto que la delimitación entre estas dos formas de conflicto se ha ido borrando cada vez más desde los años 30 y el principio original del *"State-sovereignity-oriented approach"* ha ido cediendo en favor de un *"human-being-oriented approach"*.[134] A consecuencia de ello —y como complemento del *art. común 3° CG y del PA II* — se originaron numerosas normas del derecho consuetudinario de aplicación para conflictos internos,[135] cuya violación daría fundamento a la responsabilidad penal de los autores de los delitos:[136]

> "All of these factors confirm that customary international law imposes criminal liability for serious violations of common article 3, as supplemented by other general principles and rules on the protection of victims of internal armed conflict, and for breaching certain fundamental principles and rules regarding means and methods of combat in civil strife."[137]

Es de menor importancia considerar si no hubiera sido más razonable fundamentar la responsabilidad penal individual en conflictos internos mediante la extensión de las normas referentes a los "infracciones graves" de las CG a dichos conflictos.[138] Se trata de una pregunta teórica que no modifica en nada su consecuencia; es decir: en el reconocimiento de una responsabilidad penal individual en conflictos internos.

[132] *Prosecutor vs. Tadíc*, nota 88, par. 94 y ss. (94).

[133] KRESS, *EuGRZ* 1996, 645 y ss.

[134] *Prosecutor vs. Tadíc*, nota 88, par. 97 .

[135] *Prosecutor vs. Tadíc*, nota 88, par. 96 y ss. (127), con abundante documentación acerca de la práctica de los Estados, sobre todo acerca del manual en alemán *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten* (1992), el que sanciona violaciones del art. común 3° CG (allí mismo, par. 131).

[136] *Prosecutor vs. Tadíc*, nota 88, par. 128 y ss.

[137] *Prosecutor vs. Tadíc*, nota 88, par. 134.

[138] Comp. KRESS, *EuGRZ* 1996, 647. También el voto especial del juez *Abi-Saab*, en: HRLJ 1995, 470 (IV).

En la literatura dicha opinión ya fue mencionada con anterioridad recibiendo el beneplácito general.[139] En el marco de las negociaciones para una Corte Penal Internacional (CPI) la gran mayoría de los Estados también reconoció la responsabilidad penal individual para violaciones del art. 3° CG común y de ciertas normas del PA II.[140] El art. 8° inc. 2° (e) del Estatuto de Roma[141] finalmente aprobado confirma esta tendencia criminalizando "otras violaciones serias de las leyes y costumbres de la guerra aplicables en conflictos armados de carácter no internacional...".[142]

En este sentido se pronuncia también el art. 1° CG común, que representa una cláusula de "respetar y asegurar" con base en la cual —en concordancia con la jurisprudencia y la doctrina sobre el art. 2.1 del PIDCP y el art. 1.1 de la CIDH—[143] se pueden fundamentar deberes de penalización en caso de violación a los "deberes de conducta" de carácter humanitario. Al admitir estos "deberes de conducta", como la CIJ lo hizó, también para conflictos no internacionales, tienen, de la misma manera, que regir deberes de penalización respecto de hechos cometidos en estos conflictos. En este contexto, vale la pena señalar que en el marco de la ONU se están desarrollando "estándares mínimos humanitarios" *(Minimum humanitarian standards)* para conflictos internos que no son cubiertos por el art. 3° CG común y el PA II, es decir violencia interna en el sentido del art. 1° inc. 2° PA II (disturbios y tensiones internos). El establecimiento de tales estándares justamente evitaría la discusión difícil y larga sobre la aplicabilidad del derecho humanitario internacional según el tipo de conflicto, el cáracter de las víctimas etc., ya que estos estándares deben ser "aplicados a todos los tiempos, en todas las circunstancias y a todas las partes."[144]

Como consecuencia surge que la —en todo caso difícil— *distinción entre conflictos "internacionales" y "no internacionales"* no se podría, a la larga, justificar en lo que se refiere a los subsiguientes deberes de penalización. De considerarse la prohibición de ejecuciones extrajudiciales y "desapariciones forzadas" como deberes de conducta en el sentido del art. 1° CG

[139] Comp. sobre todo MERON 1995, 554 ss.; *id.*, 1996, 238, 243; también GREENWOOD, 1996, 265 y ss., 276 y ss. (aunque con reservas acerca de la penalidad: 279); KRESS, 1996, 647; ROWE, 1996, 696 y ss., 699 y s. Demasiado cauteloso aún PLATTNER, 1990 (*supra* note 117).

[140] V. HALL, 1998, pp. 331 y ss. (335).

[141] *Supra* nota 59.

[142] Traduc. del inglés. Por otro lado, el art. 8° introduce un nuevo obstáculo de aplicación entendiendo por crímenes de guerra en particular aquellos cometidos "como parte de un plan o una política o... de una comisión a gran escala" (art. 8° inc. 1°). Un conflicto armado presupone "un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos" [Art. 8° inc. 2° (f)].

[143] Cf. arriba nota 15.

[144] *UN-ECOSOC-CHR*, 1998h, p. 2.

común, se tendrá que exigir en consecuencia una penalización también por la comisión de esos hechos.

2.3.1.3. *Crímenes contra la humanidad*

Tales deberes de penalización se pueden justificar también en caso de hechos que representan "crímenes en contra de la humanidad". De conformidad con la definición original prevista en el art. 6° (c) del Estatuto del Tribunal Internacional Militar (Nuremberg), dentro de éstos se incluye:

> "...muerte, exterminación, esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos en contra de cualquier población civil, antes o durante la guerra, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en la ejecución o en conexión, con un crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal."[145]

La Comisión de Derecho Internacional (ONU) trae en su comentario al art. 20 del proyecto de creación de un tribunal penal internacional ("Draft Statute")[146] la siguiente definición:

> "...la definición de crímenes en contra de la humanidad abarca actos inhumanos de muy serio carácter que envuelven violaciones *sistemáticas* o *generalizadas* en contra de la población *civil* en todo o en parte. El sello de tales crímenes lo determina su *gran escala y naturaleza sistemática.* Las formas particulares de los actos ilegales... son menos cruciales que la definición de los factores de *escala y política deliberada,* al igual que tengan como objetivo *la población civil en todo o en parte...* El término 'dirigido en contra de cualquier población civil' debe hacer referencia a actos cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático en contra de una población civil por *motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos.* Los actos particulares referidos en la definición son los actos cometidos *deliberadamente* como parte de ese ataque."[147]

De acuerdo con esto se trata también de una violación sistemática de los derechos humanos de un tipo especial aquella que, en una situación de conflicto, se cometiera con el apoyo o tolerancia estatal. Ciertamente, a falta de una regla convencional no se puede hablar de una definición segura. En

[145] *The Charter of the Nuremberg Tribunal*, 82 UNTS 280 (traduc. del inglés)

[146] "Draft Statute for an International Criminal Court", en: *Report of the ILC on the work of its forty-sixth session*, 2.5.-22/7/1994, GA, Official Records, Forty-ninth session, Supplement n° 10 (A/49/10), par. 42-91, pp. 29-161. Sobre el proyecto, ver GUARIGLIA, 1996. Sobre el proyecto del "grupo de trabajo" cf. CRAWFORD, 1994, pp. 140-152; *ibid.*, 1995, pp. 404-416.

[147] Destacado por el autor [*Report of the ILC*, 1994 (nota 109), par. 91]. Traduc. del inglés.

forma similar varían los puntos de vista formulados por la doctrina.[148] Cada vez más se pone en duda en especial un conflicto de guerra como presupuesto para los "crímenes de lesa humanidad", como se prevé todavía en el art. 6° c) del Estatuto del Tribunal Internacional Militar (Nuremberg). En tiempos recientes ha prevalecido cada vez más y más la tendencia a renunciar a esa exigencia. Conforme a ello ha resuelto el Tribunal de Yugoslavia en el caso *Tadíc*.[149] La CDI apoyó esta evolución ya en el proyecto de 1991 del Código de Crímenes contra la Humanidad y la Paz que en su art. 21 hablaba de "violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos" ampliando con esto el concepto original a todos los hechos de esa clase, independientemente del contexto en el cual fueron cometidos. La CDI mantuvo esta definición en su actual Proyecto del año 1996 *(Draft Code 1996)*[150] que en su art. 18 define los

[148] JESCHECK (EPIL, Instalment N° 8, 1985, p. 332) los clasifica como subgrupo de los "crímenes contra el derecho internacional" ("crimes against international law"), que de acuerdo con su definición representa una vez más los crímenes internacionales ("international crimes"). BASSIOUNI, 1992, p. 47 los considera en todo caso como "una categoría de crímenes internacionales" y expresa que integran los "mayores sistemas criminales del mundo" y representan por tanto "principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas" (pp. 283 y ss.; traduc. del inglés); al mismo tiempo critica el que se trate de una "estructura legal caótica con muchas cuestiones legales no resueltas" (pp. 470, 480 y s.; traduc. del inglés). Según FERENCZ (EPIL, Instalment 1, 1992, pp. 869 y s.) no representan "incidentes aislados pero acciones largas y sistemáticas, generalemente encubiertas con autoridad oficial, que por sus dimensiones o brutalidad colocan a la comunidad internacional en peligro o chocan la conciencia de la humanidad" (traduc. del inglés). Según KOKOTT, 1987, p. 22 se trata de una violación grave de los derechos humanos entre los crímenes internacionales y por tanto de un subgrupo de crímenes en contra de la humanidad. Según TOMUSCHAT, 1994, pp. 242 y s. en cambio, "de ningún modo es cierto que antes de 1993 crímenes contra la humanidad hayan adquirido el estado de norma consuetudinaria... como se les atribuye" (traduc. del inglés); Cf. también GORNIG, 1992, p. 8 y ORENTLICHER, 1991, pp. 2585 y ss. AMBOS con más referencias; para el desarrollo histórico SUNGA, 1992, pp. 41 y ss.; RATNER/ABRAMS, 1997, 45 y ss. Demasiado amplio BUCHNER, 1996, pp. 253 y ss., que subsume los disparos mortales en el muro de Alemania en el tipo de crímenes contra la humanidad; contra ello FROWEIN/PEUKERT, 1996, art. 7° nm. 8. Sobre la diferencia entre crímenes de derecho internacional en sentido estricto y en sentido amplio, cf. TRIFFTERER, 1989, pp. 95 y ss. Sobre la diferencia entre *"international crimes"* e *"international delicts"* ver más adelante en nota 184. Poco nuevo ofrece BECKER, 1996 (sobre este trabajo ver AMBOS, *GA* 1997, 603 y ss.). Ver también la jurisprudencia colombiana en cap. IV, 2.1.1.1.

[149] *Prosecutor vs. Tadíc*, nota 88, par. 141. Ver también MERON, 1998b, 464, 466.

[150] *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind* (UN-Dok. A/CN.4/L.532, 8/7/1996, *Report of the ILC on the work of its forty-eight session*, 6/5-26/7/1996, GA, Official Records, 51st. Session, Suplement N° 10, A/51/10, par. 30 y ss.). Los trabajos que se habían iniciado en los años 50 fueron suspendidos en 1954 por la Asamblea General y luego retomados en 1981. En el período 43 de sesiones (1991) una versión provisional fue aprobada (Report of the ILC on the work of its forty-third session, 29/4-19/7/1991, GA, Official Records, 46th. Session, Supplement N° 10, A/46/10, pp. 238 y ss.; al respecto, MCCORMACK/SIMPSON, 1994; TOMUSCHAT, 1995; AMBOS, 1995, pp. 265 y ss; 1996b; sobre el Proyecto de Código 1996; el mismo, 1996c, pp. 529 y ss. Ver anexo I, 2.2.2.).

"crímenes contra la humanidad" como crímenes de "tipo sistemático" *(systematic manner)* y "larga escala" *(large scale)* y renuncia a la exigencia de una guerra.[151] El Secretario General de las Naciones Unidas afirmó en su informe sobre el establecimiento de tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia que "crímenes en contra de la humanidad ...están prohibidos sin tener en cuenta si fueron o no cometidos durante un conflicto armado...".[152] Igualmente el referido art. 5° del Estatuto habla de "crímenes... cometidos en conflictos armados", quedando de este modo pendiente si el concepto incluye también el conflicto que no alcanza el umbral de una guerra.[153] El art. 3° del Estatuto de Ruanda parece confirmar el punto de vista del Secretario General, ya que guarda silencio sobre el tipo de conflicto.[154] Finalmente, el art. 7° del Estatuto de Roma no menciona el criterio del conflicto armado: al nivel objetivo, se requiere una comisión como parte de un "ataque a gran escala *o* (¡no y!) sistemático dirigido contra la población civil"; al nivel subjetivo, el conocimiento positivo (!) de este ataque.

Todo esto pone en evidencia que los crímenes en contra de la humanidad se deberían castigar en tiempo de guerra y de paz. La perpetración de esos hechos representa una injusticia tan grande, lo que parece justificar su sometimiento —independientemente de la clase y cantidad del conflicto que le sirve de apoyo— a un deber de persecución penal de carácter universal.[155]

2.3.1.4. *Reconocimiento de responsabilidad individual*

La responsabilidad individual por violaciones del derecho de guerra ya se reconoció después de la Primera Guerra Mundial con el Tratado de Paz de Versalles de 1919 (arts. 228-230) y con los procesos de guerra ante la antigua Corte Suprema de Alemania *(Reichsgericht)* en Leipzig.[156] Luego, la respon-

[151] Cf. esta circunstancia en el art. 21 del Proyecto de Código de 1991 (Cf. MCCORMACK/SIMPSON, 1994, pp. 14 y s) y para la evolución: *13. Report of the Special Rapporteur* (UN-Dok. A/CN.4/466 del 24/3/1995), par. 64-97; *Report of the ILC on the work of its forty-seventh session*, 2/5-21/7/1995, GA, Official Records, 50th. Session, Supplement N° 10 (A/50/10) par. 87-97, 130, 133.

[152] *Report of the Secretary General*, par. 47 (traduc. del inglés).

[153] Al respecto TOMUSCHAT, 1995, p. 282, que ve en esto simplemente una relación de tipo temporal.

[154] Art. 3° prevé: "...crímenes cuando son cometidos como parte de un expansivo o sistemático ataque contra cualquier población civil con fundamento en la nacionalidad, la política, la etnia, raza o religión" (traduc. del inglés; Resol. 955, nota 123).

[155] En el mismo sentido QUINN, 1994, pp. 916 y s.; KOKOTT, 1993, p. 154; TRIFFTERER, 1995, pp. 187 y s.; ROHT-ARRIAZA, 1995, pp. 50 y ss., especialmente 55; también MERON, 1995, p. 557; el mismo, 1996, p. 242; GREENWOOD, 1996, p. 282; REISMAN/KOVEN LEVIT, 1996, p. 426.

[156] Comp. SELLE, 1997, 205 y ss. con más referencias.

sabilidad individual fue extendida a los crímenes contra la paz y la humanidad con los procesos de Nuremberg y Tokyo y las bases legales correspondientes.[157] El Consejo de Seguridad de la ONU confirmó el antecedente de Nuremberg con el establecimiento de los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda y extendió la responsabilidad penal a los crímenes de guerra, crímenes en contra de la humanidad y el genocidio.[158]

La CDI prevé en el Proyecto de Código 1996 *de lege ferenda* la responsabilidad penal internacional de los individuos que cometen, intentan o toman parte en la comisión de delitos internacionales (art. 2°), así como el deber de persecución penal nacional o de extradición (arts. 9°,10).[159] Las numerosas propuestas de modificación presentadas por los encargados de los reportes especiales y las modificaciones esperadas del "Draft Code" no cuestionan estos principios. El informe del Relator Especial al Proyecto de Código de 1991 ya había subrayado respecto del punto, contemplado en el art. 3°: "Este proyecto de artículo sienta el principio de la responsabilidad penal de los individuos, ...aceptada en el derecho penal internacional desde el juicio

[157] Según art. 6° del Estatuto del Tribunal de Nuremberg la competencia se extiende a "persons who ... whether as *individuals* or as members of organizations, committed crimes..." *(The Charter, supra* nota 145); véanse también los "Principles of International Law recognized in the Charter and the Judgement of the Nuremberg Tribunal" (*Yb ILC,* 1950 II, 191 y ss.). Cf., como ejemplo de la literatura de lengua española, BLANC ALTEMIR, 1990, pp. 17 y ss.

[158] Ver recién ICTR-Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Joseph Kanyabashi,* Case N° ICTR-96-15-T, Decision of 18 June 1997, in: *HRLJ* 1997, 343 ff., par. 35 (sobre esta decisión MORRIS, *AJIL* 1998, 66 ff.).

[159] *Draft Code 1996* (nota 150). Cf. asimismo el 12° Informe del Relator Especial Dodou Thiam (UN-Dok. A/CN.4/460, 15/4/1994), par. 24. Ya en el art. 6° del Estatuto del Tribunal Internacional Militar (Nuremberg) se había ampliado la jurisdicción a las "personas que... como *individuos* o como miembros de organizaciones, cometieron crímenes" (traduc. del inglés) y se había determinado la "responsabilidad individual" (traduc. del inglés) *[The Charter, supra* nota 145]; ver asimismo los respectivos fundamentos "Principles..." *supra* nota 157); también en el anexo I, 2.1.3.). El art. 21 del Proyecto de Estatuto (*Draft ICC Statute;* consolidated text adopted by the Preparatory Committee, UN-Doc. A/CF.183/2/Add.1, 14/4/1998) parte por supuesto de la "jurisdicción sobre una persona" ("jurisdiction over a *person*") respecto de los crímenes relacionados en el art. 20. El Estatuto de Yugoslavia prevé la responsabilidad individual en el art. 7° y el de Ruanda en el art. 6° (nota 123). La Resolución 764 del Consejo de Seguridad de la ONU (13/7/1992) y la 820 (17/3/1993) fortalecen la "responsabilidad individual por violaciones del derecho internacional humanitario" ("individual responsibility for violations of international humanitarian law"). A iniciativa de la ComDH de la ONU desde 1985 un "grupo de trabajo" elabora un "Proyecto de Declaración sobre el derecho y la responsabilidad de individuos, grupos y órganos de la sociedad para promover y proteger derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos" ("Draft Declaration on the right and responsibility of individuals, groups and organs of society to promote and protect universally recognized human rights and fundamental freedoms") [Cf. *CHR,* Doc-ONU E/CN.4/1995/81, par. 4 así como el "grupo de trabajo", 10 Reunión, Doc-ONU E/CN.4/1995/93).

en el Tribunal Internacional en Nuremberg".[160] La nueva Corte Penal Internacional, recién fundada, está basada en este reconocimiento.[161] En forma similar, la CorteIDH afirma que el derecho internacional ha pasado de ser el clásico derecho estatal a un derecho que también reconoce la "responsabilidad individual" en caso de delitos internacionales.[162]

En la doctrina existe pleno acuerdo sobre el punto. Así lo ha expresado *Jescheck* en su profundo análisis del proceso de Nuremberg, que ya desde los años 40 ha prevalecido cada vez más y más la opinión de que por lo menos excepcionalmente, también las personas individuales podrán estar obligadas mediante el derecho internacional. Respecto de los derechos humanos escribió en ese entonces:

> "En lo que en un principio concierne a las normas de derecho internacional, relacionadas con la protección de los derechos humanos, su inmediata fuerza obligatoria para los individuos no es difícil de fundar. Empero, se puede decir que los individuos también se encuentran obligados a respetar los derechos de los otros, no sólo con fundamento en el derecho estatal, sino que también simultáneamente lo están con fundamento en el derecho internacional, como quiera que se trata aquí de una exigencia elemental de la consciencia jurídica moderna".[163]

En un análisis de derecho comparado *Bassiouni* llega a la conclusión de que hasta ahora se trata de un principio general del derecho:

> "...si hay un 'principio general del derecho' reconocido universalmente, que se pueda encontrar en la mayor parte de los sistemas penales del mundo, es éste de la responsabilidad penal individual... Es también un principio básico en el derecho penal internacional, como lo evidencia su reconocimiento implícito o explícito en todos los 315 instrumentos internacionales adoptados entre 1815-1989".[164]

[160] 12° Informe, UN-Doc. A/CN.4/460, par. 24.

[161] Comp. art. 23 *Draft ICC Statute* (*supra* nota 159), pp. 57 y ss. y ahora art. 25 *Rome Statute* (*supra* nota 59).

[162] *Corte IDH,* Opinión Consultiva OC-14 (inclusive) "Reintroducción de la pena de muerte en el art. 140 de la Constitución peruana" del 9 de octubre de 1994 (en: OEA-*CorteIA,* 1995, pp. 89 y ss.; ILM 1995, 1188 = HRLJ 1995, 9; OAS-*CorteIA,* 1995, p. 89), par. 52 y s.

[163] JESCHECK, 1952, pp. 206 y ss., aquí pp. 209 y s (traduc. del alemán). Posteriormente (1957, p. 233) JESCHECK generalizó este punto de vista, al aclarar que " hoy en día, no cabe duda que, de conformidad con el derecho internacional, la responsabilidad penal sólo puede ser individual". El discípulo de Jescheck, TRIFFTERER, fundamentó posteriormente este punto de vista en su disertación (1966, pp. 158 y ss.) y —como resultado— afirmó que el "desarrollo del derecho penal internacional desde Nuremberg... admite dogmáticamente la responsabilidad penal directa del individuo, de acuerdo con el derecho internacional." *(ibid.,* p. 167).

[164] Traduc. del inglés: "...if there is one universally recognized 'general principle of law' which can be found in the world's major criminal systems, it is that of individual criminal responsibility. It is also a basic principle in international criminal law, as evidenced by its explicit or implicit recognition in all 315 international instruments adopted between 1815-1989" (BASSIOUNI, 1992, p. 350).

Juristisches Seminar
d. Univers. Göttingen

Sin embargo, simultáneamente, después de esto, remite al hecho de que tanto el contenido como la conformación de la responsabilidad penal en los ordenamientos legales nacionales son diferentes:

"...la mayor parte de los sistemas legales del mundo difieren en... la manera de abordar las bases legales de responsabilidad penal. ...Algunos corolarios del principio... gozan de reconocimiento universal, aun cuando su significado, contenidos y aplicaciones difieren. Ellos son: el conocimiento de la ley por parte del acusado, y su intento de violarla."[165]

Asimismo, otros autores han aceptado básicamente la responsabilidad penal internacional de los individuos.[166] Sus verdaderas fundamentaciones se apoyan en el hecho de que según el derecho internacional tradicional sólo el Estado y por medio de él todo habitante, inclusive la víctima, responden por una violación a los derechos humanos. Esto no atañe prácticamente nunca a

[165] *Ibid.*, 1992, pp. 348, 350 (Cf. también p. 193). Desde otra perspectiva (1992, pp. 128 y s.) anota BASSIOUNI lacónicamente: "Conforme el derecho penal internacional, los individuos están sujetos a responsabilidad criminal por crímenes internacionales sin perjuicio de la ley nacional" (traduc. del inglés: "Under international criminal law, individuals are subject to criminal responsibility for international crimes irrespective of national law").

[166] Cf. especialmente el informe general de TRIFFTERER en el XIV Congreso Internacional de Derecho Penal (TRIFFTERER, 1989, pp. 116 y ss.). MERON (1989, pp. 162 y ss.) se refiere a la decisión de la CIJ en el caso *US vs. Iran* (*ICJ Reports* 1980, pp. 4, 42) así como al caso *Velásquez-Rodriguez* (nota 18), donde fue reconocida la responsabilidad individual por violaciones de derechos humanos en el caso de toma de rehenes o de grupos paramilitares; ver también MERON, 1998b. ROHT-ARRIAZA, 1990, p. 503 es de la opinión que los "individuos generalmente —después de la Segunda Guerra Mundial— "han suscitado gran interés" (traduc. del inglés: "individuals generally"—desde la Segunda Guerra Mundial— "have become important concerns"). Según GORNIG, 1992, pp. 13 y s. el derecho internacional se encuentra "en la vía de reconocer plenamente a los individuos como sujetos del derecho internacional" (traduc. del alemán). Va más allá DAES, 1992, al afirmar que los individuos incluso "cuanto menos pueden ser considerados paralelamente al Estado como sujetos de derecho internacional" (traduc. del inglés) (p. 58) y recomienda por consiguiente "adecuados mecanismos de aplicación capaces de asegurar la satisfacción de específicas violaciones de derechos humanos... alguna forma de satisfacción internacional en última instancia" (traduc. del inglés) (p. 59, ver especialmente también pp. 53 y ss.). EDELENBOS, 1994, p. 12 señala los principos de Nuremberg (nota 157), así como la responsabilidad de los individuos en el derecho internacional, como "parte del derecho consuetudinario" (traduc. del inglés). SUNGA, 1992, señala el creciente significado del individuo en el ámbito de los instrumentos internacionales (pp. 141-149) y argumenta "que una regla general de responsabilidad individual por serias violaciones de derechos humanos puede emerger" (traduc. del inglés, p. 156); cf. también pp. 65 y ss. por la responsabilidad en caso de violaciones concretas a los derechos humanos ("genocidio", "*apartheid*", "tortura", "esclavitud"). Cf. también THÜRER, 1993, p. 502; ROGGEMANN, 1994b, p. 301; WEBER, 1990, pp. 208 y s.; MOHR, 1995, p. 407; JESCHECK/WEIGEND, 1996, p. 117; sobre el derecho internacional humanitario: OETER, 1993, pp. 26 y ss.; básicamente sobre el desarrollo (histórico): BASSIOUNI, 1992, pp. 193 y ss., especialmente respecto de Nuremberg y Tokio (pp. 205 y ss.). Ver también BLANC ALTEMIR, 1990, pp. 5 y ss. fundamentando el carácter de violaciones de los derechos humanos graves como crimen internacional.

los autores.[167] Los sujetos del derecho internacional son los Estados y las organizaciones con características similares a las de los Estados.[168] El individuo, en todo caso, puede tener una "subjetividad limitada de derecho internacional",[169] si se lo considera —como resultado de su responsabilidad penal internacional— como destinatario de deberes de derecho (penal) internacional. Desde el punto de vista legal y político es discutible la responsabilidad internacional de los grupos no estatales, ya sean movimientos alzados en armas (de izquierda) o de paramilitares (de derecha), o sea, "escuadrones de la muerte".

La falta de subjetividad en el derecho internacional de esos grupos impide, en principio, que puedan ser destinatarios de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, ya sea de naturaleza convencional o consuetudinaria.[170] Si se les reconoce una posición en el marco del derecho internacional, se podría generar un debilitamiento del concepto tradicional de derechos humanos, de acuerdo con el cual todos los Estados —como destinatarios de las normas del derecho internacional— son responsables de la protección de los derechos humanos. Los grupos no estatales serán contemplados por el derecho internacional de la guerra, cuando se presente un conflicto "no internacional" en el sentido del derecho de Ginebra. Por lo demás, las violaciones a los derechos humanos cometidas por ellos caen en el ámbito de competencia del derecho penal doméstico. Si esos grupos deben someterse además al derecho internacional —por ejemplo, a causa de los ideales revolucionarios que normalmente inspiran a los movimientos alzados en armas, o por la amplia protección estatal de los grupos paramilitares— es una pregunta *política*.[171] La ComDH ya decidió en 1990 que los reportes especiales de la ONU debían contemplar también las violaciones a los derechos humanos cometidas por los "grupos armados de carácter irregular" y confirmó esta posición en reuniones posteriores.[172] En este contexto, vale la pena seña-

[167] Cf. REISMAN/KOVEN LEVIT, 1996, pp. 421 y s., 436.

[168] VERDROSS/SIMMA, 1984, pp. 221 y ss.

[169] GORNIG, 1992, pp. 13 y s., nota 201, remitiendo a KIMMENICH; también SUNGA, 1992, p. 155.

[170] Cf. VERDROSS/SIMMA, 1984, §§ 409-411 con más referencias, que le otorga a los movimientos de liberación nacional —pero no a otros movimientos de rebelión (!)— una "subjetividad internacional parcial" con base en el derecho de autodeterminación previsto en el art. 2°, N° 4 de la Carta de las Naciones Unidas, ONU, pero coetáneamente debemos reconocer que "la teoría y práctica del derecho internacional prevaleciente en los Estados industrializados occidentales, analizan todavía los movimientos y guerras nacionales de liberación con base en las reglas clásicas previstas para las guerras civiles", § 411 (traduc. del alemán).

[171] Al respecto EGUIGUREN, 1992, pp. 38 y ss.; en contra, PORTALES, 1992; según el "Informe Rettig" esto lo exige la "conciencia de la opinión pública", *Informe*, 1991, p. 6; al respecto también GOLDMAN, 1994.

[172] 46ª Reunión, Resol. 1990/75; 48ª Reunión, Resol. 1992/42; 49ª Reunión, Resol. 1993/48.

lar que según la definición dominante vigente de crímenes contra la humanidad se considera que no se requiere más una participación estatal en la comisión de esos delitos.[173] El Estatuto de Roma tampoco contiene este requisito[174] y prevé, de manera general, la responsabilidad penal para individuos no obstante su cáracter de actores estatales o no estatales.[175]

2.3.1.5. *Derecho internacional de extranjería y responsabilidad estatal*

Otro argumento para un deber de penalización se puede derivar del derecho internacional de extranjería, conforme al cual incumbe al Estado la protección (diplomática) de sus nacionales, y tiene el derecho de hacer valer su propia acción penal en contra de otro Estado, cuando los derechos de sus nacionales hayan sido violados en el territorio de este último (la conocida acción penal interna del Estado patrio o protector en contra del Estado territorio o violador). Se debe tener en cuenta que el Estado patrio hace valer su *propio* derecho, ya que habría sido violado en sus derechos en la medida que se considera a *sus* ciudadanos casi como de su propiedad.[176] Tratándose pues de la violación a derechos humanos por medio del mismo Estado patrio, de acuerdo con el derecho extranjero clásico no existe ningun derecho a una acción: de una parte se trata del mismo Estado patrio como "autor", y por tanto no puede demandarse a sí mismo; de otra parte, el individuo lesionado en sus derechos carece de competencia para accionar o sea de legitimación activa; hablando desde el punto de vista del derecho internacional carece del *standing* (legitimación procesal), ya que no es titular de ninguna subjetividad internacional.[177] No hay actualmente, sin embargo, como en particular revela *Kokott*,[178] un fundamento material convincente para negar la protección al individuo, ya que éste no dispone de un Estado patrio que lo proteja, sino que por el contrario, es este Estado el que viola los derechos de sus ciudadanos. Si se toma en serio el contenido *material* de la protección del derecho de

[173] Cf. art. 18 *Draft Code 1996* (*supra* nota 150); ICTY-Trial Chamber II, *Prosecutor v. Dusko Tadíc* a/k/a/ "Dule", *Opinion and Judgment* (Case N° IT-94-1-T), 7/5/1997, par. 655; ver también ZIMMERMANN, 1998, 51 y s.

[174] Ver art. 7° *Rome Statute* (*supra* nota 59); comp. también el art. 5°, *Draft ICC Statute* (*supra* nota 159), pp. 30 y ss.

[175] Ver art. 1° y 25 *Rome Statute* (*supra* nota 59); ver también *UN-ECOSOC-CHR*, 1998h, pp. 5 y s.

[176] En principio, el Estado patrio puede exigir del Estado territorial (Estado en que se encuentra el lugar de permanencia) —una vez agotadas las vías legales nacionales— la compensación por los daños, que *él* ha infligido mediante su actuación violatoria del derecho internacional a un nacional. Ese deber de compensación puede contemplar también, además de la indemnización, la penalización efectiva de los órganos o personas culpables (cf. VERDROSS/SIMMA, 1984, §§ 1226 y ss., 1294 y ss.). Sobre los requisitos típicos de este deber: TRASSL, 1994, pp. 53 y ss.

[177] Cf. nota 168, aquí en especial, VERDROSS/SIMMA, 1984, §§ 423 y ss.

[178] KOKOTT, 1987, pp. 516 y ss.

extranjería —la protección de los propios ciudadanos ante la violación a sus derechos en el extranjero— queda la posibilidad de ampliar al ámbito interno la protección frente a las violaciones:

> "Los derechos humanos son nuevos y esencialmente diferentes de los derechos tradicionales, debido a que reconocen al individuo como portador de garantías jurídicas internacionales. Por tanto, no parece justo concederle una protección tan baja a esas garantías frente al derecho extranjero, ya que el Estado patrio, que ejerce dicha protección, no está a disposición en caso de violaciones a sus propios nacionales. Esto permite sostener la admisibilidad de una sanción penal en caso de violaciones a los derechos humanos, especialmente en caso de delitos en contra de la humanidad, al menos en igual medida que para el caso de las violaciones ocurridas en el marco del derecho extranjero."[179]

Queda aún sin respuesta la pregunta de cómo pueden las víctimas o sus parientes, materializar esa pretensión, cuando ellos, como personas individuales, carecen de *standing*. La imposición —justificada desde el punto de vista del derecho material— de sanciones penales todavía depende de la buena voluntad de los Estados. Éstos tienen que crear los instrumentos internacionales que, por ejemplo, prevean un derecho a interponer quejas individuales,[180] o fortalecer los derechos de iniciativa y participación de los particulares en los procesos judiciales internacionales[181] y nacionales.[182]

No obstante, si se extiende el derecho a protección en base al derecho de extranjería a violaciones graves de derechos humanos, cometidas en el

[179] KOKOTT, 1987, p. 517 (traduc. del alemán). En forma similar ROHT-ARRIAZA, 1990, p. 504: "The parallel between the older concept of State responsibility for injury to aliens and its formulation in more recently developed human rights law is striking. Both are concerned with protecting individuals against improper State action. Both establish minimum standards for State conduct ...Human rights law imported both ideas, and is beginning to merge them into one universal standard for State responsibility. The convergence of these two traditions extends the *State's obligation to investigate and prosecute*, already well developed with aliens, *to cover its own nationals*" (destacado por el autor); similar, *ibid.*, 1995, pp. 49 y s.

[180] Una posibilidad de este tipo de queja individual, como se encuentra por ejemplo, en el Protocolo Adicional al PIDCP (ver nota 34), da a los individuos una competencia originaria, o directa, como consecuencia del derecho internacional.

[181] Así, según TRASSL, 1994, pp. 106 y ss., 108, la legitimación activa debería acompañar directamente al individuo interesado. Los proyectos de Estatuto, discutidos a nivel internacional para la creación de una Corte Penal Internacional, especialmente el *Draft ICC Statute* (*supra* nota 159, art. 21 en concordancia con el art. 25), garantizan empero el derecho de iniciativa exclusivamente a los Estados parte, o bien al Consejo de Seguridad (cf. AMBOS, 1995, p. 262; 1996b, p. 265).

[182] Se debe pensar al respecto, especialmente, en el ya citado *Foreign Sovereign Immunities Act* del derecho civil de los EE.UU. (nota 1). Sin embargo, la ejecución de las sentencias dictadas con fundamento en esta clase de disposiciones internas, choca posteriormente con obstáculos que una vez más, sólo pueden ser remediados interestatalmente (cf. a manera de ejemplo, el conocido fallo *Letelier*, en el que a la demandante se le reconoció finalmente su derecho, a través del Departamento de Estado de EE.UU., en un tribunal arbitral internacional).

ámbito interno o en el extranjero, cualquier Estado —no solamente el Estado patrio— es competente para hacer valer o implementar los derechos individuales. El reconocimiento de los derechos humanos como normas del *ius cogens* y —en consecuencia— el derecho del individuo frente al Estado a ser respetado (*obligatio erga omnes*) nos obliga de universalizar el concepto clásico de protección diplomática: "...protección diplomática es posible independientemente de la nacionalidad del individuo lesionado así que cualquier Estado puede intervenir en nombre de este individuo".[183]

El punto de vista presentado revoluciona, sin embargo, el concepto tradicional de responsabilidad estatal. Si ésta, como se describe, se limita a la responsabilidad por las violaciones en el marco del derecho foráneo, entonces el Estado moderno, de conformidad con la opinión aquí expuesta, tendrá que responsabilizarse internacionalmente por las violaciones que internamente sufran sus nacionales, ya que se encuentra obligado a perseguir y sancionar penalmente a los responsables. Si éste no atiende a este deber del derecho internacional, comete un delito internacional —en el lenguaje de la CDI un "internationally wrongful act"—[184] lo que compromete su responsabilidad internacional:

> "La responsabilidad criminal de los individuos....debe valorarse en el contexto de la responsabilidad estatal. Un Estado que no cumpla con sus obligaciones internacionales de perseguir o extraditar a los perpetradores comete un error que acarrea su responsabilidad internacional."[185]

De manera similar, la CorteIDH declaró en relación con la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (art. 1° y 2° CIDH):

> "Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento..."[186]

[183] Bröhmer, 1997, 143 y ss., 158 (traduc. del inglés). Bröhmer demuestra que el desarollo normativo de los derechos humanos implica una restricción de la inmunidad estatal aun si el Estado violador cometió *acte iure imperii*. Sobre esto también Ambos, 1999.

[184] El art. 19 inc. I del proyecto del ILC (CDI) sobre la responsabilidad de los Estados (*YILC* 1980 II, Parte 2, pp. 30 y ss.). La CDI diferencia entre "international crime" e "international delict". Este último representa las violaciones "normales" del derecho internacional perpetradas por los órganos estatales (el art. 19 inc. IV del proyecto), mientras que los "crimes" son considerados como violaciones a las obligaciones *erga omnes* (el art. 19 incs. II y III; cf. también Verdross/Simma, 1984, § 1263; Sunga, 1992, pp. 127 y s., 132 y s., Triffterer, 1989, pp. 108 y s., así como en forma detallada Hofmann, 1985; Lysén, 1997, 59 y ss.).

[185] Meron, 1989, pp. 201 y ss., aquí p. 209. Cf. también Roht-Arriaza, 1990, pp. 500 y ss., 504.

[186] Ver nota 162, par. 39, ver también la reciente decisión de la ComIDH en el Informe N° 25/98, *supra* nota 32, par. 72 y ss.

Las emergentes consecuencias de la interacción entre la responsabilidad estatal y la responsabilidad penal individual fueron señaladas, recientemente por *Mohr*[187] y en un examen básico por *Hoogh*,[188] en el sentido de que las graves violaciones a derechos humanos, que aquí se analizan, representan actos violatorios del derecho internacional con carácter *erga omnes* y por tanto se consideran como delitos internacionales,[189] de modo tal que deberían ser toleradas represalias pacíficas por parte de terceros Estados en contra del Estado que cometió la violación.[190] Los órganos de la ONU, especialmente el Comité de Derechos Humanos, invocan desde hace ya algún tiempo la responsabilidad estatal, a efectos de justificar el empleo de posibles medios coercitivos.[191] Cuando sin embargo esta clase de violaciones a los derechos humanos no son sancionadas, surge el derecho de terceros Estados a aplicar medios coercitivos, y deviene evidente que hay un núcleo de derechos humanos, por cuya protección tiene un interés especial y prevalente la comunidad de Estados. La persecución penal y la correspondiente "sanción" de los autores de violaciones, tanto estatales como individuales, es también de interés internacional y no puede ser más mantenida como del *domaine reservé* de los Estados nacionales.[192] El

[187] Mohr, 1995.

[188] Hoogh, 1996, especialmente pp. 137 y ss. Ver asimismo la antes citada opinión de la CorteIDH (nota 162, acá par. 56), según la cual una violación de los derechos humanos ante todo suscita la "responsabilidad de ese Estado" sólo después —cuando es tratada como una violación internacional— "responsabilidad individual" (traduc. del inglés).

[189] La relación entre las violaciones a los derechos humanos y los crímenes internacionales ciertamente no ha sido aclarada aún en forma definitiva (cf. Roht-Arriaza, 1995, pp. 68 ss.). Según lo dicho, debería sin embargo asegurarse que una violación a los derechos humanos constituya un crimen internacional, cuando al mismo tiempo viola obligaciones *erga omnes* o lesiona bienes jurídicos internacionales (ver especialmente nota 184 y Oehler, 1983, pp. 533 y s.).

[190] Hofmann, 1985, pp. 227 y s., especialmente nota 126; Mohr, 1995, pp. 413 y s.; Kokott, 1987, p. 530; Simma, 1995, p. 205; *ibidem*, 1981, pp. 642 y ss.; escéptico Frowein, 1983, pp. 246 y ss. Al respecto expresan Verdross/Simma, 1984, § 1343: "Así resulta libre de contradicciones de una parte, el interés de todos los Estados, partiendo del respeto de los derechos humanos fundamentales, de calificar con fuerza vinculante semejante persistente violación como crímenes internacionales pero de otra parte, al tener el carácter de simples normas de derecho internacional, quedan sin defensa". (traduc. del alemán). Fundamental en la actualidad Hoogh, 1996, pp. 212 y ss. y 286 y ss., quien —bajo determinadas condiciones— también admite la toma de medidas de represalia militar. Véanse también, Endemann, 1997, pp. 414 y ss. (443 y ss.) que reconoce un derecho del Consejo de Seguridad de la ONU de decretar medidas coercitivas en el marco del cap. VII de la Carta (art. 39).

[191] Cf. Simma, 1995, pp. 208 y ss. Sobre la distinción entre contramedidas, medidas de retorsión, medidas de represalia y medidas que aplican el uso de la fuerza armadas, cf. en la doctrina española Vignali en Vignali/Jiménez de Aréchaga/Ripoll, 1995, pp. 203, 216 y Mariño Menéndez, 1995, pp. 479, 501.

[192] Sobre ese modelo de argumentación proveniente de la "jurisprudencia de intereses", ver Kokott, 1987, pp. 511 y ss. Buergenthal/Maier, 1990, p. 127 hablan en este contexto de "internationalisation of human rights). Meron (1989) habla del "international concern" (p. 195), "violation of the international order" (pp. 191, 201) o del "legal interest" en su defensa (pp. 191, 210). Thürer, 1993, p. 505, ve el interés de la protección de los derechos humanos como fundamento

reconocimiento internacional de los derechos humanos fundamentales no es "gratuito", implica también y precisamente la protección de este derecho frente al Estado patria. Si sus autoridades y tribunales ofrecen sólo una protección insuficiente, "entonces es función de la comunidad internacional, garantizarles a los individuos, a través de la aplicación del derecho internacional penal, protección contra la arbitrariedad y el poder del Estado".[193] Estas reflexiones sirven finalmente de base también al principio de jurisdicción universal, el que a su vez indica un deber de penalización para ciertos crímenes de interés universal.[194]

2.3.1.6. *Jurisprudencia internacional y nacional*

La persecución penal internacional de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad se remonta al intento de enjuicar el empereador alemán Guillermo II con base en los arts. 227, 228 del Tratado de Versalles y a los procesos de Nuremberg y Tokio así como a varios procesos nacionales.[195] El desarrollo culmina en el establecimiento de los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Rwanda que ya emitieron sentencias en seis (6) casos *(Tadíc,*[196] *Erdemovic,*[197] *Celebici,*[198] *Furundzija,*[199] *Kambanda*[200] y *Aka-*

legítimo para el derecho de intervención de la comunidad internacional, ante el cual debe retroceder la *domaine réservé*. Demasiado optimista pareciera ser JESCHECK (1957, p. 241) cuando sostuvo que "los Estados en vista de la amenaza esencial de la comunidad internacional mediante fuerzas, que son capaces de toda violación del derecho, y, en vista de la ausencia de una Corte Internacional, no quieren sentirse obstaculizadas por el principio de la igualdad, de castigar, si se trata de la defensa de los bienes más preciados de la cultura humana", (traduc. del alemán.)

193 De este modo TRIFFTERER, 1989, pp. 101 y s.

194 REISMAN/KOVEN LEVIT, 1996, p. 429; MERON, 1998a, 22, 29, 30 s.; *id.*, 1998b, 468; para una interpretación amplia de la jurisdicción universal cf. JOYNER, 1996, pp. 163 y ss.; STERN, 1998. Recientemente la "International Law Association" en su 68ª Conferencia en Taipei (1998) trató el tema (Report of the Sixty-Eigth ILA Conference, 1999, pp. 17 y ss.).

195 Cf. BASSIOUNI, 1997, 11 y ss.; RATNER/ABRAMS, 1997, pp. 139 y ss.; AMBOS, 1996c, 363 y s.; MCCORMACK/SIMPSON (eds.), 1997, *passim*; BLEWITT, 1998; COTLER, 1998; BEIGBEDER, 1999, pp. 127 y ss. Sobre la persecución por crímenes internacionales en los EE.UU. ver OSOFSKY, 1997.

196 Ver *supra* notas 88 y 173; sobre ello ver AMBOS/RUEGENBERG, 1998, 167 y ss.; AMBOS, 1998f, 391 y ss.

197 ICTY-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Sentencing Judgment, Case N° IT-96-22-T, 29/11/1996, ICTY-Appeals Chamber, *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case N° IT-96-22-A, 7/10/1997; ICTY-Trial Chamber, *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Sentencing Judgment, Case N° IT-96-22-T*bis*, 5/3/1998. Ver AMBOS/RUEGENBERG, 1998, 167 y ss.; AMBOS, 1998f, 391 y ss.

198 ICTY-Trial Chamber, *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo*, Judgement, Case N° IT-96-21-T, 16/11/1998 <www.un.org/icty>.

199 ICTY-Trial Chamber, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Judgment, Case N° IT-95-17/1-T, 10/12/1998 <www.un.org/icty>.

200 ICTR-Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Jean Kambanda*, Judgment and Sentence, Case N° ICTR 97-23-S, 4/9/1998, en: ILM 1998, 1411. Ver también el escrito de acusación: Indictment. Case N° ICTR-97-23-DP. 16/10/1997 <www.ictr.org>

yesu[201]). Recientemente, se iniciaron también juicios en algunos países europeos por las desapariciones forzadas en Argentina y Chile.[202] Así, el control penal de conflictos armados internos llegó a ser, de hecho, la única posibilidad de implementar el derecho internacional humanitario.[203]

El establecimiento de una Corte Penal Internacional confirma esta jurisprudencia y pone en evidencia, que ciertos delitos internacionales deben ser perseguidos y castigados, sea al nivel nacional o supranacional.[204]

2.3.1.7. *"Soft law"*

El *soft law* existente en materia de derechos humanos apoya esta opinión. Se deben citar —en orden cronológico—, entre otros, los siguientes instrumentos:

- código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley;[205]
- declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder;[206]
- código de principios para la protección de todas las personas bajo cualquier forma de detención o de encarcelamiento;[207]
- principios básicos en el uso de armas y armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley;[208]

201 ICTR-Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgment, Case N° ICTR-96-4-T, 2/9/1998 y Sentence, 2/10/1998 <www.ictr.org>, resumen en: ILM 1998, 1399.

202 Cf. IBAÑEZ, 1996 y *AI*, 1998a sobre los procesos en España. Ver también AMBOS con RUEGENBERG/WOISCHNIK sobre la posibilidad de procesar militares argentinos en Alemania por desapariciones en Argentina y con referencias a los procesos en otros países europeos, en particular España.

203 Cf. CASSESE, 1998, 4.

204 Ya en el juicio en el caso *Eichmann* se encuentran extensas deliberaciones sobre deberes universales de persecución y castigo: *Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*. District Court of Jerusalem. December 12, 1961, en: *International Law Reports* (ILR) 36, 5 y ss., 18 y ss. (par. 13 y ss., 25, 30 y ss.); Supreme Court. May 29, 1962, en: ILR 36, 5 ff., 277 y ss. (par. 12).

205 *Code of Conduct for Law Enforcement Officials*, Asamblea General Resol. 34/169 de 17/12/1979 (GA, Official Records, 34th session, Supplement N° 46, A/34/46, pp. 185 y ss.), cf. especialmente el art. 8° (anexo I, 2.2.1).

206 *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, Asamblea General, Resol. 40/34 del 29/11/1985 (GA, Official Records, 40th session, supplement N° 53, A/40/53, pp. 213 y ss.), especialmente N^{os} 4 y 5 (anexo I, 2.2.1.)

207 *Body of Principles for the Protection of all Persons under any Form of Detention or Imprisonment*, Asamblea General, Resol. 43/173 del 9/12/1988 (GA, Official Records, 43rd session, Supplement N° 49, A/43/49, pp. 297 y ss.), especialmente principios 34 y 35 (anexo I, 2.2.1.)

208 *Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials*, Resolución del 8° Congreso de Naciones Unidas sobre la prevención del Crimen y el Castigo al Delincuente 27/8-7/9/1990 (Doc-ONU A/Cons.144/28, octubre 5, 1990, pp. 117 y ss.), cf. especialmente N° 7 y 22-24 (anexo I, 2.2.1.).

- declaración de la Conferencia Universal de Derechos Humanos del 25/6/1993;[209]
- resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU sobre Ruanda del 25/5/1994.[210]

Además tanto el CDH como los "grupos de trabajo" y los relatores especiales de la ONU, han señalado la obligación de perseguir las violaciones de derechos humanos.[211] En forma similar se expresan las recomendaciones de la ComIDH[212] La ya citada investigación de la ONU sobre "impunidad" exige, entre otros, la condena de los autores de graves violaciones a los derechos humanos.[213] Los gobiernos —que aquí interesan— han expresado en mayor o menor grado su respeto a los derechos humanos y han asegurado la persecución de las violaciones a derechos humanos.[214] Esta clase de declaracio-

[209] *The Vienna Declaration and Programme of Action* (Doc-ONU A/Cons.157/23, julio 12, 1993), cf. especialmente par. 13 y 27 (parte I) y par. 59 y ss., 60 (parte II) (anexo I,2.2.2). De acuerdo con EDELENBOS, 1994, p. 16, el par. 60 exige la extensión del deber de persecución penal también a las violaciones de derechos humanos de menor gravedad.

[210] Doc-ONU E/CN.4/S-3/4 (mayo 30, 1994), pp. 4 y ss., cf. par. 17 (anexo I, 2.2.2.). En forma similar se expresan las resoluciones expedidas en asambleas posteriores. Respecto del "Estatuto de Ruanda" y el "Estatuto de Yugoslavia" ver *supra* nota 123.

[211] Cf. en esta posición sólo el *Informe del CDH en su 47a. Sesión* (Doc-ONU A/47/40 v. 9/10/1992) pp. 101 y s.: "...el Comité está interesado acerca del fenómeno de la impunidad... medidas que se han adoptado no parecen ser suficientes para garantizar que todos los miembros de las fuerzas armadas que hayan abusado de su poder ...serán llevados a juicio y castigados" (traduc. del inglés). Cf. también ORENTLICHER, 1991, pp. 2583 y s. y los otros ejemplos dentro de las fuentes especiales.

[212] Es así como, por ejemplo, en el informe anual 1992/93 se recomendó: "garantizar acceso irrestricto a los tribunales y a remedios legales y a permitir a la víctima... tomar acciones para llevar a los responsables a juicio; asegurando garantías judiciales efectivas esenciales para la protección de los derechos humanos y removiendo los obstáculos para prevenir su deslizamiento y apropiada aplicación" (traduc. del inglés, *OAS-IACHR*, 1993, p. 215; ver asimismo el fallo citado en nota 27).

[213] *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission*, 1993a, par. 130 a. Cf. ya en el cap. I, 1.2.1.

[214] El gobierno *colombiano* regularmente manifiesta que la lucha contra la "impunidad" és un aspecto central de su política, últimamente en un informe a la ONU con base en la resolución 1998/53 del 17/4/1998 de la ComDH (*UN-ECOSOC-CHR*, 1999a, par. 4; ver ya también cap. I, 1.2.1.). El gobierno *peruano* expresa algo similar en una "Directiva presidencial sobre respeto a los derechos humanos" (*AI*, 1992b, pp. 5, 7; 1991b, pp. 18 y s.). La solicitud de extradición del gobierno *boliviano* de Sánchez de Lozada en el caso de *García Meza* hizo evidente su determinada posición en la lucha en contra de la "impunidad". El primer presidente democrático *chileno* después de Pinochet, Patricio Aylwin, prometió en su programa electoral la persecución penal. La victoria electoral del (anterior) presidente *argentino* Alfonsín, se atribuye en definitiva a su promesa de perseguir las violaciones a los derechos humanos (cf. AMBOS, 1997d, 49 y ss., 68 y ss., 85 y ss., 94 y ss. y 112 y ss.
Declaraciones sobre protección a los derechos humanos y persecución de las violaciones a los derechos humanos se encuentran además en los informes regulares de los Estados parte del PIDCP y del PIDESC a sus correspondientes comisiones. En este sentido, *Colombia*, por ejemplo, asegura en su reciente informe al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que a los ciudadanos se les otorgan numerosos recursos legales para oponerse a las violaciones de los derechos humanos cometidas por órganos estatales y que además "la oficina del Procurador General garantiza y asegura que las investigaciones respecto de cargos dirigidos por violaciones a los derechos humanos son independientes de cualquier influencia del gobierno y de funcionarios públicos en sí mismos" (traduc. del inglés; *UN-ECOSOC*, 1994, par. 63 y ss., aquí par. 74 y 81); por otra parte, las medidas en contra de las torturas fueron remitidas al Comité sobre torturas (UN-CAT, 1995, par. 12 y ss.). Perú aseveró en su segundo informe del 26/8/1991 al CDH, que las fuerzas armadas "han escrupulosamente observados la ley de la Constitución" y que "las quejas... están siendo investigadas por varios cuerpos supervisores de derechos humanos" (traduc. del inglés; *UN-HRC*, 1991, p. 6); en los informes complementarios se enumeraron una serie de medidas legales (*UN-HRC*, 1992a, pp. 3 y s.) y que se garantizó "el derecho de los individuos a disponer de un recurso ante las autoridades competentes en casos de violaciones de derechos fundamentales" (traduc. del inglés; *UN-HRC*, 1992b, p. 8; cf. también *UN-CAT*, 1994, par. 2 y ss.; al igual que la opinión de los Ministros de Justicia en la 52ª Sesión del Comité de Derechos Humanos, E/CN.4/1996/SR.6, pp. 1 y ss.). Argentina subrayó en su segundo informe al CDH, que "el gobierno ha asegurado y protegido el pleno ejercicio de los derechos humanos..." (traduc. del inglés) y enumeró las correspondientes reformas legales e institucionales (*UN-HRC*, 1994, par. 8 y ss.). Cf. también la posición retomada por ROHT-ARRIAZA, 1990, pp. 496 y ss.

[215] En el *Nuclear Test Cases* (Australia/Nueva Zelanda–Francia) la CIJ sostuvo: "Es bien reconocido que las declaraciones efectuadas por medio de actos unilaterales, que conciernen a situaciones legales o fácticas, pueden tener el efecto de generar obligaciones legales" (traduc. del inglés en *ICJ Reports* 1974, pp. 253 y ss., 267 —Australia— y 457 y ss., 472 —Nueva Zelanda—). En el caso citado se le asignó un efecto vinculante ya que Francia, en varias ocasiones a través de su presidente y sus ministros de Relaciones Exteriores y Defensa, había anunciado la conclusión de sus discutidos ensayos nucleares en el sudeste del Pacífico en una fecha determinada (verano 1974). Uno de los presupuestos básicos es que el Estado respectivo tenga el *deseo* de vincularse jurídicamente, lo que la CIJ ha señalado como la "intención... de vincularse" (traduc. del inglés: "intention... (to) become bound", *ibidem*). Si ésta existe, es ciertamente un asunto que requiere de interpretación, a cuyo efecto "una interpetación restrictiva es aplicable... cuando los Estados formulan manifestaciones mediante las cuales su libertad de acción ha de limitarse" (traduc. del inglés: "a restrictive interpretation is called for, ...when States make statements by which their freedom of action is to be limited").

[216] Cf. por ejemplo, respecto de *Colombia*: art. 1° de la Constitución (respeto estatal de la dignidad humana) así como el art. 93 inc. 2° (interpretación de conformidad con los derechos humanos); se dictaron además numerosas normas, mediante las cuales se crearon instituciones que sirven a la protección de los derechos humanos; ver también el proyecto de ley sobre delitos de lesa humanidad (anexo III, 1.). *Perú*: art. 44 de la Constitución (garantía de la efectividad de los derechos humanos como una responsabilidad superior del Estado) así como el DLeg 752 (1992), que coloca la defensa de los derechos humanos como parte del entrenamiento militar; además se establecieron las "oficinas de derechos humanos" en el ámbito militar y civil; el DLeg 744 creó dentro de la policía nacional un "Directorio para la pacificación nacional y la defensa de los derechos humanos" (cf. *UN-*

nes unilaterales pueden generar un efecto vinculante de derecho internacional,[215] especialmente cuando encuentran una correspondencia en el derecho penal y constitucional nacional así como en otras disposiciones o medidas domésticas.[216] Finalmente, se deben citar también las preocupaciones de las numero-

sas organizaciones no gubernamentales, que han promovido decididamente las actividades en el plano de la ONU.[217]

2.3.2. Fuentes especiales

2.3.2.1. *Tortura*

Si se considera posible la formación del derecho consuetudinario internacional con base en tratados internacionales,[218] entonces la unívoca situación jurídica contractual en materia de torturas[219] casi no admite dudas del carácter de derecho consuetudinario internacional que han adquirido la prohibición y el deber de penalización de las torturas. También la condena internacional de las torturas como "una de las más atroces violaciones en contra de la dignidad humana"[220] confirma esto. Los deberes de investigar y sancionar se encuentran también —en mayor o menor grado— en numerosos instrumentos del *soft law.*[221] El intento de dictar un protocolo adicional a la Convención sobre Torturas, que contemple la posibilidad de una acción individual, puede ser considerado como

HRC, 1992a, p. 3). La "desaparición forzada" fue nuevamente codificada como delito en julio de 1992. Últimamente la ley 26.926 del 21/2/1998 incorporó al CP "delitos contra la humanidad": genocidio, desaparición forzada y tortura [Normas Legales t. 261, febrero 1998, § 129; ver anexo III. 2.). *Bolivia:* la Constitución guarda silencio, pero el art. 138 CP penaliza, junto al genocidio, las "masacres sangrientas". *Argentina:* el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional le otorga rango constitucional a los instrumentos esenciales en materia de derechos humanos, que complementan las garantías constitucionales; entre otros, existe en el Ministerio del Interior una Secretaría para los derechos humanos (*UN-HRC*, 1994, par. 16 y ss.). Los límites del derecho internacional los señala también el *"Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States"*, según el cual "se puede presumir que un gobierno ha estimulado o condenado actos (de tortura, homicidio o desapariciones, nota del autor)... si estos actos llevados a cabo especialmente por sus oficiales, se han repetido o fueron notorios y ninguna medida se ha tomado para prevenirlos o para castigar a sus autores" (traduc. del inglés según cita de Orentlicher, 1991, pp. 2582 y s.).

[217] Cf. además de los conocidos informes de *Amnistía Internacional* y *Human Rights Watch* por ejemplo, los "Comentarios sobre algunos aspectos del informe relativo a la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones a los derechos humanos" (= críticas a UN-*ECOSOC-CHR-Subcommission*, 1993a), suscrito, entre otros, por SOS-Torturas, FEDEFAM, SERPAJ-AL, CAJ-SC, ICJ, Terre des Hommes.

[218] Al respecto ya *supra* en 1.2.1.

[219] Cf. ya *supra* en 1.1.2.

[220] *Vienna Declaration*, *supra* nota 209, par. 55.

[221] Cf. por ejemplo, la Resol. de la Asamblea General de la ONU 3452 (XXX) (anexo I, nota 6), Resol. 1993/40 de la ComDH, par. 10 (Doc-ONU E/CN.4/1993/122, pp. 146 y ss.), la *Vienna Declaration*, *supra* nota 209 (par. 54 y ss., especialmente par. 59) y los Principios de Ética Médica (todos en el anexo I, 2.2.1. y 2.2.2.). Cf. también la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre estados individuales, por ejemplo, 37/185, par. 10 sobre el El Salvador (en Orentlicher, 1991, nota 206).

un fortalecimiento de esos deberes.[222] La interpretación ya analizada del art. 7° (prohibición de torturas) en concordancia con el art. 2° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos por parte del CDH, de acuerdo con lo cual de esas disposiciones se deriva un deber de investigar, sancionar e indemnizar,[223] apoya por último más aún la opinión aquí sostenida.

> "Con base en estos antecedentes el Relator especial de la ONU ha reafirmado que aquellos Estados que no han adherido a la Convención contra la Tortura de la ONU, 'deberían firmar y ratificar o acceder a esa Convención. La tortura debería ser designada y definida como un crimen específico en la legislación nacional... el dictado de este tipo de legislación debería constituirse en una prioridad'."[224]

> "Una persona responsable de torturas o severos malos tratos debería ser juzgada, y si es declarada culpable, castigada..." [225]

2.3.2.2. *Ejecuciones extrajudiciales*

No obstante la falta de instrumentos legales, en cuanto a las ejecuciones extrajudiciales también existe una voluntad de la comunidad internacional para investigar los casos correspondientes y proceder a sancionar a los culpables, expresada en especial en distintos instrumentos del *soft law.*[226] Los *principios* son el resultado de largos años de preocupaciones por crear estándares internacionales para investigar e impedir las ejecuciones extrajudiciales. Como complemento de lo cual, en 1991, se publicó el *Manual on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions* (Manual para la Prevención y la Investigación Efectiva de las Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias).[227] Éste contempla —además de una presentación de los estándares internacionales— el protocolo modelo para

[222] Cf. *ComDH (ONU)*, Resol. 1993/34: Question of a draft optional protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment (Doc-ONU E/CN.4/1993/122, pp. 132 y s.); cf. también Doc-ONU E/CN.4/1995/81 par. 5.

[223] Ver nota 41.

[224] *UN-ECOSOC-CHR*, 1995a, par. 926 a). Además exige una prohibición de valoración de la prueba en casos de tortura. Ver también *UN-ECOSOC-CHR*, 1997e, par. 232

[225] *UN-ECOSOC-CHR*, 1995a, par. 926 g). Ver también *UN-ECOSOC-CHR*, 1997e, par. 222 y ss. señalando que la tortura debe ser enjuiciada ante una CPI.

[226] Cf. *Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions* (ECOSOC Resol. 1989/65 del 24/5/1989), Resol. 1993/71 de la ComDH, par. 12 (Doc-ONU E/CN.4/1993/122, pp. 213 y ss.) y la Resol. 1993/33 sobre "Human rights and forensic science" (Informe, *ibid.*, pp. 130 y s.) así como en el *Manual* reseñado en el texto y en la nota siguiente [todos en el anexo I, 2.2.1.].

[227] *UN-Centre for Social Development and Humanitarian Affairs*, Viena, Doc. ST/CS HA/12, N.Y. 1991, Sales N° E.91.IV.1.

la investigación médico-legal de las ejecuciones extrajudiciales así como para la autopsia de los cadáveres que se encuentran y los restos de esqueletos.[228]

En el caso de las ejecuciones extrajudiciales se trata —en forma similar a como ocurre con las "desapariciones forzadas"— de una falta de protección del derecho a la vida (art. 6° del PDCP, art. 4° de la CIDH). Se podría por tanto también preguntar si las violaciones vinculadas a estos derechos no conllevan un deber estatal de penalización o si la protección de la vida en el derecho internacional sólo fomenta directamente una responsabilidad de ese tipo. La respuesta a esa pregunta se desprende de la interpretación de las correspondientes disposiciones por parte del CDH y de la ComIDH, o de la CorteIDH. El Comité de Derechos Humanos, como ya se explicó, ha expresado de manera terminante respecto del art. 6° del PIDCP, que:

> "Los Estados parte deben tomar medidas no solamente para prevenir y castigar la privación de la vida mediante actos criminales, sino también para prevenir las muertes arbitrarias llevadas a cabo por sus propias fuerzas de seguridad."[229]

En forma similar se ha aceptado un deber de penalización en casos concretos.[230] La CorteIDH y la ComIDH han exigido en aquellos casos relacionados con el derecho a la vida, la realización de investigaciones y la correspondiente penalización.[231] En este sentido el Relator del informe especial de la ONU encargado de las ejecuciones extrajudiciales, ha expresado lo siguiente:

> "Los gobiernos están *obligados* por el derecho internacional a llevar a cabo *investigaciones* exhaustivas e imparciales de las denuncias por violaciones al derecho a la vida, a identificar, *llevar ante la justicia* y *castigar* a sus perpetradores, a garantizar *la compensación* a las víctimas o sus familias y a tomar medidas efectivas para evitar en el futuro la reiteración de tales violaciones."[232]

[228] "Model Protocol for a Legal Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions" (en: *ibidem*, pp. 15 y ss.), "Model Autopsy Protocol" (pp. 24 y ss.), "Model Protocol for Disinterment and Analysis of Skeletal Remains" (pp. 34 y ss.).

[229] General Comment N° 6 (art. 6°), par. 3, Doc-ONU CCPR/C/21/Rev.1 (19/5/1989).

[230] Cf. por ejemplo, los casos de *Suriname* (comunicación N° 146/1983 y N° 148 hasta N° 154/1983), en los cuales el CDH debido a las ejecuciones extrajudiciales en contra de la oposición política antes citadas, exhortó a Surinam, "(i) a investigar las muertes...; (ii) llevar ante la justicia a cualquier persona que pudiera ser responsable; (iii) a pagar compensación; (iv) a garantizar que el derecho a la vida sea debidamente protegido en Surinam" (traduc. del inglés de UN, 1990, pp. 172 y ss. (176). Ver, asimismo, los casos en la nota 42.

[231] Sobre la CorteIDH, cf. sobre todo el caso *Velásquez-Rodríguez* así como la confirmación en *Godínez Cruz (supra* notas18 y s.). La ComIDH, por ejemplo, recomendó en el caso 7.481 (marzo 8, 1982) respecto de las ejecuciones extrajudiciales de la dictadura militar boliviana, entre otras, "disponer una completa e imparcial investigación para determinar responsabilidad por los excesivos abusos" (traduc. del inglés del Annual Report 1981/82, OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.57, doc. 6, rev. 1, Washington D.C. 1982, p. 36). Ver también los casos en la nota 32.

[232] Destacado por el autor, traduc. del inglés: "Governments are obliged under international law to carry out exhaustive and impartial investigations into allegations of violations of the right to life, to identify, bring to justice and punish their perpetrators, to grant compensation to the victims or their families, and to take effective measures to avoid future rcurrence of such violations" (*UN-ECOSOC-CHR*, 1993a, par. 688). Cf. también *UN-ECOSOC-CHR*, 1992, pp. 16, 166; 1994a, par. 398; 1996d, par. 559; 1997d, par. 95, 135. Consecuentemente, Blanc Altemir, 1990, 377 y ss. clasifica este delito también como crimen internacional.

2.3.2.3. *"Desapariciones forzadas"*

El *soft law* existente en la materia tiene más solidez que el existente respecto de ejecuciones extrajudiciales.[233] El proyecto de Convención Interamericana se convirtió en el ínterin ya en *hard law*[234] y sucederá lo propio con la resolución respectiva de la Asamblea General de la ONU.[235] Ambos instrumentos contemplan en forma similar reglas claras y precisas sobre el deber de penalización, excluyendo toda justificación y disculpa y facilitando la persecución internacional mediante la introducción del principio *aut dedere aut judicare*.[236]

Conforme a esto, el respectivo grupo de trabajo de la ONU acepta un deber de penalización sin excepción, incluyendo la publicidad de los resultados de las investigaciones y las indemnizaciones de carácter civil:

> "El deber de investigar, perseguir y castigar a los responsables de abusos graves tales como las desapariciones es proporcional a la extensión y severidad del abuso y al grado de responsabilidad por tales abusos. A efectos de llevar a cabo estas determinaciones es esencial garantizar que no haya impunidad, ya sea por la identidad de los responsables... o por la identidad de las víctimas."[237]

[233] *Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearances*, Asamblea General de la ONU, Resol. 47/133 del 18/12/1992 (GA, Official Records, 47th session, Supplement N° 49, A/47/49, pp. 207 y ss.); Resolución 828 (1984) de la *Asamblea Parlamentaria Europea*; par. 62 de la *Vienna Declaration* (nota 209); Resol. 1993/35 de la *ComDH*, par. 5 (Doc-ONU E/CN.4/1993/122, pp. 133 y ss.) (todos en el anexo I, 2.2.1. y 2.2.2. así como 3.3.). Cf. también la Resolución de la Asamblea General de la ONU sobre países individuales, por ejemplo, 36/157, par. 4(e) sobre Chile o 33/173 (en Orentlicher, 1991, nota 206).

[234] Cf. ya en el cap. I, 2.2. así como en el anexo I, 3.1.1.

[235] Para su implementación ver por último *UN-ECOSOC-CHR*, 1996c, pp. 13 y ss.; *UN-ECOSOC-CHR-Subcomission*, 1998, pp. 5 y ss. (con un proyecto de Convención en pp. 21 y ss.).

[236] Cf. sólo el art. 4, 6, 7, 17 de la Declaración (nota 233), arts. III, IV, VII, VIII de la *Convención* (nota 234). Pero el art. 4.2. de la Declaración admite circunstancias atenuantes cuando un partícipe colabora para salvar a la víctima o presenta informaciones que sirven para aclarar el caso.

[237] Traduc. del inglés: "The duty to investigate, prosecute and punish those responsible for gross abuses such as disappearences is proportionate to the extent and severity of the abuses and the degree of responsibility for such abuses. In making such determinations, it is essential that there should be no granting of impunity either because of the identity of those responsible...

Este punto de vista podría hoy puntualizarse como prevalente dentro de la comunidad internacional. Esto se deriva no sólo de los citados instrumentos del *soft law,* sino también, especialmente, de los informes de los Estados presentados a los grupos de trabajo. Al respecto coinciden todos los gobiernos en que:

> "la detención ilegal y la privación de la libertad, el maltrato y la *tortura,* la *desaparición* o *cualquier* ofensa que involucre serias violaciones a los derechos humanos debería ser investigada, perseguida y castigada".[238]

Hasta el momento hemos analizado lo que podríamos denominar la *opinio iuris* unánime. En Colombia y Perú esa opinión ha encontrado lugar también en la legislación doméstica.[239]

Finalmente, en caso de las desapariciones forzadas, se trata también de la falta de protección del derecho a la vida, de modo tal que —en forma similar a como ocurre con las ejecuciones extrajudiciales— se debe acudir aquí también a la interpretación de las disposiciones correspondientes del

or because of the identity of the victims" [*UN-ECOSOC-CHR*, 1993c, par. 45 (h), también par. 45 (d), (f), (i), (j) y par. 74); en forma similar *UN-ECOSOC-CHR*, 1994b, par. 45; 1996c, par. 471 y ss.; 1998a, par. 416, 418 y s.; 1998j, par. 336].

[238] Destacado por el autor y traduc. del inglés: "that unlawful arrest and deprivation of liberty, ill-treatment and torture, disappearance or any offence involving serious violations of human rights should be investigated, prosecuted and punished" (*UN-ECOSOC-CHR*, 1993, p. 128, E 14.). Cf. también *UN-ECOSOC-CHR*, 1994b, par. 441: "Que los gobiernos están cada vez más fijando mecanismos para buscar el esclarecimiento de casos de desaparición denunciados... es un desarrollo que, *prima facie*, demuestra su intención genuina de manejar estas situaciones desafortunadas y, es de esperar, terminar con ellas por completo" (traduc. del inglés: "That Governments are increasingly setting up mechanisms to seek clarification of reported cases of disappearance... is a development which, *prima facie*, demonstrates their intention genuinely to grapple with this unfortunate situation and, it is hoped, end it completely". [Cf. también par. 442 y ss.]). Más bien pesimista: *id.*, 1996c, par. 473.

[239] Art. 12 de la Constitución colombiana prohíbe la "desaparición forzada de manera violenta". Existe un Proyecto del CP, aprobado por la Comisión Primera del Senado el 11/11/1998, que tipifica este delito (ver anexo III, 1.). La CS considera el secuestro, delito anterior a la desaparición, como delito de lesa humanidad (sentencia del 4 de febrero de 1999, ver *El Tiempo*, Bogotá, 5/2/1999 http://www.eltiempo.com). La Corte Constitucional considera que estos delitos "son manifiestamente contrarios a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual... una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia". (C-358/97, pp. 31 y s.; ver más detallado *infra* cap. IV, 2.1.1.1.) Aparte, existe un proyecto de una ley sobre delitos de lesa humanidad que se remonta ya a los gobiernos anteriores de Gaviria y Samper (ver anexo III, 1.). Perú introdujo recientemente "delitos contra la humanidad", inc 1°, la desaparición forzada *(supra* nota 216 y anexo III, 2.). Las dificultades de tipificar la desaparición forzada muestra que la impunidad al respecto tiene —contrariamente a lo que ocurre con la tortura (nota 50) y con las ejecuciones extrajudiciales (nota 61)— también causas normativas.

PIDCP y de la CIDH realizada por el CDH y la ComIDH y la Corte Interamericana. El CDH ha expresado al respecto, que:

> "Los Estados deben establecer mecanismos y procedimientos efectivos para investigar los casos de pérdida y desaparición de personas en circunstancias en las cuales puede estar involucrada la violación del derecho a la vida".[240]

La CorteIDH y la ComIDH han calificado a la práctica de las "desapariciones forzadas"[241] como grave violación a los derechos humanos y —en una interpretación del derecho a la vida— exigido la penalización de los posibles casos.[242] La Asamblea General de la OEA ha señalado la "desaparición forzada" como un "crimen en contra de la humanidad";[243] el art. 18 (h) del Proyecto de Código de la CDI de 1996[244] y el art. 7° (1)(i) en relación con el art. (2)(i) Estatuto de Roma[245] así lo codificaron. En consecuencia, se puede fundamentar un deber de penalización, en particular en el ámbito legal de la OEA.

[240] General Comment N° 6 (art. 6°), par. 4, Doc-ONU CCPR/C/21/Rev.1 (19/5/1989).

[241] Cf. *Velásquez-Rodríguez* (nota 18) par. 155; "...una múltiple y continua violación de muchos derechos bajo la Convención" (traduc. del inglés: "...a multiple and continuous violation of many rights under the Convention...") y par. 158: "....violación radical del tratado que revela un grueso abandono de los valores que emanan del concepto de dignidad humana y de los más elementales principios del sistema interamericano y de la Convención" (traduc. del inglés: "...radical breach of the treaty in that it shows a crass abandonment of the values which emanate from the concept of human dignity and of the most basic principles of the Inter-American system and the Convention"). La ComIDH retomó esta práctica al señalarla como "una amenaza extremadamente seria para el trato humano, seguridad y vida en sí misma de la víctima" (traduc. del inglés: "an extremely serious threat to the humane treatment, security and life itself of the victim", *OAS-IACHR*, 1993, p. 116, Informe 9/93).

[242] Cf. —una vez más— el caso *Velásquez-Rodríguez* (nota 18), par. 149 y ss. así como la confirmación en *Godínez Cruz* (nota 18), par. 157 y ss. Sobre la práctica recomendada por la ComIDH, cf. los casos citados en nota 32.

[243] Cf. la justificación en *OAS-IACHR*, 1993, p. 116 (Informe 9/93) así como en el caso *Velásquez-Rodríguez* (nota 18). En forma similar, subraya la Resol. 828 del Consejo de Europa (nota 233) par. 2 al igual que *UN-ECOSOC-CHR*, 1996c, par. 465. Cf. al respecto también art. 212-1 del nuevo Código Penal francés *(Nouveau Code Pénal)* del 19/7/1993 (en vigor desde el 1/3/1994), que codifica el secuestro "des personnes suivis de leur *disparition*" dentro del capítulo "Autres crimes contre l'humanité". Ver también BLANC ALTEMIR, 1990, 335 y ss., clasificando este delito como crimen internacional.

[244] *Draft Code 1996* (nota 150); ver también la mencionada discusión en la ILC: *Report of the ILC*, 1995 (nota 150), par. 96. Las recomendaciones de la CDI para ese proyecto sostuvieron la posición que las "desapariciones forzadas" representaban "uno de los más serios crímenes de la segunda mitad del siglo xx" y (por consiguiente) se contaban dentro de las "más serias violaciones a los derechos humanos, constituyéndose en crímenes en contra de la paz y la seguridad de la raza humana.

[245] *Rome Statute*, *supra* nota 59. En el *Draft ICC Statute* (*supra* nota 159), p. 31 (art. 5°), nota al pie de página 16, todavía se señaló: "It was suggested that some more time was needed to reflect upon the inclusion of this subparagraph."

2.4. **Resultado parcial 2**

Las fuentes aquí analizadas dejan casi sin lugar a dudas la existencia de una *opinio iuris* respecto de un deber consuetudinario de penalizar las violaciones a derechos humanos especialmente graves. Esta *opinio iuris* ha alcanzado una dimensión cuantitativa y cualitativa, que —sin el peligro de convertirse en "missionary writing"—[246] parece justificar, partiendo del establecimiento de un *principio general del derecho,* el sometimiento de las violaciones a los derechos de la vida (ejecuciones extrajudiciales, "desapariciones forzadas") y de la integridad corporal (torturas) a un deber de penalización.

Este principio jurídico no pierde su fuerza vinculante a pesar de la existencia de una *extensa práctica estatal* contraria. Se puede afirmar que prácticamente todos los Estados del mundo condenan las graves violaciones a los derechos humanos y que ningún gobierno acepta de buena gana tales violaciones. En realidad, no queda siempre muy claro la razón por la cual en una determinada situación no son sancionadas determinadas violaciones a los derechos humanos, pues los gobiernos responsables no justifican jamás que los hechos cometidos permanezcan sin consecuencia alguna por motivos *legales*; aun más por lo general se alegan *circunstancias de hecho* o *político legales* como fundamento, que frecuentemente en los hechos dificultan u obstaculizan la penalización de los responsables.[247] Se trata aquí también de la discrepancia ya delineada entre "palabras" y "hechos",[248] la cual se interpone en el camino de formación del derecho consuetudinario de acuerdo con la interpretación tradicional. Pero esta discrepancia no permite en modo alguno llegar a la conclusión de que la gran mayoría de los Estados no aceptan en principio el deber de penalización de carácter *legal.* Se trata de lo contrario, tal como especialmente lo prueban (generalmente) los informes y respuestas gubernamentales a los órganos de la ONU.[249]

Si se diera el caso de que los Estados rechazaran semejante deber de penalización, se quebrantaría el citado principio de derecho. La CIJ declaró, en el caso *Nicaragua*, que "las instancias en que la conducta de los Estados sea inconsistente con una regla dada deben ser tratados generalmente como violaciones a esa regla, y no como indicaciones de reconocimiento de una nueva regla".[250] En relación con la penalización de las graves violaciones a derechos humanos esto significa que ni la ausencia de ésta ni la persecución selectiva por parte de algunos Estados, pueden privar de vigencia a la "regla" de penalización reconocida por el derecho internacional. Estos Estados son antes bien culpables por la violación de esta "regla". La CIJ ha señalado además:

> "Si el Estado actúa en una forma que *prima facie* es incompatible con una regla reconocida, pero defiende su conducta apelando a excepciones o justificaciones contenidas en la misma regla, entonces sea o no la conducta del Estado de hecho justificable sobre esas bases, la significación de esa actitud es la de *confirmar* antes que debilitar *la regla."*[251]

Esto significa también que el intento de justificar la no penalización, como es usual en la mayoría de los Estados implicados, representa en última instancia una confirmación del deber de penalización; ya que si el Estado implicado no se considerara obligado, no intentaría justificar su conducta.

Como resultado se puede pues derivar válidamente del derecho internacional penal vigente un *principo de derecho,* según el cual las graves violaciones a los derechos humanos —que incluyen las aquí analizadas (torturas, ejecuciones extrajudiciales y "desapariciones forzadas")— están sometidas a un deber estatal de penalización. En este contexto, cuentan menos las categorías formales en las cuales se clasifiquen estas (nuevas) normas, que su justificación material.[252]

3. *Resultado*

El resultado final se deriva de los dos resultados parciales. Un deber de penalización del derecho internacional convencional sólo se puede justificar para el caso de la *tortura.* Respecto de las otras violaciones graves a los derechos humanos, dentro de las cuales en todo caso se encuentran las *ejecuciones extrajudiciales* y *las desapariciones forzadas,* aquél se deriva de los principios generales del derecho. Este resultado pone en evidencia la tendencia general del derecho internacional vigente, apartándose de un sistema normativo centrado en el Estado hacia un sistema orientado por el beneficio de la

[246] Cf. ya citado en nota 91 y texto.

[247] Cf. por ejemplo, el análisis político-legal sobre Argentina, Chile y Uruguay de Pion-Berlin, 1994 así como Nino, 1991, pp. 2631 y ss.

[248] Esa discrepancia la describió en EE.UU. el fiscal para derechos humanos Morris Abram, de la siguiente manera: "It is a very tough call whether to point the finger or try to negotiate with people. As a lawyer, of course, I would like to prosecute everybody who is guilty of these heinous things. As a diplomat or as a politician or as a statesman, I also would like to stop the slaughter, bring it to a halt. You have two things that are in real conflict here... I don't know the proper mix" (citado en Forsythe, 1994, p. 416).

[249] Cf. ya citado *ut supra* en nota 214.

[250] *ICJ Reports* 1986 (nota 84), par. 186.

[251] *Ibidem* (destacado por el autor).

[252] En forma similar la jurisprudencia de la CIJ, de acuerdo con Simma, 1995, p. 228 (en nota 227): "reconociendo las prescripciones de derechos humanos fundamentales como obligatorios y parte del derecho imperativo internacional *sin entrar en detalles acerca de su fuente formal,* sino antes bien apuntalando su autoridad inherente y su reconocimiento universal" (destacado por el autor, traduc. del inglés).

humanidad en su totalidad que protege ciertos bienes jurídicos, incluso con medidas penales.[253]

Esas conclusiones dejan desde luego sin respuestas algunas preguntas importantes.

En primer lugar, queda abierta la cuestión acerca si un deber tal se justifica en caso de otras violaciones a derechos humanos (¿cuáles?).[254] También se plantea la pregunta acerca de la validez de la prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) en el derecho penal internacional. El art. 15.1 del PIDCP,[255] el 7.1 de la CEDH,[256] el 9 de la CIDH[257] y 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[258] no permiten dudar de que se trata —en todo caso en lo que respecta a los fundamentos materiales de punibilidad—[259] de un principio reconocido internacionalmente.[260] En esto ciertamente aún no se ha ganado mucho, toda

[253] Cf. por un lado SIMMA/PAULUS (1998), y, por otro lado, MERON (1998) y CASSESE (1998), identificando tendencias de criminalización.

[254] Al respecto por ejemplo, ROHT-ARRIAZA, 1995, pp. 66 y ss.

[255] El art. 15 del PIDCP prevé: "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".

[256] El art. 7.1 de la CEDH consagra que: "Nadie puede ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que fue cometida, no constituía una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no puede ser impuesta una pena más fuerte que la que era aplicable en el momento en que se cometió la infracción".

[257] El art. 9° CIDH prevé: "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 la 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".

[258] Art. 11.2 Declaración Universal de Derechos Humanos prevé : "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".

[259] La posterior justificación de una competencia judicial, como en los casos del Tribunal *ad hoc* para las antiguas Yugoslavia y Ruanda, podría también ser admitida (Cf. OETER, 1993, p. 39, con remisión al ILC "Working group on the question of an international criminal jurisdiction" en nota al pie de p. 132).

[260] Cf. DANNECKER, 1993, p. 178: "Es indiscutible que la prohibición del efecto retroactivo de las leyes en materia penal como un principio general del derecho pertenece a las convicciones aceptadas internacionalmente" (traduc. del alemán). En forma similar se expresa el Consejo de Seguridad de la ONU en la motivación de la Resolución para el "Estatuto de Yugoslavia", par. 34: "...la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* requiere que el Tribunal internacional deba aplicar reglas de derecho internacional humanitario que son indudablemente parte del derecho consuetudinario" (traduc. del inglés del Informe del Secretario General, nota 99). Para el juego armónico entre el principio de prohibición de retroactividad e inmunidad de derecho internacional, ver MERKEL, 1993, especialmente pp. 301 y ss., quien con considerables argumentos pone en tela de juicio la legalidad jurídica del caso *Honecker*; más recientemente, AMBOS, 1997a.

vez que la pregunta planteada no se ha contestado atendiendo al verdadero *contenido* del principio. Hasta aquí resulta casi defendible —teniendo en cuenta el art. 15. 2. PIDCP[261] y 7.2 de la CEDH—[262] la exigencia de una norma *escrita* al momento de la comisión del delito; más bien, la prohibición de la retroactividad consagrada en el derecho penal internacional a través de la existencia de cualquier norma —ya sea escrita o no escrita— al momento en que ocurrieron los hechos. A ese resultado llegaron también *Jescheck* y *Triffterer* en sus investigaciones fundamentales en 1952 y 1966 respectivamente. *Jescheck* llegó ciertamente a una *justificación* penal de la prohibición de retroactividad,[263] no obstante querer señalar en ese entonces el reconocimiento de una excepción por "necesidades forzadas de justicia" en el ámbito de graves violaciones a la humanidad.[264] Para *Triffterer* el fundamento de la norma exigida por la prohibición de retroactividad puede pertenecer "tanto al derecho escrito como al no escrito".[265] Este parecer se apoya por demás en la práctica judicial internacional desde Nuremberg[266] y

[261] Art. 15.2 PIDCP prevé: "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*" (destacado por el autor).

[262] El art. 7.2 de la CEDH prevé: "El presente artículo no invalidará la sentencia o la pena de una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de ser cometida, constituía un crimen según los *principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*." (destacado por el autor).

[263] JESCHECK, 1952, pp. 236 y ss., especialmente p. 241, de acuerdo con el cual "la conciencia sobre el significado del Estado de derecho debe (tiene que) prevalecer en el derecho penal internacional. Una ley penal retroactiva contraviene generalmente el sentimiento de justicia..." (traduc. del alemán, continuación en la siguiente nota).

[264] *Ibidem.* (continuación de la cita): "...sólo es admisible en algunos casos imaginables, que un hecho considerado hasta ahora como no típico, muestre una grado tan alto de reprochabilidad que se viola considerablemente el sentimiento de justicia no con la penalización, sino con la no penalización". En forma más evidente en la p. 159: "Ningún Estado se encuentra autorizado, para dejar las injusticias de carácter estatal del pasado sin sospecha alguna para siempre, cuando la penalización retroactiva corresponde a requerimientos de justicia". Así como en la p. 242: "En el ámbito de los delitos en contra de la humanidad viene a colación, por el contrario, el contenido ilegal del caso individual. Se tiene que admitir que hay violaciones de los derechos humanos más elementales con un alto contenido de grave ilegalidad, que no estaban contempladas por el derecho penal estatal y que requieren de una penalización retroactiva". (traduc. del alemán).

[265] TRIFFTERER, 1966, p. 123 (cf. también pp. 124 y ss.). Sin embargo, coetáneamente remite a las tendencias positivistas (p. 242): "Si bien es cierta la admisibilidad dogmática de las normas no establecidas que fundamentan y agravan una pena, es poco discutible, y ésta ha sido la tendencia por otra parte desde el proceso de Nuremberg, que el derecho penal internacional prácticamente excluye la posibilidad de una ampliación mediante normas establecidas." En igual sentido, *ibidem*, 1996, p. 328; MERON, 1995, p. 565 y s.; GREENWOOD, 1996, p. 281.

[266] *UN War Crimes Commission*, Law Reports of Trials of War Criminals, London, 1949, vol. XV, p. 166 y ss.

fue recientemente confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.[267] Queda por responder entonces si pese a, o más bien, con motivo de las codificaciones efectuadas, cuáles son los "principios generales del derecho, reconocidos por los pueblos civilizados"[268] que sirven de fundamento a las normas no escritas en el sentido de la prohibición de retroactividad prevista en el derecho penal internacional. La pregunta se puede plantear de otra manera: ¿cuáles son las normas del derecho penal internacional no escrito que experimentan semejante reconocimiento por parte de la comunidad internacional de Estados y pueden hacerse valer con una amplitud tal que su aplicación penal no viole la prohibición de la retroactividad, porque los autores en todo caso deben computar una sanción?

Queda también por responder, cómo puede la comunidad internacional imponer *(procesalmente)* un deber de penalización (reconocido por el derecho material). En realidad existen posibilidades en el marco del derecho internacional,[269] empero, mientras falte un instrumento de carácter colectivo existe poca esperanza de que se haga un uso consecuente y objetivo de aquéllas.[270] Dada su competencia limitada, es dudosa si la nueva CPI es un instrumento eficiente en el sentido mencionado.[271]

Finalmente, no se pueden aquí analizar en detalle las *consecuencias jurídicas* que acarrea la no penalización de graves violaciones a los derechos humanos. Ciertamente es indiscutible que los Estados que no persiguen estas violaciones contravienen el derecho internacional y por tanto cometen un delito internacional,[272] sin embargo, dependiendo de cómo se juzgue la relación entre el derecho internacional y 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.[273] Al respecto también juega un rol importante la cuestión acerca de si se pueden derivar deberes de penalización del derecho constitucional.[274] Una apreciación en un caso concreto no será suficiente sin una valoración político legal. En vista de las divergencias que presenta la práctica estatal se impone la pregunta acerca de si el derecho internacional "a cualquier precio" puede disponer un deber de penalización. ¿No debe parecer menos que exótica la "flor de invernadero", originada en la práctica estatal,[275] de dejarle la posibilidad al Estado de prescindir de la persecución? ¿Bastaría que para poder prescindir de ésta se hablara de motivos razonables y ejecutables? O, en todo caso ¿se trata siempre de una medida en el sentido del art. 6.5 del Protocolo Adicional II a las CG? Ésta y otras preguntas se examinarán en el capítulo siguiente, cuando se trate lo relativo a la compatibilidad entre las leyes de impunidad, existentes en los países analizados, con el derecho internacional.

[267] *ECHR Reports,* Serie A, vol. 335-B y 335-C (SW vs. UK; CR vs.UK). Las decisiones suscitaron la cuestión acerca si la violación en el matrimonio según el *common law* debía continuar siendo castigado cuando en el año 1736 un tribunal inglés había resuelto que ese hecho no debía serlo. La Comisión Europea de Derechos Humanos destacó precisamente que el art. 7° constituye una garantía para el acusado, delimitando sin embargo que aquél no prohíbe una rectificación en la interpretación del derecho nacional frente a fluctuantes circunstancias, en tanto que aquélla sea compatible y previsible en la sustancia del hecho criminal.

[268] Art. 7.2 de la CEDH (nota 262); en forma similar el art. 15.2 del PIDCP (nota 261).

[269] Como se trata, de acuerdo con el derecho de la responsabilidad estatal, de la violación de las obligaciones internacionales con carácter *erga omnes*, todo Estado está afectado en sus derechos y tiene, por consiguiente, la competencia para proceder en contra del Estado violador (cf. ya nota 187 y ss. y texto correspondiente con más referencias). Como medios de reacción se consideran ante todo el derecho de represalias, que permite sanciones de carácter económico o militar, hasta llegar a la conocida "intervención humanitaria" (sobre los presupuestos en detalle Verdross/Simma, 1984, §§ 1342 ss.).

[270] Bastante escéptico también Simma, 1995, pp. 212, 230 y s. Por eso a favor de una CPI Triffterer, 1996, pp. 331 y ss.; Ambos, 1995.

[271] Cf. crít. Ambos, 1998g.

[272] Cf. ya en el texto que refiere la nota 184 y ss. Al igual que Reisman/Koven Levit, 1996, pp. 419, 430 y ss.

[273] De conformidad con la teoría predominante del "monismo moderado" el derecho internacional está subordinado al derecho nacional, además el derecho estatal violatorio del derecho internacional es vinculante para los órganos del Estado que dictó la norma, como derecho doméstico, en la medida que éste no determine otra cosa (Jescheck, 1952, p. 213). El "monismo moderado" se ha ajustado en lo que respecta a las consecuencias jurídicas al "dualismo moderado". Actualmente, se parte de que las disposiciones domésticas son válidas frente al derecho internacional, hasta que éste sea trasladado al derecho interno (cf. Verdross/Simma, 1984, §§ 71 s., así como Geiger, 1994, pp. 16 y s.).

[274] Por ejemplo, la Corte Constitucional Federal lo ha afirmado en una sentencia sobre el aborto con fundamento en el art. 1° de la Ley Fundamental (*BVerfGE* 39/1 ss., sentencia del 25/2/1975). Sin embargo, no se ha reconocido, un derecho constitucional de penalización o de persecución penal (*BVerfGE* 51/176 ss., 187, Resol. de 8/5/1979; también *BVerfG* NJW 1993, 915 y s. —caso *Honecker*—). Adicionalmente Kokott, 1993, pp. 154 y s. con más referencias. Sobre el desarollo de la pretensión punitiva estatal cf. Wolfslast, 1995, pp. 57 y ss. Sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana al respecto ver Orozco/Gómez, 1997, pp. 232 y ss.

[275] Simma, ya citado *supra* 89.

Capítulo III

La compatibilidad de las "leyes de impunidad" con el derecho penal internacional

1. Requisitos del derecho penal internacional.
2. Comparación estructural de las "normas de impunidad" vigentes.
3. Violación a los límites penales y constitucionales.

Si se sostiene que los Estados están obligados a perseguir penalmente torturas, ejecuciones extrajudiciales y "desapariciones forzadas", no son admisibles disposiciones contrarias que excluyan todo tipo de investigación relacionada con esos hechos y así bloqueen una persecución penal o dejen sin efecto sentencias condenatorias. Esto es también la opinión prevalente en la doctrina.[1] *Ciertamente esto no significa que el derecho internacional, bajo toda circunstancia, prohíba medidas que eximan la punibilidad, especialmente a través de amnistías.*[2] *Los límites señalados por el derecho internacional requieren más bien una diferenciada determinación y fundamentación, que aquí se debe efectuar por lo menos en forma principal.*[3]

Las amnistías y los indultos se deben diferenciar de las reglas (procesales penales), que obstaculizan la persecución penal luego de un determi-

1 ROHT-ARRIAZA: 1990, p. 485 y p. 488: "...both policy and legal arguments support the conclusion that... no amnesty may preclude investigation and prosecution of those responsible for offenses that violate nonderogable rights —including freedom from torture, forced disappearances and extrajudicial executions". Cf. también *ibid.*, 1995, pp. 57 y ss.; ORENTLICHER, 1991, especialmente p. 2608; ZAFFARONI, *(IIDH)*, 1986, pp. 102 y ss.; MEJÍA, 1993, pp. 171 y s.; ARTUCIO, 1993, pp. 197 y s.; GOLDMANN, 1993; QUINN, 1994, pp. 920 y ss.; MATTAROLLO, 1991, pp. 401 y ss.; GUZMÁN *V.*, 1991, pp. 119 y ss.; EDELENBOS, 1994, pp. 8 y s.; con especial referencia a América latina: KOKOTT, 1987, pp. 528 y s.; *ibid.*, 1993, pp. 158 y s.; CASSEL, 1996, 207 y ss. (con directivas concretas: 219 y s., 228 y s.); ROHT-ARRIAZA/GIBSON, 1998, pp. 863 y ss.; *UN-ECOSOC-CHR*, 1996d, par. 564; ver también *ILA*, Report of the Sixty-Eigth Conference, Taipei (1998), 1999, pp. 29 y s. Demasiado liberal, SCHARF 1996b, p. 60, si señala que no hay "legal constraints to the negotiation of an amnesty for peace deal". Ver también el material documentado en BUERGENTHAL/SHELTON, 1995, pp. 560 y ss.

2 Al respecto remite especialmente KOKOTT: 1993, pp. 158 y s.

3 Sobre el límite de la amnistía desde la perspectiva alemana MARXEN, 1984, en particular pp. 50 y ss. con más referencias. Los límites de contenido elaborados por él —la prohibición de los efectos hacia el futuro, la prohibición de la amnistía individual, la prohibición del autofavorecimiento, la prohibición del trato desigual, los deberes sancionatorios estatales— son tratados sólo en la medida en que aparezcan en un análisis de derecho penal internacional, o en el marco de un análisis concreto.

nado período (reglas de prescripción) o que provocan una atenuación de la pena. Además, se debe diferenciar en principio —no obstante la similitud de sus consecuencias jurídicas— entre amnistía e indulto.[4] *Las fuentes de derecho internacional se refieren por lo general a la amnistía u otras "medidas similares" y parecen comprender dentro de ellas todas las medidas que tienen por objeto eximir la punibilidad. Esa débil diferenciación conceptual pone en evidencia que la amnistía, por ser la medida habitualmente más utilizada para eximir de la punibilidad, constituye una suerte de modelo o posee una función ejemplar. El derecho internacional parece por eso seguir un principio que se puede expresar de la siguiente manera: lo que para la amnistía es permitido, no puede ser prohibido para "las medidas similares". Conforme a lo cual, deberían desarrollarse a continuación las reglas de derecho internacional referidas a la amnistía; se refiere al indulto, toda vez que éste se rige por las mismas fuentes de derecho internacional. A partir de aquí, podrían ser desarrollados los límites que para el indulto y otras reglamentaciones ("medidas similares") contempla el derecho internacional.*

1. *Requisitos del derecho penal internacional*

1.1. Amnistías

1.1.1. Límites de derecho material

Ni los tratados en materia de derechos humanos de carácter universal, ni los de carácter especial, prohíben en forma explícita las amnistías (o indultos). Únicamente el art. 18 de la Resolución de la Asamblea General de la ONU sobre "desaparición forzada" determina:

> "Las personas que hayan cometido o sean acusadas de haber cometido cualquiera de los delitos referidos en el art. 4°, parágrafo 1 (=desaparición forzada, nota del autor), no podrá beneficiarse por ninguna ley de *amnistía* o medidas de carácter similar que tengan por objeto eximirlas de cualquier proceso penal o sanción."[5]

El derecho internacional humanitario está de acuerdo, en principio, con una amnistía luego de la finalización de un conflicto "no internacional".[6] Según el art. 6.5 del Protocolo Adicional (PA) II una vez terminadas

[4] Cf. Ambos, 1997e, pp. 127 y ss.

[5] Destacado por el autor. Sin embargo, la CIDH no contempla esa prohibición; otra cosa ocurre en el caso de las disposiciones sobre prescripción (cf. más abajo punto 1.1.3.). Sobre el *soft law* ver anexo I, especialmente "Principios para la prevención efectiva y la investigación de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias", principio 19.

[6] Sobre la diferencia entre conflicto "internacional" y "no internacional" ver cap. II, 2.3.1.2.

las hostilidades, las partes en conflicto deben "esforzarse por garantizar una amnistía lo más amplia posible...".[7] La finalidad de esta disposición es alcanzar, en lo posible sin contratiempos, la paz interna y la reconciliación de las partes en conflicto, para lo cual se les deja a éstas la posibilidad de amnistiar o de indultar[8] a los autores de las violaciones legales cometidas como *consecuencia directa de las disputas.*[9] Al momento de la suscripción del Protocolo (1979) no se pensó en posibilitar amnistías que se refieran a violaciones del derecho internacional humanitario y así contravinieran los deberes de penalización correspondientes. Pues, partiendo del concepto de la unidad del derecho internacional, se tiene que concluir en que una norma —aquí el art. 6.5 del PA II— no puede permitir aquello que las disposiciones especiales del derecho internacional —para el caso serán las normas que sirven de base al deber de penalización— prohíben. Esto es más válido aún para el caso en que se presente una contradicción dentro de un mismo ámbito normativo (aquí el derecho internacional humanitario). Desde la perspectiva de una interpretación sistemática, resulta que el art. 6.5 PA II sólo autoriza una amnistía para aquellos hechos que, de acuerdo con el derecho internacional, especialmente las Convenciones de Ginebra,[10] no se encuentran sometidos a un deber de penalización. Las graves violaciones a derechos humanos, examinados en este estudio, se encuentran por tanto excluidas de esa posibilidad. En última instancia, tampoco se trata de hechos que —como supone la doctrina—[11] se hubieren cometido como *consecuencia necesaria del conflicto.*

Además, los arts. 6.4 del PIDCP[12] y 4.6 de la CIDH[13] le garantizan a las personas condenadas a muerte el derecho a solicitar una amnistía, in-

[7] Sobre el ámbito de aplicación del PA II ver cap. II, 2.3.1.2. Sobre el estado de ratificación ver cap. I, 2.2.

[8] Según la historia de la norma el indulto ("la grâce") no debería ser excluido (Sandoz/Swinarski/Zimmermann-Junod, 1986, nm. 4617).

[9] Cf. el (muy escueto) comentario al art. 6.5. en: Sandoz-Swinarski-Zimmermann-Junod, 1986, nota marginal 4618: "L'objet de cet alinéa est d'encourager un geste de réconciliation qui contribue á rétablir le cours normal de la vie dans un peuple qui été divisé". Cf. también Rohr-Arriaza, 1995, pp. 58 y ss.; Cassel, 1996, p. 218; Rohr-Arriaza/Gibson, 1998, 863 y ss. con más argumentos en favor de una interpretación restrictiva del art. 6.5 PA II.

[10] Se debe tener en cuenta, sin embargo, que las Convenciones de Ginebra y con éstas el deber de penalización, encuentran aplicación en principio sólo en caso de "conflictos internacionales"; ver, sin embargo, cap. II, 2.3.1.2. sobre la expansión al conflicto interno (con más referencias).

[11] Cf. *supra* nota 9.

[12] Art. 6.5 del PIDCP prevé: "Toda persona *condenada a muerte* tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos" (destacado por el autor)

[13] Art. 4.6 de la CIDH expresa: "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".

dulto o la conmutación de la pena. Del contexto sistemático se deduce que con estas normas se quiere proteger el principio general de la prohibición de la pena de muerte (art. 6.2 del PIDCP, 4.2 de la CIDH) mediante la ulterior posibilidad de que una renuncia a la ejecución pueda ser dictada. En los países aquí analizados esta hipótesis no es relevante, en la medida en que todos han abolido la pena de muerte. Tampoco el art. 14.6 del PIDCP[14] concierne las aquí examinadas "leyes de impunidad", ya que este artículo regula en lo esencial la cuestión de la indemnización por responsabilidad en caso de "error judicial" y sólo en ese contexto refiere a un posible indulto.

No obstante, todas estas disposiciones indican que el derecho internacional no establece una prohibición absoluta para las amnistías sino que antes bien le concede a los Estados un margen de apreciación, o sea de valoración, para el otorgamiento de amnistías o "medidas similares".[15] Cada Estado tendrá que ponderar entre el deber internacional de penalizar y los importantes y eminentes intereses nacionales, por ejemplo, la reconciliación nacional, o sea la pacificación.[16] En esto, la superación penal del pasado en las reestablecidas democracias latinoamericanas requiere de una consideración diferenciada. Al respecto ha afirmado la ComIDH:

> "Un problema difícil que han tenido que encarar las democracias recientes ha sido el de la investigación de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en los anteriores gobiernos, así como la posibilidad de sancionar a los responsables de tales violaciones. La Comisión reconoce que es un asunto sensible y extremadamente delicado, donde la contribución que puede dar ....es mínima. La respuesta, entonces, debe surgir de los sectores nacionales, que son en sí mismos los afectados, y 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."[17]

[14] Art. 14.6. del PIDCP prevé: "Cuando una sentencia firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un *error judicial*, la persona que haya sufrido una pena *como resultado de tal sentencia* deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido" (destacado por el autor).

[15] Kokott, 1987, pp. 518 y s.; *ibidem*, 1993, p. 154; en especial también Roht-Arriaza, 1990, p. 488, cuando concede a un estado "amnistía por algunas ofensas"; también Roht-Arriaza/Gibson, 1998, 866; en forma similar Marxen, 1984, pp. 55 y s. sobre el derecho alemán. Sobre las cláusulas de amnistía en tratados de paz anteriores: Oehler, 1983, pp. 621 y ss.

[16] Esa idea de la ponderación entre el deber de persecución penal y los asuntos nacionales se evocan por ejemplo, en el § 153d del CPP alemán, que posibilita prescindir de la persecución penal cuando "el desarrollo del proceso conlleva el peligro de una daño mayor para la República Federal Alemana o cuando la persecución se encuentre en contradicción con intereses públicos prevalecientes" (traduc. del alemán).

Sin embargo, el derecho internacional sienta límites absolutos en cuanto a las graves violaciones a los derechos humanos (torturas, ejecuciones extrajudiciales y "desapariciones forzadas") que no admiten bajo ninguna circunstancia una exención total de la pena. Así, el CDH ha afirmado en un Comentario General sobre el art. 7° del PIDCP (prohibición de tortura) de modo ejemplar que:

> "Las amnistías son generalmente incompatibles con el deber de los Estados de investigar esta clase de actos; de garantizar la no comisión de tales actos dentro de su jurisdicción; y de asegurar que ellos no ocurran nuevamente en el futuro. Los Estados no pueden privar a los individuos del derecho a un recurso efectivo incluyendo el pago de una compensación y a una rehabilitación plena en el caso de que sea posible."[18]

En consecuencia, la absoluta impunidad no puede justificarse jamás, como ésta siempre implicaría también la exención de pena en el caso de graves violaciones a los derechos humanos no susceptibles de exención.[19] Esta situación legal internacional corresponde, además, —por lo menos en Europa— a la práctica legislativa y jurisprudencial según la cual, respecto de determinados bienes jurídicos de alto rango, se impone un deber de penalización.[20]

1.1.2. Autofavorecimiento vs. favorecimiento de terceros

La apreciación de una amnistía, desde la perspectiva del derecho internacional, depende también de cuáles son los grupos de autores que se favorecen. Se puede, básicamente, diferenciar entre amnistías que favorecen —di-

[17] *IACHR*, Annual Report 1985/86, pp. 192 y s., citado en Kokott, 1993, p. 158 (traduc. del inglés).

[18] *HRC*, General Comment N° 20, par. 15, Doc-ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.3 (7/4/1992). Cf. también *Hugo Rodríguez vs. Uruguay* (Com. 322/1988, observaciones adoptadas el 19/7/1994, en: *Report HRC*, A/49/40, pp. 5 y ss., especialmente par. 14); *UN-ECOSOC-CHR*, 1993, par. 46.; *UN-ECOSOC-CHR*, 1995a, par. 926 g y *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission*, par. 59 y s., especialmente las remisiones hechas en la nota 142.

[19] UN-ECOSOC.CHR-Subcomission, 1993, par. 104 "...no higher interest, not even national reconciliation, can legitimize 'absolute impunity'."

[20] Cf. Schätzler, 1992, pp. 260 y ss; Marxen, 1984, pp. 50 y ss.; ver recientemente el profundo estudio de Lagodny, 1996, pp. 254 y ss. que en este sentido proclama un '*Untermaßverbot*', es decir una prohibición de no penalizar ciertas conductas que violen derechos fundamentales (opuesto a la prohibición del exceso, '*Übermaßverbot*').

recta o indirectamente— a quienes dictan las normas, o aquellas que independientemente de quienes dictan las normas, favorecen a terceros, especialmente a los miembros de la oposición.

Un ejemplo clásico de autofavorecimiento lo constituyen las denominadas autoamnistías, por ejemplo, el dec. ley 22.924[21] argentino, en virtud del cual quien dicta la norma, por motivos políticos, exceptúa a sus órganos estatales, especialmente a las fuerzas armadas, de todas las consecuencias penales por los hechos cometidos. Amnistías de esta naturaleza violan la exigencia de "razonabilidad" de la ley, derivado del principio de legalidad,[22] si se parte del supuesto de que no se puede llegar a ninguna ley "razonable" orientada en el bien común cuando el parlamento persigue sus propios intereses solamente. Aún cuando esta premisa sea atacable, de todos modos una amnistía en favor propio es a todo evento violatoria del derecho internacional, ya que el legislador —en sentido figurado— actuaría aquí como "juez de sus propias cosas". La Corte Permanente Internacional de Justicia ya en 1925 había resuelto que "nadie puede ser juez de sus propios asuntos".[23] De acuerdo con la ley 10 del Consejo de Control (*Kontrollratsgesetz* N° *10*) de los aliados de la segunda guerra mundial, las disposiciones de exención de punibilidad, dictadas por los nacionalsocialistas, no podían aplicarse a favor de los criminales de guerra acusados.[24] Estas dos fuentes, en realidad, hacen evidente que el derecho internacional no reconoce en principio las autoamnistías decretadas por los ex gobernantes o dictadores.[25]

Por otro lado, las amnistías a favor de la oposición, por ejemplo, las disposiciones colombianas ya mencionadas,[26] decretadas en el marco de la

[21] Cf. cap. I, 3.2.1.2.; más detallado, AMBOS, 1997e, pp. 155 y ss.; ver también SANCINETTI/FERRANTE, 1998, pp. 88 y ss. [(B. II. C.)].

[22] Además MARXEN, 1984, pp. 38 y ss.; PESTALOZZA, 1984, p. 561.

[23] *Permanent Court of Justice*, Advisory Opinion concerning art. 3°, par. 2, of the Treaty of Lausanne (Frontier between Iraq and Turkey), 21/11/1925, Serie B, N° 12, p. 32 (traduc. del inglés: "No one can be judge in his own suit"). Sobre el significado de este principio, también MARXEN, 1984, p. 41, nota al pie de p. 146.

[24] Art. II (5) Ley del Consejo de Control N° 10: "...the accused shall not be entitled to the benefits of any statute of limitation in respect of the period from 30 July 1933 to 1 July 1945, nor shall any immunity, pardon or amnesty granted under the Nazi regime be admitted as a bar to trial and punishment" (citado en BASSIOUNI, 1992, pp. 590 y ss.; fuente del original en cuatro idiomas: Amtsblatt N° 3 del Consejo de Control en Alemania, 31/1/1946, pp. 50 y s.).

[25] Cf. por ejemplo, *IACHR* (continuación de la cita): "Therefore, the Commission considers that only the appropiate democratic institutions... with the participation of all the democratic sectors, are the only ones called upon to determine whether or not to decree an amnesty..., while *amnesties decreed previously by those responsible for the violations have no juridical validity*" (destacado por el autor). Asimismo, ROHT-ARRIAZA, 1995, pp. 57 y s.

[26] Ver cap. I, 3.2.1.2.; más detallado, AMBOS, 1997e, pp. 129 y ss.

política de pacificación, no presentan reparos desde el punto de vista del derecho internacional. El respectivo Estado no se favorece a sí mismo, sino que actúa de conformidad con el art. 6.5 del PA II. Hace uso de su derecho soberano, de imponer penas y posteriormente retirarlas. Emplea el instrumento de la amnistía teniendo en cuenta su origen histórico-legal como "correctivo altruista de carácter legal".[27]

Del mismo modo, se le atribuye mayor legitimidad a una amnistía aprobada por el legislativo democrático o cuando fuera aprobada mediante *referendum* que cuando es *dictada* por el Ejecutivo.[28] Desde el punto de vista del derecho internacional resulta exigible —en el ámbito de aplicación de la CIDH— una ley formal, ya que la amnistía representa una limitación a los derechos garantizados en la CIDH (al respecto se hará referencia en seguida) y tales restricciones se encuentran en el marco del art. 30[29] de la CIDH que exige una ley formal.[30] De todos modos, el cumplimiento de ese presupuesto formal no sustrae al legislador de la observancia de los límites de carácter material contemplados en el derecho internacional. Finalmente, se trata aquí también, como generalmente en el caso de las medidas de exención de la pena, de la protección de las víctimas y por tanto de minorías, que hoy en día pueden ser reputadas como garantías de derecho internacional.[31]

1.1.3. Amnistías y estado de emergencia

Muchas veces el otorgamiento de amnistías e indultos es justificado por los Estados, aún en caso de graves violaciones a los derechos humanos, con fundamento en el estado de emergencia. Los puntos de sustento en el marco

[27] PESTALOZZA, 1984, p. 561.

[28] Ver ya el parecer de la ComIDH en nota 25.

[29] Art. 30 CIDH prevé: "Las restricciones permitidas de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

[30] Cf. *IACourt*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 (La palabra "leyes" en el art. 30 de la CIDH), especialmente el par. 27: "...la Corte concluye que la palabra 'ley' ...no puede tener otro significado que el de ley en sentido formal, que es una norma legal aprobada por el legislador y promulgada por el órgano ejecutivo...". Además debe tratarse de "un acto normativo dirigido a lograr el bienestar general" (par. 35; traduc. del inglés). Es discutible, si esta interpretación es válida también para las leyes de indulto.

[31] Cf. especialmente la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos y del abuso del poder" de la Asamblea General de la ONU (Resol. 40/34 del 29/11/1985). Cf. también la argumentación de los peticionantes en el caso de la ley de amnistía uruguaya del 22/12/1986 *(Ley de Caducidad)* ante la ComIDH en: GOLDMANN, 1993, pp. 211 y s.; CASSEL, 1996, 211 y ss. Sobre la protección de las minorías en general VERDROSS/SIMMA, 1984, §§ 1252 y s.

del derecho internacional para tal argumentación los constituyen las disposiciones de emergencia previstas en los aquí relevantes tratados de derechos humanos. De acuerdo con el art. 4.1 del PIDCP, los Estados parte pueden "en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación" separarse de sus obligaciones contractuales "en la medida limitada a las exigencias de la situación..., siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional..."; en ningún caso, sin embargo, de acuerdo con el inc. 2°, se autoriza un apartamiento de las previsiones contenidas en el art. 6° (derecho a la vida), 7° (prohibición de torturas), 8° incs. 1° y 2° (prohibición de la esclavitud y servidumbre), 11 (la prohibición de encarcelación por el incumplimiento de obligaciones contractuales), 15 (el principio del *nullum crimen)*, 16 (reconocimiento de la capacidad legal) y 18 (la libertad de pensamiento, opinión y religión).[32] Por añadidura, el art. 27 de la CIDH, con un contenido casi afín, prohíbe el apartamiento de las "garantías judiciales esenciales para la protección de tales derechos".[33] La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas prevé en su art. X:

> "en ningún caso se podrán invocar circunstancias excepcionales para justificar la desaparición forzada[34]...el derecho a procedimientos judiciales expeditos y efectivos y recursos debe mantenerse como un medio de ....identificación del oficial que ordenó o llevo a cabo la privación de la libertad."[35]

Con base en esa disposiciones se pueden señalar varias conclusiones sobre los límites de las amnistías desde el punto de vista del derecho internacional. En primer lugar, para poder invocar una situación de emergencia nacional, se tiene que tratar de una situación que "ponga en peligro la vida de la nación". Leves perturbaciones del orden público, por ejemplo, demostraciones de la oposición o huelgas, no son suficientes. Esto fue lo que quiso decir la CorteIDH en su Opinión Consultiva sobre el art. 30 de la CIDH cuando, junto con los presupuestos formales y especialmente materiales, subrayó las

[32] Ver también Comentario General 5 del CDH (sobre art. 4° PIDCP), en: Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev. 3, 15/8/1997, p. 6; y *UN-ECOSOC-CHR* 1998h, pp. 6 y s.

[33] Por el contrario, la regla es más acorde con el art. 15 de la CIDH que con el art. 4° del PIDCP.

[34] En forma similar el art. 2.2 de la Convención contra de la Tortura de la ONU: "En ningún caso podrán invocarse circunstancias exepcionales tales como el estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura". (cf. también el art. 5° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura) .

[35] Doc. OEA/Ser.P, AG/doc.3114/94 rev. 1. Cf. ya cap. I, 2.2.

restricciones legales de la CIDH y en ese contexto —citando una anterior decisión —expresó:

> "...la Corte quiere enfatizar que 'el orden público' o el 'bienestar general' no pueden, bajo ninguna circunstancia, invocarse a efectos de no reconocer un derecho garantizado por la Convención o para perjudicar o privarlo de su verdadero contenido..."[36]

Tampoco las reiteradas presiones ejercidas por los militares pueden justificar la suspensión de los citados derechos. De conformidad con los principios de responsabilidad del Estado,[37] el comportamiento de los órganos estatales —dentro de los cuales se cuentan las fuerzas armadas— son atribuibles al mismo Estado. El "estado de necesidad", empero, no puede hacerse valer como justificación, cuando el Estado mismo ha colaborado para que se configure esta situación.[38] Además, la suspensión de determinados derechos no se encuentra en contra de ciertas obligaciones del derecho internacional, como por ejemplo el deber de penalización. Finalmente, determinados derechos no deben ser suspendidos de ningún modo, pudiéndose entonces argumentar que tampoco se suspendería la posibilidad de una sanción por violación de estos derechos. Si por ejemplo, la tortura está también prohibida durante el estado de necesidad, sería contradictorio excluir la posibilidad de iniciar la persecución penal de los torturadores:

> "Ciertas acciones ...se encuentran prohibidas por un derecho inderogable... Un *corolario necesario* de la inderogabilidad... es que las acciones están siempre sujetas a sanción y recurso. Por eso, cuando estos subyacentes derechos están en cuestión, el derecho a sanciones estatales y a recursos debe también ser considerado inderogable. La naturaleza inderogable del derecho subyacente carecería de sentido si los Estados se vieran exigidos a no tomar acción alguna en contra de aquellos que lo han violado."[39]

[36] *IACourt* (nota 30), par. 31.

[37] Ver ya cap. II, 2.3.1.5.

[38] Verdross/Simma, 1984, § 1290; explícitamente Orentlicher, 1991, p. 2610: "Thus, if a state failed *because of military intimidation* to punish atrocius crimes that it was otherwise required to prosecute, the State would be in breach of its international obligation" (destacado en el original). En el efecto, asimismo Quinn, 1994, p. 946. En el derecho penal interno corresponde con el concepto de pérdida o limitación del derecho de legítima defensa en caso de provocación del atacado.

[39] Roht-Arriaza, 1990, p. 487 (traduc. del inglés; destacado del autor). En forma similar Orentlicher, 1991, p. 2608: "Still, in view of the consistent recognition by international bodies that prosecution is necessary to secure certain nonderogable rights, a rule of law allowing States to derogate from the duty to prosecute violations of those rights would produce untenable results. Such a rule would have international law assert on the one hand that

En definitiva, está en juego tras esta discusión el "derecho a un recurso efectivo" (art. 2.3 PIDCP, art. 25 CIDH), del cual se puede derivar un deber de penalización.[40] Si bien en los tratados de derechos humanos aquí analizados, este derecho no es considerado en forma absoluta frente a un estado de emergencia, se lo puede considerar en todo caso como inderogable, al ser, como ya se expresó, una consecuencia necesaria de los "derechos inderogables". Desde el punto de vista del derecho positivo, esta argumentación se puede vincular al art. 27.2 de la CIDH, de acuerdo con el cual "las garantías judiciales esenciales para la protección de tales derechos" no pueden derogarse. En realidad, por tales "garantías judiciales" se entienden, desde el punto de vista tradicional, en primer lugar, las garantías procesales clásicas, que se derivan del principio del *fair trial* (art. 8° CIDH), a pesar de que tanto la CorteIDH como la ComIDH han subsumido dentro de éstas también, respectivamente, el recurso judicial del *habeas corpus*[41] y una plena protección jurídica para los casos de violación a derechos humanos.[42] Por tanto, se podría sostener la persecución estatal y la sanción de las violaciones a derechos humanos como "esencial para la protección de tales derechos" y por tanto como una "garantía judicial" en el sentido del art. 27.2. de la CIDH. Esa extensión del concepto puede justificarse especialmente con el hecho de que se haya conformado en el entretanto —algunas décadas después de la codificación de ese instrumento— un deber de penalización (consuetudinario) respecto de las graves violaciones a derechos humanos, cuya imposición interna constituye un presupuesto fundamental de la protección efectiva de los derechos (humanos).

Sin embargo, esta argumentación es atacable si se tienen en cuenta las diferencias que existen entre el *habeas corpus* y los mecanismos de persecución penal estatales. Mientras que el *habeas corpus* tiene por objeto la protección de la integridad y libertad de movimiento del detenido, esto es, interviene *antes y durante* la violación a ese bien jurídico, la persecución penal representa una reacción a las violaciones realizadas en contra de ese bien jurídico, interviniendo *después* o *ex post*. La subsunción de tales garantías opuestas bajo el (mismo) concepto de "garantías judiciales" genera bastantes dudas. En todo caso se podría aceptar una comparación, siempre y cuando se destacara el efecto disuasivo de una eficaz persecución penal, el cual también —como el *habeas corpus*— debe actuar *antes* de la violación a un bien jurídico.

---

the rights to life, freedom and torture, and freedom from forced disappearances are nonderogable, and on the other hand that, under certain circumstances, States need not do that which is necessary to secure the rights". Asimismo, QUINN, 1994, pp. 944 y ss.

40 Cf. ya *supra* cap. II, 1.1.1.

41 Cf. *IA Court*, Advisory Opinion, 8/87 del 30/1/1987 y 9/87 del 6/10/1987.

42 Informe N° 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina, Octubre 2, 1992, en: *OAS-IACHR*, 1993, pp. 41 y ss. = HRLJ 1992, 336; cf. más en el punto 1.1.4.

Sin embargo, más convincente es la anterior argumentación, conforme a la cual la persecución penal de las violaciones a los derechos fundamentales, garantizados absolutamente durante el estado de excepción, representa una consecuencia necesaria de la protección absoluta de esos derechos.

1.1.4. VIOLACIÓN AUTÓNOMA DEL DERECHO A UN RECURSO ("RIGHT TO A REMEDY?")

La adopción de medidas de exención de la pena significa, en términos generales, que a las víctimas de violaciones a los derechos humanos o a sus familiares se les quita la posibilidad de ejercer la pretensión punitiva. La pregunta es si la respectiva *disminución* o *denegación de la protección jurídica* ("denial of justice"), pueden representar una violación al "derecho a un recurso" (efectivo), debiendo diferenciarse de la violación a los derechos humanos que le sirve de base (con posterioridad al dictado de las normas de exención de la pena) o si ambas, conjuntamente, representan solamente una *única* violación a los derechos. Esta pregunta adquiere especial significación, cuando hay que probar si una disposición que declara la exención de la pena viola el PIDCP o la CIDH, a pesar de que esos acuerdos hayan entrado en vigencia luego de su sanción o de la comisión de los hechos objeto de tales previsiones, dando lugar a que no sean aplicables al caso. De esta problemática se han hecho cargo tanto el CDH y el Comité de Torturas de la ONU, como también la ComIDH. En todos los casos se trató de violaciones cometidas a los derechos humanos durante la dictadura militar argentina (1976-83), así como de hechos que se cometieron antes de la entrada en vigencia de los correspondientes tratados en Argentina - PIDCP (8/11/1986), la Convención contra la Tortura (26/6/1987) y la CIDH (5/9/1984).[43] Efectivamente, estas peticiones no se relacionan (directamente) con esos hechos, sino que se dirigen a la violación, mediante las "leyes de impunidad" argentinas, de las disposiciones relativas a la protección jurídica prevista en los tratados.[44] Esas leyes, fueron, a su vez, dictadas luego de la entrada en vigor del PIDCP y de la CIDH.[45]

---

43 Sobre los casos en contra de Uruguay El Salvador ante la ComIDH, ver Informe N° 26/92, casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, OEA/Ser.L./V./II.83, doc. 14, corr. 1 (1993) (Uruguay) = HRLJ 1992, 340; Informe N° 26/92, caso 10.287 (El Salvador) = HRLJ 1993, 167. Ver también BUERGENTHAL/SHELTON, 1995, p. 565 y ss.; GOLDMANN, 1993; KOKOTT, 1993, pp. 156 y ss.; ROHT-ARRIAZA, 1995, pp. 60 y ss.; CASSEL, 1996, 211 y ss.; ROHT-ARRIAZA/GIBSON, 1998, 867 y ss.

44 Especialmente el arts. 2° inc. 2° y 3° del PIDCP, art. 2° inc. 1° y 13 de la Convención contra la Tortura de la ONU, el art. 8° y el 25 de la CIDH.

45 La *Ley de Punto Final* fue sancionada el 23/12/1986 y la *Ley de Obediencia Debida* el 4/6/1987 (cf. cap. I, 3.2.1.3.).

El CDH ha dejado en claro en sus decisiones, por violaciones a los derechos humanos cometidas *antes* de la entrada en vigor del PIDCP y de sus protocolos adicionales, que el "derecho a un recurso efectivo" invocado de conformidad con el art. 2.3 del PIDCP exige como presupuesto que aquéllas se hayan cometido *luego* de la entrada en vigencia del Pacto:

> "... de acuerdo con el art. 2° el derecho a un recurso nace sólo luego de que una violación ...haya sido establecida. Sin embargo, los eventos que podrían haber constituido violaciones a varios artículos de la Convención y a cuyo respecto podrían haber sido invocado recursos, ocurrieron *con anterioridad a la entrada en vigencia* del Convenio y del Protocolo adicional..."[46]

El CDH no hizo pues una separación entre los propios hechos y la queja interpuesta por falta de protección jurídica, sino que las considera ambas como un hecho único. Se apoyó especialmente en la letra del art. 2.3 del PIDCP, según el cual la protección jurídica se otorga a la persona, "cuyos derechos o libertades *se reconocen* como violados".[47] Como consecuencia de lo cual decretó la inadmisibilidad de la queja.

El Comité de Torturas llegó a la misma conclusión, pero con otra motivación. Excluyó la violación directa de la Convención contra la Tortura por parte de las leyes argentinas, porque aquélla entró en vigor luego de dictadas las leyes (a diferencia del PIDCP). Pero el Comité también negó la violación del "derecho a recurso" (arts. 13 y 14 de la Convención contra la Tortura de la ONU):

> "El Comité observa que por 'tortura' para los propósitos de la Convención se pueden entender sólo las que suceden *subsecuentemente* con la entrada en vigor de la Convención. Así, el ámbito de los arts. 13 y 14 de la Convención no cubre las torturas que se llevaron a cabo en 1976, 10 años antes de la entrada en vigencia de la Convención, y el derecho a una compensación... surge necesariamente sólo respecto de los *eventos subsecuentes al 26 de junio de 1987.*"[48]

Por consiguiente, el Comité contra la Tortura de la ONU también consideró tanto las violaciones que sirven de base como la supresión posterior de la protección jurídica, como hechos conexos.

[46] Destacado por el autor. *Y S.E. v.* Argentina (Com. N° 275/1988, observaciones adoptadas el 26/3/1990), par. 5.3.; así como *R.A.V.N. et al. v.* Argentina (Com. 343-345/1988, observaciones adoptadas el 26/3/1990), par. 5.3. (Ambos en: *Report of the HRC*, vol. II, GA, Sesión 45ª, Doc-ONU A/45/40, pp. 159 y ss. y 191 y ss.).

[47] Destacado en el original (nota 46).

[48] Destacado por el autor. Com. N°s. 1/1988, 2/1988 and 3/1988, par. 7.5., en: *Report of the CAT*, GA, official records, 45th session, supplement N° 44, Doc-ONU A/45/44, pp. 108 y ss., aquí: 111 y s. = RUDH 1990, 58.

Por el contrario, la ComIDH, ha considerado el rechazo a la protección jurídica que se apareja con las leyes, como una violación *especial* de los arts. 8° y 25 de la CIDH y —como ésta entró en vigor anteriormente—[49] no ha visto ningún problema en atribuirse competencia *ratione temporis:*

> "La violación en cuestión en este caso es la denegación del derecho a protección judicial y el derecho a un proceso justo, ya que las leyes y los decretos en cuestión paralizaron la investigación judicial. En consecuencia, las medidas cuestionadas fueron adoptadas en un momento en el cual *la Convención estaba realmente en vigor* para el Estado Argentino... Los artículos de la Convención que los peticionarios invocan se relacionan con eventos que ocurrieron después de que Argentina se convirtió en Estado parte de la Convención. Por ello las peticiones son admisibles *ratione temporis.*"[50]

La ComIDH decidió en forma similar en los casos de las amnistías en Uruguay y El Salvador;[51] la CorteIDH se unió en el caso *Genie Lacayo.*[52] En cuanto a la amnistía chilena de 1978 (dec. ley 2.191) la ComIDH decidió en 1996 que este decreto no solamente viola el art. 25 de la CIDH sino también los arts. 1.1, 2 y 8.1 (derecho a un juicio justo).[53] En la más reciente resolución de 1998 la ComIDH confirmó las decisiones anteriores y concluyó:

> *"101.* Que el dec. ley 2191 de autoamnistía, dictado en el año 1978 por el pasado régimen militar de Chile, es incompatible con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por ese Estado el 21 de agosto de 1990.
>
> *102.* Que la sentencia de la Corte Suprema de Chile del 28 de agosto de 1990 y su confirmatoria del 28 de septiembre del mismo año, que declaran constitucional y de aplicación obligatoria por el Poder Judicial el citado dec. ley 2191, cuando ya había entrado en vigor para Chile la Convención Americana sobre Derechos Humanos, viola lo dispuesto por los arts. 1.1 y 2 de la misma.
>
> *103.* Que las decisiones judiciales de sobreseimiento definitivo dictadas en las causas criminales abiertas, la detención y desaparición (o

[49] La CIDH entró en vigor el 6/9/1984 y ambas leyes nacionales argentinas fueron sancionadas el 23/12/1986 y 4/6/1987 (ya nota 45).

[50] Destacado en el original. Traduc. del inglés: Informe N° 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10,.262, 10.309 y 10.311 (Argentina) 2 de octubre de 1992, par. 16 y 19, en: *OAS-IACHR*, 1993, pp. 41 y ss.

[51] *Supra* nota 43. Cf. también Quinn, 1994, pp. 936 y ss.; *IA* 95/octubre 1994/2.

[52] *IACourt, Genie Lacayo Case,* Preliminary Objections, sentencia del 17/1/1995, par. 21 y ss., en: *IACourt*, 1996, pp. 63 y ss., 68 y s.

[53] Ver Informe N° 34/96 (casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282), OEA/Ser/L/V/II.93. Ver también Cassel, 1996, pp. 215 y ss. referiéndose además al caso 10.843.

ejecución sumaria) de nombre 11.505, Alfonso René Chanfeau Orayce; 11.532, Augustín Eduardo Reyes González; 11.541, Jorge Elías Andrónico Antequera y su hermano Juan Carlos y Luis Francisco González Manríquez; 11.564, William Robert Millar Sanhueza y Jorge Rogelio Marín Rossel; 11.549, Luis Armando Arias Ramírez, José Delimiro Fierro Morales, Mario Alejandro Valdés Chávez, Jorge Enrique Vásquez Escobar y Jaime Pascual Arias Ramírez; 11.569, Juan Carlos Perelman y Gladys Díaz Armijo; 11.572, Luis Alberto Sánchez Mejías; 11.573, Francisco Eduardo Aedo Carrasco; 11.583 Carlos Eduardo Guerrero Gutiérrez; 11.585, Máximo Antonio Gedda Ortiz; 11.595, Joel Huaiquiñir Benavides; 11.652, Guillermo González de Asís, 11.657, Lumy Videla Moya; 11.657, Eulogio del Carmen Ortiz Fritz Monsalve; y 11.705, Mauricio Eduardo Jorquera Encina, en cuyos nombres se iniciaron estos casos, no sólo agravan la situación de impunidad, sino que, en definitiva, violan el derecho a la justicia que les asiste a los familiares de las víctimas de identificar a sus autores y de que se establezcan sus responsabilidades y sanciones correspondientes, y obtener reparación judicial por parte de éstos.

104. Que respecto de la personas en cuyo nombre se promueve el presente caso, el Estado chileno ha dejado de cumplir con su obligación de reconocer y garantizar los derechos contenidos en los arts. 8 y 25 en conexión con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual Chile es Estado parte.

105. Que el Estado chileno no ha dado cumplimiento a las normas contenidas en el art. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud de que no ha adaptado su legislación sobre amnistía a las disposiciones de dicha Convención. Sin perjuicio de ello, la Comisión valora positivamente las iniciativas del Gobierno tendientes a que por los órganos competentes se adopten con arreglo a sus procedimientos constitucionales y legales vigentes, las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivo el derecho de las mencionadas personas a obtener justicia.

106. Que el Estado de Chile no ha dado respuesta dentro del plazo establecido en la nota de la Comisión en la que se comunica el informe 51/97, del 16 de octubre de 1997, y se le pide formular las observaciones que considere convenientes, ni tampoco aportado elementos que permitan desvirtuar los hechos denunciados o que acrediten que se han adoptado medidas adecuadas para solucionar la situación denunciada."[54]

[54] Informe N° 25/98 (casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675, 11.705), OEA/Ser/L/V/II.98, Doc. 33, par. 101 y ss.

Así, no cabe duda de que amnistías del tipo argentino o chileno violan múltiples normas de la CIDH y deben ser derogadas por los gobiernos democráticos posteriores. Como señala correctamente *Cassel* en su reciente estudio sobre las amnistías en América latina: "It is now clear that nothing less than judicial investigations designed to identify perpetrators, name names, and punish the guilty will suffice."[55]

Evaluando las posiciones opuestas de los órganos de la ONU (CDH y Comité contra la Tortura) y de la ComIDH se tiene que admitir, sin embargo, que la letra del art. 2.3 del PIDCP constituye un importante argumento para una consideración en forma unificada de la violación originaria del propio derecho del Pacto o de la Convención y de la denegación posterior a un recurso efectivo. Del mismo modo, los arts. 13 y 14 de la Convención contra la Tortura se relacionan directamente con el delito de torturas y también el art. 25.1 de la CIDH garantiza a quien inicia la acción (sólo) "protección en contra de actos que violan sus derechos fundamentales reconocidos... por esta Convención...". El texto de los acuerdos correspondientes habla, entonces, a favor de la interpretación dada por parte de los órganos de la ONU.

A favor de esta solución, se puede alegar igualmente el carácter de la "desaparición forzada" como delito continuo o permanente.[56] En tanto que una persona desaparecida no aparezca nuevamente —viva o muerta—, el delito en todo caso no se consuma. En este sentido, una solicitud de protección jurídica hecha después de la desaparición todavía cae dentro del lapso temporal que está delimitado por la "desaparición forzada" y que continúa durante el correspondiente proceso. Por consiguiente, la solicitud de protección jurídica y el delito pueden solamente ser consideradas como un hecho único. Otra solución, sin embargo, resulta posiblemente del art. 8° inc. 1° de la CIDH,[57] en tanto que esa disposición hace referencia no sólo a los derechos del acusado como corolario del principio del *fair trial,* sino que también de él se deriva un derecho para la víctima o sus parientes de hacer valer el "derecho a ser oído" en contra de las leyes de amnistía. Ésta fue la opinión sostenida en la investigación de la ONU sobre "impunidad":

> "La ComIDH puede ...reputarse justificada para considerar que cualquier medida tendiente a privar a la víctima de su derecho a ser oído —en el caso en particular, una medida de amnistía— constituye una violación del art. 8°, parág. 1, de la Convención Americana, ya sea que

[55] CASSEL, 1996, p. 217.

[56] Cf. al respecto *infra* 1.3.2.

[57] El art. 8°, inc. 1° CIDH garantiza a toda persona "...el 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...".

se adopte en tiempos de normalidad o durante un período de emergencia."[58]

De acuerdo con esto, una amnistía viola el art. 8° de la CIDH, cuando le quita a las víctimas o a sus parientes el "derecho a ser oídos".

Esto, sin embargo, no soluciona en modo alguno el problema fundamental, que la argumentación de la ComIDH —a pesar de su aplicación exclusiva a las "leyes de impunidad" que fueron sancionadas *después* de la entrada en vigor de la CIDH— intenta eludir el problema de una aplicación retroactiva de la CIDH. En este sentido, el art. 28 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados,[59] señala sin lugar a dudas que los tratados internacionales:

> "no (vinculan) a una parte respecto de un acto o hecho, que haya ocurrido o se haya realizado *antes de la entrada en vigencia del tratado*, así como respecto de una situación, que haya dejado de existir antes del momento citado."[60]

El gobierno argentino también presentó una reserva expresa al efecto.[61] Esto significa que la aplicación retroactiva de la CIDH es, en principio, inadmisible. Si no se acepta, entonces, la separación, emprendida por la ComIDH, entre violaciones fundamentales a los derechos humanos y denegación (posterior) de protección jurídica frente a esas violaciones, su posición no es convincente.[62]

La opinión de la ComIDH se puede más bien justificar con argumentos basados en el derecho internacional general. De acuerdo con la doctrina de la responsabilidad de los Estados, el Estado violador contraviene el derecho internacional no sólo a causa de la violación directa a los derechos humanos, sino también por la falta de castigo de esa violación.[63] La violación del derecho internacional por la denegación de protección jurídica se deriva de dos formas: de una parte, la violación directa de los derechos humanos obliga al Estado a una reparación, que además de una compensación puede consistir en la efectiva sanción (penal) de los culpables;[64] de otra parte, el Estado comete otro delito autónomo de derecho internacional, cuando no cumple con el deber internacional de penalizar las violaciones graves de derechos humanos, por ejemplo, mediante la sanción de una ley que obstaculice la persecución penal. Esta posición encuentra también apoyo en la jurisprudencia del antiguo tribunal de arbitraje mexicano norteamericano sobre la responsabilidad de los Estados.[65] El deber de penalización mismo se deriva del derecho consuetudinario (regional) o de los principios generales del derecho.[66] Una aplicación retroactiva de la CIDH no es por lo tanto necesaria.

Finalmente, no se debe pasar por alto —a pesar de la necesidad de un examen jurídico detallado del ámbito de aplicación temporal de los tratados— que esto es básicamente un simple problema formal. La cuestión material de si a la víctima o a sus parientes se les debe o se les tiene que garantizar protección jurídica, fue contestada en forma afirmativa por los órganos de la ONU, enfatizando, *inter alia*, la "obligación moral" del Estado violador.[67]

1.2. **Indultos**

En las fuentes del derecho internacional no existe —con excepción de los casos citados— una mención explícita al indulto. Empero, se le aplican básicamente las reglas desarrolladas anteriormente al considerárselo como una "medida similar". Las particularidades provienen de las diferentes consecuencias jurídicas de la amnistía y el indulto.[68] Contrariamente a lo que ocurre con la amnistía, el indulto no impide —por lo menos en su aplicación, constitucionalmente correcta, a los condenados (por sentencia firme)— un proceso penal con una sentencia definitiva y por tanto, en principio, la investigación de la verdad; representa así una forma atenuada o menos grave de "impunidad" que la amnistía, ya que esta última tiene efecto en un estado procesal anterior, incluso antes de la comisión de un delito. Si se parte entonces de los criterios de derecho internacional aplicables a la amnistía, su aplicación al indulto depende del estado procesal en que interviene. Puede formularse como *regla* lo siguiente:

[58] *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission*, 1993, par. 116 (traduc. del inglés).
[59] Doc. ONU A/CF.39/11/Add.2, p. 271.
[60] Destacado por el autor.
[61] Ver ya cap. II, 1.3., nota 72.
[62] Así mismo Kokott, 1993, p. 156.
[63] Ver ya *supra* cap. II, 2.3.1.5.
[64] Verdross/Simma, 1984, § 1298; Triffterer, 1966, p. 180.
[65] Cf. por ejemplo, en el caso *Laura M.B. Janes* et al. *(USA) v. United Mexican States* (abreviadamente *Janes Case)* del 16/11/1925, en la cual los parientes de la asesinada Jane elevaron una petición de indemnización en contra del Estado de México, por la no investigación del caso. El tribunal de arbitraje distinguió entre el "killing itself" y el "nonpunishment" ("denial of justice") como "two delinquencies being different in their origin, character, and effect..." *(Reports of International Arbitral Awards-RIAA*, vol. IV, pp. 82 y ss., aquí 88 y s.). Cf. también Roht-Arriaza, 1995, pp. 49 y s.
[66] Al respecto ya en cap. II, 2.2. Ver también —sobre el derecho consuetudinario regional— Kokott, 1993, pp. 156 y ss.
[67] Cf. Com. N° 275/1988 del CDH de la ONU, par. 5.4.: " ...remind the State party that it is under an obligation... thoroughly to investigate alleged violations and to provide remedies...". Así como Com. N°s. 1/1988, 2/1988 y 3/1988 del Comité de la ONU contra la Tortura, par. 9: "...the State of Argentina is morally bound to provide a remedy to victims of torture and to their dependants".
[68] Cf. Ambos, 1997e, pp. 127 y s.

Cuanto más temprano intervenga el indulto en un proceso, más le serán aplicables los correspondientes límites de derecho internacional vigentes para la amnistía.

Los indultos que, como los argentinos,[69] intervienen en un proceso en curso, dejan de ser conceptualmente un indulto, para tornarse en amnistías individuales (encubiertas). Deben ser tratados según los principios aplicables a las amnistías y así son contrarios al derecho internacional cuando refieren a hechos respecto de los cuales existe un deber de penalización. Los indultos, que —luego de una sentencia en firme— se aplican al momento de la ejecución de la pena son violatorios del derecho internacional cuando impiden el cumplimiento de la pena proporcional al hecho cometido. El deber de penalización previsto en el derecho internacional para los casos de graves violaciones a los derechos humanos implica que a los delitos contemplados por el derecho internacional les corresponda una pena adecuada. Ciertamente, la proporcionalidad de la pena es discutible. Es cierto, sin embargo, que el simple cumplimiento simbólico de la pena es violatoria del derecho internacional en caso de graves violaciones a los derechos humanos.

Parece indiscutible además que —también en caso de un parámetro menos estricto desde el punto de vista del derecho internacional— los *"auto-indultos"*, así como los indultos a favor de los propios órganos estatales, son contrarios al derecho internacional como constituyen una violación al principio de prohibición de autofavorecimiento. Esto es válido especialmente cuando autores de graves violaciones a los derechos humanos son indultados. En este sentido, la combinación de criterios personales y materiales resulta en una limitación desde el punto de vista del derecho internacional.

Respecto de la admisibilidad de indultos en, o con fundamento en, una *situación de necesidad* estatal son válidos los correspondientes principios desarrollados para el caso de la amnistía.[70]

El indulto puede representar una violación autónoma del *"derecho a recurso"*, cuando interviene antes de que se dicte la sentencia. Aunque no produce los efectos denegatorios de protección jurídica de la amnistía, si cercena la protección jurídica. Si interviene con posterioridad a las sentencia, viola solamente el derecho a recurso, cuando éste incluiría la obligación de una ejecución adecuada de la pena. Esto, sin embargo, se puede difícilmente fundamentar en el texto de las respectivas disposiciones.[71]

[69] Cf. cap. I, 3.2.1.2. e *infra* 3.2.2.2.
[70] Cf. ya *supra* 1.1.3.
[71] Cf. ya *supra* 1.1.4.

1.3. **Otras reglas (procesal-penales)**

Respecto de otras reglas procesal-penales deben diferenciarse con base en sus consecuencias jurídicas.

1.3.1. Atenuación y reglas análogas

Las reglas, que sencillamente prevén una *atenuación punitiva* o *formas laxas de ejecución de la pena,* como por ejemplo, la ley 81 de 1993 colombiana[72] y —en cierta forma— las leyes de arrepentimiento peruanas y chilenas,[73] no se encuentran sometidas a los límites antes citados en materia de derecho internacional. En sentido estricto, no tienen el carácter de una "ley de impunidad", como no garantizan una renuncia absoluta a la pena; ni tampoco impiden la ejecución de la pena. Su finalidad es más bien la de hacer efectiva y acelerar la persecución penal. Ciertamente, para esas reglas son válidos también los principios formulados para los indultos, que no permiten impedimentos para una pena proporcional a los hechos y a la culpa. En este sentido, sí, el derecho internacional pone límites.

1.3.2. Reglas que impiden la persecución, especialmente las disposiciones sobre prescripción

Algo distinto rige para las reglas que *impiden la persecución penal,* especialmente para las disposiciones sobre prescripción. A éstas se les aplican los correspondientes límites desarrollados por el derecho internacional para las amnistías. Como principio se puede formular que los hechos penales amnistiables deben también ser imprescriptibles. Y *viceversa* los hechos penales imprescriptibles no pueden ser amnistiados.[74]

La situación del derecho internacional es relativamente unánime respecto de las disposiciones sobre prescripción. Remitiéndose a la ley del Consejo de Control N° 10, la Convención sobre la no Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad"[75] contempla una clara prohibición a la prescripción legal *(statutory limitation)* para los "crímenes de guerra" y "crímenes en contra de la humanidad" en el sentido de lo dispuesto por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Esta prohibición se aplica también a las violaciones a derechos humanos aquí analizadas y corresponde en lo restante a la práctica nacional

[72] Cf. cap. I, 3.2.1.3.
[73] *Idem.*
[74] Cf. Marxen, 1984, p. 57: "la amnistía no es admisible en caso de delitos imprescriptibles".
[75] Cf. ya en el cap. I, 2.2. así como el correspondiente acuerdo europeo de 1974 (ETS 82 o ILM 13, p. 540; también anexo I, 2.1.3. y 3.3.). Cf. también Roht-Arriaza, 1995, pp. 63 y ss.

predominante, especialmente en lo que respecta a la no prescripción de las reprochables violaciones al bien jurídico de la vida.[76]

Respecto de las "desapariciones forzadas" la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas prevé —en concordancia con el art. 17 de la correspondiente resolución de la Asamblea General de la ONU—[77] en el art. VII:

> "La persecución penal por la desaparición forzada de personas y la pena impuesta judicialmente a sus perpetradores no debe estar sujeta a estatutos de limitaciones."

Empero, excepcionalmente puede una "norma de carácter fundamental" ordenar una prescripción, pero sólo restringido al "delito de mayor gravedad contemplado en el derecho interno del correspondiente Estado parte".

La prohibición especial a la prescripción respecto de las "desapariciones forzadas" se justifica, de una parte, debido a la especial reprobabilidad de los hechos, y de la otra al carácter del hecho como delito permanente. Numerosas organizaciones no gubernamentales (ONG's) han sostenido en sus informes a los "grupos de trabajo" de la ONU que:

> "La naturaleza propia de las desapariciones forzadas o involuntarias provee un argumento legal en contra de las limitaciones estatutarias: los efectos de esta ofensa continúan hasta el momento en que las circunstancias de la víctima cambian o se aclaran. Como es un delito permanente, el término de limitación a la acción criminal comienza cuando el crimen deja de cometerse".[78]

Ciertamente, los resultados deseados pueden alcanzarse también mediante la suspensión del comienzo de la prescripción hasta el momento en el cual la víctima es hallada o se averigua su paradero. Esto presupone sencillamente una definición en el tipo del momento de terminación del delito (ver por ejemplo el § 78 a del CP alemán).[79]

La suspensión de la prescripción sería posible, además, cuando los hechos "no han sido castigados por motivos políticos, raciales o porque

[76] Cf. por ejemplo § 78 II con el § 220a (genocidio) y 211 (homicidio) CP alemán.

[77] Ver respecto de estas normas ya cap. I, 2.2.

[78] *UN-ECOSOC-CHR*, 1993, par. 52 (traduc. del inglés). Ver también RÚA, 1998, pp. 395 y s.; ver *infra* 3.2.2.1. en la nota 206.

[79] Sobre la discusión relativa al momento del perfeccionamiento o finalización del delito GARRETÓN, 1992/93, p. 146. De acuerdo con éste, la CS chilena considera que el delito finaliza con la detención. Cf. sobre la jurisprudencia de la CS chilena *infra*, 3.2.1.1.

son incompatibles con los principios esenciales del ordenamiento jurídico de un Estado de derecho libre".[80] Por motivos de seguridad y certeza jurídica es preferible, sin embargo, la primera solución de la imprescriptibilidad.

1.4. Conclusiones

Del *deber de penalización* previsto en el derecho internacional, para los casos de graves violaciones a los derechos humanos, se deduce que estos actos no deberían, en principio, *amnistiarse*. Las disposiciones del derecho internacional, en materia de amnistía, por ejemplo el art. 6.5 del PA II, no se oponen a ello ya que se refieren a otros casos. La autoamnistía, en especial, contraviene la *prohibición del autofavorecimiento*.

Asimismo en casos de *estado de necesidad* estatal tampoco se permite la amnistía de graves violaciones a los derechos humanos. Esto surge de una parte de las disposiciones correspondientes previstas en los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 4° del PIDCP, 27 de la CIDH), que declaran la inderogabilidad de determinados derechos (humanos) durante la declaración del estado de necesidad, derivándose por tanto de allí la correspondiente protección jurídica para estos derechos. De otra parte, se justifica con apoyo en el *"derecho a un recurso efectivo"* (art. 2.3 del PIDCP, art. 25 de la CIDH). Una amnistía podría representar una violación específica del "derecho a un recurso efectivo".

El profesor norteamericano *Douglas Cassel* concretizó estas limitaciones legales de una amnistía en un reciente estudio analizando la jurisprudencia de la CorteIDH y de la ComIDH.[81] Vale la pena reproducir sus conclusiones que se encuentran en diez directrices (*guidelines*) que deben ser observadas por gobiernos *de facto* o en transición, en principio, estrictamente si quieren decretar amnistías no violatorias del derecho internacional:

> *"(1) Democratic adoption:* To be legally valid at all, amnesties must be adopted by democratic bodies, usually the legislature; self-amnesties by lawless regimes are not valid.

[80] Así la jurisprudencia de la CS Federal alemana —basada en el § 78 b I del CP alemán— en el caso de las dictaduras nacionalsocialista y SED (ver BGH 2 StR 331/94, 1/3/1995, pp. 12 y ss., 13 = NJW 1995, 1297 y ss. —Los Crímenes de Guerra de Caiazzo). Detalladamente sobre la suspensión de la prescripción por no persecución penal por motivos políticos ZIMMERMANN, 1997, pp. 65 y ss. Sobre el cómputo de la prescripción a partir del restablecemiento de la vida democrática ver SANCINETTI/FERRANTE, 1998, pp. 86 y s. (B.II.B.3.).

[81] CASSEL, 1996.

(2) Investigations: Amnesties may not foreclose investigations of violations, sufficient to vindicate both society's right to know the truth and survivors' right to know what happened to their relatives.

(3) Naming names: Investigations must seek to identify those responsible and name names; otherwise they are insufficient.

(4) Victim participation: Amnesties must not preclude victims from initiating or participating in judicial criminal investigations, at least in states that have such procedures.

(5) Compensation: Amnesties may not foreclose or in practical effect substantially limit the right of victims or survivors to obtain adequate compensation for violations.

(6) Crimes against humanity: Amnesties must not apply to crimes against humanity, including forced disappearances.

(7) Obstruction of justice: Amnesties should not apply to perjury and other obstructions of justice by officers of the court and litigants.

(8) Treaty crimes: In States parties to the applicable Inter-American Conventions, amnesties may not be given for torture, for cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment, or for violence against women.

(9) State acknowledgment of responsibility: Amnesties should not be given without an acknowledgment by the State of responsibility for past violations.

(10) Prosecution and punishment: States must prosecute and effectively punish perpetrators of serious human rights violations; such perpetrators may not be amnestied."[82]

En consecuencia, si bien los Estados tienen un cierto margen de discreción no es admisible una renuncia plena a la persecución penal a través de una amnistía. Esta posición está reflejada también en la jurisprudencia comparada analizada hace poco por *Roht-Arriaza* y *Gibson.*[83]

El *indulto* es admisible, en tanto tenga lugar luego de que se haya cumplido una parte de la pena. Por lo demás, rigen los correspondientes principios desarrollados para la amnistía, aunque con la reserva de que al indulto se le aplica, en principio, un *standard* menos estricto.

Las reglas especiales, que impiden la persecución penal, en especial las *disposiciones sobre prescripción,* son violatorias del derecho internacional cuando se refieren a "delitos en contra de la humanidad". En el caso de las "desapariciones forzadas" no se admite tampoco la prescripción, por lo menos en el ámbito interamericano. En el caso de torturas y de "ejecuciones extrajudiciales" su admisibilidad dependerá de si esos delitos se consideran como "crímenes contra la humanidad" en el sentido del Estatuto del Tribunal Internacional Militar (Nuremberg). En el caso de otras reglas especiales rige que ellas deben posibilitar, por lo menos, una pena proporcional.

[82] *Ibid.*, pp. 228 y s.

[83] Roht-Arriaza/Gibson, 1998, 863 y ss. (874, 875).

Junto a estos cuestionamientos jurídicos el debate de la amnistía —también o precisamente en el plano del derecho internacional— se encuentra dominado permanentemente por argumentos de política (criminal). Sobre este punto es suficiente señalar que el cuestionamiento central en ese ámbito siempre se refiere a si la amnistía realmente, como se ha expuesto oficialmente, puede colaborar a la pacificación nacional, la reconciliación y la unidad o si —por el contrario— provoca nuevos conflictos y tensiones, a causa del desconocimiento de la dignidad y los sentimientos de las víctimas o de sus parientes.[84] Una respuesta válida de carácter general a esa pregunta no es posible, sino que se tiene que decidir caso por caso. Tales decisiones deben examinarse con base en la subsiguiente comparación estructural de las "normas de impunidad" vigentes.

2. *Comparación estructural de las "normas de impunidad" vigentes*

Los elementos estructurales de las "leyes de impunidad" vigentes más importantes se encuentran en el siguiente cuadro I.[85] Sobre la base de esta situación, a continuación se destacarán algunos aspectos.

[84] Cf. por ejemplo, *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission,* 1985, pár. 51: "In some circumstances, it can be assumed... that an amnesty covering persons guilty of conduct involving serious infringement of human dignity..., far from encouraging national reconciliation, would only increase tension, at least initially". También *UN-ECOSOC-CHR,* 1993, par. 45: "Laws promulgated on the pretext of 'pardon, oblivion and reconciliation' as 'clean slate' laws cannot promote national reconciliation when their ultimate objective is to safeguard the interests of those guilty of torture, murder and disappearances". Cf. también Kokott, 1993, p. 159, que argumenta que la amnistía lleva a que "the new democratic regime does not dissociate itself sufficiently from the old regime". Ver también Cassel, 1996, pp. 200 y ss.

[85] Aquí se renunció a la presentación de la ley de arrepentimiento boliviana y de la ley chilena de arrepentimiento [Ambos en cap. I, 3.2.1.3.]. La disposición boliviana tiene solamente una validez temporal limitada. La ley chilena es ciertamente importante, pero se encuentra estructurada en forma similar a la ley colombiana 104/1993 y a la ley peruana de "arrepentimiento". En caso de que se considere necesario, se hará remisión a ambas normas en las anotaciones. La ley argentina de "obediencia debida" será considerada posteriormente cuando se trate lo relativo a las actuaciones en cumplimiento de órdenes (cap. V. 2.), ya que ésta no representa una amnistía desde el punto de vista jurídico-material (cf. Sancinetti, 1987b, pp. 50 y s.) y se encuentra vinculada a la figura del "deber de obediencia" del derecho militar. Ver también con referencias a otros países, entre ellos Guatemala, El Salvador y Honduras: Roht-Arriaza/Gibson, 1998, pp. 846 y ss.

CUADRO I:
Elementos estructurales de las más importantes "leyes de impunidad" vigentes

	Ley 104/1993 (Colombia)	**Ley 81/1993 (Colombia)**	**Dec. ley 25.499 (Perú, 1992)**	**Ley 26.479 (Perú, 1995)**	**Dec. ley 2191 (Chile, 1978)**	**Ley 23.492 (Argentina, 1986)**
Denominación/ Título	Indulto	Beneficios por colaboración eficaz	Ley de Arrepentimiento	Amnistía	Amnistía	Ley de Punto Final
Objetivo oficial /Trasfondo político-criminal	Pacificación, reconciliación con los grupos guerrilleros.	Pacificación y lucha en contra del narcotráfico y el paramilitarismo.	Lucha en contra del "terrorismo".	Reconciliación.	Unidad nacional.	Reconciliación, unidad nacional.
Tipo						
Ámbito de aplicación material						
- Hechos	"Delitos políticos" (conspiración, disturbios, rebelión, asonada y otros delitos relacionados).	Todos	Delitos terroristas.[1]	Todos los hechos punibles cometidos durante un lapso determinado.	Todos los hechos punibles cometidos durante un lapso determinado.	Todos los hechos punibles cometidos durante un lapso determinado.
- Excepciones	Sí: "delitos atroces", genocidio, asesinato,[2] secuestro, hechos crueles.	No	Sí: ninguna exención punitiva en casos graves de terrorismo[3] y la participación en homicidio; sólo una atenuación punitiva (limitada) en caso de "traición a la patria".	Narcotráfico, terrorismo, traición a la patria.	Sí, pero ninguna violación típica de derechos humanos (con excepción de la violación) y el caso "Letelier".	Sí, pero ninguna violación típica de derechos humanos (sólo los delitos en contra de los menores de edad)

1 Según dec. ley 25.475 del 6/5/1992 se trata de todos los actos que afecten a la seguridad pública, incluso la pertenencia a una organización terrorista, así como los conocidos actos de participación ("instigación", "defensa del terrorismo", etc.).
2 En la medida que se haya cometido por fuera del conflicto o aprovechándose de la incapacidad de la víctima para defenderse.
3 Dentro de éstos se comprenden los hechos citados en el art. 3° del dec. ley 25.475, por ejemplo la destrucción de importantes bienes jurídicos.

Ámbito de aplicación personal						
- Favorecidos	(Antiguos) miembros de los grupos guerrilleros.	En principio, toda "persona".	"Terroristas" (= miembros de los movimientos alzados en armas).	Personal militar, policial o civil, por hechos en contra del "terrorismo"(= fuerzas de seguridad), golpistas, criminales de guerra.	Todas las personas, que durante el Estado de sitio, hubieren cometido delitos (= fuerzas de seguridad) y sentenciados por la justicia militar.	Toda persona, prácticamente sólo las fuerzas de seguridad.
Ámbito de aplicación temporal						
- Etapa procesal	Desde la apertura de la investigación hasta la sentencia definitiva.	Ninguna limitación (también por fuera del proceso penal).	Ninguna restricción (también por fuera del proceso penal).	Ninguna restricción (también por los hechos no denunciados).	Si no hay proceso penal, en caso de sentenciados por la justicia militar.	Antes de la etapa de investigación procesal.
- En relación con la comisión de los hechos	No	No	No, pero con vigencia limitada (16/5/92-1/11/94).	Sí, mayo 1980 al 14/6/1995.	Sí: entre el 11/9/1973 y el 10/3/1978.	Sí: entre el 24/3/1976 y el 26/9/1983.
Bienes jurídicos protegidos	Bienes jurídicos colectivos (orden y seguridad pública).	Bienes jurídicos colectivos e individuales.	Esencialmente bienes jurídicos colectivos.	Esencialmente bienes jurídicos individuales.	Esencialmente bienes jurídicos individuales.	Esencialmente bienes jurídicos individuales.
Actos de colaboración del beneficiario	Sí: desmovilización, deposición de armas, reinserción a la vida civil.	Sí: catálogo exacto de criterios y determinado éxito requerido.	Sí: especialmente cesación de las actividades de "terrorismo" y "colaboración".	No, la comisión del delito como tal es suficiente.	No, la comisión del delito como tal es suficiente.	No, la comisión del delito como tal con miras a combatir el "terrorismo" es suficiente.

	Ley 104/1993 (Colombia)	Ley 81/1993 (Colombia)	Dec. ley 25.499 (Perú, 1992)	Ley 26.479 (Perú, 1995)	Dec. ley 2191 (Chile, 1978)	Ley 23.492 (Argentina, 1986)
Tipos subjetivos						
- Doloso o culposo	No	No	No	No	No	No
- Especiales	Orientación política implícita ("delito político" = subjetivización).	Voluntad implícita de "colaborar"	Voluntad implícita de "colaborar".	No	No	Orientación política implícita (delito para combatir el terrorismo).
Consecuencias jurídicas						
- Derecho penal material	Exención punitiva.	Atenuación punitiva, suspensión condicional, conmutación (ninguna exención punitiva plena).	Atenuación y exención punitiva.	Exención punitiva	Exención punitiva.	Exención punitiva
- Derecho procesal penal	Sobreseimiento, libertad inmediata, efecto de cosa juzgada.	Libertad provisional.	No	Extinción de los antecedentes; derogatoria de las medidas restrictivas de la libertad; libertad inmediata; sobreseimiento definitivo	No	Sobreseimento (obstáculo procesal, si pasados 60 días desde la entrada en vigor no hay interrogatorio).
- Otras normas	Responsabilidad civil no se afecta.	Deber, entre otros, de restituir el daño.	No	No	No	Responsabilidad civil no se afecta.

Pérdida del beneficio	Sí: en caso de reincidencia dentro de dos años despues del otorgamiento.	Sí: en caso de no cumplimiento de las "obligaciones".	Sí: en caso de reincidencia dentro de diez años después del otorgamiento.	No	No	No
Protección de la víctima	Sólo las acciones civiles (ver arriba).	Sólo indirectamente a través de "obligaciones", programa de protección de testigos.	No	No	No	Sólo acciones civiles (ver arriba).
Protección del autor	Garantía de los derechos procesales.[4]	Aplicación análoga del dec. ley 3030/90; inclusión en programas de protección de testigos.	Garantía de seguridad y reserva en respeto pleno de los derechos humanos.[5]	No	No	No

[4] Art. 3° del dec. ley 3030/90, que se convirtió en legislación permanente (art. 3° dec. ley 2265/91).
[5] D.S. 015-93-JUS v. 8/5/1993.

2.1. Denominación y objeto

Como *denominación*, o *"título"*, se conoce la denominación oficial que se origina en el título de la ley o del texto, o también la denominación usualmente dada en la discusión político-criminal (especialmente en Perú y Argentina). Así, se transcribe en mayor o menor grado el contenido de la ley. Pero también se le puede dar una falsa denominación, esto es, una que no corresponda a la verdadera naturaleza jurídica de las medidas. Un ejemplo lo representa la ley colombiana 104 de 1993, que en realidad se trata de una amnistía y no de un "indulto".

El *objetivo* oficial —por lo general la motivación de la ley— completa el cuadro. Ciertamente, se debe tener cuidado aquí, ya que no siempre la finalidad expresada oficialmente corresponde con los objetivos que realmente se persiguen con la ley. En este sentido, las invocaciones a la "unidad nacional" y la "reconciliación", que se hacen valer a favor de la ley peruana 26.479,[86] así como en las disposiciones chilenas y argentinas, son empleadas en la mayor parte de los casos por el legislador a manera de pretexto para protegerse o proteger a sus órganos, especialmente a las Fuerzas Armadas, frente a una persecución penal. La ley colombiana 81 de 1993, también coloca en primer plano la "pacificación", según los críticos debido a la considerable influencia del denominado Cartel de Cali en las comisiones asesoras, y deja en segundo plano la "lucha", cuando habla de la integración pacífica de los narcotraficantes (no violentos). El dec. ley peruano 25.499 nuevamente prevé un concepto amplio de terrorismo,[87] que deja la impresión que para el gobierno no se trata sólo de la lucha en contra del simple terrorismo, sino también de la intimidación y eliminación de la oposición legal y pacífica.

Una información segura y cierta de las verdaderas finalidades y del trasfondo político-criminal de tales normas lo da por tanto, más bien, un análisis riguroso de los hechos y de las consecuencias jurídicas.

2.2. Tipo

Respecto del *ámbito de aplicación material* de las normas se reconocen dos grandes tendencias. De una parte, aquella que incluye todos los hechos

[86] Se debe tener en cuenta también la "ley interpretativa" dictada a tales efectos (*infra*, 3.1.2.). Cf. los escritos del embajador peruano Luis Silva Santiesteban: "Esa ley fue introducida para concluir con todas las circunstancias que pudieran generar conflictos en la sociedad peruana. Además... tiene por objeto introducir un nuevo capítulo en la vida política del país, en el cual no se tolerarán los actos de violencia, ni el sometimiento ni el abuso, y tampoco se admitirá ninguna clase de impunidad". (Archivo del autor).

[87] Cf. notas 1 y 3 del cuadro I. Sobre los últimos cambios en la legislación antiterrorista ver *Ideele*, julio de 1998, pp. 6 y ss.

ocurridos durante un determinado lapso (la ley peruana 26.479, las leyes chilenas y argentinas, así como la ley 81/1993 en Colombia); de otra parte se procura excluir determinados hechos graves (ley 104/1993 en Colombia y el dec. ley 25.499 en Perú), por ejemplo la sustracción de menores (ley argentina de Punto Final).[88] En realidad, sólo la ley colombiana 104/1993 parece estar orientada en el derecho internacional, ocupándose también del cambiante concepto de "delitos políticos".

Se podría por consiguiente hablar de impunidad *absoluta* en referencia a las primeras normas y *relativa* para las segundas. Empero, esto representa sólo una valoración provisional, como también se tiene que reflexionar sobre las consecuencias jurídicas de las disposiciones y en este aspecto se diferencian considerablemente las unas de las otras; en especial, la ley colombiana 81/1993 no prevé una renuncia penal plena [al respecto *infra* en 3.1.1.].

Si se incluye el *ámbito de aplicación personal* en las consideraciones, se continuará con la expresada similitud entre la ley peruana 26.479 y las normas argentinas y chilenas de un lado, y del otro entre el dec. ley peruano 25.499 y la ley colombiana 104/1993. Aquéllas se dirigen prácticamente a las fuerzas de seguridad, y éstas a los ex insurgentes. De ahí se puede señalar otra consecuencia: el legislador latinoamericano es más generoso en la impunidad de sus propios órganos (fuerzas de seguridad) que respecto de los alzados en armas. Sólo por éstos excluye, como se constató, algunos hechos del ámbito de aplicación material de las disposiciones. Nuevamente aquí la ley colombiana 81/1993 muestra algunas particularidades.

Esta división no se mantiene respecto del ámbito de *aplicación temporal*. En este ámbito las reglas analizadas se aplican en todo momento, esto es, se aplican también fuera del proceso penal (ley colombiana 81/1993, las disposiciones peruanas) durante el proceso y hasta la sentencia firme (ley colombiana 104/1993) o sólo antes del proceso penal (Argentina y en cierta forma Chile). Además, abarcan sólo los hechos cometidos en un determinado lapso (Argentina, Chile), o la medida se encuentra limitada temporalmente (Perú).[89]

Si se consideran los *bienes jurídicos* implicados se vuelve a tener nuevamente la división fundamental entre la ley peruana 26.479, y las disposiciones argentinas y chilenas de una parte, y de la otra la ley colombiana 104/1993, así como el dec. ley peruano 25.499. Éstas se refieren a hechos que violen bienes jurídicos colectivos, mientras que aquéllas garantizan la impunidad en caso

[88] Esto hace posible las persecuciones actuales de ex militares argentinos (*LARR-SC*, 2/2/1999, p. 3; *NA*, 25/1/1999, pp. 1 y s.). Sobre las cuestiones legales examinando el proceso contra el ex miembro de la junta, Videla, ver Rúa, 1998. Sobre el delito de sustracción de menores ver Sancinetti/Ferrante, 1998, pp. 48 y ss. [(A. III. B. 3)].

[89] Cf. en este sentido también la ley de arrepentimiento boliviana (cap. I, 3.2.1.3.).

de la violación a bienes jurídicos individuales.[90] Esto corresponde a las diferencias hechas en el ámbito de aplicación material, y confirma la impresión de que el legislador, tratándose de sus propios órganos, está mucho más dispuesto a sacrificar la protección de los derechos individuales que en el caso de los enemigos armados del régimen.

Este privilegio se puede predicar también respecto de la cuestión de la exigencia de *actividades de colaboración* a los implicados. Mientras que las Fuerzas Armadas pueden contar desde ya con la exoneración penal, siempre y cuando (sólo) —en el sentido de la doctrina de la seguridad nacional— hayan combatido la "subversión" o el "terrorismo" (ley peruana 26.479, Chile y Argentina), desde el punto de vista del legislador, así como desde el punto de "vista legal", se exigen determinadas actividades de colaboración para el caso de los alzados en armas (ley colombiana 104/1993, dec. ley peruano 25.499), así como de otros grupos (ley colombiana 81/1993).[91] El control de esas actividades de colaboración también se encuentra reglamentado en forma detallada.

Respecto de las *características subjetivas de los hechos punibles* no se presenta ninguna particularidad. Ninguna de las disposiciones analizadas mencionan expresamente características subjetivas de carácter *general* (dolo o negligencia/culpa) de los hechos punibles. Esto corresponde asimismo a la práctica general como a la introducción implícita de características subjetivas de carácter *especial* relativas a la convicción de los hechos punibles (ley colombiana 104/1993, Argentina) o a una voluntad de colaborar (ley colombiana 81/1993, dec. ley peruano 25.499).

2.3. **Consecuencias jurídicas**

Desde el punto de vista *material* todas las disposiciones —con excepción de la ley colombiana 81/1993— garantizan la posibilidad de exención de la pena. Esto resulta como única consecuencia jurídica de la ley colombiana 104/1993, la ley peruana 26.479 así como de las disposiciones argentinas y chilenas; la ley peruana de "arrepentimiento" prevé —junto con la exclusión y la remisión de la pena— una atenuación punitiva. La ley colombiana 81/1993 excluye formalmente la renuncia plena a la pena —debido a la presión internacional (¡se trata de narcotraficantes!)— pero incluye la posibilidad de una suspensión de la pena bajo determinadas condiciones, lo que conduce usualmente a una impunidad fáctica.

[90] Cf. en este sentido también la ley de arrepentimiento chilena, que diferencia entre circunstancias atenuantes y eximentes de la pena con base en el bien jurídico violado (cap. I, 3.2.1.3.).

[91] Asimismo la ley chilena de arrepentimiento *(ibidem)*.

Las consecuencias jurídicas más amplias de carácter *procesal penal* las contempla la reciente ley peruana 26.479. La eliminación total de todo dato de conocimiento que pueda ser utilizado en juicio, el sobresemiento así como la prohibición de investigar hacen evidente que el legislador peruano quiere proteger plenamente a sus órganos de seguridad. El reconocimiento del efecto de cosa juzgada del decreto de indulto, previsto en la ley colombiana 104/1993, debe garantizar la protección efectiva contra posteriores persecuciones penales. Esto, por otro lado, también pone en duda la situación de los alzados en armas favorecidos por la ley 104/1993. Ellos también se encuentran, luego de su reinserción formal en la sociedad, bastante desprotegidos, tal como lo demuestran los numerosos atentados y el exilio de los políticos de la guerrilla, que habían "legalizado" su situación. [92] Por el contrario, los privilegiados órganos de seguridad no requieren, por regla general, de una protección formal, ya que generalmente cuentan con el aparato militar y policial del Estado a su favor.

Respecto de las *consecuencias extrapenales* se plantea especialmente la pregunta con relación al reclamo civil de indemnización. La implementación práctica de tales reclamos presupone la individualización de los autores en un proceso penal, es decir por lo menos la presentación de una acusación. Menos importante es la cuestión sobre si tales reclamos —en concordancia con el principio de la acumulación de procesos— deben sustanciarse en el mismo proceso penal o (luego) por la vía civil. Por consiguiente, también la afirmación de que la responsabilidad civil permanece incólume (la ley colombiana 104/1993, Argentina), si bien digna de elogio, tiene sólo un significado declarativo. Más benéfica es la formulación en la ley colombiana 81/1993, ya que de ahí se puede derivar directamente para la víctima un derecho subjetivo a una reparación (civil).

2.4. **Otros aspectos**

Una *pérdida de los beneficios* por falta de colaboración se prevé sólo para las disposiciones que exigen por parte del favorecido determinada colaboración. Esto corresponde tanto para la ley colombiana 104/1993 y el dec. ley peruano 25.499 o bien la ley colombiana 81/1993, que se dirigen tanto a los (en ese entonces) alzados en armas como a otros grupos. Éstos no pueden reincidir dentro de un determinado lapso, o sea, deben cumplir las "obligaciones" legales. Por el contrario, los órganos de seguridad peruanos, chilenos

[92] Así se encuentran o encontraron varios ex comandantes del EPL en el exilio como funcionarios en embajadas europeas, por ejemplo, Bernardo Gutiérrez Zuboya en La Haya *(Entrevista,* Bruselas, 10/2/1995).

y argentinos, exentos de pena, no corren jamás con el peligro de perder un beneficio.

Las reglamentaciones para la *protección de las víctimas* son el reflejo, ante todo, de las consecuencias jurídicas extrapenales. Sólo en la medida en que se prevean tales consecuencias extrapenales, las víctimas podrán disponer de una acción civil (ley colombiana 104/1993, Argentina). De acuerdo con la ley colombiana 81/1993, la pretensión directa a efectos de obtener una reparación se deduce de la determinación de las "obligaciones", previéndose además un programa de protección a las víctimas —a causa del peligro especial en que se colocan quienes confiesan en el ámbito del narcotráfico—. Las disposiciones para protección de las víctimas tienen por esto —como reflejo de las consecuencias extrapenales— los mismos problemas de imposición del derecho que éstas.

La inclusión de *normas para la protección de los autores* requiere de una justificación como ellos gozan —a través de la exención o atenuación de la pena— de un favorecimiento posiblemente desproporcionado en comparación con el sufrimiento de la víctima que es el verdadero perjudicado. Sin embargo, la protección de los autores en el marco de amnistías u otras disposiciones no significa más que la garantía, ofrecida por el Estado de derecho de que gozan tanto acusadores como acusados. Esto es tanto más válido en el caso de los beneficios previstos en la ley colombiana 104/1993 y el dec. ley peruano 25.499, si se trata de (ex) enemigos del régimen, que tienen que temer convertirse en víctimas de "show trials" o ser ejecutados extrajudicialmente. En el caso de la ley colombiana 81/1993, más allá de la garantía del proceso, es necesario proteger a los miembros confesos de las organizaciones de narcotráfico o de los grupos paramilitares de los actos de venganza de sus organizaciones;[93] por tanto, las disposiciones prevén un programa de protección de testigos. Por el contrario, los órganos del Estado casi no requieren, por los motivos ya citados, de una protección semejante: ellos tienen tras de sí el poder del aparato policial y militar.

2.5. **Conclusiones**

Resumiendo, se evidencian las diferencias fundamentales entre las disposiciones de exención de la pena a favor de la oposición y aquéllas a favor de los propios órganos de seguridad ("autoamnistías") en todos los ámbitos. Desde el punto de vista de la técnica jurídica llama la atención que las últimas disposiciones se encuentran estructuradas en forma muy sencilla. Describen en esencia sólo los hechos que se encuentran exentos de pena, nombran los autores y determinan las consecuencias jurídicas. Las disposiciones de exención de la pena a favor de la oposición, por el contrario, se ocupan de asuntos mucho más complicados en el ámbito de hechos punibles y consecuencias jurídicas, así como respecto de los aspectos especiales. Esas disposiciones tienen un carácter sinalagmático. Ellas son parte de un "pacto" entre el Estado de una parte, y de los alzados en armas, narcotraficantes o paramilitares, de la otra. Si ellos se encuentran dispuestos a cesar en su lucha, o sea a cesar en sus actividades criminales, y a reinsertarse en la vida social, el Estado les garantiza la posibilidad de la exención de la pena o en todo caso de una disminución, incluidas determinadas garantías formales que aseguren esta situación personal.

Un análisis de contenido de este tipo proporciona mayor claridad que el intento de una determinación conceptual. Seguramente todas las leyes analizadas se asemejan a una clásica amnistía, algunas más (la ley colombiana 104/1993, la ley peruana 26.479, Chile y Argentina), otras menos (la ley colombiana 81/1993, el dec. ley peruano 25.499);[94] sin embargo no se justifica su contenido, complejo y motivado políticamente, con una simple determinación conceptual.

Todas esas disposiciones se encuentran en un contexto político determinado que ayuda a entender los motivos del legislador o también a ocultar las verdaderas intenciones. La disposiciones sobre exención de la pena a favor de la oposición fueron dictadas, tanto en el caso del dec. ley peruano 25.499 y de las disposiciones colombianas, por experiencia, en el marco de conflictos semejantes a una guerra civil dentro de una democracia formal. Si favorecen a los propios órganos de seguridad, sirven generalmente con esto, como en el caso de Chile y Argentina, a proteger a una junta militar (que ya dimitió) y a sus subordinados, de la persecución penal luego del cambio de régimen. La ley de amnistía peruana 26.479 persigue una exoneración punitiva de este tipo, haciendo explícita la particularidad de haber sido dictada por un gobierno, que aunque democrático (formalmente), estrechamente vinculado a las fuerzas armadas, expresó más de una vez su lealtad a ellas. En síntesis, se deduce que el diferente trasfondo jurídico-estatal aclara mucho más la diversa conformación normativa de tales disposiciones.

3. *Violación a los límites penales y constitucionales*

3.1. **Derecho penal internacional**

Como ya se reseñó, el derecho penal internacional prohíbe la impunidad absoluta por las graves violaciones a los derechos humanos aquí analiza-

[93] Cf. sobre el proceso en Ambos, 1994a, pp. 118 y ss.

[94] Dentro de éstas se incluyen también el decreto boliviano de arrepentimiento y la ley chilena de arrepentimiento (Ambos en cap. I, 3.2.1.3.)

das. Esta prohibición se extiende a las disposiciones o medidas que prevén como *consecuencia jurídica* la exención de la pena, independientemente de que se designen como "amnistías", "indultos" o de otra forma. El derecho penal internacional exige también, más allá de la simple persecución penal, *el cumplimiento de la pena* —por lo menos en parte— impuesta con fundamento en una sentencia firme. En ese trasfondo la ley colombiana 104/1993, el dec. ley peruano 25.499 y la ley chilena 19.712 se encuentran de conformidad con el derecho internacional. La ley colombiana 81/1993 colisiona por lo menos con el derecho internacional. La ley peruana 26.479, el dec. ley chileno 2191 y la ley argentina 23.492 violan abiertamente el derecho internacional.

3.1.1. Colombia

La *ley colombiana 104/1993* excluye —en concordancia con el art. 30 de las disposiciones transitorias de la Constitución— expresamente del ámbito de aplicación material los "delitos atroces", el genocidio, el secuestro, los hechos crueles y las formas reprobables de homicidio. Queda así en armonía con los deberes de penalización previstos en el derecho internacional para esos delitos. Además, la ley favorece a los en ese entonces alzados en armas, sin ofrecer un autofavorecimiento (prohibido).

La *ley colombiana 81/1993* incluye sin excepción todos los hechos, sin prever una renuncia plena de la pena, de modo tal que se mueve —en todo caso desde el punto de vista normativo— dentro del marco de valoración y apreciación estatal previsto por el derecho internacional. Ciertamente, la aplicación práctica de esas disposiciones ha llevado a considerables dificultades y —comparándola con su texto— a resultados indeseables. De acuerdo con una investigación del Ministerio de Justicia colombiano, la política colombiana de "sometimiento a la justicia" en el ámbito del narcotráfico, que encuentra en esa disposición su consagración legal, ha llevado a una amplia impunidad.[95] Esa investigación confirma el temor ya expresado, de que esa ley, al posibilitar la suspensión de la pena bajo determinadas condiciones, puede conducir a una renuncia fáctica de la penalización, y la posible atenuación punitiva a una pena leve y desproporcionada. La mencionada investigación ha demostrado también que para el caso del delito de "secuestro" sobreviene una impunidad fáctica,[96] a pesar de haberse excluido este delito

[95] Las sentencias por narcotráfico entre noviembre de 1993 y junio de 1994, en un 87 % de los casos, tuvieron en consideración las atenuantes legales de la pena, de donde las penas privativas de la libertad fueron en promedio de 3 años. En muchos casos la pena privativa de la libertad fue sustituida por la libertad condicional, ya que en penas de hasta tres años es posible (*IA* 98/ enero 1995/3; críticas también en *CAJ*, 1994, p. 66).

[96] Hasta aquí sólo el 1 % de los autores pudieron ser sentenciados (*IA* 98/enero 1995/4).

expresamente de toda exención de pena mediante la ley 104/1993 y por añadidura mediante una especial "ley antisecuestro".[97] Recientemente, la Corte Suprema declaró el secuestro como acto de lesa humanidad que no puede recibir ningún beneficio como indulto o amnistía.[98] Esta decisión confirmó una decisión anterior de la Corte Constitucional que declaró inconstitucional el art. 127 CP.[99] Como este artículo es similar a las leyes posteriores de amnistía e indulto la decisión pone también en duda su constitucionalidad.

Además, de acuerdo con las críticas de los grupos de derechos humanos, la ley 81/1993 favorece a los grupos de autores importantes y económicamente poderosos. En la medida en que se sometan completamente a la ley, reciben penas considerablemente leves, en forma desproporcionada, mientras que los pequeños criminales deben someterse plenamente a la dureza de la ley.[100] Desde el punto de vista fáctico la conformidad de la ley 81/1993 con las disposiciones en materia de derecho internacional es bastante dudosa.

3.1.2. Perú

El *dec. ley peruano 25.499* excluye —en forma similar a la ley colombiana 104/1993— una exención de la pena en caso de hechos "terroristas" graves y de "traición a la patria". Esa formulación indeterminada contempla, no sólo la violación a un bien jurídico individual, sino también a uno colectivo.[101] De este modo, la restricción prácticamente va más allá de la de las leyes colombianas y suscita el interrogante respecto de cuáles hechos "terroristas" deberían ser garantizados con la exención de la pena. Esta pregunta no debería tratar de aclararse aquí. Basta con señalar que las posibilidades de *exención* de la pena, previstas en estas normas, en todo caso abarcan sólo los hechos para los cuales, desde el punto de vista del derecho internacional, la exención de la pena no tiene reparos. La compleja técnica de remisión transversal del legislador peruano deja la impresión de que ante todo se trata de impedir en todo caso la exención de la pena a los (en ese entonces) alzados en armas, sin que efectivamente se quiera renunciar del todo —por motivos político-criminales— a tan tentadora oferta. Las cifras disponibles revelan que

[97] Ley 40 de 1993, en: *Régimen Penal Colombiano*, envío 36, febrero/abril de 1994, §§ 8120.

[98] Ver *El Tiempo*, Bogotá, 5/2/1999 <http://www.eltiempo.com>

[99] *CC*, sentencia del 23 de setiembre de 1997 (C-456/97). El art. 127 CP reza: "Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo".

[100] Cf. *US-Department of State*, 1995, y s/p.

[101] Cf. ya cap. I, 3.2.1.3.

la mayoría de personas que se acogieron al dec. ley 25.499 fueron beneficiadas.[102] De otra parte, esto ha llevado a numerosas acusaciones falsas, detenciones y sentencias que claramente muestran riesgos y límites de este tipo de legislación.[103] Por todos estos problemas, el gobierno tuvo que establecer una Comisión *ad hoc* para la recomendación de indultos para los injustamente detenidos y sentenciados.[104] El mandato de esta Comisión fue prorrogado varias veces; recibió aproximadamente 3.000 solicitudes de indulto de los cuales más de 400 resultaron efectivos.[105]

La ley *peruana* 26.479 —complementada por la "ley interpretativa" 26.492— constituye una (auto)amnistía absoluta eximiendo cualquier conducta potencialmente criminal cometida entre mayo de 1980 y el 14 de junio de 1995 de persecución y sanción penal efectiva.[106] La impunidad que se deriva de allí se refiere prácticamente a todas las violaciones a derechos humanos cometidas por el *Estado* durante ese lapso. Los hechos exceptuados en el art. 5° (ver cuadro I) son aquellos que por lo general fueron cometidos por la oposición, especialmente los alzados en armas. La "ley interpretativa" amplía el ámbito de aplicación de la ley 26.479 y confirma explícitamente la exclusión, ya contemplada en esta ley, de todo control judicial. En efecto, esta ley, como señala correctamente *César Landa*, "obligaba a los vocales a resolver sin ejercer un control de razonabilidad constitucional" y así los jueces "abdicaron de su competencia de administración judicial ante el poder político y éste ante el poder militar ratificando la impunidad judicial establecida en la ley de amnistía...".[107]

En resumen, estas dos leyes que provocaron protestas nacionales e internacionales,[108] violan no sólo los deberes de penalización y protección jurídica del derecho internacional, sino también numerosas garantías de la Constitución peruana, principalmente el deber del Estado de proteger los derechos humanos (art. 1°, 2°), la garantía del debido proceso y la protección jurídica efectiva (art. 139, N° 3), así como la independencia de la justicia (art. 139 N° 2).[109] Su manifiesta inconstitucionalidad fue demostrada en el —ya mencionado— estudio profundo de *Landa* que concluye:

> "...la ley de amnistía y su ley interpretativa parten de una primitiva concepción absolutista del derecho de gracia del Congreso, siendo que en un Estado democrático moderno, la amnistía tiene como fundamental[o] ser un instrumento de corrección del derecho, no de impunidad..."
>
> "...las leyes de amnistía han desnaturalizado el carácter esencial de los principios y derechos fundamentales analizados..."[110]

En fin, la inconstitucionalidad de estas leyes se apoya en fundamentos estructurales similares como en el caso de las disposiciones argentina y chilena.[111] No obstante, no solamente la justicia ordinaria peruana —con excepción de la jueza penal Antonia Sacquicuray—[112] verificó la decisión del Poder Ejecutivo sino también el —recién fundado y después inhabili-tado— Tribunal Constitucional declaró improcedente una demanda de inconstitucionalidad de varios políticos de la oposición y personalidades de la vida pública.[113]

[102] De acuerdo con *CAJ*, 1994, p. 75 entre julio de 1992 y 1994, de 4.461 personas que se sometieron a esta disposición, sólo 605 recibieron los beneficios solicitados. Según el documento de la *Comisión ad hoc*, conmutación de penas: informe estadístico enero de 1999 (al 20/01/99), preparado para FEDEPAZ, de 8.471 solicitantes, 5.845 gozaron de exención de pena. 165 de reducción, 19 de remisión, 457 pedidos fueron declarados improcedentes y falta conocer resultados de 1.985 peticiones.

[103] Ver *CAJ*, 1994, pp. 75 y s.; *US-Department of State*, 1995, s/p., *AI*, 1995, p. 238; *HRW*, 1995, p. 116; *HRW/A*, 1995a, pp. 27 y ss.; *OAS-IACHR*, 1994, pp. 496, 507 y s.; *IA* 100/marzo 1995/6 (con varios casos); *IA* 102/mayo 1995/6.

[104] Ver ley 26.655 de 16 de agosto de 1996 *(El Peruano,* 17 de agosto de 1996, p. 141857), que establece esta Comisión que se encarga de "evaluar, clarificar y proponer al Presidente de la República, en forma excepcional, la concesión de indulto para quienes se encuentren condenados (o procesados) por delitos de terrorismo o traición a la patria, en base a elementos probatorios insuficientes..." (arts. 1° y 2°). Ver también el reglamento de la Comisión en: *Defensoría del Pueblo*, 1997, pp. 239 y ss. Sobre el problema de los inocentes (indultados) en general ver *id.*, 157 y ss.; *IDL*, 1994 y 1996.

[105] Al 20/1/1999 eran 462 los indultados (ver *Comisión ad hoc, supra* nota 102, p. 2); ver también *CAJ*, 1998, 104; *CAJ*, 1999, p. 51; *IDL*, 1998; *CIDH*, Visita "In loco" a Perú, Comunicado de Prensa, párrafo 14; AI, 1997d; *Ideele* N° 105, marzo de 1998, pp. 73 y ss.; *Ideele* N° 110, agosto de 1998, pp. 62 y ss; *Ideele* n° 116, marzo de 1999, pp. 21 y ss. En junio de 1999 la cifra total de solicitudes llegó a 3.056 de los cuales 2.669 fueron resueltas, 469 indultadas, 207 todavía en estudio y 280 pendientes *(Ideele* n° 121, agosto de 1999, p. 67.

[106] Cf. ya cap. I, 3.2.1.2.

[107] LANDA, 1996, p. 81.

[108] Ver *UN-ECOSOC-CHR*, 1996a, par. 56 y ss.; 1996b, par. 133 y ss.; 1996c, par. 342, 356 y ss.; 1996d, par. 381, 563; *AI*, 1996b, pp. 4; 1996e, p. 397; *HRW/A*, 1995c, pp. 70 y s.; *CAJ*, 1996, pp. 51, 118 y ss.; CNDDHH, 1996, pp. 15 y ss.; *IA* 103/junio 1995/5 y s.; 104/sept. 1995/6 f. *Caretas*, 15/6/1995: "Ley de Escándalo"; *La República*, 17/6/1995, "Permiso para matar". Según una encuesta en Lima 87 % de los interrogados rechazaron la ley *(La República*, 19/6/1995). También el gobierno alemán protestó con otros gobiernos de la UE (carta del ex secretario del Estado *Schäfer*, Ministerio de Relaciones Exteriores, 13/7/1995, archivo del autor).

[109] Ver LANDA, 1996, pp. 70 y ss., ver también GAMARRA/MEZA, 1995, pp. 22 y ss.; así como ZÚÑIGA, pronunciamiento, 22/6/1995 (archivo del autor); *IA* 103/Junio 1995/5 y s.

[110] *Ibid.*, pp. 130, 131.

[111] Ver *infra* 3.2.

[112] El juzgado penal 16 de Lima declaró el 19/6/1995, la inaplicabilidad del art. 1° de la ley 26.479 al caso de *Barrios Altos*. Debido a esto se dictó la "ley interpretativa" (GAMARRA/MEZA, 1995, p. 47; *IA* 103/junio 1995/6).

[113] Decisión del 28/4/1997 (en: *El Peruano*, 9/5/1997, pp. 149096 y s.). La demanda data del 6/12/1996 (archivo del autor).

3.1.3. Chile

El dec. ley 2191 *chileno* no exime de la impunidad dispuesta ninguna violación grave de los derechos humanos, con excepción del delito de violación. Más aún, se garantiza un tipo de amnistía general para todos los hechos cometidos en la lucha contra los enemigos del golpe militar, durante el estado de excepción. De ahí que esta norma se encuentre en abierta y crasa oposición con el deber de penalización del derecho internacional y viola especialmente el "derecho a un recurso efectivo". Esto fue confirmado en las decisiones de la ComIDH ya citadas.[114] Su aplicación en procesos penales por violaciones de los derechos humanos ha sido controvertido en Chile hasta hoy. Ese debate nacional debe por consiguiente ser desarrollado por separado.[115]

Por el contrario, la *ley chilena 19.172* —pensada para los (ex)"terroristas"— garantiza la exención de la pena sólo para dos clases de hechos,[116] para los demás sólo prevé una atenuación punitiva. El favorecimiento se encuentra vinculado a estrictas condiciones. Esta ley se corresponde por eso estructuralmente con la ley colombiana 104/1993 y con el dec. ley peruano 25.499.

3.1.4. Argentina

Tampoco *la ley argentina 23.492*, a pesar de haber sido dictada por una legislatura elegida democráticamente, respeta los límites en materia de derecho internacional ya descritos. Exceptúa de la remisión de la pena, al considerarlos como hechos relevantes en el marco de los derecho humanos, solamente los delitos cometidos en contra de los menores de edad pero, por lo demás, se extiende —en forma más amplia que la norma chilena— a todas los delitos cometidos durante la dictadura militar. La violación del derecho internacional la atenúa esta ley, solamente al prever que se debe tomar declaración a los sospechosos, o sea a los inculpados, por lo menos, dentro de los 60 días siguientes a su entrada en vigencia y de este modo que el sobreseimiento del proceso pueda ser evitado. Esta ley también ha suscitado un enérgico debate nacional.[117]

[114] Ver *supra* notas 53 y s., en particular el Informe 25/98, par. 17 y ss. (19): "Los que se beneficiaron con la amnistía... no fueron terceros ajenos sino los mismos partícipes de los hechos..."; también *id.*, par. 72 y ss.

[115] Ver 3.2.1.

[116] Secuestro y asaltos a instituciones del tráfico o similares.

[117] Al respecto *infra* 3.2.2.2.

3.2. Derecho constitucional

3.2.1. La discusión chilena

La jurisprudencia de las altas cortes chilenas y la doctrina predominante sostiene respecto de la aplicabilidad y constitucionalidad del dec. ley 2191 puntos de vista diametralmente opuestos. Mientras que la jurisprudencia aplicaba —por lo menos hasta la reciente decisión en el caso *Poblete Córdova*—[118] el dec. ley 2191 sin consideración alguna a todos los hechos ocurridos en su ámbito de aplicación temporal (ver 3.2.1.1.), la doctrina, cuyos representantes por lo general se encuentran en los respectivos procesos penales del lado de las víctimas de la dictadura militar, rechazan su aplicación con fundamentos de derecho internacional, constitucional y penal (3.2.1.2.).[119]

3.2.1.1. *La posición de la jurisprudencia*

La posición tradicional de la jurisprudencia —contrario a la postura predominante en la doctrina y una nueva tendencia de la jurisprudencia emergente de instancias inferiores (ver más abajo)— se encuentra expresada en un fallo de la Corte Suprema (CS) del 24 de agosto de 1990.[120] En este fallo la CS rechazó un *recurso de inaplicabilidad* presentado por los parientes de las víctimas de violaciones a derechos humanos en contra del dec. ley 2191, al considerarlo infundado. Esta jurisprudencia fue ratificada por la Corte en decisiones posteriores. Es así como consideró infundado, en un fallo del 2 de junio de 1992,[121] el recurso de inaplicabilidad en un caso de homicidio por parte de policías convictos, que reclamaban la aplicación del dec. ley 2191 y por tanto el sobreseimiento de las investigaciones ordenadas. Dice expresamente la CS que, si bien el hecho fue demostrado, cae dentro de la ley de amnistía, sin que exista objeción alguna para su aplicación al presente caso. La CS también encontró aplicable el dec. ley 2191 a favor de personas, que luego del golpe militar habían sido sentenciadas por delitos políticos en cortes militares y que como pena, entre otros, se les habían suspendido sus derechos políticos, especialmente el derecho a voto. En varios casos decidió

[118] CS, sentencia del 9 de septiembre de 1998 (rol N° 895-96 del Segundo Juzgado Militar de Santiago) y sentencia de reemplazo del 9/9/1998, caso de Pedro Enrique Poblete Córdova (ambos archivo del autor).

[119] Cf. Montealegre, 1990; Mera, F., 1989; Bruna, 1991; Guzmán, 1991; Garretón, 1995; (también) Ortúzar, 1991 (sólo desde el punto de vista procesal penal).

[120] CS, sentencia del 24 de agosto 1990 *(Insunza Bascuñan, Iván Sergio)*, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales* (*RDJGT*) 1990 II (tomo 87), segunda parte-sección cuarta, pp. 64-86.

[121] CS, sentencia del 2 de junio 1992 *(Gajardo Leopold, Raúl)*, en: *RDJGT* 1992 I (t. 89), segunda parte-sección cuarta, pp. 87-89.

—confirmando decisiones de la *Corte de Apelaciones*— que la aplicación del dec. ley 2191 a tales condenas dejaba automáticamente sin efecto no sólo la pena principal, sino también las penas accesorias, como por ejemplo la suspensión del derecho al voto.[122] Finalmente la CS en la mayor parte de los procesos por "desapariciones forzadas" de personas aplicó la amnistía y cerró definitivamente los procesos.[123] La jurisprudencia se ha expresado en contra de la aplicación del dec. ley 2191 sólo cuando los respectivos hechos se encuentran fuera de su ámbito de aplicación temporal[124] o cuando un *sobreseimiento provisional* había sido dictado.[125]

Recientemente, la Corte verificó la posicion tradicional, primero en el caso *Lumi Videla*, revocando una decisión del Tercer Juzgado del Crimen de Santiago que ordenó la reapertura del proceso en contra del único inculpado, Oswaldo Romo, ex agente del DINA, y dispusó una orden de captura.[126] El juzgado, junto con el Octavo Juzgado en el caso de *Bárbara Uribe y Edwin van Jurick*, había señalado que los tratados de derechos humanos, ratificados por Chile, prevalecían sobre el derecho interno y prohibían una amnistía como la prevista en el dec. ley 2191. La *Corte de Apelaciones* confirmó esta decisión en septiembre de 1995, sin embargo, la CS la revocó el 30 de enero de 1996.[127]

[122] Cf. *Corte de Apelaciones de Santiago*, sentencia del 24 de septiembre de 1991 *(Osorio Vergara, Herminio contra Director del Registro Electoral)*, en: *RDJGT* 1991 II (t. 88), segunda parte, sección quinta, pp. 321-327 con remisiones a la sentencia de la CS del 4/11/1991; *Corte de Apelaciones*, sentencia del 3 de noviembre de 1992 *(Fuentealba Medina, Luis contra Director del Registro Electoral y Directora del Servicio Nacional del Registro Civil e Identificación)*, en: *RDJGT* 1992 II (t. 89), segunda parte, sección quinta, pp. 333-340 con comentarios y remisiones a la sentencia de la CS del 4/11/1991 y 20/9/1990.

[123] Cf. *FASIC*, 1998, pp. 11 y ss. Ver también los casos *Lumi Videla* (al respecto ya en el texto) y *González de Asis* (decisión del 30/1/1996, inadmisibilidad del recurso de queja, archivo del autor).

[124] Cf. por ejemplo, *Corte de Apelaciones de Santiago*, sentencia del 12 de agosto de 1991 *(Contra Muñoz Lombardi, Mario)*, en: *RDJGT* 1991 I (t. 88), segunda parte, sección cuarta, pp. 94-96.

[125] CS , sentencia del 26 de agosto 1993 *(Caucoto Pereira, Nelson Guillermo)*, en: *RDJGT* 1993 (t. 90), segunda parte, sección cuarta, pp. 94/96. La CS consideró inadmisible en el caso de un "desaparecido" un sobreseimiento *definitivo* del proceso con base en el dec. ley 2191 (art. 408 N° 5, CPP en concordancia con el art. 93 N° 3 CP), como quiera que el proceso ya se encontraba sobreseido *provisionalmente* por falta de pruebas suficientes y hasta tanto no se encontraran nuevas pruebas (art. 409 N° 1 CPP) y el DL 2.191 presupone "la existencia de responsabilidad penal de quienes participaron en los hechos punibles". El proceso se cierra en caso que tales hechos no se puedan probar, pero sólo provisionalmente.

[126] Cf. *Tercer Juzgado del Crimen de Santiago* (homicidio de *Lumi Videla Moya*), rol N° 159.940, sentencia del 26/9/1994 (archivo del autor). Posteriormente, una decisión de una corte militar del 28/11/1994, ordenó la reapertura del proceso por la "desaparición" del congresista socialista *Carlos Lorca* (junio 1975) y dispuso numerosas investigaciones (*IA* 97/diciembre 1994/2 y s.).

[127] CS, Rol 13.597-94, sentencia del 30/1/1996 (archivo del autor; también *El Mercurio*, 31/1/1996).

Fundamentó su decisión en esencia en el hecho de que en Chile jamás se había dado un conflicto armado en el sentido de las Convenciones de Ginebra y que por tanto éstas eran inaplicables. Sobre la cuestión de la aplicabilidad de los tratados en materia de derechos humanos y de su compatibilidad con la amnistía no se expresó la Corte. Dos años despues la CS revocó también la decisión en el caso de *Bárbara Uribe y Edwin van Jurick* confirmando —una vez más— la posición tradicional.[128] La Corte señaló que un proceso penal tiene que ser sobreseido definitivamente "una vez demostrada fehacientemente la existencia y procedencia de la correspondiente causal" de exención de responsabilidad (en este caso el dec. ley 2191). No importa, en este contexto, que el juez según el art. 408 CPP deba agotar la investigación "en orden a establecer plenamente los hechos y circunstancias que le permiten tenerla por configurada".[129] En cuanto a la existencia de un conflicto armado en Chile en los años después del golpe militar (1973 y ss.), presupuesto indispensable de la aplicación del derecho internacional humanitario, la CS hizo su posición más explícita todavía:

> "...no es posible sostener que en el interior del país existieron fuerzas armadas disidentes o grupos organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejercieran sobre una parte del territorio nacional un control suficiente que les permitiera realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, por lo que resulta inaplicable la preceptiva contenida en los tratados internacionales ...que disponen diferentes reglamentaciones en dicho estado de cosas, como son las Convenciones de Ginebra de 1949."[130]

Esta decisión de última instancia parecía hacer evidente que la posición de la CS se mantenía inamovible y así fue una sorpresa —a pesar de los votos disidentes de los ministros Chaigneau y Cury, y del abogado integrante Bullemore en la anterior decisión— que la CS se apartó de la posición tradicional en la reciente decision en el caso *Poblete*. Si bien, la Corte no examinó la cuestión central de la existencia o no existencia de un conflicto armado en Chile y asi dejó abierta su (nueva) posición frente a la aplicabilidad del derecho internacional humanitario,[131] dejó claro —en completa oposición a la jurisprudencia anterior— que el dec. ley 2191 es inaplicable, cuando el autor o la víctima aún no han sido identificados:

[128] CS, sentencia del 19 de agosto de 1998 (rol N° 298-96 del Segundo Juzgado Militar de Santiago), caso *Bárbara Uribe y Edwin Francisco van Jurick* (archivo del autor).

[129] *Ibid.*, considerando 4.

[130] *Ibid.*, considerando 8 (cf. también el 7).

[131] CS, sentencia del 9 de septiembre de 1998 (*supra* nota 118), considerandos 9 y 10.

"Y en el caso de autos la investigación no se encuentra concluida, correspondiendo proseguir las pesquisas para indagar la forma en que ocurrieron los hechos y determinar la identidad de quienes participaron criminalmente en ellos; por lo que al decidir en contrario los jueces de la instancia incurrieron en error de derecho por falsa aplicación de la norma del art. 408, N° 5 CPP, en relación con el art. 93 N° 3 del CP, contraviniendo, asimismo, expresamente el mandato del art. 413 del ordenamiento procesal citado, por cuanto ...surge la necesidad de llevar a efecto las numerosas diligencias decretadas a fs. 811 vta. (etc.)..."

"8°) Que de ello se sigue que para aplicar la amnistía, debe estar igualmente determinada la persona del delincuente en forma clara e indubitada, única manera de extinguir a su respecto la pena que debiera corresponderle por su participación en los sucesos investigados; ..."[132]

En consecuencia, la Corte decretó en la sentencia de reemplazo:

"Que el 19 de julio de 1974 Pedro Enrique Poblete Córdova fue privado de su libertad personal desconociéndose las circunstancias en que ocurrieron los hechos, como la identidad de sus responsables, lo que se mantiene hasta la fecha, debiendo ser tales acontecimientos acuciosa y diligentemente *esclarecidos* por el señor Juez Militar, disponiendo todas las diligencias que tiendan a tal fin, *agotando efectivamente* la investigación, sin que pueda disponerse medida procesal alguna hasta que se logre dicho objetivo."[133]

Por otro lado, la Corte Marcial reabrió temporalmente el 18 de enero la investigación sobre la desaparición del ex subsecretario general de gobierno de la Unidad Popular, Arsenio Poupin, a la espera de nuevas diligencias que permitan esclarecer el caso.[134]

Como consecuencia de esta decisión, la CS revocó el 18 de enero de 1999 la aplicación de la Ley de Amnistía en el caso *Flores* y ordenó reabrir el mismo que ya había sido cerrado el 30 de septiembre de 1997 por las cortes militares chilenas. Así la Corte confirmó la nueva posición relativa a que los casos de derechos humanos no pueden ser cerrados antes de identificar a los autores del crimen investigado.

[132] *Ibid.*, considerandos 7 y 8.

[133] Sentencia de reemplazo del 9 de septiembre de 1998 (*supra* nota 118), destacado del autor.

[134] Poupin fue arrestado el día que se produjo el golpe militar y fue visto con vida por última vez el 13 de septiembre de 1973 en el Regimiento Tacna, donde fue llevado por sus captores. Ver <www.derechoschile.com> con base en *El Mercurio et al.*, 19/1/1999. Ver también *NA*, 15/2/1999, p. 8.

Finalmente, en julio de 1999 la CS ratificó el procesamiento de un general retirado y cuatro ex oficiales del Ejército acusados de secuestro calificado cuando integraban la denominada "Caravana de la Muerte" que ejecutó a 72 personas en 1973.[135]

Sin embargo, en otros casos —cuatro hasta noviembre de 1998[136]— la CS confirmó la vieja jurisprudencia y, en todo caso, nunca cuestionó la no aplicabilidad del derecho humanitario al caso chileno.[137] Así, los recientes fallos en contra de la amnistía se deben más a la nueva composición de la Segunda Sala de la Corte que a una nueva posicion institucional de la Corte. En este sentido afirma *Roberto Garreton*, abogado de la Vicaría de Solidaridad antes de su cierre e íntimo conocedor del tema:

"14. La sentencia de la Corte Suprema en el caso *Poblete Córdova* fue una excepción, dado que la Corte había aplicado constantemente la amnistía en casos previos para cerrar las investigaciones. La sentencia no significó un cambio significativo en la aplicación de la autoamnistía. De acuerdo a la legislación chilena, la sentencia de la Corte Suprema sólo es válida para el caso en cuestión, y no constituye un precedente obligatorio. La tendencia abrumadora de los tribunales chilenos ha sido la de aplicar la ley de amnistía sin hacer referencia al derecho internacional, aunque existen diferencias de opinión en la judicatura sobre el valor de las normas internacionales."[138]

Además, el 11 de noviembre de 1998, el Ministerio de Relaciones Exteriores chileno solicitó a la Corte que nombrara a uno de sus Ministros para investigar a Augusto Pinochet (en sustitución del juez Guzmán que encontró demasiados obstaculos). El Ministerio argumentó que los hechos investigados por el juez Guzmán estaban siendo investigados también por tribunales

[135] El ingeniero Nelson Flores fue asesinado a los 29 años de edad durante un allanamiento el 2 de octubre de 1973. Ver <www.derechoschile.com> con base en *El Mercurio et al.*, 19/1/1999. Ver también *NA*, 15/2/1999, p. 8 y Agencia *EFE*, 20/7/1999 <www.derechos.org./nizkor/chile>

[136] Estos casos son *Ziede Gómez* (Rol N° 293-97, 16 de septiembre de 1998); *López Stewart, Enríquez Espinosa, Eltit Contreras, Acuña Reyes* (Rol N° 564-95, 13 de octubre de 1998); *Martínez Hernández* (Rol N° 477-97, 11 de noviembre de 1998), y *Quiñones Lembach* (número de Rol y fecha desconocidos).

[137] Ver ya *supra* nota 127 y 128.

[138] Declaración del Embajador Roberto Garretón, Santiago de Chile, 28/1/1999, N° 14 <www.derechoschile.com>. Ver también *NA*, 15/2/1999, pp. 1 y 8 donde la abogada Julia Urquieta afirma: "Estos fallos son destacables, pero esa jurisprudencia no es una constancia en el Poder Judicial. La actitud de la justicia no ha variado sustancialmente tras el arresto de Pinochet...". Ver también *CAJ*, 1999, pp. 35 y s.

extranjeros (especialmente españoles), cuya jurisdicción fue impugnada por el Gobierno chileno, generando un conflicto que "afecta gravemente las relaciones internacionales de la República con esos Estados". La CS rechazó esta petición dos días más tarde por 13 votos en contra y 3 a favor. La Corte dictaminó que las relaciones de Chile con España no se veían afectadas por estos crímenes.[139]

Todo esto no sorprende si se toma en cuenta que el régimen militar de Pinochet recibió la aprobación inmediata de la CS despues del golpe del 11 de septiembre de 1973. A pesar que el dec. ley 1° de la Junta Militar declaraba que sólo se respetarían las decisiones judiciales y la Constitución en la medida en que fueran coherentes con los objetivos de la Junta ("en la medida en que la actual situación del país lo permita para el mejor cumplimiento de los postulados que ella se propone"), la Corte, en una declaración oficial del 13 de septiembre de 1973, expresó "su más íntima complacencia" con la actitud del régimen militar hacia la judicatura.[140]

3.2.1.2. *La posición en la doctrina*

La discusión doctrinaria ciertamente va más allá de las restricciones derivadas del derecho internacional y trae a colación otros argumentos en contra del dec. ley 2191, los cuales se analizarán a continuación, incluidos los contra-argumentos (tradicionales) de la CS.

En primer lugar, se cuestiona desde el punto de vista *formal* si el dec. ley 2191 es una ley en el sentido del art. 60 N° 16, en concordancia con el art. 62 de la Constitución. Como ya se analizó, la Constitución presupone la participación del Senado, esto es, exige una ley formal.[141] El dec. ley 2191 fue dictado, empero, por la Junta Militar, esto es, por un gobierno *de facto* compuesto por militares. En realidad, la Junta se apropió, al momento de su conformación, mediante los dec. leyes 126/1973 y 527/1974, de competencias legislativas y constitucionales, a pesar de carecer de la necesaria legitimación democrática para dictar una ley formal, especialmente una amnistía. Si el ejercicio de potestades excepcionales de carácter legislativo era ya dudosa desde el punto de vista constitucional, el dictado del dec. ley 2191 sin la participación del Senado, no deja lugar a dudas sobre su inconstitucionalidad —en vista del claro tenor de las disposiciones correspondientes.[142] La CS reconoció esto indirectamente, cuando resolvió que el dec. ley 2191: "...no es por su origen estrictamente una ley, pues no emanó de los órganos legislativos ordinarios y regulares del Estado..."[143]; coetáneamente la Corte se sometió, empero, a la fuerza normativa de los hechos, al reconocer al dec. ley 2191, merced a la *reivindicación* del poder *político*-constitucional de la Junta, "los mismos efectos" que una ley.[144] Esa reivindicación del poder, no puede, sin embargo, subsanar la inconstitucionalidad formal del dec. ley 2191.

Mucho más importantes son las *consideraciones materiales* en contra del dec. ley 2191. Su *violación al derecho internacional* ya fue explicada.[145] Por medio de las citadas decisiones de los Juzgados de primera Instancia esta posición doctrinaria tuvo también una aprobación judicial. Sin embargo, mientras que no se reconozca también por parte de la CS la aplicación interna y la prevalencia de las normas del derecho internacional correspondientes[146] y no se forme una opinion definitiva sobre la existencia de un conflicto armado en Chile —la CS dejó abierto la cuestión en Poblete—[147] queda sin resolverse la aplicabilidad del art. 3° común de las Convenciones de Ginebra (CG) y del Protocolo Adicional (PA) II. Como ya se expresó, existe un "conflicto armado no internacional" en el sentido de esas disposiciones, cuando:

> "el gobierno y los alzados en armas se encuentren en *hostilidades colectivas mediante el empleo de armas.* El gobierno... emplea las fuerzas armadas... Los alzados en armas llevan a cabo su lucha... en la forma en que se desarrollan las verdaderas operaciones militares."[148]

Una situación semejante sin embargo no se presentó jamás en Chile. La oposición *armada* conformada luego del golpe al gobierno elegido de-

[139] Ver *ibid.*, N° 31.

[140] Ver *ibid.*, N° 6: "En total, desde 1973 hasta nuestros días, se iniciaron unas 5.000 acciones judiciales relacionadas con violaciones de los derechos humanos. Sin embargo, en más de 25 años, sólo en doce casos se dictó sentencia condenatoria. En ninguno de estos 5.000 casos se investigó la responsabilidad de Pinochet".

[141] Cf. cap. I, 3.2.1.1.

[142] Art. 60 (N°16) designa la amnistía como "materia de ley", que de conformidad con el art. 62 debe ser aprobada por el Senado.

[143] CS, 24 de agosto 1990 (*supra* nota 120), p. 72.

[144] *Ibidem.*

[145] Cf. 3.1.; también MERA, 1989, pp. 73 y s.; MONTEALEGRE, 1990, p. 28; GUZMÁN, 1991, pp. 119 y ss.; cf. también QUINN, 1994, pp. 925 y s. con más referencias a los autores chilenos.

[146] Cf. CS, 24 de agosto 1990 (*supra* nota 120), pp. 77 y s.

[147] Ver *supra* nota 131 y texto correspondiente.

[148] GASSER, 1993, p. 574 (destacado en el original; ver ya cap. II, 2.3.1.2.). Asimismo SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN-JUNOD, 1986, notas al pie 4338 y ss., aquí nota al pie 4341: "L'expression 'conflit armé' donne une indication importante..., car elle pose un critère matériel: l'existence d'hostilités ouvertes entre forces armées dotées d'une certaine organisation... les tensions internes, caractérisés par des actes isolés ou sporadiques de violence, ne constituent pas des conflits armés au sens juridique..." (nota omitida).

mocráticamente permaneció aislada y jamás pudo amenazar seriamente a la Junta.[149] Además de esto, la repetida invocación al *estado de sitio,* al que las decisiones de los jueces inferiores dejaron de lado en forma especial,[150] no modificó la situación. De este modo sencillamente se *fingió legalmente* un conflicto interno, que sin embargo no pudo cambiar la situación *material o fáctica.* En esto la posición de la CS —últimamente confirmada en *Uribe y van Jurick* con una determinación convincente respecto a la cuestión—[151] es correcta a pesar de que su tesis de que los estados de excepción habían sido decretados para evitar un "conflicto armado" en el sentido de las CG es dudoso.[152]

No debe tampoco pasarse por alto que las disposiciones relativas a un "conflicto armado no internacional" no prevén directamente un deber de penalización de las "infracciones graves", esto quiere decir, que tampoco puede hacerse derivar de su fundamentación una prohibición de conceder amnistías. Algo distinto resulta cuando el deber de penalización, que se genera para las partes en un conflicto internacional, se traslada a un conflicto no internacional. Este argumento, aunque sostenido, por ejemplo, por el juez Abi-Saab en la decisión sobre competencia en el caso *Tadíc* ante el ICTY, no encontró el apoyo de la mayoría de la Cámara de Apelaciones que más bien fundamentó deberes de penalización con base en el derecho consuetudinario (art. 3° Estatuto ICTY).[153] En última instancia, no se requiere de una remisión expresa a las CG para justificar un deber de penalización o, por reflejo, fundar de allí consecuentes límites previstos en el derecho internacional en relación con las leyes de amnistía. Aquéllos provienen ya de los instrumentos universales y especiales en materia de derechos humanos[154] y como principios generales del derecho de un sinnúmero de fuentes generales y especiales.[155]

Además, la doctrina ha llamado la atención sobre la *violación, a través del dec. ley 2191, a derechos humanos y fundamentales garantizados*

[149] Cf. Ambos, 1997e, pp. 94 y ss.
[150] *Juzgado* (*supra* nota 126), pp. 2-4.
[151] Ver *supra* nota 130 y texto correspondiente.
[152] CS (*supra* nota 127), pp. 1 y ss. Cf. también CS, 24 de agosto 1990 (*supra* nota 120), p. 77 así como la presentación del juez Valenzuela del proyecto de decisión del 16/11/1992 (caso *Chanfreau*), en: *RDJGT* 1992 (t. 89), segunda parte, sección cuarta, pp. 240 y s. También confirmado en CS, sentencia del 19 de agosto de 1998 (*supra* nota 128), considerandos 7 y 8.
[153] Ver ya *supra* cap. II, 2.3.1.3.
[154] También la jurisprudencia chilena parte de los tratados en materia de derechos humanos de carácter universal PIDCP, CIDH —y en especial la Convención en contra de las torturas de la ONU— (cf. CS , 24 de agosto 1990, *supra* nota 120, pp. 77 y s.; *Juzgado* (*supra* nota 126), pp. 16 y ss.; CS, *Poblete Córdova, (supra* nota 118, considerando 2).
[155] Cf. ya *supra* cap. II, 2.2. y 2.3.

constitucionalmente.[156] De una parte, se ha alegado que la ley viola el derecho a la vida y a la inviolabilidad personal así como el derecho a la libertad (art. 19 N^{os}1° y 7° de la Constitución), al impedir la penalización de los correspondientes hechos. De otra parte, se presenta una violación al principio de la igualdad (art. 19 N° 2° de la Constitución), toda vez que el dec. ley 2191 favorece solamente a un determinado grupo de autores, principalmente a los órganos de seguridad. La CS ha rechazado —a pesar de la jurisprudencia de la ComIDH—[157] estas observaciones. El carácter de la amnistía consagrada constitucionalmente como medida general de cesación del procedimiento se opone a las limitaciones del dec. ley 2191 exigidas por los reclamantes.[158] En otras palabras, la Constitución permite desde el punto de vista material una amnistía sin restricción alguna. Además, de acuerdo con la CS, el dec. ley 2.191 tampoco contraviene el principio de igualdad, como no está configurado "ni personal ni individualmente sino que es en esencia general y se encuentra relacionado directamente con los hechos punibles".[159]

Esta opinión no es sostenible ni normativamente, ni desde el punto de vista de un Estado de derecho. El art. 1° del dec. ley 2191 se relaciona con hechos, que se cometieron durante el estado de excepción comprendido entre el 11/9/1973 y el 10/3/1978. Por tanto se trata de hechos que se cometieron directamente luego del golpe militar, durante la primera fase de represión generalizada. Además, sólo se favorecieron los autores, en contra de los cuales no se había realizado investigación alguna y que tampoco habían sido sentenciados. Esta descripción típica se adecua sin excepción a los miembros de las fuerzas armadas. El art. 2° del dec. ley 2191 incluye también personas que luego del 11/9/1973 habían sido sentenciadas por la justicia militar. Entre éstas se encuentran personas (de la oposición), casi todas en el exilio, cuya pena se había modificado por la de destierro. Esto, empero, duró el tiempo necesario hasta que, de conformidad con el art. 5° del dec. ley 2191 en concordancia con el dec. ley 81 (1973), fue concedido el respectivo permiso de entrada, por parte del Ministerio del Interior. Esto ocurrió sólo en unos pocos casos.[160] Así, el dec. ley 2191 favoreció *de hecho* a los miembros de los órganos de seguridad; otros casos, ya citados aquí, fueron tolerados por la

[156] Cf. Mera 1989, pp. 71 y ss.; Guzmán, 1991, pp. 116 s. Así como la sustentación del quejoso en: CS, 24 de agosto 1990 (*supra* nota 120), p. 69.
[157] Ver *supra* notas 53 y s.
[158] Cf. CS, 24 de agosto 1990 (*supra* nota 120), especialmente pp. 75 y s.
[159] CS, 24 de agosto 1990 (*supra* nota 120), p. 75.
[160] Cf. Mera, 1989, p. 72.

Junta Militar inicialmente como un fenómeno adicional y posteriormente fueron aceptados como prueba oportuna de la general aplicabilidad del dec. ley 2191. Si gracias a esos hechos el dec. ley 2191 puede ser designado como (solapada) amnistía individual, autoamnistía o "autoperdón", como hace la doctrina predominante,[161] es una cuestión puramente terminológica.[162] *De hecho* el dec. ley 2191 representa una autoamnistía inadmisible en el marco del derecho internacional.

Como problema de la protección de la propiedad (art. 19 N^{os} 23, 24 de la Constitución) se discute si existe el derecho a una *indemnización* a causa de violaciones a los derechos humanos basado en el derecho civil. La CS ha negado en el fallo citado la influencia del dec. ley 2191 sobre este derecho, porque "...los efectos de la amnistía se producen sólo en el orden de lo penal y no se extienden a las consecuencias... civiles...".[163] De ahí que la CS pase a propósito por alto los —ya señalados— problemas prácticos, que se plantean en la imposición procesal de pretensiones civiles, cuando se desconocen los autores.[164] En el proceso penal al Estado le incumbe la individualización de los autores de los hechos punibles; a tal efecto, dispone de la totalidad del aparato de investigación policial. A los demandantes, esto es, a las víctimas de la violación a los derechos humanos, por el contrario, en los procesos civiles no les es posible por lo general individualizar por su cuenta a los demandados, esto es a los autores criminales. Su demanda no será admitida por carecer de contraparte. Una demanda presentada directamente en contra del Estado no es habitualmente posible por la subsidiariedad de tales pretensiones.

De ahí surge la cuestión acerca de si a los jueces —a pesar de la aplicabilidad del dec. ley 2191— les incumbe un *deber procesal de investigación* hasta la determinación de los autores de los hechos (en el sentido de la

[161] Cf. GUZMÁN, 1991, p. 117; *Mera*, 1989, pp. 71 y s.; MONTEALEGRE, 1990, pp. 28 y s.; QUINN, 1994, pp. 918 y s.

[162] Cf. sólo MARXEN, 1984, p. 36, refiriéndose en oposición a lo expresado por la Corte Constitucional alemana al *espíritu* del legislador: "Se puede considerar violada la prohibición de la amnistía individual sólo cuando el legislador quiere abarcar con una amnistía de manera determinada y concreta un caso individual conocido por él, o a un determinado grupo como un caso individual" (traduc. del alemán).

[163] CS, 24 de agosto 1990 (*supra* nota 120), p. 78. De manera bastante interesante expresó el gobierno chileno en sus informes al Consejo de Seguridad de la ONU, que la CS habia determinado que los hechos comprendidos en el dec. ley 2191, cualquiera que fuese su *naturaleza jurídica*, no podían ser reclamados (*Report of the HRC*, volume I, GA, 45th session, supplement N° 40, Doc-ONU A/45/40, par. 175).

[164] Cf. BRUNA, 1991, pp. 109 y ss.

"doctrina Aylwin", denominada así por el presidente de ese entonces)[165] —o si de inmediato puede sobreseer el proceso a causa de la falta de un sospechoso individualizado—.[166] La discusión es importante, justamente por la necesidad de individualizar el autor o los autores, para que se abra camino la pretensión civil de una indemnización. Esto gira alrededor de algunas disposiciones del CPP, que se deben citar aquí brevemente. De acuerdo con el art. 107 CPP el juez debe probar de oficio, "antes de proseguir la acción penal", si la responsabilidad penal del acusado no se ha extinguido. Esto puede ocurrir a través de una amnistía, lo que representa un sobreseimiento definitivo (art. 408 N° 5, en concordancia con el art. 93 N° 3 CP). En realidad, el "sobreseimiento definitivo" puede ser ordenado sólo "cuando se ha agotado la investigación que tenía por objeto precisar el *corpus delicti* y determinar los autores" (art. 413 CPP). Así, el juez, también en los casos de amnistía, debe continuar con la investigación hasta la determinación del autor y los medios de prueba. Otros, por el contrario, sostienen que el art. 413 CPP sólo representa una *lex generalis* que es desplazada por las disposiciones que ordenan el sobreseimiento y otras consecuencias jurídicas en el caso de una amnistía (además del art. 408 N° 5, el art. 433 N° 6, en concordancia con el art. 405, el art. 445 y art. 441 CPP) debido al carácter de *leges specialis* de estas últimas.

Esto no puede ser aceptado. En el caso de las citadas disposiciones se trata de excepciones procesales, que se deben hacer valer dentro del proceso y sobre las cuales el juez decide mediante un pronunciamiento especial (ver el art. 433 N° 6, art. 441 y art. 445 CPP). El art. 405 CPP simplemente se refiere a la etapa procesal de instrucción, pero no prohíbe la suspensión de las investigaciones en caso de existencia de una de las excepciones previstas en el art. 433 CPP. No parece razonable, ni desde el punto de vista sistemático del CCP ni del tenor de esas disposiciones, el considerar que éstas deberían oponerse al deber procesal de investigación previsto en el art. 413 CPP. Más aún, esta disposición se encuentra en el párrafo relativo al sobreseimiento del proceso (Libro 2°, Parte 1, Título 7 del CPP) y representa por tanto la regla especial sobre la causal de sobreseimiento prevista en el art. 408 N° 5 CPP. El argumento presentado por la CS frente a la aplicabilidad del art. 413 CPP, de que éste presupone un "delito", que la amnistía eventualmente "borra",[167] tampoco es convincente. De acuerdo con el art. 93 N° 3 CP la amnistía genera (sólo) la exención de la "pena", mas no la del delito. Esto se deduce necesariamente del concepto de hecho punible, o sea, del delito como descripción de determinadas circunstancias, a las que la ley le atribuye

[165] *HRW/A*, 1994a, p. 3; TRONCOSO, 1995; GUZMÁN, 1991, pp. 122 y s.

[166] Así ORTÚZAR, 1991, pp. 131 y ss.

[167] CS, 26 de agosto 1993 (*supra* nota 125), p. 99.

una consecuencia jurídica. Consecuencia jurídica, que en todo caso, puede ser modificada o anulada, mas no las circunstancias que le sirven de base. Esto pertenece a la realidad, y también es resistente a toda modificación jurídica; puede en todo no ser acreditado por falta de pruebas suficientes. En otras palabras: como disposiciones de carácter procesal, el art. 413 entiende por delito las circunstancias reales de hecho (*Lebenssachverhalt*) que lo fundamentan, que pueden ser o no probadas, así como la individualización o no de los autores.[168]

La disposición introducida posteriormente —mediante la ley 18.857 del 6/12/1989— apoya esta argumentación en el art. 279 bis del CPP. Éste permita al juez prescindir de una orden de detención, cuando existe una causal de sobreseimiento de conformidad con el art. 408 N^{os} 4 a 7 CPP, "sin perjuicio de continuar con las indagaciones del sumario hasta agotarlas". Esto hace referencia al art. 413 CPP y en forma expresa confirma, que determinadas causales de sobreseimiento —dentro de las cuales se encuentra la amnistía— no conllevan en forma automática el cierre de las investigaciones. Más aún, del art. 413, en concordancia con el art. 279 bis del CPP, se puede concluir en que el juez, por lo menos, debe presentar los resultados de la investigación de los hechos y los autores. Desde el punto de vista fáctico, sólo de esta manera es posible asegurar la necesaria individualización de hechos y autores —y con esto de los posibles demandados— que se requiere para el proceso civil. Esta posición de la doctrina —agotarse la investigación, en particular determinar el hecho cometido, el delincuente presunto y los paraderos de la víctima desaparecida— fue confirmada por la ya citada decisión de la CS en el caso *Poblete*.[169] Además, en las discusiones sobre una reforma de las disposiciones sobre cierre definitivo de las investigaciones, que se llevaron a cabo a finales de 1995 entre el gobierno y la oposición, se interpretaron los art. 413 y 279 bis del CPP en el sentido de un deber de investigación: el proyecto original de la oposición estaba a favor del art. 413 CPP, el proyecto acordado excluyó la aplicación del art. 279 bis CPP.[170]

[168] Además, la argumentación de la CS es también contradictoria, como en otra situación (*ibidem*, p. 96) afirma que el art. 1° del dec. ley 2191 presupone la existencia de un hecho punible. ¿Para luego "borrarlo"?

[169] CS, 9 de septiembre de 1998 (*supra* nota 118), ver al respecto notas 132 y s. y texto correspondiente. Ver también *Juzgado* (*supra* nota 126), pp. 20 y ss.; también la opinón del fiscal del 12 de julio de 1996 ante la CS el 12 de julio de 1996 en el caso *Uribe y Van Jurick, supra* nota 128 (archivo del autor).

[170] Ver el proyecto original del presidente Frei del 22/8/1995 ("Proyecto de Ley que fija normas para contribuir efectivamente al esclarecimiento de la verdad en torno al destino de los detenidos desaparecidos y otros casos sobre derechos humanos") y el proyecto de "compromiso" de noviembre de 1995 del ex ministro del Interior, el cristiano demócrata Figueroa, y del ex senador del RN, Otero (*IA* 106/noviembre 1995/3; *LARR-SC*, 30/5/1996, p. 7; *El Mercurio*, ed. internacional, 24/4/1996, pp. 1 y s.; *FASIC*, 1996, pp. 5 y ss.). Más detallado: Ambos, 1997 e, 109 y s., 153 y s.

Desde un *punto de vista de política criminal* el dec. ley 2191 ha encontrado el rechazo predominante en la doctrina. *Montealegre,* por ejemplo, ha sostenido en forma enfática:

> "Repugna a la moral el que los propios culpables de los crímenes se hayan autoamnistiado. Y desde un punto de vista político, sería un pésimo precedente y legado del gobierno militar a la futura democracia. Estarían probando con ello las Fuerzas Armadas que sus integrantes están en última instancia al margen de los principios y reglas que rigen a la sociedad civil. Quería decir que tales integrantes pueden darse normas de conductas de carácter criminal en situaciones que ellos califiquen como de emergencia, y que después ellos mismos pueden autoexculparse. Si se ha hecho una vez esta experiencia con éxito, ella se puede repetir. Es el triunfo total de la militarización del poder...".[171]

Otros denuncian el rechazo del pueblo contra una medida semejante de "impunidad" y temen que "...un acto de arbitrariedad de esta índole, más que pacificación, dejará una secuela de discusiones y resentimientos generadores de revanchas y represalias".[172]

3.2.2. La discusión argentina

El debate argentino sobre la *ley de punto final* (23/12/1986) fue eclipsada a causa de la aprobación, pocos meses más tarde, de la *ley de obediencia debida* (4/6/1987), que por muchos fue vivida como "verdadero" *punto final.* Así, sólo dos autores independientes se han ocupado de la *ley de punto final* desde el punto de vista de la dogmática penal (3.2.2.1.). Una animada discusión académica generaron —junto a la *obediencia debida*—[173] los indultos otorgados por el presidente Menem (3.2.2.2.).

3.2.2.1. *La ley de punto final*

La singular y complicada norma requiere, en primer lugar, una *aclaración terminológica.* ¿Se trata de una prescripción o de una amnistía? Mientras que las normas de prescripción están ligadas con el momento de la comisión del hecho, y por tanto (también) abarcan hechos futuros, de carácter individual, la amnistía es aplicable retroactivamente, vinculando hechos de naturaleza general ya cometidos, independientemente de la fecha de su comisión. Existe en realidad una similitud estructural entre ambos institutos, en tanto que ambos excluyen la acción penal en un determinado momento, por el

[171] Montealegre, 1990, p. 28; cf. también Mera, 1989, p. 70.

[172] Por ejemplo, Guzmán, 1991, p. 118.

[173] Al respecto ver cap. V, 2.5.2.

cumplimiento de la prescripción o la entrada en vigor de la ley de amnistía;[174] empero, se diferencian fundamentalmente en el punto de vinculación temporal:

> "... el 'olvido' de la amnistía es la pretensión o el intento de olvidar realmente lo que sucedió; el 'olvido' de la prescripción es sólo el fundamento especulativo (teórico) de una institución que utiliza el transcurso del tiempo para regular el máximo posible de duración de la persecución penal y, con ello, de la posibilidad de aplicar una pena."[175]

La amnistía "olvida" los hechos pasados con miras a lograr la pacificación de la sociedad. La prescripción expresa la idea general de que puede ser renunciada la persecución penal ante un hecho de determinada gravedad si luego de determinado tiempo el autor no fue sometido a una pena, porque las consideraciones preventivas de carácter especial dejan de exigir una sanción. Los problemas prácticos, como por ejemplo las dificultades probatorias, pueden también jugar un rol.[176] De esa delimitación se concluye que en el caso de la *ley de punto final,* como lo expresa *Sancinetti,* se trata de "...una gracia para los hechos pasados ...en el ámbito de una amnistía,[177] o, de acuerdo con *Maier,* "verdaderamente de una amnistía".[178] Como tal, se le aplican a la ley los límites de la amnistía en el derecho internacional y constitucional.

Respecto de su *incompatibilidad con el derecho internacional* es válido lo ya expresado.[179] En particular, se debe resaltar que en Argentina tampoco es posible la aplicación del art. 3° común de la CG y del PA II, a causa de la debilidad y poca organización de la oposición armada.[180] Ello no resulta, sin embargo, necesario en vista de los claros límites que emanan de las restantes normas del derecho internacional para el caso de graves violaciones a los derechos humanos.

Tal límite fue deducido por la doctrina también del *art. 29 de la Constitución.*[181] Esta disposición le prohíbe al Congreso concederle al Ejecutivo "facultades extraordinarias", "la suma del poder público" o "la supremacía". Tiene por

[174] SANCINETTI, 1987a, pp. 118 y s.

[175] MAIER, 1987, p. 145; explícitamente SANCINETTI, 1987a, p. 121: "... La prescripción es siempre una referencia a un lapso transcurrido entre el momento de la comisión del hecho (o entre el momento de una causa de interrupción de la prescripción) y aquel en el cual se extingue la acción... La amnistía no opera en función del mayor o menor tiempo transcurrido *desde* la comisión del delito" (destacado en el original). Igualmente SANCINETTI/FERRANTE, 1998, p. 129 [2.3.B) 3) b)].

[176] MAIER, 1987, p. 143; SANCINETTI, 1987a, p. 120.

[177] SANCINETTI, 1987a, p. 124.

[178] MAIER, 1987, p. 145; también 1995, p. 153.

[179] Cf. *supra* 3.1. y los comentarios sobre el dec. ley 2191.

[180] Cf. también el dictamen sobre las desapariciones en Argentina en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal,* n° 8C, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 441-481.

[181] Cf. sólo SANCINETTI, 1987a, pp. 134 y ss.

objeto evitar que "la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced del gobierno o persona alguna". Esta disposición es producto de la experiencia histórica y tiene por objeto prevenir cualquier abuso del poder por parte del Ejecutivo así como asegurar la división y la independencia de los poderes estatales. La CS ha visto en esa disposición una restricción de las facultades legislativas también respecto de una amnistía y ha expresado que una amnistía "carecería totalmente de validez", en caso que ella abarcara los hechos descritos en el art. 29.[182] Menos claro está, sin embargo, cuál o cuáles hechos contempla el art. 29. *Sancinetti* cree que la disposición de todos modos puede ser intepretada en el sentido de que los delitos que se cometen en el ejercicio de un poder totalmente prohibido constitucionalmente no pueden ser amnistiados.[183] Deja, sin embargo, pendiente si se trata de todos aquellos delitos cometidos por quienes se han atribuido de manera ilegal la "suma del poder público", o sólo de todo acto terrible del poder estatal en el marco del "terrorismo de Estado".

Si bien, esta pregunta no puede ser respondida de manera definitiva, parece obvio la violación del *principio de igualdad* y la *prohibición de la arbitrariedad* a través de esta ley. Como ocurre en el caso del dec. ley 2191 chileno, se trata aquí también de una amnistía individual (encubierta), que favorece a un determinado grupo de autores, principalmente a los miembros de las fuerzas armadas.[184] El proyecto de ley original era inequívoco en tanto que en su art. 1° expresamente vinculaba a "los miembros de las fuerzas armadas, seguridad, policía y de ejecución".[185] En la versión aprobada vigente de la ley permanece la vinculación al hacer referencia al art. 10 de la ley 23.049 (art. 1°, inc. 1°), o bien, a los "delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política" (art. 1°, inc. 2°), sin citar expresamente a los beneficiados. Empero, tampoco esa versión cambia en nada los privilegios concedidos a las fuerzas de seguridad, pues la comisión de los hechos en cuestión incumbió a ellos exclusivamente.

La distinción arbitraria entre miembros de las fuerzas armadas y otros autores criminales no representa el único ejemplo de trato desigual previsto en la ley de punto final. El plazo procesal de 60 días para recibir declaración a un sospechoso y poder aplicar la exención de la acción penal, conduce —aparte de otros tratos desiguales menos llamativos o importantes—[186] a

[182] *Fallos CS,* t. 234, p. 16 (citado en SANCINETTI, 1987a, pp. 134 y s.).

[183] SANCINETTI, 1987a, especialmente p. 135: "Si, en verdad, conceder un poder que esté más allá del bien y del mal es no amnistiable, el ejercicio del poder tampoco puede serlo".

[184] MAIER, 1987, pp. 149 y ss.; SANCINETTI, 1987a, pp. 137 y ss.

[185] Publicado en SANCINETTI, 1988, p. 241.

[186] Cf. al respecto los ejemplos de MAIER, 1987, pp. 151 y s.; MALAMUD-GOTI/ENTELMAN, 1987, p. 345. Difícil de justificar es, por ejemplo, también la diferenciación entre actores, que iniciaron la comisión de un hecho en el lapso histórico previsto en la ley por tanto quedan eximidos de toda pena, y aquellos que posteriormente o con anterioridad iniciaron la comisión de los mismos hechos.

una distinción ampliamente arbitraria. De ahí que se diferenciara entre aquellos sospechosos que pueden aún ser interrogados en el tiempo previsto en la ley, de modo tal que no entren a operar los obstáculos a la acción penal, y aquellos para los cuales los 60 días sin emplazamiento "sobrepasan" y por consiguiente no pueden ser perseguidos penalmente. Esta diferencia no puede justificarse con base en la gravedad y forma de los hechos —se trata siempre de los mismos— sino, simplemente, en forma más o menos contingente, con base en la situación procesal. La CS argentina, ya en 1905, había considerado incompatible un criterio de este tipo "...con los propósitos útiles o políticos de la amnistía, con el carácter general de las leyes de esta clase y con el principio de igualdad...".[187]

A esto se debe añadir que en el caso de la *ley de punto final*, se trataba de sospechosos que pertenecían a los grupos favorecidos en la ley, esto es, a las fuerzas de seguridad. Esto genera el peligro de una diferenciación entre aquellos sospechosos que (todavía) deben someterse al proceso penal y por tanto son colocados en el papel de "chivos expiatorios" y aquellos otros, que pueden ser eximidos de la persecución penal. Sin embargo, este tipo de efectos que provoca inquietud y malestar en las fuerzas armadas, debió haber sido justamente evitado por la ley.

La remisión al art. 10 de la ley 23.049, que exige como motivo del hecho la represión del "terrorismo",[188] o "delitos vinculados con el establecimiento de formas violentas de la acción política", torna *subjetivos* los presupuestos del tipo del art. 1°. El autor debe demostrar una determinada intención pues sólo un acto objetivo con un motivo *subjetivo* de combatir el "terrorismo" le genera al autor el privilegio de la amnistía. Que de este modo, como generalmente ocurre en el caso de la determinación de hechos subjetivos, se presenten considerables dificultades prácticas de tipo probatorio, no requiere de mayores explicaciones.[189] Lo que sí es importante es que de ese

[187] *Fallos CS*, t. 102, p. 43 (citado en SANCINETTI, 1987a, 137 y s.; también en MAIER, 1987, p. 150).

[188] Cf. Art. 10, inc. 2° de la ley 23.049 del 9/2/1984 *(Legislación Argentina*, t. 1984-A, pp. 6 y ss.): "...en las operaciones emprendidas con el *motivo alegado* de reprimir el terrorismo" (destacado del autor).

[189] Esas dificultades deben superar incluso aquellas "normales" que se presentan en la determinación de los motivos generales de las circunstancias subjetivas (dolo y negligencia), como se trata aquí de un motivo subjetivo especial. Este argumento, sin embargo, no debe ser malentendido en el sentido de que aquí se habla en favor de una objetivización del proceso penal con la consecuencia de apartarse de un derecho penal de culpabilidad (*Schuldstrafrecht*). Sencillamente se quiere mostrar que el legislador argentino no trabajó "limpiamente", ya que en realidad lo que quiso fue sentar un "punto final" objetivo. El debería haber renunciado también —de acuerdo con sus intenciones— a la inclusión de los motivos circunstanciales subjetivos.

tratamiento subjetivo se genera fácticamente un *deber procesal de investigar*,[190] y en verdad también en aquellos casos en los que la denuncia, o bien la primera declaración, tenga lugar vencido el plazo de los 60 días. La determinación de los mencionados motivos es el presupuesto material-típico de aplicación del art. 1° y por tanto también el presupuesto de la validez del plazo de 60 días. La CS afirmó en un caso de delitos de estudiantes, que una amnistía —dictada en ese entonces— para los hechos "cometidos con ocasión de movimientos estudiantiles", no abarcaba aquellos hechos que se hubieran cometido por "motivos puramente políticos".[191] Lo mismo debe ser válido respecto de la *ley de punto final*, en el sentido de que su art. 1° no abarque los hechos cometidos en el tiempo histórico citado, en tanto que éstos estuvieren motivados por "razones puramente personales". En la práctica judicial esto no se ha tenido en cuenta y los jueces casi no se han tomado el trabajo de investigar los "motivos" de los favorecidos por la *ley de punto final*.

El debate *político-criminal* de la *ley de punto final*, como ya se expresó, fue dejado atrás con el dictado de la *ley de obediencia debida*. En los círculos de derechos humanos existió la conocida crítica de que la ley, antes que la pacificación y la reconciliación, ha conducido a la frustración y a sentimientos de venganza por parte de las víctimas. *Maier* explica esta crítica —fundada principalmente desde el punto de vista psicológico y emocional— cuando escribe:

> "... el contexto social, en el que se pretende dictar la ley es extremadamente peligroso. La ley intenta amparar lo que, sin duda, se ha calificado, nacional e internacionalmente, como uno de los más brutales ejercicios del poder en la República de Argentina. Ya no se tenía memoria ...de un período en el cual las violaciones a la dignidad humana sufrieran en magnitud similar. Por lo demás es palpable que las heridas abiertas aún no han cerrado, incluso por la forma de represión, que incluyó una manera particular de su ejercicio, la llamada "desaparición de personas", en magnitud increíble, y hasta la 'desaparición' y muerte de niños".[192]

Una defensa político criminal de la ley constituye el escrito "respuesta al profesor Julio Maier" de los (entonces) asesores presidenciales *Malamud Goti* y *Entelman*.[193] Ellos, empero, no se ocuparon de analizar los argumentos

[190] SANCINETTI, 1987a, pp. 130 y ss.; MAIER, 1987, p. 153.

[191] *Fallos CS*, t. 288, p. 273 (citado en SANCINETTI, 1987a, p. 131).

[192] MAIER, 1987, p. 154.

[193] MALAMUD GOTI-ENTELMAN, 1987. El escrito fue publicado inicialmente en un periódico y posteriormente —con otro título— en la revista especializada *Doctrina Penal*. Los autores repiten esencialmente los argumentos expuestos en la Exposición de Motivos del decreto 92/87. Ese decreto contiene las famosas directrices a los fiscales para la aceleración de los procesos (cf.

dogmáticos penales de *Maier* (y *Sancinetti*),[194] sino que intentaron, con ayuda de los fines de la pena (prevención general y resocialización) de justificar el argumento de que una persecución de los delitos cometidos por los militares no tendría necesariamente sentido, como la conciencia jurídica general ya se había pronunciado suficientemente a través del "juicio a los comandantes".[195] Finalmente, consideraron que esos hechos, de una parte, eran históricamente únicos[196], y le reconocieron al Presidente un ámbito, de hecho ilimitado, de valoración y discreción, cuando expresaron:

> "Lo que no puede negársele al Estado es la facultad de balancear mediante actos políticos cuando le conviene renunciar a la institución de la pena *en vistas a una mejor defensa de los derechos individuales* ..."[197]

De este modo controvierten el argumento de los opositores a estas medidas y concluyen en que la renuncia a la pena está dirigida para servir a una mejor protección de los derechos humanos. Una tesis atrevida, si se toma en cuenta que los violadores de los derechos humanos indultados no mostraron jamás arrepentimiento,[198] es decir, directamente no han tenido un comportamiento que pueda dar lugar a la esperanza justificada de un pronóstico (reversible) favorable para sí mismos o respecto de otros miembros de la institución. Por tanto, no sorprende que recientemente —debido a presiones internas de los grupos de derechos humanos, en particular las Abuelas del Plaza de Mayo— la legislatura actual derogó la ley de Punto Final (y de

SANCINETTI, 1988, p. 148, nota 76, donde califica el escrito como "insoportable"; también *ibid.*, 1987b, p. 509). Críticas también en MAIER, 1995, p. 152: "Esas exposiciones me parecen que reducen la finalidad de la pena a la consecución de una simple oportunidad política." (traduc. del alemán). Más general y menos absoluto MALAMUD GOTI, 1995.

194 El trabajo de SANCINETTI (1987a) fue ignorado (conscientemente) por MALAMUD GOTI y ENTELMAN, sin embargo le sirvió a MAIER como modelo, quien, como él mismo escribe, se adhirió a SANCINETTI en lo esencial. (cf. MAIER, 1987, p. 141).

195 Se trata del proceso contra los miembros de las tres juntas militares (1976-1983), que consistían en cada caso de un miembro del ejército (Videla, Viola, Galtieri), de la marina (Massera, Lambruschini, Anaya) y de la fuerza aérea (Agosti, Graffigna, Lami Dozo), nombrándose respectivamente al miembro del ejército presidente, y siendo el último el general Bignone —que no fue acusado (¡!)— (cfr. art. 1° dec. 158/83, del 15/12/1983). Cf. al respecto crít. SANCINETTI, 1988, pp. 1 y ss.; MAIER, 1995, pp. 146 y ss.; AMBOS, 1998d, pp. 39 y ss.; ver también SANCINETTI/FERRANTE, 1998, pp. 114 y ss. [(2.3.B) 2)] que hablan de "estrategias de impunidad... por restricción de la responsabilidad personal". Sobre el reciente proceso por sustracción de menores contra Videla: RÚA, 1998.

196 MALAMUD-GOTI/ENTELMAN, 1987, p. 343: "...se trata de hechos ocurridos de manera tal que difícilmente vuelvan a repetirse...".

197 *Ibid.*, p. 346 (destacado del autor).

198 Ver, por ejemplo, la entrevista del ex oficial de marina Astiz (*Tres Puntos*, Buenos Aires, 14/1/1998, pp. 6 y ss.).

Obediencia Debida), sin embargo —como no fueron anulados— sin efecto retroactivo.[199] Como señalo correctamente el diario *Clarín*:

> "La Cámara eludió la confrontación sobre el pasado y coincidió en una misma lectura. Es decir, proceder a la derogación, no a la anulación, como una señal testimonial de una democracia en condiciones de hacerlo ...El carácter de la derogación no tiene efectos sobre el pasado debido al principio de la 'ley más benigna' salvo el caso de hechos no contemplados o excluidos en la ley de obediencia debida como son, por ejemplo, los delitos de acción continua como la desaparición de personas y la apropiación indebida de menores." [200]

De igual manera, *Sancinetti*, en su profundo estudio sobre la impunidad en Argentina con Ferrante, destacó:

> "El sentido que se ha pretendido darle es el de una derogación simbólica, sin efectos posibles sobre la reapertura de las causas. Se supone que "sólo se deroga" algo que de todos modos ya no podía producir efectos hacia el futuro..., y que, por tanto, se había sancionado algo *sin contenido regulatorio*."[201]

En consecuencia, el efecto de esta derogación es meramente simbólica. La reciente persecución de ex militares de la dictadura[202] se debe al hecho de que el delito investigado —apropiación indebida (sustracción) de menores— no está cubierto por las leyes de impunidad;[203] tampoco están precluidas nue-

199 Cf. Ley 24.952, aprobada el 25/3/1998, entrado en vigencia el 17/5/1998. Ya antes se habían propuesto dos proyectos de ley: por un lado a través de seis diputados del partido de oposición FREPASO *(Frente País Solidario)* bajo la dirección de Juan Pablo Cafiero y Alfredo Bravo (proyecto de ley, fundamentación en el archivo del autor). No obstante, el debate parlamentario previsto a tal fin para el 4/2/1998 no pudo iniciarse por falta de *quorum*. De todos modos y según el NZZ (6/2/1998, p. 3) la inicitiva de los diputados del FREPASO tuvo una resonancia muy positiva en la población sobre todo después del reportaje ya mencionado de Astiz en una entrevista de prensa (*supra* nota 198). En la prensa se indica que la iniciativa hubiera tenido más posibilidades de éxito con una mejor preparación de su contenido y mejor sintonización dentro de la oposición (comp. *Página 12* del 5/2/1998, p. 3, <http://www.Página12.com.ar>).
Por otro lado los diputados Britos y Quinzio (*Unión Cívica Radical*) presentaron un proyecto de ley más amplio (archivo del autor). No sólo solicitaron la suspensión de las leyes mencionadas sino que pidieron —de manera retroactiva— derogar todas las decisiones tomadas en base a ellas y reanudar los pleitos penales correspondientes. Además propusieron un cambio del Código Penal para hacer imposible que ciertos delitos sean amnistiados. Ver al respecto SANCINETTI/FERRANTE, 1998, pp. 195 y ss. [D. D) 4) a) y b)].

200 *Clarín* del 25/3/1998, 2 (comp. también el comentario en la p. 4).

201 SANCINETTI/FERRANTE, 1998, p. 206 [D. D) 4) c) 2.].

202 Comp. *LARR-SC*, 2/2/1999, p. 3; *NA*, 25/1/1999, pp. 1 y s.

203 Ya ver *supra* 2.2. y cuadro I.

vas acciones penales por el principio *ne bis in idem* y/o por la prescripción del delito. En cuanto al primero sostiene *Rúa* en un reciente trabajo analizando la reciente acción penal contra Jorge Videla:

> "...los hechos que resultan objeto de la acción hoy en curso contra... Jorge R. Videla ...no fueron... imputados en aquella ocasión (en el juicio contra los comandantes, K.A.)[204] ni el fiscal... omitió acusar por ellos..., ya que no estaban comprendidos en ese proceso...
>
> Los hechos ...fueron tratados por su condición en todo momento del proceso... como hechos independientes y autónomos que concurría a ser tratados en un mismo proceso...
>
> Los hechos... excluidas de aquella selección (del juicio contra los comandantes, K.A.) no fueron juzgados todavía y no sólo pueden serlo ahora con independencia de aquéllos, sino que ello es un imperativo legal...
>
> En consecuencia, desde esta perspectiva no encuentra obstáculo la acción ni, en orden a lo expuesto, *la lucha por el derecho* en el caso concreto."[205]

En cuanto a la cuestión de la prescripción sostiene el mismo autor que no comenzó a correr el término respectivo ya que se trata —en el caso de la sustracción de menores (según art. 146 CP)— de un delito continuo por lo cual "la acción típica continúa en forma ininterrumpida después de la consumación hasta la terminación, en cuya duración el tipo sigue realizándose".[206] En otras palabras, el termino de prescripción solamente comienza a correr —como en el caso de la desaparición forzada—[207] con la terminación del delito, eso es la liberación o reaparición de las víctimas.

3.2.2.2. *Los indultos*

El indulto de los aún no condenados por sentencia firme, esto es de los procesados, previsto en los decs. 1002 y 1003 de 1989, plantea el interrogante acerca de su constitucionalidad,[208] o si, en otras palabras, el indulto ya no presupone una condena (en firme).[209] La jurisprudencia de la CS ha respondi-

[204] Ver *supra* nota 195.
[205] RÚA, 1998, pp. 392 y s. (énfasis en el original).
[206] *Ibid.*, pp. 395 y s.; también 402 y s., 405 y s.
[207] Ver ya *supra* A. 1.3.2.
[208] En este sentido LOZANO, 1990; LAZZARINI, 1989.
[209] En este sentido VÁZQUEZ ROSSI, 1990; BIDART CAMPOS, 1990; YACOBUCCI, 1982; TAPPATÁ, 1990, p. 26; *Asamblea Permanente de los Derechos Humanos de Argentina*, 1990.

do a esta pregunta en forma disímil; empero, en recientes sentencias ha adoptado este último punto de vista.[210] Esto concuerda también con la opinión prevaleciente en la doctrina.[211]

La Cámara Criminal Correccional Federal de la Capital ha aplicado —en estos casos en primera instancia— el dec. 1002/89 y ordenado el cierre del proceso para los indultados, sin ocuparse, sin embargo, de discutir los subyacentes problemas de tipo constitucional.[212] Esto lo ha justificado con el argumento, ciertamente muy débil, de que el examen de la constitucionalidad de una norma sólo es posible cuando lo soliciten las partes —el Ministerio Público y la defensa—. Esto es bastante discutible[213] y deja abierta la pregunta sobre si la aplicación del indulto a procesos en curso es compatible con la Constitución.

El punto de partida normativo lo constituye la interpretación de la Constitución en concordancia con las disposiciones legales del indulto. De acuerdo con el art. 99 N° 5 nuevo (86 N° 6 antiguo) de la Constitución, el Presidente puede "indultar o conmutar las penas...". La pregunta es si "las penas" se refiere también a "indultar" o sólo a "conmutar", es decir, si existe la competencia para "indultar las penas" o (sólo) para "indultar".[214] El primer punto de vista constituye un argumento importante a favor de la opinión predominante, ya que el indulto de una "pena" presupone una acción penal y por tanto una sentencia penal. El texto admite seguramente ambas interpretaciones, de modo tal que se tendrá que recurrir a la intención de los legisladores que se expresa, *inter alia*, en otras normas jurídicas. De conformidad con el art. 68 CP y el art. 609 CJM el indulto produce la exención de la "pena". De acuerdo

[210] La CS primero en 1886 (caso *Simón Luengo y otros, Fallos CS* 6, pp. 227/240) confirmó una resolución de la justicia federal de Córdoba por falta de competencia del órgano que emitió el indulto y fue dejada sin efecto la condena. Pero solamente en 1923 se enfrentó por primera vez con la pregunta respecto de otra ley, con dos votos en contra decidió que un indulto simplemente requería la apertura del proceso pero no una sentencia (caso *José Ibáñez, Fallos CS* 136, p. 244/265). Esta decisión fue modificada en 1932 y la CS restringió el indulto (otro) a los condenados (caso *Hipólito Irigoyen, Fallos CS* 165, p. 199/214). Confirmó esta sentencia en 1986 (caso *Julio Alfredo Solis, Fallos CS* 308, p. 1298). Ante esta jurisprudencia, el gobierno de Menem amplió en abril de 1990 la CS de 5 a 9 jueces de modo tal de incorporar jueces allegados y asegurar la constitucionalidad de los indultos (TAPPATÁ, 1990, p. 27; ver también SANCINETTI/FERRANTE, 1998, pp. 136 y ss., en particular nota 141 [2.3.C) 2) a)]).
[211] Cf. las indicaciones dadas por la opinión minoritaria en la sentencia de la *Cámara Criminal Correcional Federal de la Capital*, de 13/11/1989 (en: VÁZQUEZ ROSSI, 1990, pp. 419 y ss.). En contra del indulto a condenados SANCINETTI/FERRANTE, 1998, pp. 136 y ss. [2.3.C) 2) a)].
[212] Sentencia de 13/11/1989, en: VÁZQUEZ ROSSI, 1990, pp. 409 y ss. y *El Derecho* del 12/2/1990 (Buenos Aires), pp. 1 y ss.
[213] Cf. la opinión minoritaria de los jueces Cattani y Costa, en: VÁZQUEZ ROSSI, 1990, pp. 411-418.
[214] Cf. LOZANO, 1990, p. 1203; *Asamblea Permanente de los Derechos Humanos de Argentina*, 1990, p. 83.

con el art. 612 CJM el indulto "dispensa" de "la pena a la cual fue condenado el acusado". El derecho vigente, según ello, presupone para el caso de un indulto una "pena", y por tanto una condena. Esto constituye una diferencia decisiva con la amnistía, desde el punto de vista temporal, ya que ésta genera la exención de la persecución penal, y por tanto se aplica antes (art. 59 N° 2, 61 CP, art. 478 CJM). En vista de esta situación jurídica, es difícil sostener una equiparación temporal de ambas figuras debido a que la amnistía se aplica *antes* de que se inicie cualquier persecución penal y el indulto con el inicio de la etapa de instrucción.[215] Una interpretación amplia del art. 99 N° 5 de la Constitución se justifica esencialmente con las reglas correspondientes en la Constitución de EE.UU. (art. II, sect. 2, cláusula 1) y su interpretación por parte de la jurisprudencia norteamericana.[216] Pero con ello, sin embargo, se pasaría por alto el unívoco marco normativo en Argentina y la situación legal de los EE.UU. ni siquiera se examinaría.

Mas allá de este análisis puramente formal, la *ratio* de la *separación constitucional de competencias* y la consecuente *división de poderes*, se expresa a favor de la restricción del indulto a los ya condenados. El indulto durante un proceso en curso cae dentro de las competencias del Legislativo (arts. 75 y ss., Const.) y las jurisdiccionales del órgano judicial (arts. 108 y ss. Const.).[217] La culminación de un proceso en curso, especialmente mediante una amnistía, se encuentra reservada expresamente al Congreso (art. 75, inc. 20, Const.). Esto está basado en la convicción de que un favorecimiento tan amplio requiere del control del legislador —legitimado democráticamente— y no puede recaer, solamente, en el Ejecutivo (el Presidente). Cuando se limita el indulto a los procesos en curso, el Ejecutivo comparte una competencia que le corresponde exclusivamente al Congreso, porque sólo éste posee la legitimación democrática, para librar, en forma *general*, a un número (indeterminado) de personas de pena (para *amnistiar*); por el contrario, al Presidente se le atribuye solamente competencia para indultar en forma *individual* a una persona determinada. Si exime de la pena en forma general a una serie de personas, el "indulto" se convierte en "amnistía",[218] pero sin el necesario atributo democrático de ésta.

[215] Así Lazzarini, 1989, pp. 1120 y s.

[216] Ver opinión minoritaria (*supra* nota 213), pp. 418 y ss.; Lazzarini, 1989, pp. 1117 y s.

[217] Bidart Campos, 1990, pp. 1 y s.; opinión minoritaria (*supra* nota 213), pp. 421 y ss.; *Asamblea Permanente de los Derechos Humanos de Argentina*, 1990, pp. 3 y ss; Lozano, 1990, pp. 1208 y s.

[218] Por consiguiente, y a causa de la similitud retórica de la justificación de la amnistía ("reconciliación", "pacificación", etc.) fue criticado el dec. 1002/89 y los otros decretos como "verdaderas amnistías" del Ejecutivo (cf. Bidart Campos, 1990, pp. 1 y s.; *Asamblea Permanente de los Derechos Humanos de* Argentina, 1990, p. 74; Tappatá, 1990, p. 27; también Sancinetti/Ferrante, 1998, pp. 138 y s. [2.3.C) 2) a) 2.]).

Además, el Ejecutivo se atribuye mediante el indulto de un (todavía) acusado también las competencias del órgano jurisdiccional. Éste tiene la competencia exclusiva de decidir respecto de la terminación anticipada de un proceso, por ejemplo, mediante el sobreseimiento con fundamento en una *amnistía* (legislativa). Una terminación procesal de esta clase no puede llevarse a cabo a través de un *indulto* (Ejecutivo), ya que "en ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes..." (art. 109 Const.).

Menos convincente es el argumento de que el indulto de los acusados viola la *presunción de inocencia.*[219] Si bien la palabra "perdón" presupone, terminológicamente, un hecho punible, y por tanto se adhiere al indultado la mancha de la culpa penal, con la aceptación de la oferta de perdón el indultado renuncia a la garantía procesal de la presunción de inocencia y acepta, libremente, la "mancha" tal y como está. Si se quiere prohibir esa renuncia, esto implicaría que el principio de inocencia, antes de aplicarse a favor del inculpado, como previsto, se convierta en una carga, como el inculpado estaría obligado a su defensa aún en contra de sus propios intereses.[220] El inculpado, por lo demás, se encuentra, de hecho, en mejor posición con un indulto (de este tipo) que con la continuación del proceso, ya que nunca se puede excluir la posibilidad de que se condene. Finalmente, la presunción de inocencia entendida en esa forma iría también en contra de una amnistía, la cual puede también, como se dijo, beneficiar a una persona ya acusada.

Esto último es válido también para el argumento de que el indulto excluye respecto de los acusados, las pretensiones de las víctimas al pago de una *indemnización de carácter civil.*[221] En tanto que el proceso civil dependa de la culminación del proceso penal en curso, tal y como lo prevé el art. 1101 del *Código Civil* (CC), toda medida de carácter penal que tenga como consecuencia un sobreseimiento, impide todo proceso civil posterior. Esto, sin embargo, no puede ser así, como quiera que tanto la amnistía como el indulto, de manera expresa, no afectan las pretensiones a una compensación. (art. 59 N° 2, 61, 68 CP). Pero, también los diferentes presupuestos para la determinación de la culpa penal, por un lado, y de la pretensión a una indem-

[219] Cf. opinión minoritaria (*supra* nota 213), pp. 426 y ss.; Bidart Campos, 1990, p. 1; de otra opinión Lozano, 1990, pp. 1209 y s.; Lazzarini, 1989, p. 1121.

[220] Cf. al respecto Zaffaroni en su *Tratado de derecho penal (parte general)*, pp. 47 y s.: "...la defensa deja de ser un derecho y se convierte en un deber para el procesado" (citado en opinión minoritaria, *supra* nota 213, p. 426).

[221] Ver Bidart, 1980, p. 2; *Asamblea Permanente de los Derechos Humanos en la Argentina*, 1990, p. 85; opinión minoritaria (*supra* nota 213), pp. 428 y ss. (con dudas); otro punto de vista Lazzarini, 1989, pp. 1121 y s.

nización de carácter civil, del otro lado, así como la independencia del proceso mismo se expresan en contra. En todo caso se debe pensar que —como se discutió en Chile— la terminación anticipada del proceso penal impide la individualización del autor o de los autores de los hechos, necesaria para el subsiguiente proceso civil.[222] Respecto del art. 1101 del CC parece atinada la opinión expresada por la CS en el caso *Irigoyen*, de que el legislador "no ha considerado posible" que un proceso penal que prepara un proceso civil será terminado anticipadamente[223] y, por eso, así debe añadirse, hizo depender un proceso civil de la terminación de un proceso penal.

Sorprende que la totalidad de la discusión se haya concentrado en las cuestiones técnico-formales del momento en el que interviene el indulto, pero no en abordar el problema —más fundamental— de los límites jurídico-materiales, especialmente en materia de derecho internacional. Esto ha quedado a cargo de las organizaciones de derechos humanos, que —coincidente con el punto de vista aquí sostenido— afirman la existencia de un deber de penalización en caso de torturas, ejecuciones extrajudiciales, y "desapariciones forzadas", y por tanto no consideran admisible ni la amnistía ni el indulto.[224] En realidad se debe diferenciar, en principio, entre una amnistía y un indulto, sin embargo, los "indultos" argentinos representan —considerados desde el punto de vista jurídico-material— verdaderas "amnistías", como ya se explicó. Esto ha conducido a que ni se dictara una sentencia definitiva contra los culpables, ni tampoco que cumplieran solamente una parte de su condena.[225] Por consiguiente, es admisible equiparar los indultos con una amnistía, y deben por tanto medirse con los mismos criterios empleados para la amnistía. Por ello, al nivel del derecho interno, los indultos violaron el art. 29 de la Constitución.[226]

La opinión pública en general rechazó tales medidas,[227] las cuales fueron recibidas como una provocación. Al respecto expresa *Tappatá:*

> "El indulto para la cúpula militar de la última dictadura argentina constituye una provocación para la sociedad democrática; supone la consolidación... del fraude electoral de que son víctimas los ciudadanos en cuanto en una aplicación de una política opuesta a la que ellos expresaron en las urnas. El discurso contradictorio y desquiciante de un presidente que envía un proyecto de ley al Parlamento para establecer la pena de muerte en la sanción de crímenes aberrantes en nada diferentes a los que cometieron aquellos a los que hoy indulta; o la actuación del Partido Radical que rechaza hoy el indulto pero que sancionó las leyes de punto final y obediencia debida, contribuyen de manera alarmante al descrédito de los políticos."[228]

[222] Cf. ya en 3.2.1.

[223] Citado en LAZZARINI, 1989, p. 1121.

[224] *Asamblea Permanente de los Derechos Humanos de Argentina*, 1990, pp. 87 y ss.

[225] Ante este trasfondo se visulmbra la siguiente posición del gobierno con deplorable ignorancia o simple cinismo: "(N)othing in Argentine's legislation prevented the continuing investigations of the facts and, indeed, such investigations were being pursued" *(Report of the HRC*, vol. I, GA, 45th session, supplement N° 40, Doc-ONU A/45/40, par. 231).

[226] Ver ya nota 181 y texto; ver también SANCINETTI/FERRANTE, 1998, p. 139, en particular nota 141 [2.3.C) 2) a) 2.]).

[227] De conformidad con las encuestas oficiales entre el 63 % y el 85 % de la población estaba en contra; hubo demostraciones y discusiones en importantes grupos de interés social, por ejemplo, la iglesia católica (cf. TAPPATÁ, 1990, pp. 28 y s.).

3.3. Conclusiones

Desde el punto de vista del *derecho internacional*, la ley 104/93 colombiana, el dec. ley 25.499 peruano y la ley 19.172 chilena satisfacen los requisitos desarrollados. La ley colombiana 81/1993 viola el derecho internacional. La ley peruana 26.479, el dec. ley 2.191 chileno y la ley argentina 23.492 son abiertamente violatorias del derecho internacional, a causa de la exención de la pena en casos de graves violaciones y del (auto) favorecimiento de las fuerzas armadas.

Desde el punto de vista del derecho constitucional nacional, se trata en principio de la cuestión formal del carácter de las normas (Chile) o, en su defecto, del órgano competente (Argentina). En los países observados más de cerca, el Poder Ejecutivo se adjudica atribuciones que constitucionalmente no le corresponde.

Desde el punto de vista *material,* las "leyes de impunidad" de Chile y Argentina violan, en primer lugar, el *principio de igualdad* y las *disposiciones sobre protección jurídica* previstas en la Constitución.[229] También se encuentran implicados de manera indirecta, derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la vida y a la integridad corporal, así como el principio de la protección jurídica efectiva. Menos importante parece ser el perjuicio causado al derecho de propiedad. La existencia del *deber procesal de investigar*, se puede afirmar en ambos países, aunque con fundamentos diversos.

La *discusión sobre el indulto* argentino se mueve especialmente alrededor de cuestiones jurídico-formales, sobre si el indulto en los procesos en curso es admisible constitucionalmente. Esto ha sido comentado negativamente por la doctrina predominante.

En la discusión de *política criminal* las disposiciones han encontrado predominantemente un rechazo. Sin embargo, el poder judicial, especialmente la CS, aparece como su defensora, mientras que la doctrina, los abogados y las organizaciones (populares) independientes, las critican o luchan en su contra.

[228] TAPPATÁ, 1990, p. 30

[229] Sobre la ley peruana 26.479 cf. ya en el 3.1.2.

Capítulo IV

Justicia militar e impunidad

1. La justicia militar como factor de impunidad.
2. Puntos de partida normativos para disminuir la impunidad.
3. Conclusiones y propuestas concretas de reforma.

1. *La justicia militar como factor de impunidad*

1.1. Situación actual

Como ya se demostró,[1] la justicia militar se manifiesta como el principal factor de impunidad, especialmente en estos países, que no tienen normas directas de impunidad que clausuran la persecución penal. Éste es el caso ante todo de Colombia y Perú, mientras que las leyes generalizadas de impunidad en Chile, Argentina y —más reciente— también en Perú han hecho casi superfluo el papel de la justicia militar como mecanismo de impunidad. En el caso de Bolivia ninguno de estos factores de impunidad juegan un rol significativo.

Este diagnóstico parece ser también trasladable a otros países. Así lo hace constar el Relator Especial de la ONU para ejecuciones extrajudiciales:

> "En muchos países, donde los perpetradores de violaciones a los derechos humanos, son procesados en cortes militares, el personal de las fuerzas de seguridad escapa al castigo, merced a un mal concebido espíritu de cuerpo *(esprit de corps)*."[2]

Junto con el *espíritu de cuerpo,* existen otras *causas* estructurales que sirven de base a esta situación, las que a continuación son expuestas.

1.2. Causas

En la literatura examinada no se encuentra, mas allá del estado de conocimiento descrito, un análisis *sistemático* de las causas por las cuales la justicia militar conduce a la impunidad; la mayor parte de las fuentes se limitan a citar causas aisladas. Sin embargo, no se puede renunciar a una investigación de este tipo, si se quiere aclarar la relación existente entre impunidad y justicia militar, y así poder discutir las reformas necesarias.

[1] Cf. Ambos, 1997e, pp. 49 y ss.
[2] *UN-ECOSOC-CHR*, 1994a, par. 402; también *UN-ECOSOC-CHR*, 1993b, par. 697.

Una forma sistemática de proceder está, sin embargo, unida a dificultades. Una clara separación en causas normativas y fácticas es casi imposible, y tampoco se ajusta a la realidad. Se ha determinado que la mayor parte de las causas son de naturaleza *fáctica*, y que no se encuentran reguladas de manera expresa en el *derecho* militar. Como *normativas* se pueden calificar, en todo caso, aquellas causas que tienen un punto de vinculación legal con los códigos militares. Ellas son examinadas en primer lugar (1.2.1.). A tal efecto se sigue la estructura desarollada en el capítulo I (3.2.2). Sólo las causas, no incluidas allí, podrán presentarse entonces como fácticas (1.2.2.).

1.2.1. Causas normativas

1.2.1.1. La impunidad consagrada por la justicia militar presupone que los procesos por violación a los derechos humanos están incluidos en el *ámbito de su competencia.* Disposiciones sobre competencia amplias y poco determinadas ("acto de servicio"), así como la extensión de la competencia basada en circunstancias típicas y personales[3] constituyen así el presupuesto normativo de la impunidad causado por la justicia militar. Cada caso asignado a la justicia militar es un caso potencial de impunidad. Si se quiere disminuir la impunidad causada por la justicia militar, se debe comenzar en primer lugar con las disposiciones sobre competencia.[4] Esto debe por cierto no dejar de lado el hecho de que del texto de las respectivas disposiciones, salvo en raras ocasiones, se desprende una clara decisión a favor o en contra de la competencia militar. Más bien, estas disposiciones requieren de la interpretación (judicial). Depende entonces también de la instancia en que se realice esta interpretación y si es independiente e imparcial. En este sentido ya se ha determinado que los tribunales superiores competentes, especialmente las respectivas *Cortes Supremas,* están expuestas directa o indirectamente a la influencia del Ejecutivo.

Esta última cuestión juega también un rol allí donde la *jurisdicción ordinaria* debe controlar las decisiones de la justicia militar en última instancia, especialmente en Argentina. Allí donde esta posibilidad no se ha previsto o sólo se ha previsto para casos excepcionales —en la mayor parte de los Estados— la fuerza de la jurisprudencia de la justicia militar es absoluta. Por cierto, el control por parte de la jurisdicción ordinaria —debido a la influencia del Ejecutivo sobre ella— no conduce sin más a una menor impunidad en los casos que aquí interesan. Por lo demás, este control puede llevarse a cabo sólo en los casos en los cuales se haya dictado una sentencia; empero, en una gran parte de las violaciones a los derechos humanos ni siquiera se llega a investigaciones

[3] Cf. cap. I, 3.2.2.2.
[4] Al respecto *infra* en 2.1.2.1.

serias o éstas son clausuradas. A pesar de esto, la competencia de la justicia ordinaria como instancia de recurso ofrece por lo menos la posibilidad de una disminución de la impunidad en los tribunales militares mediante un examen independiente de los fundamentos de hecho y derecho de las sentencias de la justicia militar.

1.2.1.2. Mientras que las causas citadas conciernen sólo de manera indirecta a la justicia militar, en el caso de la *composición* de los tribunales militares se trata de una causa directa de impunidad. Estos tribunales son en lo personal y en lo organizativo acabadamente alineados en la estructura de las fuerzas armadas y están ligados a su estructura de mando. Esto ha conducido por tanto a que en el caso de investigaciones en procesos por graves violaciones a los derechos humanos, los principales sospechosos se identifiquen con los jueces investigadores. En otras palabras: el juez a cargo de la investigación debe investigar contra sí mismo.[5] Asimismo, los pocos juristas que intervienen, son por lo general militares (activos) y deben doblegarse ante las decisiones político-militares de la mayoría del tribunal, no obstante tener derecho a voto. Todo esto se encuentra en mayor o menor grado regido por el derecho positivo de manera expresa.[6] La consecuencia es una práctica que sólo tiene poco que ver con la toma de decisiones en un Estado de derecho, como se conoce en la jurisdicción ordinaria. La prestigosa ONG Human Rights Watch expresa sobre este punto respecto de Chile:

> "La composición de las cortes las hace dependientes del comando militar, en todos los niveles. Los fiscales militares fueron designados por sus superiores y poseen rango militar. Los jueces militares eran oficiales en servicio activo, responsables ante sus superiores... No había, entonces, la posibilidad de insubordinación en la toma de decisiones de esta 'justicia'."[7]

Esta aseveración es trasladable también a los otros países que aquí se analizan. En este sentido la CAJ duda, por ejemplo, debido a la "estructura de la justicia militar" sobre su "conveniencia" para juzgar graves violaciones a los derechos humanos.[8] De acuerdo con la crítica unívoca de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales de derechos humanos, los tribunales militares no son (por tanto) ni independientes ni imparciales.[9]

[5] Cf. por ejemplo, el caso *Irma Vera Peña,* Colombia (*OEA-CorteIDH,* 1993a, p. 96).
[6] Cf. cap. I, 3.2.2.3.
[7] *AW,* 1991b, p. 39.
[8] *CAJ,* 1994, p. 76; críticas también en *CAJ*-SC, 1990, pp. 26 y ss.; de modo similar Arslanian, 1997, pp. 105 y s.
[9] Ver *infra* 1.2.2.

1.2.1.3. Los procesos de la justicia militar se llevan a cabo *sin* la participación del público. A pesar de que el principio de publicidad se garantiza en el derecho militar vigente, las excepciones, sin embargo, son tan amplias e indeterminadas que los procesos por violación a los derechos humanos, por lo general, son declarados como no públicos. Esto es válido, de manera expresa, para el caso de la etapa procesal de la investigación. En la práctica los procesos tienen lugar en los cuarteles militares, y no excepcionalmente en territorios bajo ley marcial. Esto da cabida a un obstaculo fáctico que, por sí misma, impide una mayor amplitud del acceso público a pesar de la garantía normativa del principio de la publicidad. La ausencia de publicidad obstaculiza el control civil y por tanto la revisión, al menos moral, de las prácticas de la justicia militar. Esto también facilita la impunidad en la medida en que los tribunales militares aplican sin inconvenientes las normas jurídicas de manera incorrecta, y pueden actuar en forma dudosa desde el punto de vista de un Estado de derecho.

Al respecto se puede traer a colación un ejemplo. A comienzos de 1994 fue detenido un importante narcotraficante peruano, Demetrio Chávez Peñaherrera *(el Vaticano).* Debía ser juzgado por la justicia ordinaria. Sin embargo, durante sus primeras declaraciones ante la policía se conoció que miembros de las fuerzas armadas habían tomado parte en los hechos de que se le acusaba (especialmente de narcotráfico). Por tal razón fue acusado de "traición a la patria", a efectos de poder enviar el caso a la justicia militar.[10] De este modo se quiso evitar que mayor información sobre la participación militar en el narcotráfico fuera publicada y asegurarse la impunidad de los militares intervinientes.[11]

La clandestinidad de este sistema conduce finalmente a que no se conociera nunca plenamente la magnitud de los casos pendientes ante los tribunales militares y de las decisiones que resolvían el proceso, y por tanto la dimensión de la impunidad. Esto impidió finalmente que se pudiera organizar una protesta civil en contra del sistema.[12]

La falta de publicidad se corresponde con la falta de participación de las partes civiles en los procesos militares. Ni el *Ministerio Público* como instancia de control civil, ni las víctimas mismas pueden tomar parte en el proceso.[13] En este ámbito el derecho militar requiere de un suplemento.[14]

[10] Sobre la competencia de la jurisdicción militar en los delitos de "traición a la patria", cf. cap. I, 3.2.2.2.

[11] *CAJ*, 1994, pp. 27 y s.; *NAD* 58/febrero 1995/5; crítico sobre Perú con relación a esto también *US-Department of State*, 1995, s/p.

[12] Cf. *CAJ*, 1995, p. 55.

[13] Crítico también *OEA-CorteIDH*, 1993a, p. 93; GARRO/DAHL, 1987, pp. 309 y s.

[14] Al respecto *infra* 2.2.2.

1.2.1.4. En el derecho militar existen, finalmente, numerosos *obstáculos para la condena.*[15] Especial significado adquiere aquí la figura de la "obediencia debida".[16] Los tribunales militares recurren a estas disposiciones en aquellos casos en que se requiere justificar una sentencia absolutoria o atenuar una pena, respecto de los cuales no funcionan otros mecanismos de impunidad. La sentencia tiene así un visu de legalidad, que de lo contrario le faltaría. La aplicación excesiva de estas disposiciones se convierte así en el principal garante de la impunidad.[17] Los *plazos* —normalmente cortos— pueden actuar asimismo como obstáculos al proceso.

1.2.2. CAUSAS FÁCTICAS

La situación de la justicia militar es una imagen de las *relaciones civiles y militares* en los países de América latina. Cuanto más débil es el gobierno y la sociedad civil, más fuerte se aventura la justicia militar aun en los ámbitos reservados tradicionalmente a la jurisdicción ordinaria, y juzga de acuerdo con sus criterios de justicia.[18] Así la extensión de la competencia de la justicia militar a las personas civiles en Chile y Perú se debe a que —en el caso de Perú— gobierne una alianza civil-militar y —en el caso de Chile— la "transición a la democracia" se organizó a cambio del aseguramiento de concesiones legales e institucionales a los militares. En la práctica esto significa que las fuerzas armadas, como bien expresa la CAJ:

> "...se han reservado un campo de acción política que para todos los efectos está sustraído a la decisión de la autoridad civil."[19]

En otras palabras, las fuerzas armadas son un cuarto poder independiente, que en todos los aspectos se puede organizar y administrar autónomamente, sin la influencia de los órganos civiles. De este modo todo esfuerzo por limitar la competencia de la jurisdicción militar o de controlar a la justicia militar toca naturalmente las raíces de la propia concepción militar. Los militares reaccionan —según el contexto social y su posición de autoridad— con amenazas militares o verbales.

Ésta es una advertencia necesaria, para poder hacer comprensibles las subsiguientes aseveraciones sobre las causas fácticas de la impunidad en los tribunales militares. Casi aún más importante es, sin embargo, una compren-

[15] Cf. cap. I, 3.2.2.5.

[16] Ver *infra* cap. V, 2.

[17] Cf. para Chile, por ejemplo, *CAJ* ,1995, p. 53.

[18] Esto ya se demostró en AMBOS: *Impunidad y Derecho penal internacional*, Medellín, 1997e, pp. 49 y ss.

[19] *CAJ*, 1994, pp. 22 y ss. (24); crít. también *Defensoría del Pueblo*, 1998, pp. 19 y ss.; sobre Argentina también en *AW*, 1991a, pp. 53 y ss.

sión de las relaciones civiles-militares, para entender las dificultades que se suscitan en la implementación de las reformas necesarias.

La principal causa estructural de la impunidad en la justicia militar la representa el fenómeno del denominado *espíritu de cuerpo* (*esprit de corps*) dentro de las fuerzas armadas. Éste es un sentimiento de solidaridad, psicológicamente fundamentado, y de correspondencia, que se fortalece mediante la creación de un enemigo común, ya sea éste real o ficticio. Para numerosos observadores el espíritu de cuerpo es la causa central de impunidad, mucho más importante que todas las demás causas normativas o fácticas. Empero, no se le niega a los militares la posibilidad de desarrollar un sentimiento de esta clase; se critica mucho más bien el "falso entendimiento del espíritu de cuerpo":

> "Es de notar, como se ha hecho en ocasiones recientes, que el mal entendido 'espíritu de cuerpo' lleva al encubrimiento, dificulta la investigación, pone tropiezos a lo largo de todo el proceso y termina por impedir que la justicia se haga efectiva."[20]

Se debe también hacer una diferencia entre un espíritu de cuerpo interno, dirigido a obtener la disciplina militar y el orden, y un "mal entendido" espíritu de cuerpo respecto de cualquier comportamiento de los miembros de las fuerzas armadas, aún y especialmente, en caso de abusos en contra de civiles.[21] Si se propala un espíritu de esta clase dentro de las fuerzas armadas, en última instancia queda excluida la convicción interna de que los hechos criminales deben ser perseguidos y castigados. Al respecto señala *Gustavo Arrieta*, antiguo Procurador General de Colombia:

> "Aquí el problema no es tanto técnico, sino más bien de concepto y de criterio. Para que un sistema judicial funcione se necesita la convicción íntima y real de que se está en presencia de conductas generales que son violatorias de la ley o que son nocivas para la sociedad. ...Es por eso que, cuando una conducta determinada se tiende a ver con benevolencia, con sentido de solidaridad de cuerpo, la justicia no va a ser nunca efectiva".[22]

[20] *Procuraduría General de la Nación*, 1994, p. 17. Cf. También en *OEA-CorteIDH*, 1993a, p. 95; *UN-ECOSOC-CHR*, 1994a, par. 402; *UN-ECOSOC-CHR*, 1989, par. 271; VERVAELE, 1989, p. 350.

[21] Al respecto en *UN-ECOSOC-CHR*, 1989, par. 271. De ahí resulta, por un lado, que las contravenciones disciplinarias —a diferencia de los delitos comunes— son sancionadas consecuentemente; de otro lado, se debe constatar que los delitos comunes cometidos por civiles (por ejemplo, grupos paramilitares) son perseguidos más consecuentemente que los cometidos por los miembros de las fuerzas armadas (*ibidem*; *CAJ-SC*, 1990, p. 31).

[22] Entrevista, Bruselas, 10/2/1995.

El que falte la "convicción interna" exigida por *Arrieta*, muestra el trato que le da la justicia militar a las sugerencias y directrices que reciben de los civiles. Dos problemas típicos hacen esto evidente. De una parte la justicia militar le otorga por lo general menor valor a las pruebas presentadas por la parte civil o las víctimas que a las presentadas por los militares acusados para desvirtuar aquéllas.[23] De otra parte, por lo general bloquean los procesos disciplinarios iniciados por la autoridad civil competente e ignoran sus recomendaciones de sanciones. En este sentido la *Procuraduría de la Nación* colombiana denuncia que las sentencias de la justicia militar se encuentran en "abierta oposición" con las resoluciones en las cuales se ordenan sanciones disciplinarias.[24] Se debe afirmar en forma general que la participación e influencia del *Ministerio Público* en los procesos ante las cortes militares es lo suficientemente escasa como para poder ejercer su función de control.[25] Más aún, es bastante frecuente que las autoridades militares, cuando tienen conocimiento de la apertura de investigaciones por parte de la *Procuraduría*, inicien paralelamente una investigación con el objetivo de llegar *antes* que las autoridades civiles a una decisión. Si la decisión militar tiene, como ocurre por ejemplo en Colombia, autoridad de cosa juzgada, se deben clausurar todas las otras investigaciones que, por el mismo hecho, se encuentren en curso. En otras palabras, la justicia militar se sirve en estos casos del (excepcional) instituto de la cosa juzgada, para evitar la imposición de sanciones por parte de las autoridades civiles.[26]

Como ya se señaló para las causas normativas, la composición de los tribunales militares y su inclusión en las estructuras jerárquicas de mando conllevan la pérdida de la *independencia* y de la *imparcialidad*. Esto se ha criticado cada vez más en los informes de las Naciones Unidas. Así sostuvo el Relator Especial para ejecuciones extrajudiciales:

> "Los tribunales militares, particularmente cuando están compuestos por oficiales adscritos a la estructura de mando de las fuerzas de

[23] *OEA-CorteIDH*, 1993a, p. 93.

[24] *Procuraduría General de la Nación*, 1994, p. 17; cf. también *OEA-CorteIDH*, 1993a, p. 93. El anterior procurador para los derechos humanos, Hernando Valencia Villa, debió dejar el país luego de la imposición de sanciones en contra de militares de alto rango.

[25] En este sentido sostiene la *Procuraduría*, 1994, p. 17, que la vigilancia de la justicia militar a través del *Ministerio Público* "no es suficiente". En forma similar, el ex consejero presidencial, De Roux, criticó la falta de una "participación adecuada del *Ministerio Público*" (entrevista, Bruselas, 10/2/1995).

[26] Cf. *Procuraduría General de la Nación*, 1994, p. 36; al respecto también *UN-ECOSOC-CHR*, 1995b, par. 99.

seguridad, muy frecuentemente carecen de la independencia e imparcialidad requerida por el derecho internacional."[27]

En el mismo sentido crítico señaló el CDH en su comentario general 13 referente al art. 14 del PIDCP:

> "...the existence... of military or special courts which try civilians... could present serious problems as far as the equitable, impartial and independent administration of justice is concerned. Quite often the reason for the establishment of such courts is to enable exceptional procedures to be applied which do not comply with normal standards of justice... the trying of civilians by such courts should be very exceptional and take place under conditions which genuinely afford the fully guarantees stipulated in article 14. ...In some countries such military and special courts do not afford the strict guarantees of the proper administration of justice... which are essential for the effective protection of human rights."[28]

La estructura de los tribunales militares es una imagen de la jerarquía existente en las tropas de combate. En este contexto se debe hacer referencia, especialmente en Colombia, a la identidad entre comandante y juez militar.[29] Esto significa, de conformidad con *Carlos Vicente de Roux*, ex consejero del presidente colombiano para derechos humanos, que "no [existe] la independencia necesaria entre el funcionario judicial y el funcionario que da la orden".[30] La jerarquía de los tribunales militares conduce en última instancia a que, de acuerdo con *Augusto Sarmiento Mantilla,* ex Director Nacional de la Fiscalía Regional colombiana, "el militar de más alto rango intenta imponer su punto de vista".[31] Este militar se encuentra como juez en un rango militar superior al de las otras partes del proceso.[32]

Naturalmente se debe recordar en este contexto que la independencia e imparcialidad de los tribunales ordinarios se ven también amenazadas por las permanentes intervenciones del Ejecutivo.[33] Sin embargo, aquí se trata de la

[27] *UN-ECOSOC-CHR*, 1994a, par. 93 (traduc. del inglés); cf. también *UN-ECOSOC-CHR*, 1995b, par. 89; 1996d, par. 569; GARRO/DAHL, 1987, pp. 307, 312; *Deutsche Kommission Justitia et Pax*, Doc. 24/87 (sobre Chile), p. 11; *CAJ*, 1995, p. 52; *Colegio de Abogados de Chile*, 1990, especialmente p. 123; *OEA-CorteIDH*, 1993a, p. 237; LÓPEZ, 1986, p. 102; ZAFFARONI (IIDH), 1986, pp. 279 y s.; *CAJ*-SC, 1990, p. 29; *Defensoría del Pueblo*, 1998, pp. 60 y ss. (62); en el resultado también EGUIGUREN/AZABACHE, 1994, p. 40; ARSLANIAN, 1997, p. 105.

[28] *UN*, 1997 (HRI/GEN/1/Rev. 3), p. 15.

[29] Cf. *supra* nota 5 al igual que *UN-ECOSOC-CHR*, 1995b, par. 89.

[30] Entrevista, Bruselas, 10/2/1995.

[31] Entrevista, Bruselas, 10/2/1995; en forma general al respecto en *Zaffaroni* (IIDH), 1986, pp. 279 y s.

[32] Al respecto ECHANDÍA, Reyes, 1986, pp. 148 y s.; *CAJ*-SC, 1990, pp. 26 y s.

[33] Cf. *CAJ*, 1994, p. 44, 72; *OEA-CorteIDH*, 1993b, pp. 17 y ss.; SANCINETTI, 1989, p. 52.

intervención de un poder en el ámbito de otro poder, mientras que la justicia militar *per definitionem* no representa ningún poder independiente, sino una parte integral de las fuerzas armadas.

2. *Puntos de partida normativos para disminuir la impunidad*

De acuerdo con las reflexiones anteriores, es evidente que una marcada disminución de la impunidad en los tribunales militares solamente se puede lograr mediante una restricción de la competencia de la justicia militar en favor de la jurisdicción ordinaria. Por consiguiente, es necesario ocuparse previamente de las cuestiones relacionados con la competencia (2.1.). A tal efecto se intentará, partiendo de las interpretaciones de la jurisprudencia (2.1.1.) y de la doctrina (2.1.2.), proponer una delimitación de la competencia jurídica sólida y realizable desde el punto de vista jurídico-político (3.). Algunos consideran esta solución como extremadamente radical, pero en vista de las ya descritas prácticas de la jurisdicción militar, es irrenunciable y en todo caso menos radical que la completa supresión de la justicia militar.

Las reformas inmanentes al sistema, esto es, las propuestas que se circunscriben a reformas internas de la justicia militar sin cuestionar completamente la justificación de su existencia, se examinarán de manera especial (2.2.).

2.1. Sobre la competencia de los tribunales militares

2.1.1. LA INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES VIGENTES POR LA JURISPRUDENCIA

La elaboración de este capítulo se dificultó por la falta de acceso a la jurisprudencia de las Cortes Supremas (CS).[34] La jurisprudencia boliviana no podrá considerarse por tal razón.[35]

[34] Para más información ver las siguientes páginas web:
Colombia (rama judicial): http://www.latinexpo.com/@consejo/;
Perú (poder judicial): http://www.pj.gob.pe;
Chile (Ministerio de Justicia): http://www.justicia.gov.cl;
Argentina (CSJ): www.pjn.gov.ar.

[35] Mientras que en el caso de Argentina existe una compilación de decisiones relativamente actualizada *(Fallos* de la Corte Suprema), no es el caso en otros países. En los casos de Colombia, Perú y Chile, se pudieron analizar las decisiones de las Cortes Supremas gracias a la ayuda de las autoridades nacionales y de las organizaciones de derechos humanos *(CAJ, FASIC)*; la consulta de las correspondientes fuentes secundarias *(Jurisprudencia y Doctrina* para Colombia, *Normas Legales* para Perú y *RDJGT* para Chile) fue por el contrario menos fértil. Hoy en día Internet ofrece también las siguientes direcciones: http://www.latinexpo.com/@consejo/ (Poder Judicial colombiano); http://www.justicia.gov.cl (Ministerio de Justicia de Chile); http://www.pjn.gov.ar (Poder Judicial argentino).

2.1.1.1. *Colombia*

En Colombia la CS consideró constitucional en una sentencia fundamental en 1971,[36] la extensión de la competencia de los tribunales militares a todos los delitos cometidos por los miembros de las fuerzas armadas en servicio activo (actos del servicio).[37] En la misma sentencia, empero, declaró la inconstitucionalidad de la jurisdicción sobre civiles porque contravenía el art. 170 de la (antigua) Constitución y que esa disposición, en lo restante, debía ser interpretada como una "disposición de carácter excepcional", es decir de manera restrictiva.[38]

Sin embargo, en abierta oposición a lo anterior, la CS posteriormente declaró constitucionales numerosos decretos de Estado de sitio, por medio de los cuales se extendía la competencia de los tribunales militares a los civiles.[39] Recién en 1987 retomó nuevamente su antigua jurisprudencia y declaró inconstitucional la competencia de los tribunales militares sobre los civiles con una motivación digna de señalar:

> "...La justicia militar, por su organización y por la forma como se integra y como funciona, no es parte del Poder Judicial, como lo exige la Constitución para el juzgamiento de la población civil... el sentido propio de la función jurisdiccional no es encontrar responsables a todo trance, sino castigar al culpable y absolver al inocente... La anormalidad en los hechos no puede combatirse creando anormalidad en las estructuras jurídicas de la República..." [40]

Siguiendo esa jurisprudencia el *Tribunal Disciplinario,* competente hasta 1987 para conocer de los conflictos de jurisdicción, decidió en el año 1983, que la jurisdicción militar era competente para la persecución de los delitos comunes cometidos por los miembros de las fuerzas armadas, aún cuando no "...hubiesen estado prestando tarea alguna en particular" porque "los militares en servicio activo están prestando su servicio permanentemente...".[41]

[36] Sentencia del 4/10/1971, citado en OLIVAR, 1987, pp. 43 y ss. Cf. también VÁSQUEZ C., 1979, pp. 290 y ss.

[37] Arts. 307 y s. del CPM de 1958.

[38] Sentencia del 4/10/1971 *(supra* nota 36). Ver también *Consejo Superior de la Judicatura,* sentencia del 2/10/1997 (radic. 14590 A), magistrada ponente (mp) Amelia Mantilla Villegas, p. 12: "...el fuero militar es la excepción... y por ende... ha de ser reconocido restrictivamente". Igualmente *id.*, sentencia del 23/10/1997 (radic. 14029), mp Amelia Mantilla Villegas, p. 5.

[39] *CAJ*-SC, 1990, pp. 28 y s.

[40] Sentencia del 5/3/1987, en: *Jurisprudencia y Doctrina*, Bogotá (Legis), t. 16, N° 185 (mayo 1987), pp. 492, 498.

[41] Sentencia del 20/5/1983, citado en *CAJ*-SC, 1990, p. 20.

La sala penal de la CS, competente para tales efectos hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991,[42] por el contrario, se ha pronunciado en numerosas sentencias a favor de restringir la competencia de la justicia militar. En una resolución del 11 de octubre de 1988 decidió que para los delitos cometidos "...en condiciones ajenas al servicio...", era competente la jurisdicción ordinaria.[43] La competencia de la jurisdicción militar en materia de delitos comunes se suscita pues sólo cuando se trata de actividades de servicio en sentido estricto, esto es, el tipo de actividades que se encuentran previstas en las disposiciones disciplinarias para las fuerzas armadas.

Recientemente, la Corte Constitucional señaló:

> "...la ley que señala cuáles son los delitos que corresponde conocer a esta jurisdicción debe respetar la orden constitucional que impone tanto el contenido esencial del fuero militar como su carácter limitado y excepcional. La extensión de éste, por fuera de los supuestos constitucionales, menoscabaría la jurisdicción ordinaria, que se impone como juez natural general, por mandato de la misma Constitución y, por contera, violaría asimismo el principio de igualdad, el cual sólo se concilia con una interpretación restrictiva de las excepciones a la tutela judicial común."[44]

El hoy competente *Consejo Superior de la Judicatura* (art. 256 inc. 6° de la Constitución) ha mantenido en esencia esa jurisprudencia y la ha desarrollado más. El tribunal ha expresado, de manera general, una vez más que, ante todo, sólo la jurisdicción ordinaria tiene una legitimidad constitucional. Una extensión de la competencia a la jurisdicción militar es posible sólo en casos excepcionales, principalmente cuando los respectivos presupuestos que habilitan la competencia[45] son incuestionables.[46] De acuerdo con éstos, en primer lugar, el *sujeto activo* debe ser un miembro de la fuerza pública, o sea un miembro del ejército o de la policía.[47] La prohibición constitucional de someter a los civiles a la jurisdicción militar (art. 213), sin embargo, no quiso dejar sin validez el *Consejo* respecto de los civiles al servicio de las fuerzas

[42] *CC* (C-358/97), *infra* nota 44, pp. 55 y s. declarando inconstitucional el art. 319 CPM que (todavía) declara competente la CS.

[43] Citado en *CAJ*-SC, 1990, p. 20.

[44] *Corte Constitucional*, sentencia N° C-358/97 del 5/8/1997 (Ref.: Expediente N° D-1445), mp Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 23 con más referencias en la nota 1.

[45] Art. 221 de la (nueva) Constitución. Así como en el art. 14 CPM.

[46] Sentencia del 27/10/1993 (rad. N° 781), mp Álvaro Echeverri Uruburu.

[47] Cf. art. 221 en concordancia con el art. 216 de la Constitución. Sobre la extensión a la policía en el antiguo régimen jurídico cf. VALLE, 1986, pp. 114 y s; en contra de esta extensión, ya que la policía y el ejército son esencialmente diferentes: opinión de LLERAS PIZARRO (CSJ, rad. N° 729), en *Revista de Derecho Penal y Criminología,* Bogotá, vol. 2, N° 8 (dic. 1979), pp. 84-88.

armadas. Fundamentó esta postura acudiendo a la voluntad del constituyente y a consideraciones prácticas relacionadas con el orden y la disciplina de las fuerzas armadas:

> "... se debe pues entender que dicha prohibición (art. 213 de la Constitución) no puede hacerse extensiva a los asuntos que comprenden el aspecto disciplinario, pues en estos casos deberíamos aplicar las respectivas disposiciones especiales (de rango inferior)... la exclusión del juzgamiento de civiles por las autoridades jurisdiccionales militares, no puede romper ...el régimen disciplinario interno de las fuerzas militares... De no entenderse así, se produciría un desquiciamiento del orden orgánico que dentro de una institución que como la militar, es esencial a su naturaleza y funciones... se llegaría a que los particulares no podrían ser vinculados como funcionarios o empleados (de las fuerzas armadas), a fin de no poner en peligro el orden, la disciplina y el normal funcionamiento de tales instituciones ..."[48]

Esa concepción —dudosa desde el punto de vista constitucional— fue sometida a restricciones en decisiones posteriores, en el sentido de que sólo estaban sometidos a la jurisdicción militar los civiles que se encontraran en "servicio activo", pero no aquellos que hubiesen sido suspendidos o estuviesen con licencia.[49] La Sala Penal de la CS fue mucho más allá en una decisión reciente, en la que expresó que del art. 170 de la anterior Constitución y del 213 de la nueva, se deducía claramente y sin duda alguna, que sólo los militares activos estaban sometidos a la justicia militar, y que ningún civil, aún cuando estuviera vinculado a las fuerzas armadas, podía ser enjuiciado por esa jurisdicción.[50]

Más difícil aún ha sido para la jurisprudencia determinar, con exactitud, el significado del requisito establecido en el art. 221 de la Constitución y 14 del CPM, de la *relación (del delito) con el mismo servicio.* Una relación de este tipo se presenta básicamente cuando "existe un vínculo o nexo circunstancial de tipo modal, temporal o espacial que está en relación directa o indirecta con la función militar".[51] Este vínculo existe cuando "el servicio es prestado normalmente y es aprovechado para la comisión del hecho punible".[52] Se requiere por tanto, al nivel objetivo, la existencia de una relación de causalidad entre el

[48] Sentencia del 2/7/1992 (rad. N° 1.115), mp Álvaro Echeverri Uruburu.

[49] Sentencia del 15/12/1993 (rad. N° 856/3A), mp Amelia Mantilla Villegas; sentencia del 9/9/1993 (rad. N° 782/114-C), mp Enrique Camilo Noguero Aaron; sentencia del 13/11/1993 (rad. N° 447), mp Rómulo González Trujillo.

[50] *CSJ*-Cas. Penal, sentencia agosto 39/94, rad. 9138, mp Jorge Enrique Valencia M., en: *Régimen Penal Colombiano*, envío 39, enero de 1995, § 5204.

[51] Sentencia del 15/12/1993 (rad. N° 856/3A), mp Amelia Mantilla Villegas.

[52] Sentencia del 1/7/1993 (rad. N° 712/110-C), mp Enrique Camilo Noguero Aaron.

ejercicio del servicio y los hechos cometidos. La prueba de la existencia de causalidad es bastante exigente. La existencia del deber de servicio no es suficiente para afirmar la causalidad.[53] Se debe tener en cuenta, en particular, que la "misión esencial (de la policía) es la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas y no el de conculcarlos..."[54]

En su más reciente sentencia C-358/97 la Corte Constitucional (CC) tuvó que examinar, *inter alia*, la expresión "con ocasión del servicio o por causas de éste o de funciones inherentes a su cargo" que se encuentran en los arts. 190, 259, 261 a 264, 266, 278 y 291 CPM.[55] Partiendo de la expresión constitucional "relación con el mismo servicio" (art. 221) la Corte señaló:

> "*3.* La expresión 'relación con el mismo servicio', a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan 'relación con el mismo servicio'. El término 'servicio' alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares —defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional— y de la policía nacional —mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica.
>
> *4.* La norma constitucional parte de la premisa de que el miembro de la fuerza pública actúa como tal, pero también se desempeña como persona y ciudadano. El servicio público no agota ni concentra todo el quehacer del miembro de la fuerza pública, como por lo demás ocurre con cualesquiera otra persona. La totalidad de los actos u omisiones del miembro de la fuerza pública no puede, en consecuencia, quedar comprendida dentro del fuero castrense. Para los efectos penales, se torna imperioso distinguir qué actos u omisiones se imputan a dicho sujeto como miembro activo del cuerpo militar o policial, y cuáles se predican de su actividad propia y singular como persona o ciudadano ordinario. La distinción es básica y obligada si se quiere preservar la

[53] Sentencia del 9/9/1993 (rad. N° 782/114-C), mp Enrique Camilo Noguero Aaron.

[54] *Idem*, voto en disidencia en la sentencia del 1/7/1993 (rad. N° 696/111-C.) de Germán Augusto Pérez J. (29/7/1993, rad. N° 696/109). Esta opinión no es indiscutible, en la medida que de allí se derive que en el marco del servicio nunca se puedan cometer violaciones a los derechos fundamentales. Las fuerzas de seguridad alegarán siempre que cometieron un determinado hecho punible para proteger a la sociedad, es decir, que lo tuvieron que cometer.

[55] *CC* (C-358/97), *supra* nota 44, pp. 22 y ss.

especialidad del derecho penal militar, que complementa el derecho penal común, pero que en modo alguno lo sustituye.

(...)

6. El concepto de servicio corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asignan a la fuerza pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico. La sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo de servicio por un miembro de la fuerza pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial o, en fin, aprovechándose de su investidura, no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal militar. En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública. El uniforme del militar, por sí sólo, no es indicativo de que lo que hace la persona que lo lleva sea en sí mismo delito militar; por lo tanto, deberá examinarse si su acción o abstención guarda relación con una específica misión militar. De otro lado, el miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada: en este caso, el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común. Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo.

Un entendimiento distinto del que se concede a estas hipótesis en esta sentencia, conduciría a desvirtuar la esencia del fuero militar y policial, que de otro modo terminaría por convertirse en privilegio estamental. Repárese que si se aceptara que fueran juzgadas por la justicia penal militar todas las personas a las que se imputa un delito, que haya sido perpetrado haciendo uso de las prendas distintivas de la fuerza pública o utilizando armas de dotación oficial, se estaría admitiendo que el fuero se discierne por la mera circunstancia de que el sujeto activo tenga el carácter de miembro de la fuerza pública sin parar mientes en la relación de su proceder con el servicio castrense objetivamente considerado. El simple hecho de que una persona esté

vinculada a la fuerza pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de la fuerza pública. Ellos continúan siendo simplemente la voluntad delincuencial imputable a la persona, desconectada del servicio público de la defensa y de la seguridad públicas, la cual en un plano de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias.

7. Además del elemento subjetivo —ser miembro de la fuerza pública en servicio activo—, se requiere que intervenga un elemento funcional en orden a que se configure constitucionalmente el fuero militar: el delito debe tener relación con el mismo servicio. Lo anterior no significa que la comisión de delitos sea un medio aceptable para cumplir las misiones confiadas a la fuerza pública. Por el contrario, la Constitución y la ley repudian y sancionan a todo aquel que escoja este camino para realizar los altos cometidos que se asocian al uso y disposición de la fuerza en el Estado de derecho, puesto que éste ni requiere ni tolera el recurso a medios ilegítimos para la consecución de sus fines. El servicio está signado por las misiones propias de la fuerza pública, las cuales por estar sujetas al principio de legalidad en ningún caso podrían vulnerarlo.

No obstante que la misión o la tarea cuya realización asume o decide un miembro de la fuerza pública se inserte en el cuadro funcional propio de ésta, es posible que en un momento dado, aquél, voluntaria o culposamente, la altere radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. Justamente a este tipo de conductas se orienta el Código Penal Militar y se aplica el denominado fuero militar. La legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial.

La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente

extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial.

(...)

10. La jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general. Por ende, su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva, tal como lo precisa la Carta Política al establecer en su art. 221 que la justicia penal militar conocerá "de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio". Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor —es decir del servicio— que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública. Esta definición implica las siguientes precisiones acerca del ámbito del fuero penal militar:

a) que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron *ab initio* criminales.

b) que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los

cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. ...

Por consiguiente, un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria.

La Corte precisa: es obvio que nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por la cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello la justicia castrense no conoce de la realización de "actos del servicio" sino de la comisión de delitos "en relación" con el servicio. Es decir, lo que esta Corporación afirma no es que los delitos de lesa humanidad no constituyen actos del servicio, pues es obvio que en un Estado de derecho jamás un delito —sea o no de lesa humanidad— representa una conducta legítima del agente. Lo que la Corte señala es que existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio.

c) que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción."[56]

[56] *Ibid.*

Si bien estas reflexiones son de fundamental importancia, en particular en cuanto al límite objetivo que los delitos contra la humanidad ponen a la justicia militar, cabe la duda de si la declaración de inconstitucionalidad de las normas citadas con base en el art. 221 de la Constitución es dogmáticamente correcta dado que la distinción terminológica entre la expresión constitucional ("relación con el mismo servicio") y la examinada ("con ocasión del servicio o por causas de éste o de funciones inherentes a su cargo") es poco clara. Señalan con mucha razón los magistrados Arango Mejía, Herrera Vergara y Hernández Galindo en su salvamento de voto que si bien están de acuerdo que "conductas como la tortura, el secuestro, el homicidio fuera de combate, las masacres y otras similares, no constituyen ni pueden constituir acto del servicio y, desde luego, no están cobijadas por las reglas del fuero militar", surge un problema de delimitación terminológica:

> "Creemos que la expresión constitucional —delitos cometidos en relación con el servicio— incluye las transcritas, es decir, ellas tienen todas relación íntima e inescindible con el servicio.
>
> ¿Cómo sostener que un acto ejecutado 'con ocasión del servicio', o 'por causa de éste', o en ejercicio de funciones "inherentes al cargo militar" no guarda relación con el servicio confiado por la Constitución a los miembros de la Fuerza Pública? Las expresiones demandadas no violan, por sí mismas, la Constitución, pues todas implican 'relación con el servicio'. Por eso, la declaración de su inexequibilidad es improcedente e inútil, y a nada conduce.
>
> En últimas, lo que se busca, y en lo cual estamos de acuerdo, es la interpretación restrictiva de las palabras 'en relación con el mismo servicio', contenidas en el art. 221 de la Constitución. Interpretación restrictiva encaminada a fortalecer la administración de justicia y la protección de los derechos fundamentales, pero que no implica, en abstracto, contradicción entre las palabras utilizadas por el legislador ('con ocasión del servicio', 'por causa del servicio', o 'inherentes al cargo') y las plasmadas en la Constitución ('delitos cometidos en servicio y en relación con el mismo servicio'), pues definitivamente tal contradicción —basta consultar el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua— no existe."

En todo caso, sigue vigente el criterio de la existencia de la relación de causalidad. Fue negada, por ejemplo, en un caso en el que un policía luego del servicio se detuvo, por invitación del propietario, en un bar y allí dio muerte a un hombre. En su fundamentación, el tribunal se remitió a una decisión de la CS:

> "...el militar que no adecua su conducta al acto propio del servicio, o que no actúe en cumplimiento de órdenes superiores, o se aparte de ellas, *para dedicarse a actividades particulares*... estará actuando por fuera del servicio y en asuntos que no guardan relación con éste, y los hechos punibles que llegare a realizar en estas condiciones, pertenecen indudablemente a la órbita de la justicia ordinaria." [57]

La relación de causalidad fue también negada en un caso en el que un policía en uso de licencia, que iba conduciendo un automóvil en la calle, disparó en contra de otro conductor durante una discusión, porque faltaba el deber de servicio policíaco. Además, se debe añadir, que el policía no se encontraba, como se requiere,[58] en servicio *activo*.

Igualmente, no existe relación con el servicio cuando un policía vestido de civil, embriagado y dedicado al juego participa en delitos de homicidio como "no existe ninguna relación directa o esencial (con el servicio), pues los hechos punibles de homicido que motivaron este proceso no hace parte de las funciones que le corresponde desempeñar a un policía en servicio activo...".[59] Lo mismo vale cuando un policía, aún en servicio permanente, irrumpe abrupta y violentamente en la casa particular de un ciudadano con el fin de regar gasolina, colocar elementos incendiarios y prender fuego.[60] Más claro aún es el caso en el cual un policía, sin misión especial, comete un hurto[61] o comete atropellos contra ciudadanos sin ninguna justificación.[62] Tampoco tiene que ver "absolutamente nada con el servicio" un homicidio en grado de tentativa que comete un policía cuando se encuentra en su pausa de desayuno.[63] Por otro lado, guarda relación con el servicio la persecución de un delincuente sorprendido en flagrancia y los delitos cometidos durante la persecución.[64]

Si se llega a cometer un exceso durante el servicio, el *Consejo Superior* responde a favor de la jurisdicción militar siempre y cuando el exceso haya dependido sea de los deberes del cargo, de funciones específicas del cargo o de

[57] Destacado en el original, sentencia del 16/10/1992 (rad. N° 359), mp Leovigildo Bernal Andrade (citado en una decisión de la CSJ-Sala Penal del 27/2/1989).
[58] Sentencia del 9/9/1993 (rad. N° 782/114-C), mp Enrique Camilo Noguero Aaron.
[59] *ConSup.*, sentencia registrada el 29/4/1996 (radic. 9178A), mp Amelia Mantilla Villegas, pp. 5 y s.
[60] *ConSup.*, sentencia registrada el 17/11/1996 (radic. 10032A), mp Amelia Mantilla Villegas, pp. 4 y s.; otra opinión es el salvamento de voto del magistrado Noguera Aaron que señala que la relación con el servicio existe también cuando de lo que "se trata es del aprovechamiento de esas condiciones oficiales...".
[61] *ConSup.*, sentencia del 13/3/1997 (radic. 10647B), mp Amelia Mantilla Villegas, pp. 4 y s.
[62] *ConSup.*, sentencia del 23/10/1997 (radic. 14029), mp Amelia Mantilla Villegas, pp. 5 y s.
[63] *ConSup.*, sentencia del 2/10/1997 (radic. 14590A), mp Amelia Mantilla Villegas, pp. 11 y s.
[64] *ConSup.*, sentencia del 6/2/1997 (radic. 10446A), mp Amelia Mantilla Villegas, pp. 4 y s.

la orden de un superior.[65] Como estos presupuestos simplemente deben presentarse en forma alternativa, sólo en casos extremos —como los ya enunciados (nota 65)— entra en cuestión la competencia de la jurisdicción ordinaria.

Empero, el autor no debe actuar con un *dolo* (directo) —temporalmente anterior a la propia comisión del delito— con aprovechamiento de la función encomendada. Más bien el desarrollo normal del cumplimiento de la función debe conducir en mayor o menor medida a la comisión ocasional del delito.[66]

Por cierto, los esfuerzos de la jurisprudencia colombiana por desarrollar criterios jurídicos para resolver los conflictos de competencia deben ser reconocidos. Si bien varía la calidad de estos criterios, según quién y bajo qué marco de condiciones político-criminales tiene que ser decidido. En efecto, los criterios desarrollados no permiten una delimitación suficiente entre los casos atribuidos a la jurisdicción ordinaria y aquellos otros que son de la jurisdicción militar. En vista del vago marco normativo esto no es sorprendente ya que la jurisprudencia no puede fácilmente remediar los defectos legislativos.

2.1.1.2. *Perú*

En *Perú* la CS le atribuye a la jurisdicción militar casi todos los casos en los que hayan participado militares. Para ello, por lo general, la Corte se limita a indicar simplemente las disposiciones pertinentes sobre competencia, previstas en el Código de Justicia Militar (arts. 19 y ss., CJM) o en las normas especiales, específicamente el art. 10 de la ley 24.150.[67] Sintomática es, por ejemplo, una decisión de la CS del 1° de abril de 1986, en un difícil caso en el que con la lapidaria remisión al art. 324 del CJM, se señaló como *delito de función* el homicidio de un civil cometido por un oficial de policía[68] y por tanto se envió a la jurisdicción militar.[69] En una decisión del 22 de agosto de 1986 fue remitido a la jurisdicción militar el proceso que se seguía por la masacre cometida

[65] Sentencia del 15/12/1993 (rad. N° 856/3A), mp Amelia Mantilla Villegas. Se trató de la comisión de un doble homicidio, daños corporales y posesión de armas para el uso privativo de personas civiles, por parte de miembros de las fuerzas armadas, que lanzaron una granada en un bar. Como no se configuraba ninguno de los presupuestos conocidos, el caso fue remitido a la jurisdicción ordinaria.

[66] Sentencia del 1/7/1993 (rad. N° 696/111-C), mp Enrique Camilo Noguero Aaron: "...la prestación normal del servicio... aprovechada sin proponérselo previamente...". Cf. también sentencia del 2/3/1993 (rad. N° 634/098-C), mp Enrique Camilo Noguero Aaron.

[67] El art. 10 de la ley 24.150 le dio a la justicia militar la competencia para conocer de los delitos cometidos durante el servicio en las zonas que se encontraran en estado de excepción.

[68] En Perú los agentes de la policía se encuentran sometidos a la jurisdicción militar (Cf. art. 173 Constitución).

[69] *Normas Legales*, t. 150, enero/febrero 1988, p. 13.

por las fuerzas armadas a detenidos en las cárceles limeñas de "San Juan Bautista", "San Pedro" y "Santa Bárbara", como quiera que, de acuerdo con la argumentación de la Corte, esos hechos eran alcanzados por el art. 10 de la ley 24.150 a causa de la declaratoria del estado de excepción.[70] También en el caso *Cantuta* la mayoría de las salas intervinientes, evadieron el análisis de contenido del problema jurídico de base, remitiendo a la conocida "ley Cantuta".[71]

En ninguna de estas decisiones la CS analizó la pregunta que planteaba el art. 173 de la Constitución, sobre lo que debía entenderse por "delito de función", a pesar de que éste debía ser el punto de partida para decidir sobre la competencia. Si se parte de las explicaciones del máximo tribunal para la simple remisión a las disposiciones existentes, se observa que la CS realiza una interpretación excepcionalmente amplia del "delito de función". Es así como, con ocasión de cincuenta casos de homicidios graves cometidos por una unidad de la marina, la Corte sostuvo que se trataba de "delitos de función" ya que

> "...los delitos de función no se limitan únicamente a los delitos que conciernen al ejercicio del cargo desempeñado por el militar..., sino también a todos aquellos que tienen relación con él o una repercusión con las funciones o actividades que a cada militar corresponde *por el hecho de pertenecer* a las instituciones armadas, de allí que no sea exigible... una causalidad entre el delito cometido y la función, (sino) que basta la *simple ocasionalidad*."[72]

En ese mismo sentido, en la contienda de competencia por delitos de abuso de autoridad y otro en agravio de Leonor La Rosa Bustamante (realmente un evidente caso de torturas), la CSJ, Sala Penal "C", dirimió en favor del CSJM en razón de "que, frente a estos hechos, se tiene en cuenta que las personas procesadas y agraviadas son militares...".[73]

En efecto, la CS considera suficiente —mediante el criterio de la *ocasionalidad* (que reemplaza el de la "causalidad")— que el hecho se produce "con ocasión de encontrarse el sujeto activo realizando actos de servicio, sin entrar a calificar si existe relación causal entre la acción antijurídica y la específica función militar".[74] Así, la jurisprudencia llega a una interpretación muy amplia del "delito de función" que, a su vez, conduce a un ámbito de valoración jurídico arbitrario. De hecho parece que la CS se deja guiar más por objetivos políticos que por argumentos jurídicos convincentes. Las decisiones de remisión a favor de la jurisdicción ordinaria se limitan a casos "políticos in-

[70] *CSJ*, Segunda Sala Penal, competencia N° 24-86.

[71] Sobre la posición de la CS, Eguiguren/Azabache, 1994, pp. 35 y ss.

[72] *Normas Legales*, t. 135, julio/agosto 1985, pp. 16 y s.

[73] Exp. N° 12-97, resolución del 18/7/1997, publicada en: *Defensoría del Pueblo*, 1998, p. 92.

[74] *Defensoría del Pueblo*, 1998, p. 65.

ofensivos", esto es, a aquellos en los que no se trata de graves violaciones a los derechos humanos, ni los autores tienen altos rangos militares. Tales casos, como un accidente de tránsito de un militar de alto rango, lo considera ocasionalmente la CS como "más allá del servicio"[75] o "al margen de la situación de servicio"[76] y lo remite a la jurisdicción ordinaria.

De este modo, no causa asombro alguno que esa jurisprudencia, mientras continúe así, se enfrente a considerables críticas en la literatura peruana. *Schiappa-Pietra*, por ejemplo, expresa, en representación de muchos de sus colegas:

> "Sin exageración, cualquier estudio que efectúe sobre la arbitrariedad en el Perú encontrará en la jurisprudencia una valiosa cantera informativa".[77]

Esta situación se trató de remediar con la promulgación de la ley 26.926, que modifica diversos artículos del Código Penal e incorpora el Título XIV-A, referido a los delitos contra la humanidad. En su art. 5°, sobre el trámite de los procesos por tales crímenes establece que "se tramitarán en la vía ordinaria y ante el fuero común".[78]

2.1.1.3. *Chile*

Ya se demostró que la mayoría de los procesos por violaciones a los derechos humanos son remitidos a la justicia penal militar y las respectivas disposiciones sobre competencia, previstas en el CJM, son concebidas con mucha amplitud.[79] Esto aclara en parte, por qué la búsqueda de fundamentos jurídicos convincentes en las decisiones judiciales sobre competencia generalmente es inútil. Se puede sostener que la CS por lo general renuncia a toda fundamentación y se remite simplemente a las correspondientes disposiciones sobre competencia.

En el caso *Rodolfo Gónzalez*[80] que, como la mayoría de las veces, fue una detención y posterior "desaparición forzada" de una persona, la CS sostuvó lapidariamente en una resolución manuscrita (!), que el proceso debía ser remitido al tribunal militar competente debido a la participación de personal militar en los hechos. En el caso *Mauricio Jorquera* ("desaparición forzada"), [81] señaló

[75] Decisión del 3/12/1971, en: *Boletín Judicial*, 1972 I, pp. 218 y s.
[76] Decisión del 31/7/1981, competencia N° 17-81.
[77] Schiappa-Pietra, 1990, p. 33; Eguiguren, 1990; ver también *Defensoría del Pueblo*, 1998, pp. 62 y ss.
[78] *El Peruano*, 21/2/98, pp. 157575-157576; también en: *Normas Legales*, t. 261, febrero 1998, § 129, pp. 269 y s. Ver también anexo III, 2.
[79] Ver Ambos, 1997e, pp. 94 y ss., 186 y ss.
[80] Decisión de 15/12/1994 (archivo del autor).
[81] Decisión de 20/7/1995 (archivo del autor).

la CS que era indiscutible que "las personas se encontraban en una situación prevista en el sentido del art. 5° N° 3" porque habían participado en los hechos y habían retenido a la víctima en un establecimiento de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), o sea una organización de tipo militar, por consiguiente, el caso pertenecía a la justicia militar.

Aún más escasas son las decisiones —que se presentan raras veces— en las cuales la CS se pronuncia a favor de la jurisdicción ordinaria. En el caso *David Silbermann* ("desaparición forzada"),[82] la CS decidió simplemente que, de conformidad con el art. 5° N° 3 del CJM, era competente la justicia penal ordinaria. En el caso *Pedro Poblete* ("desaparición forzada"),[83] decidido el mismo día, la Corte se expresó de manera idéntica.

La diferencia entre todas estas decisiones consiste en que aquellas que resultan a favor de la jurisdicción ordinaria, son seguidas de una opinión en disidencia relativamente detallada, por parte del Auditor General del Ejército, en la que aboga por la competencia de la jurisdicción militar; por el contrario, en el caso de decisiones a favor de la jurisdicción militar, por regla general, no se presentan estas disidencias, a pesar de que existen los alegatos de los abogados de las víctimas. En vista de la situación de que se trata siempre de los mismos hechos —detenciones ilegales o secuestro que termina en "desaparición forzada", cometidas por miembros del ejército en un sentido amplio (incluyendo la DINA y los *carabineros)*— decisiones diferentes sobre competencia no son explicables. Por tanto se tiene la impresión de que son menos los motivos legales y mucho más los políticos los que determinan una u otra decisión.

De acuerdo con estas afirmaciónes es evidente que la actual jurisprudencia chilena no contribuye al *esclarecimiento jurídico* que suscitan las cuestiones de competencia. En algunas de sus primeras decisiones la CS ha mencionado también problemas jurídicos; sin embargo, elude las cuestiones decisivas. Un ejemplo lo constituye el caso *Chanfreau.*[84] También fue un secuestro, con la posterior "desaparición forzada", cometido por agentes de la DINA. En su dictamen, el Ministerio Público[85] optó por una interpretación del art. 5° N° 3 del CJM conforme a la cual se parte con respecto al momento de la comisión del delito de su ejecución o causación, es decir de un punto anterior al de la consumación del hecho. La necesidad de una distinción de esta naturaleza proviene del art. 5° N° 3 del CJM que presupone, como se sabe, que los hechos hayan

[82] Decisión de 16/11/1994 (archivo del autor).
[83] Decisión de 16/11/1994 (archivo del autor).
[84] Decisión de 30/10/1992, en: *RDJGT*, 1992 II (t. 89), 2ª parte-secc. 4ª, pp. 235 y ss.
[85] En los escritos (aún) vigentes del proceso inquisitivo en Chile, la función del *Ministerio Público* se circunscribe a la presentación de cuestiones jurídicas, sin embargo sólo ante los tribunales de segunda instancia y en la CS (cf. Vargas/Correa, 1995, pp. 27 y ss.; Ambos, 1998, pp. 38 y ss.).

sido cometidos en un establecimiento militar. A ese resultado se puede llegar en el caso de una "desaparición forzada", sólo cuando se posterga el momento del inicio de la comisión del hecho. De este recurso se valió la CS. Generalmente se parte de que el hecho se cometió en un establecimiento militar, por ejemplo un cantón de la DINA, para llegar a la aplicación del art. 5° N° 3 del CJM. Con base en esto la Corte reduce la "desaparición forzada" a los actos cometidos en el ámbito militar. Esto pasa por alto que las acciones que precedieron aquel hecho (traslado violento a un establecimiento militar), que circunstancialmente pueden representar al mismo tiempo hechos típicos como una detención ilegal, un secuestro o una coacción, no hayan sido cometidos en un establecimiento militar, sino en el ámbito civil —en la calle o en el ámbito privado de la víctima. Estas acciones precedentes son causal para las (posteriores) acciones; del punto de vista de las reglas del concurso de delitos ellos constituyen un hecho previo necesario para los hechos posteriores, cometidos en el interior de un establecimiento militar. La "desaparición forzada" como fenómeno criminológico, abarca *de lege ferenda* todas las acciones descritas desde la detención hasta la muerte del detenido y los tipos penales desplegados a tales efectos (por ejemplo, la detención ilegal, el secuestro, la coacción, la violación corporal, el homicidio, la muerte). Visto de este modo, se le puede clasificar como un delito compuesto o de varios actos[86] o como un delito continuo.[87] Su ejecución comienza con la detención de una persona, esto es por fuera del ámbito militar, y se consuma o culmina con su "eliminación" (definitiva). Esta última acción, nuevamente, puede ser cometida fuera de un establecimiento militar, como, por ejemplo, lo muestra la práctica argentina, en la que se anestesiaba a los prisioneros para lanzarlos al mar.[88]

En *Chanfreau* la CS resolvió solamente que la competencia se originaba en el momento en que "el hecho fuese cometido". Pero esto es empero una verdad de Perogrullo y no responde a la pregunta acerca de cuál es ese momento o sea por qué ese momento se posterga en el tiempo. Precisamente menos aún la Corte se ocupa de la pregunta central, de por qué o en qué medida la

[86] Delitos *compuestos* —en oposición a los delitos simples— protegen varios bienes jurídicos (aquí por ejemplo, la libertad, la integridad corporal, la vida). Delitos de varios actos —en oposición a los de un acto— requieren que el tipo presupone por lo menos dos actos (aquí, por ejemplo, la detención, la coacción, la violencia). Ver JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 26 II. 4 y 5 (pp. 265 y s.).

[87] Cf. *supra* cap. III, 1.1.4. y 1.3.2. Así también ahora —para sorpresa de todos— la decisión de la CSJ del 5 de diciembre de 1995, en relación a la desaparición forzada de dos indios mapuches *(US-Department of State,* 1996, s/p). Por medio de ella se amplía la desaparición forzada por sobre el plazo de duración de la amnistía (dec. ley 2181, 1973-1978) de modo tal que ésta no puede constituir un obstáculo para la persecución penal.

[88] Ver VERBITSKY, 1995.

comisión de un delito ordinario por parte de un miembro del ejército representa un "acto del servicio" o se relaciona con el servicio (cfr. art. 5° N° 3 CJM). En *Chanfreau*, la opinión disidente en este punto —efectivamente sin otra motivación— parte de que no se ha probado la relación de servicio. En la decisión de recurso la CS no se ocupó de las cuestiones jurídicas ya refutadas, sino que simplemente resolvió que se trataba de delitos cometidos con la participación de militares y en establecimientos militares y que, por tanto, se confirmaba la sentencia original.[89]

Resumiendo, pues, se puede afirmar que la máxima jurisprudencia chilena casi no fundamenta jurídicamente los conflictos de jurisdicción, y no se ocupa de los problemas centrales que generan las disposiciones sobre competencia.

2.1.1.4. *Argentina*

En Argentina la CS se pronunció tradicionalmente a favor de la constitucionalidad de la jurisdicción militar.[90] Desde finales de la dictadura militar (1983) se pueden establecer dos diferentes tendencias en la jurisprudencia. En primer lugar, la jurisprudencia, en mayor o menor grado, se pronuncia a favor de una competencia amplia de la jurisdicción militar respecto de los hechos que fueron cometidos durante la dictadura militar (1976 a 1983). Posteriormente, pasa a una segunda fase, aún en vigencia, respecto de los hechos que se cometieron luego de la dictadura militar, en la cual prevalece una creciente limitación a la jurisdicción militar.

En la *primera fase* la situación jurídica creada por el art. 10 de la ley 23.049[91] limitó considerablemente el ámbito de decisión judicial. De este modo, los respectivos casos de la CS fueron remitidos regularmente con base en esa disposición, a la jurisdicción militar.[92] La Corte sólo podía sustraer la competencia de

[89] Decisión del 16/11/1992, en: *RDJGT,* 1992 II (t. 89), segunda parte-sec. 4ª, pp. 237 y ss.

[90] Jurisprudencia constante: *Fallos,* 27, p. 110; 52, p. 226; 101, p. 401; 104, p. 584; 142, p. 6; 149, p. 179; 236, p. 588; 306, p. 655.

[91] De conformidad con el art. 10 de la ley 23.049 fueron asignados a la jurisdicción militar los hechos cometidos entre 1976 y 1983 por parte de las fuerzas armadas para la persecución de la "subversión".

[92] Cf. el fallo fundamental del ex jefe de la junta, Benito A. Bignone, *Fallos,* 306 (1984), p. 655. Así como los casos publicados en *Fallos,* 307 (1985), p. 671; 308 (1986), pp. 1803, 2657; recientemente por ejemplo, *Fallos,* 311 (1988), p. 112 (si no se cierra la posibilidad de que los hechos investigados fueron cometidos a través de un aparato organizado, cuya función era poner en práctica los planes para combatir la subversión, son aplicables las disposiciones del art. 10 de la ley 23.049; en forma similar, *Fallos,* 308, p. 2383), p. 700 (la circunstancia de que se inculpen de los hechos a miembros de las fuerzas de seguridad, lleva a que éstos sean de competencia de la jurisdicción militar [con base en el art. 10 de la ley 23.049, nota del autor.]), p. 2614 (la circunstancia de que la víctima de los hechos punibles hubiere sido

las cortes militares cuando establecía que no existía una sospecha suficiente en contra de un miembro de las fuerzas armadas o que éste como sospechoso no podía "individualizarse" plenamente.[93] Por cierto, la jurisprudencia del máximo tribunal de los primeros años posdictatoriales muestra que la CS ante todo ha apoyado la ampliación de la competencia de la jurisdicción militar, subyacente en el art. 10 de la ley 23.049. De este modo, en el caso *Antonio Giorgi* (1985) no sólo se pronunció a favor de la constitucionalidad de la citada disposición, sino que además valoró la detención arbitraria de un civil (y su posible "desaparición forzada") como un *acto del servicio,* que se encontraba en el ámbito de la jurisdicción militar.[94]

Para los casos que se relacionaban con asuntos que se presentaron posteriormente y por lo tanto fuera del ámbito de aplicación de la citada norma, se desarrolló en la ya mencionada *segunda fase* (por ejemplo a partir de 1986) una jurisprudencia diferente. La CS, en primer lugar, diferencia entre si se trata de un delito especial, codificado en el CJM, o de un delito común, contenido en el CP. La remisión a la jurisdicción militar sólo tiene lugar en el primer supuesto. Sin embargo, aún en este caso la jurisdicción ordinaria puede ser competente cuando se encuentra un tipo, esencialmente igual, en el CP.[95] Puede presentarse también una división de la jurisdicción, cuando un hecho se encuentra subsumido en el CP, otro hecho, independiente de éste, se encuentra previsto en el CJM.[96] Lo decisivo para la competencia de una u otra jurisdicción, pues, no es solamente la codificación en uno u otro código, esto es, la clasificación normativa por el legislador. Tampoco puede la "mera coincidencia temporal del delito con la actividad propia del militar" justificar la competencia de la jurisdicción militar.[97] Lo esencial es más bien si se trata o no de un delito militar en sentido estricto. Esto se supone sólo cuando "el delito afecta por su esencia la disciplina militar" y "esta afectación" se diferencia de lo que puede ser "provocado" a través de algún otro delito común cometido por un miembro de las fuerzas armadas.[98] "La afectación de la disciplina militar" por sí sólo no es suficiente, para que un tipo contemplado en el CJM sea "de esencia militar".[99] Es necesaria más aún (también) una esmerada justificación, que diferencie "en esencia" el respectivo delito de un delito común semejante y que afecte la disciplina militar en forma única e incomparable. De conformidad con los criterios citados, la CS, por ejemplo, atribuyó los tipos de "estafa",[100] "incendio intencional"[101] y "homicidio"[102] a la competencia de la jurisdicción ordinaria, mientras que los tipos militares clásicos de "abuso de poder"[103] e "insurrección"[104] (militar), a la jurisdicción militar.

Naturalmente también los criterios citados se alejan de ser suficientemente determinados y delimitados. Sin embargo, se puede reconocer una tendencia marcada a limitar la competencia de la jurisdicción militar. Ésta ha sido en el ínterin la jurisprudencia constante de la CS:

> "...El tribunal ha resuelto reiteradamente que uno de los fines substanciales de la reforma del art. 108 del CJM, introducida por la ley 23.049, ha sido el de restringir la competencia militar a los delitos de tal naturaleza, excluyendo de esa jurisdicción a los delitos comunes en tiempos de paz..."[105]

Aún si la motivación de la CS —si se piensa en el art. 10 de la ley 23.049, se puede presumir una intención del legislador contraria— no es convincente, se puede aprobar el resultado. Si se toman seriamente los criterios desarrollados,

detenida por la policía, que "se encontraba durante el control operativo de las fuerzas de seguridad", lleva a la competencia de la jurisdicción militar: "El art. 10 de la ley 23.049"; así como en *Fallos*, 306, p. 300; sobre la ampliación a la policía, *Fallos*, 308, p. 2265).

93 *Fallos*, 308 (1986), pp. 559, 606, 2399; 311 (1988), p. 67 al igual que —en contrario— p. 112. En *Fallos*, 307 (1985), p. 671, esa posición fue ya minoritaria.

94 *Fallos*, 307 (1985), pp. 671, 681: "Por una parte, porque la desviación que pueda haberse operado en la prestación del servicio militar, al destinárselo a la persecución, secuestro, tormento y muerte de personas, no quita que los actos de esa índole llevados a cabo por militares o empleados militares sean actos de servicio... En segundo lugar, porque el establecimiento donde habría sido alojada la víctima después de su detención estaba sometido exclusivamente a la autoridad de las fuerzas armadas o de las de seguridad bajo control operacional de aquéllas, sin que interese si la afectación a esos fines fue dispuesta legítima o ilegítimamente en relación con las prescripciones del derecho administrativo". Esa interpretación de los actos del servicio ha sido hasta ahora la jurisprudencia de la CS (*Fallos*, 4, p. 225; 27, p. 110; 100, p. 233; 242, p. 136).

95 De este modo no se diferencia, por ejemplo, "esencialmente" el delito de fraude previsto en los arts. 843 y ss. CJM del previsto en el art. 261 CP, en modo tal que la competencia de la jurisdicción militar parezca "ajena" (*Fallos*, 314, 1991, p. 161).

96 *Fallos*, 312 (1989), p. 1941 (de una parte, el incumplimiento del deber de vigilancia de conformidad con el art. 733 inc. 4° CJM y, de otra parte, la malversación de la propiedad de las fuerzas armadas prevista en el art. 173 inc. 2° CP). Cf. también *Fallos*, 314 (1991), pp. 853, 859: el homicidio de conformidad con el CJM y el CP.

97 *Fallos*, 312 (1989), p. 1941.

98 *Fallos*, 314 (1991), p. 813. En *Fallos* 308 (1986), pp. 1579, 1586 se señaló por primera vez que por "delitos militares especiales" se debían comprender aquellos cuyo contenido estaba dirigido a "garantizar la disciplina militar".

99 *Fallos*, 314 (1991), p. 853 (voto en disidencia del ministro Cavagna Martínez).

100 *Fallos*, 314 (1991), p. 161.

101 *Fallos*, 314 (1991), p. 191.

102 *Fallos*, 314 (1991), p. 853.

103 *Fallos*, 314 (1991), p. 813.

104 *Fallos*, 313 (1990), p. 1565 (en una delimitación dudosa a la "rebelión" de conformidad con el art. 226 CP, con ocasión del levantamiento militar en la semana de Pascua del año 1987).

105 Finalmente *Fallos*, 314 (1991), pp. 853, 858. Cf. también *Fallos*, 307 (1985), p. 1018; 308 (1986), pp. 1579, 1586 y 314 (1991), pp. 161, 191, 624, 813, así como la opinión divergente en 307 (1985), p. 671.

debería allí de concluirse que para el caso de graves violaciones a los derechos humanos por parte de miembros de las fuerzas armadas en contra de la población civil, es competente la jurisdicción ordinaria. Si esto aún es válido, como se expresó, para el caso de delitos previstos en el CJM, tales como estafa, incendio intencional y homicidio en contra de miembros de las fuerzas armadas o establecimientos militares, vale aún más cuando se trata de delitos en contra de la vida y la integridad corporal de civiles, delitos que en todo caso también se encuentran previstos en el CP.

2.1.1.5. *Resumen*

En *Colombia,* desde finales de los ochenta se ha limitado la jurisdicción militar a los actos de servicio contemplados en las disposiciones militares de carácter disciplinario. El *Consejo Superior de la Judicatura,* competente para resolver los conflictos de jurisdicción a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, ha mantenido esa jurisprudencia subrayando el carácter excepcional de la justicia militar. Recientemente, la *Corte Constitucional* confirmó esta tendencia. La competencia de la justicia militar presupone conforme a esto dos aspectos esenciales. De una parte —y así lo sostuvo en última instancia la CS— se debe tratar principalmente de autores que sean miembros del ejército o de la policía. De otra parte, las exigencias establecidas para que se configure la causalidad, que debe existir necesariamente entre el acto de servicio y el hecho punible, son bastante estrictas. La simple existencia de un deber de servicio no vincula necesariamente el delito cometido durante el servicio, de modo tal que se puede justificar la competencia de la jurisdicción militar. Para el caso de un exceso, sólo de manera excepcional se considera la competencia de la jurisdicción militar.

En *Perú,* por el contrario, en caso de violación a los derechos humanos, es suficiente el hecho de que el autor pertenezca a las fuerzas armadas o de que se trate de un "acto de servicio", para atribuir el caso a la jurisdicción militar. Los serios intentos para encontrar fundamentos jurídicos para esta atribución de jurisdicción militar de vasto alcance han sido en vano. Sin embargo, la reciente ley 26.926, en su art. 5°, declara competente el fuero común para los delitos de lesa humanidad.[106]

En *Chile* la jurisprudencia de la CS casi no contribuye al esclarecimiento de cuestiones jurídicas problemáticas. Las respectivas decisiones sobre competencia carecen por regla general, no sólo de convicción jurídica sino ante todo de una justificación. La mayor parte de las decisiones en casos de "desaparición forzada" responden a criterios que tienen un carácter más político que jurídico.

[106] Ver anexo III, 2.

En *Argentina* se ha desarrollado una jurisprudencia en el Máximo Tribunal que diferencia entre una primera y segunda fase, respecto de los hechos cometidos luego de la dictadura militar. La jurisdicción militar es, pues, competente sólo en caso de los delitos militares de carácter especial que no se encuentren codificados del mismo modo en el CP. Decisivo es si se trata de un delito militar en sentido estricto, esto es, de un delito tal que "afecte por su esencia la disciplina militar" y que por tanto se diferencia de lo que pueda ser "provocado" por la comisión de cualquier otro delito común.

De todo esto se concluye que la jurisprudencia más actualizada, en tanto que se preocupa por una justificación aceptable jurídicamente, se inclina por la limitación de la jurisdicción militar a los "actos de servicio" o a los "delitos militares" en sentido estricto. Entre ellos no se encuentran, en todo caso, los delitos que violan un bien jurídico general —como las violaciones a los derechos humanos, en particular los crímenes contra la humanidad, que aquí nos interesan. Delitos de esta naturaleza deberían atribuirse, según la única interpretación convincente del derecho vigente, a la jurisdicción ordinaria.

2.1.2. Los criterios de la doctrina

Dentro de la literatura disponible se puede diferenciar entre una orientada más hacía el derecho militar, y otra más hacia los derechos humanos. La primera orientación sólo presenta reflexiones dogmáticas sobre las cuestiones tan discutibles como centrales en materia de solución de conflictos de competencia que conciernen a la jurisdicción militar en razón de los delitos (2.1.2.1.) y de las personas (2.1.2.2.). Por el contrario, las opiniones orientadas hacia los derechos humanos contemplan más expresiones político-jurídicas o exigencias para la competencia de los tribunales militares en general (2.1.2.3.).

2.1.2.1. *Los delitos contemplados (reflexiones vinculadas al delito)*

Una parte de la literatura penal militar se ocupa en ese ámbito de determinar en detalle los problemáticos conceptos de *acto del servicio, delito de función* o *delito militar.* Como ya se evidenció en la presentación de la jurisprudencia, la interpretación de estos conceptos constituye el punto de escisión entre la jurisdicción ordinaria y la militar. Se trata básicamente de la pregunta de cómo pueden delimitarse plenamente los hechos punibles militares respecto de los comunes o civiles, para atribuir respectivamente sólo los primeros a los tribunales militares.

El jurista peruano *Chipoco*[107] ha encontrado tres líneas en la discusión peruana que ponen en evidencia la envergadura de las posibles posiciones. Una primera opinión considera que todo delito que fue cometido "en ocasión del

[107] Citado en Schiappa-Pietra, 1990, p. 37.

servicio", es "del servicio" o "militar" y por consiguiente es competente en estos casos la jurisdicción militar. Una segunda opinión bastante cercana exige una "relación causal" entre el delito y el servicio. Una tercera opinión, finalmente, acepta sólo la competencia de los tribunales militares para el caso de un hecho definido legalmente de manera expresa como delito de servicio. Todas estas opiniones ya fueron examinadas en la parte sobre la jurisprudencia.[108] Sin embargo, no aclaran mucho más la cuestión de la delimitación terminológica típica del concepto del delito militar. De esto se han ocupado especialmente *Zaffaroni/Cavallero* y *Astrosa* en sus manuales y *Schiappa-Pietra* y *Saénz Dávalos* en ensayos.

Zaffaroni/Cavallero[109] consideran el delito militar como un delito especial, como quiera que amenaza con pena a un delimitado círculo de personas y se puede relacionar sólo con determinados bienes jurídicos, en los cuales el legislador ve la necesidad de proteger un interés estatal. De acuerdo con esto, los dos elementos esenciales del delito militar serían la calidad de militar que tiene el autor y el bien jurídico violado. Aquellos delitos que, con base en su codificación en el CJM, se clasifican como "delitos militares" pero que —además de los militares— también protegen bienes jurídicos comunes, civiles, (vida, cuerpo, etc.), no son en realidad delitos militares sino "militarizados". Al ser un delito común, se trata entonces de un "falso delito" *(Rodríguez Devesa)* ya que en realidad pertenece al CP ordinario. Dentro de esta categoría se pueden diferenciar la violación a un bien jurídico predominantemente militar *(delito pluriofensivo predominantemente militar)* y la violación a un bien jurídico predominantemente civil *(delito pluriofensivo predominantemente común).*[110] Por cierto, puede llegar a hablarse de ausencia de "peligrosidad social" sólo en el caso de delitos exclusivamente militares, pero no en el caso de los delitos "militarizados".[111] Por consiguiente, se debe agregar, estos últimos deben ser de competencia de la jurisdicción ordinaria.

Recientemente, *Arslanian* defendió básicamente esta posición analizando la decisión de la CorteIDH en el caso *Genie Lacayo.*[112] Según él la jurisdicción militar puede ser justificada sólo para juzgar delitos y faltas "esencialmente militares", considerándose como de este carácter todas las infracciones que afecten la "existencia de la institución militar", se encuentran en las leyes militares y (por ello) pueden ser cometidos sólo por militares. Lo que resulta

[108] Ver *supra* 2.1.1.2.
[109] Zaffaroni/Cavallero, 1980, pp. 193 y ss.
[110] Zaffaroni/Cavallero, 1980, pp. 206 y ss. Sobre esta diferencia también Zaffaroni (IIDH), 1986, p. 275.
[111] Zaffaroni/Cavallero, 1980, p. 211.
[112] Arslanian, 1997, pp. 104 y s.

decisivo es que el acto suponga "una violación de los deberes militares, cuyo último fundamento es la preservación de la disciplina".

El autor y juez militar chileno *Astrosa,* distingue entre el delito militar en el sentido del art. 5° del CJM chileno[113] y el "acto del servicio" en el sentido del art. 421 del CJM.[114] Existe un delito militar, en principio, cuando el autor es militar y el delito es de naturaleza militar.[115] La naturaleza militar del delito presupone la violación a un interés militar o de un bien jurídico militar. Naturalmente, existen dos clases de delitos militares: aquellos que violan sólo un bien jurídico militar *(delito exclusivamente militar)* y aquellos otros que también violan un bien jurídico civil *(delito objetivamente militar).* Al último grupo pertenecen también los "delitos militarizados", esto es aquellos que en realidad son delitos comunes y se han tornado en militares en virtud de la decisión del legislador. *Astrosa* emplea aquí en realidad una terminología similar a la de *Zaffaroni/Cavallero*, empero no va tan a fondo como éstos en su crítica a la militarización de los delitos comunes. Por el contrario, pareciera que tiene por legítima la, ya practicada en Chile, "técnica" de la ampliación de competencias de la justicia militar.[116] Por "acto del servicio" entiende el ejercicio "concreto" del servicio por parte un miembro de las fuerzas militares. El "acto de servicio" en ese sentido requiere de un actividad concreta o una determinada función, que deba ser cumplida con fundamento en un determinado deber profesional (militar).[117] La relación de servicio consiste en todas aquellas funciones que, con base en sus disposiciones, se atribuyen a todos los miembros de las fuerzas armadas por "la circunstancia de su pertenencia a las fuerzas armadas". Cuestionable es la caracterización como "acto del servicio" cuando se trata de una orden del superior, que no encuentra ningún fundamento en las disposiciones militares. En este caso depende de si la actuación respectiva tiene una relación con las funciones de las fuerzas armadas a las que pertenece el autor. Esto depende concretamente de si la actividad corresponde a una necesidad inherente militar. Si favorece personalmente a un miembro de las fuerzas armadas, faltará en todo caso la vinculación con el servicio. Finalmente, la relación con el servicio no debe existir sólo respecto de las fuerzas armadas, sino respecto del militar (actuante) en concreto.[118] Ello demuestra que *Astrosa* intenta efec-

[113] Astrosa, 1974, pp. 84 y ss.
[114] Astrosa, 1974, pp. 58 y ss.
[115] Asimismo Dawson, 1986, p. 101.
[116] Cf. ya en *Impunidad y derecho penal internacional,* Medellín, 1997, cap. 3 B. IV. 1.
[117] En forma similar González/Fernández, 1986, pp. 158 y s., para quienes el delito militar de conformidad con el art. 508 del CJM argentino presupone la violación de un "deber militar". Esa violación debe encontrarse tipificada en el CJM o en una ley militar especial.
[118] Esto se deduce de la referencia a "cada militar" en el art. 421 CJM.

tuar una limitación de la competencia de la justicia militar a partir del concepto de "acto del servicio".

Para el peruano *Schiappa-Pietra*[119] el *"delito de función"* está compuesto por tres elementos: el delito militar, la pertenencia del autor a las fuerzas armadas y la codificación expresa en el derecho militar. De ahí que el principal problema lo represente una precisa definición del acto militar. Del art. 320 del CJM peruano se deduce que sólo se incluyen en ese concepto aquellos actos que se prevén en el mismo Código. De ello se desprende que los delitos comunes no pueden, a todo evento, fundar la competencia de la justicia militar. Una competencia sobre los denominados delitos "militarizados" sería inadmisible y, a lo sumo en Perú, sería inconstitucional, como quiera que el art. 282 de la (anterior) Constitución[120] limitaba la competencia a los *delitos de función*. *Schiappa-Pietra* aboga al respecto en conclusión por una remisión de todos los delitos comunes a la jurisdicción ordinaria.

De acuerdo con la opinión de *Sáenz Dávalos*[121] el delito por actos militares presupone que el autor y la víctima del hecho sean miembros de las fuerzas armadas o de la policía y exista un hecho en sentido militar. El delito debe haber sucedido por razón de una situación inherente a la vida militar y no sólo en razón de una situación natural de la vida civil. De esto se deriva que un delito común, cometido por órganos de seguridad en contra de personas civiles, en ningún caso debe atribuirse a la jurisdicción militar. No surge algo distinto del art. 324 del CJM peruano; esta disposición exige también para la perpetración de un delito común una relación con el servicio,[122] presuponiendo por tanto, las circunstancias inherentes al servicio militar, ya descritas. Como conclusión de lo expuesto surge que los tribunales militares son competentes sólo para los casos en los cuales un militar o un policía ha cometido faltas que "...de manera directa o indirecta repercutan sobre la organización interna de las fuerzas armadas o de la policía nacional (normalmente, delitos de función, excepcionalmente ciertos delitos comunes)...".[123]

La organización peruana de derechos humanos *APRODEH* agrega a los citados elementos la "violación a los intereses de las fuerzas armadas". Se trata de un interés militar esencial y la violación debe llevarse a cabo en el marco del cumplimiento del deber.[124]

[119] Schiappa-Pietra, 1990, pp. 37 y ss.
[120] Ahora art. 173 de la nueva Constitución.
[121] Sáenz Dávalos, 1990, pp. 60 y ss.
[122] Habla de "delitos comunes cometidos en actos de servicio".
[123] Sáenz Dávalos, 1990, p. 70.
[124] *APRODEH*, 1990, pp. 6 y s. Asimismo el *CNDDHH peruano*, "Proyecto de Ley modificatorio del Decreto Ley 25662", Lima, sin fecha (archivo del autor).

En un reciente estudio la *Defensoría del Pueblo* del Perú criticó el marco constitucional y legal de la justicia militar en el Perú[125] y propusó reformas básicas.[126] En cuanto a la competencia de la Justicia Militar el estudio señala que la doctrina usa, muchas veces indistintamente, los conceptos de "delitos de función", "delitos contra los deberes de función", "delitos en el ejercicio de la función" y "delito militar".[127] Entre los delitos militares se puede distinguir entre delitos militares propios (esencialmente militares) que solamente puede cometer un militar, y delitos militares impropios (militarizados) que se configuran mediante la "militarización" de bienes jurídicos comunes y, por tanto, pueden ser cometidos por militares y civiles.[128] Según el estudio el término "delito militar" es el más adecuado porque "delimita con mayor precisión los delitos que deben ser juzgados por los tribunales militares."[129] Así, el delito militar:

> "se caracteriza principalmente por ser un típico delito especial, por cuanto amenaza con la imposición de una pena a un cerrado círculo de autores, siendo la situación de militar una condición objetiva del sujeto activo del delito, típicamente requerida."[130]

Se trata de circunscribir la justicia militar "al ámbito estrictamente castrense" y, en este sentido, resulta razonable adoptar la definición del art. 14 del CPP[131] (que todavía no ha entrado en vigencia).[132] Por tanto, el estudio concluye:

> "En efecto, la justicia militar debe estar limitada a los delitos directamente vinculados con las funciones militares o policiales, en cuanto afecten bienes jurídicos exclusivamente castrenses y el orden disciplinario de la Fuerzas Armadas o Policía Nacional."[133]

En consecuencia, los delitos comunes cometidos por un militar, *en particular las violaciones contra los derechos humanos*, deben ser juzgados siempre por la jurisdicción ordinaria.[134] El art. 324 CJM que dispone que los tribu-

[125] *Defensoría del Pueblo*, 1998, pp. 16 y ss., 22: "...el tratamiento constitucional... dista mucho de ser adecuado...".
[126] *Ibid.*, pp. 24 y ss.
[127] *Ibid.*, pp. 39 y s.
[128] *Ibid.*
[129] *Ibid.*, p. 40; ver también p. 44.
[130] *Ibid.*, p. 41.
[131] El art. 14 reza: "La justicia militar está limitada a los delitos directamente vinculados con las funciones militares o policiales, en cuanto afecten bienes jurídicos exclusivamente castrenses y el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional. En estos casos el personal militar y policial están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar" (también citado en *ibid.*, pp. 44 y s.).
[132] La aprobación del CPP quedó suspendida por ley 26.299 (cf. Ambos, 1998, pp. 39 y ss.).
[133] *Defensoría del Pueblo*, 1998, p. 87.
[134] *Ibid.*, pp. 48 y ss., 87, 88. Al respecto ver la ley 26.926, *supra* nota 78.

nales militares conocen de los delitos comunes cometidos en acto de servicio cuando el agraviado e inculpado son militares no solamente es inconstitucional, violando el art. 173 de la Constituciónde 1993,[135] sino que quedó derogado con la vigencia de esta Constitución.[136]

2.1.2.2. *Las personas contempladas (reflexiones vinculadas a la persona)*

La opinión predominante en la literatura sostiene el punto de vista de que se debe rechazar la aplicación de la jurisdicción militar a civiles.[137]

La justificación más convincente se encuentra en la obra de *Zaffaroni/Cavallero*[138] según quienes en caso de delitos militares se trata siempre de la violación del deber militar (cfr. art. 508 CJM argentino), por lo cual sólo pueden ser sometidos a la jurisdicción militar los autores que sean miembros de las fuerzas armadas y sólo por esa razón. En la misma dirección argumenta la ComIDH, cuando expresa que los tribunales militares "exceden su función natural" con el juzgamiento de civiles.[139] En su informe de 1996 confirmó y fundamentó más esta posición:

> "...a los civiles juzgados en los tribunales militares se les niega el derecho a ser oídos por un juez independiente e imparcial, derecho que les confiere el art. 8.1. de la Convención. ...La Comisión considera que las fuerzas armadas exceden su función natural cuando juzgan a los civiles acusados de pertenecer a los grupos subversivos, porque esta función corresponde a la justicia penal ordinaria."[140]

Schiappa-Pietra remarca que el sometimiento de civiles a la jurisdicción militar en Perú era históricamente un medio predilecto del Estado para resolver conflictos sociales. Empero, con base en esa experiencia el objetivo principal del actual desarrollo constitucional es el de prohibirlo.[141] En el estudio ya citado de la *Defensoría del Pueblo* se sostiene que el juzgamiento de civiles por la

[135] El art. 173 reza en la parte correspondiente: "*En caso de delitos de función*, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar" (énfasis del autor).

[136] *Defensoría del Pueblo*, 1998, pp. 53 y s., 87.

[137] Sobre la diferencia entre miembros del ejército y miembros de la policía, cf. el voto en disidencia de *Lleras Pizarro* (CSJ, rad. nº 729), en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, vol. 2, nº 8 (dic. 1979), pp. 84-88.

[138] ZAFFARONI/CAVALLERO, 1980, p. 199; cf. también ZAFFARONI, 1986, p. 276.

[139] *OAS-IACHR*, 1994, p. 507; asimismo *CAJ*, 1995, p. 63; en forma similar *UN-ECOSOC-CHR*, 1989, par. 271; con remisión a ZAFFARONI/CAVALLERO también *APRODEH*, 1990, p. 6; *Defensoría del Pueblo*, 1998, pp. 19 y ss., 86.

[140] *OEA-ComIDH*, 1997, pp. 772 y s.

[141] SCHIAPPA-PIETRA, 1990, pp. 41 y s.

justicia militar debe quedar totalmente excluido, incluyendo los casos de terrorismo y traición a la patria (cf. art. 173 de la Constitución).[142]

Astrosa, por el contrario sostiene simplemente, sin criticar, que en Chile como en muchos otros países, la pertenencia del autor a las fuerzas armadas no es decisiva para la determinación jurídica del hecho.[143] Sin embargo, él no toma ninguna posición sobre esta cuestión.

Igounet/Igounet señalan al respecto que la competencia de los tribunales militares sobre los civiles por la comisión de delitos comunes desapareció con la derogación del art. 109 inc. 7º del CJM argentino.[144]

2.1.2.3. *Exigencias político-jurídicas*

Los órganos o las organizaciones de derechos humanos gubernamentales y no gubernamentales abogan en forma general por una limitación de la competencia de los tribunales militares a los delitos disciplinarios puros, cometidos por los miembros de las fuerzas armadas. De este modo los tribunales militares, según el punto de vista del CDH de la ONU, deben ser competentes, por ejemplo, sólo para "los asuntos internos de carácter disciplinario y similares" y no para "las violaciones a los derechos de los ciudadanos"[145] o, como lo expresa la *CAJ*, sólo para aquellas "faltas conexas con el cumplimiento de sus deberes".[146] Los delitos comunes del derecho penal que protegen los bienes jurídicos clásicos, deben ser juzgados en todo caso por los tribunales ordinarios. Esto rige ante todo para las graves violaciones a derechos humanos del tipo de las que aquí analizamos ("desaparición forzada", torturas y ejecuciones extrajudiciales).[147] Hechos de esta naturaleza no pueden nunca ser considerados como "actos del servicio". Una relación con el servicio puede existir solamente cuando el delito fue cometido en "el marco de un operativo y con fundamento en una orden legítima".[148] Esta posición que implica un límite objetivo para la

[142] *Defensoría del Pueblo*, 1998, pp. 19 y ss., 86.

[143] ASTROSA, 1974, p. 86.

[144] IGOUNET/IGOUNET, 1985, pp. 29 y s.

[145] *HRC*, CCPR/C/79/Add.2, 25 de septiembre de 1992, par. 6. En forma similar MAIER, 1995, p. 145; SANCINETTI, 1988, p. 13.

[146] *CAJ*, 1994, p. 122; *ibid.*, 1995, p. 63. Cf. también *Procuraduría General de la Nación*, 1994, p. 73: Competencia de la jurisdicción militar sólo en caso de actuaciones que se encuentren relacionadas "directamente" con el servicio militar o policial; en forma similar, *Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos-Sección Colombiana*, 1992, p. 15; *Informe*, 1991, p. 847.

[147] *UN-ECOSOC-CHR*, 1993c, par. 46 (i), así como *UN-ECOSOC-CHR*, 1993, par. 20; *OEA-CorteIDH*, 1993a, p. 240; *CAJ*-SC, 1994b, p. 27; *CAJ*, 1995, p. 63.

[148] *OEA-CorteIDH*, 1993a, pp. 92 y s. En contra de considerar los hechos violatorios de los derechos humanos como "actos del servicio" también: ZAFFARONI (IIDH), 1986, p. 270; *Arietta*, ex procurador general colombiano, entrevista en Bruselas del 10 de febrero de 1995; *Valen-*

jurisdicción militar fue también adoptada, como se mencionó, por la *Corte Constitucional* colombiana[149] y la *Defensoría del Pueblo* del Perú.[150] Esta institución formula, además, las siguientes propuestas:

> La justicia militar debe ser una rama especializada del poder judicial y, en consecuencia, sus fallos deben ser recurridos ante una sala especial de la CS.[151]
>
> No es aplicable la legislación militar al personal militar y policial en situación de retiro, así como —en consecuencia del principio anterior— al personal civil que trabaja en la Fuerzas Armadas.[152]
>
> Ha de efectuarse una clara, minuciosa y taxativa regulación de los delitos e infracciones militares del CJM para, por un lado, adecuar la configuración de los tipos a la competencia limitada para delitos de función y, por otro lado, cumplir con el principio constitucional de legalidad (material).[153]
>
> Los jueces y fiscales de la justicia militar deben cumplir con los mismos requisitos de independencia, autonomía y profesionalismo que los magistrados ordinarios, en particular deben ser abogados. Este postulado, además, implica, *inter alia*, separar a los jueces militares de los mandos de cada arma y procurar por una auténtica carrera judicial militar.[154]
>
> En general, la justicia militar debe adecuarse al ordenamiento penal y procesal penal común, en cuanto a sus principios dogmáticos y garantistas (debido proceso), en particular se debe reformular el sistema de penas del CJM, incorporar el principio acusatorio en el proceso penal militar, reformar la regulación de la contienda de competencia a fin de garantizar el principio del juez natural y aceptar la procedencia del *habeas corpus* contra las resoluciones del CJM.[155]

cia Villa, ex procurador delegado para los derechos humanos colombiano, entrevista, Bruselas, 10/2/1995 así como el *CNDDHH*. El ex ministro de Defensa colombiano *Fernando Botero* sostuvo esa opinión en una conferencia sobre derechos humanos en Bruselas (10/2/1995).

149 *CC* (C-358/97), *supra* nota 44, pp. 22 y ss. (ver ya *supra* notas 55 y s. y texto)

150 *Defensoría del Pueblo*, 1998, pp. 48 y ss., 87, 88. Ver ya *supra* 2.1.1.1. y 2.1.1.2. Ver también *Ideele* 107, mayo de 1998, pp. 58 y ss.

151 *Ibid.*, pp. 85 y s.; ver también pp. 66 y s.

152 *Ibid.*, p. 87; ver también pp. 54 y ss.

153 *Ibid.*, pp. 87 y s., 88; ver también pp. 45 y ss., 50 y ss.

154 *Ibid.*, p. 89; ver también pp. 60 y ss.

155 *Ibid.*, pp. 89 y s.; ver también pp. 52 y s., 62 y ss., 67 y ss.

De manera similar, el Grupo de Trabajo sobre detenciones arbitrarias de la ONU lamenta los actos arbitrarios de la justicia militar y exige que se observen cuatro reglas:[156]

- La justicia militar no debe juzgar civiles.
- La justicia militar no debe juzgar militares si las víctimas son civiles.
- La justicia militar no debe juzgar civiles y militares en caso de rebelión u otros delitos que se dirigen contra el Estado.
- La justicia militar no debe imponer la pena de muerte.

2.1.2.4. *Resumen*

En forma similar a como acontece en la jurisprudencia, se puede también diferenciar en la doctrina aquella que se ocupa de justificar y fundamentar jurídicamente la limitación de la competencia y aquella otra que acepta, sin crítica alguna y con base en un fundamento jurídico dudoso, la ampliación del ámbito de competencia de la jurisdicción militar.

La mayor parte de los autores críticos intenta provocar, mediante una delimitación de los conceptos poco claros de "delito militar" o de "acto de servicio", una restricción de la competencia de la jurisdicción militar. Según ellos, sólo se puede clasificar como "militar" un delito cuando los autores son miembros de las fuerzas armadas y a través de ellos se lesiona un bien jurídico militar. De otra parte, especialmente en el caso de los delitos comunes típicos, se trata de delitos "falsamente militarizados" que en realidad son de competencia de la jurisdicción ordinaria. En síntesis, esto significa que la violación a derechos humanos, del tipo aquí analizados, en todo caso es de competencia de la jurisdicción penal ordinaria. Sin embargo, si por "hechos militares" se entiende siempre la violación a deberes militares puros, sólo podrán ser sometidas a la jurisdicción militar los miembros de las fuerzas armadas, pero nunca los civiles.

2.2. **Reformas inmanentes al sistema**

Las reformas inmanentes al sistema no cuestionan la legitimidad de la existencia de la justicia militar, sino que quieren lograr un objetivo inmanente al sistema: que el proceso penal militar se desarrolle de conformidad con los principios del Estado de derecho y la justicia. Por eso se debe tener en cuenta, de una parte, que los derechos de las víctimas de violaciones a derechos humanos estén en consonancia con las necesarias garantías procesales del acu-

156 *UN-ECOSOC-CHR*, 1998i, par. 79 y s. (traduc. del inglés).

sado, y de otra parte, que la búsqueda de la verdad material sea el punto central del proceso. Éste es el presupuesto mínimo de las reformas que se analizarán en seguida.

2.2.1. Conformación de los tribunales militares

Si se amplía la competencia de la jurisdicción ordinaria a los delitos comunes, su *independencia* e *imparcialidad* tiene especial significado. La participación exclusiva de militares activos en el proceso por violación a los derechos humanos o —más grave aún— la participación de jueces militares sospechosos de un delito, como es común en Colombia, contraviene estos principios. Los tribunales militares que se arrogan la competencia de los tribunales ordinarios, deben manejarse también como estos últimos, esto es, compuestos por jueces con formación jurídica e independientes de la jerarquía militar. Para ser equitativos con la especial naturaleza de los delitos comunes cometidos por militares, puede ser necesario en casos individuales, permitir que militares tomen parte en el juicio como asesores; empero, no deben estar en servicio activo y deberían tener esencialmente funciones asesoras, esto es, en ningún caso pueden sustituir a los jueces ordinarios, así ellos queden en minoría.

En este sentido se pronunció recientemente la Corte Constitucional colombiana, al declarar la inconstitucionalidad del art. 656 CPM por considerar que éste presuponía que los jueces y fiscales de los tribunales militares (*Consejos Verbales de Guerra)* debían ser militares activos.[157] Según la Corte rigen para la jurisdicción militar los mismos principios de Estado de derecho que para la jurisdicción ordinaria, especialmente la independencia judicial y la imparcialidad. Estos principios no están, sin embargo, garantizados "...si quienes intervienen en el proceso de juzgamiento son oficiales en servicio activo, esto es, funcionarios que tienen una relación de dependencia y subordinación, un vínculo jerárquico con la institución y específicamente con sus superiores jerárquicos, ...que supone que aquéllos están sometidos a la obediencia debida...".[158] Una posición similar sostiene la *Defensoría del Pueblo* del Perú.[159]

[157] *CC*, sentencia N° C-141/95 del 29/3/1995 (archivo del autor). La decisión fue aprobada con una mayoría de cinco contra cuatro votos y generó considerables protestas de parte de los militares —llegando incluso a solicitar la disolución de la *Corte* (*IA* 101/abril 1995/4; *IA* 102/mayo 1995/3 s.)—. Finalmente, el art. 221 de la Constitución fue modificado agregando una segunda frase: "Tales Cortes o Tribunales [militares] estarán integradas por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro" (la Fuerza Pública comprende las FF.AA. y la Policía, art. 216 Constitución). Así la decisión no tenía efecto ninguno (*IA* 103/junio 1995/3 s.; *El Espectador*, 21/12/1995).

[158] *CC*, nota 157, p. 9.

[159] *Defensoría del Pueblo*, 1998, pp. 60 y ss., 89. Ver ya *supra* 2.1.2.3.

2.2.2. Participación de las víctimas en los procesos [160]

Para el caso de violaciones a los derechos humanos, las víctimas o —en la medida en que no se encuentren vivas— sus familiares tienen por lo general un gran interés en que se esclarezcan los hechos y que tanto las investigaciones como el proceso (penal) se desarrollen con seriedad. Para tales efectos deben contar con la posibilidad de que su intervención sea tenida en cuenta. La modalidad de cómo se presenta técnicamente esa participación, depende del tipo de conformación que tenga el sistema procesal del respectivo país. En un sistema acusatorio (instructorio)[161] en el que la acción penal le corresponde fundamentalmente al Estado, la víctima tiene diversas posibilidades de colaboración. Toda vez que este sistema se ha impuesto ampliamente en Latinoamérica o se encuentra en vías de ello,[162] estas posibilidades se presentarán aquí brevemente con base en la situación jurídica alemana.

Si no se trata de un delito de acción pública solamente por su escaso interés público, la víctima misma puede ejercer la acción penal por vía de una acción privada (§§ 374 y ss. *Strafprozeßordnung*-StPO = Código de Procedimiento Penal-CPP). Este supuesto no es por cierto de interés aquí, como quiera que las graves violaciones a los derechos humanos por regla general fundamentan el interés público en la persecución penal y por consiguiente son perseguidas *de oficio*. Por tanto, son significativas las posibilidades de participación en el caso de delitos de acción pública.

En nuestro contexto se plantea, en primer lugar, la pregunta de si y cómo puede colaborar, en la *investigación o el procedimiento preliminar* (policial o militar), la víctima de una violación a los derechos humanos o sus familiares. Se podría pensar —en forma similar a como ocurre en el proceso alemán en el procedimiento para forzar la acción pública (*Klageerzwingungsverfahren*,

[160] Sobre la falta de participación ya *supra* 1.2.1.

[161] Con Perron (1995, p. 560 y ss.) pueden distinguirse principalmente tres estructuras procesales acusatorias en lo que respecta a la prueba jurídica. El *proceso instructorio* en el que el tribunal (co-)decide acerca de la adquisición de la prueba porque rige una amplia obligación de esclarecimiento por parte del Estado y es posible una preparación en base a las actas de la instrucción (Alemania, Francia, Países Bajos, Austria y Portugal). El *proceso adversativo*, en el cual las partes procuran conseguir por sí mismas las pruebas y se las presentan en el juicio oral adversativo —que prácticamente raras veces tiene lugar— que trata la cuestión de la culpabilidad (EE.UU., Inglaterra). El *proceso mixto*, que une los elementos del modelo de proceso instructorio y adversativo (Italia, Japón y Suecia). Dentro de estos procesos se dan por cierto otras numerosas *diferencias*, en especial respecto de la importancia y la amplitud de algunas etapas del proceso, a saber, simplificando: investigaciones o procedimientos preliminares, juicio oral y recursos procesales (cf., *ibidem*, 1995, p. 552 al igual que los informes de los países publicados en la misma obra).

[162] Cf. Ambos, 1996a, p. 446 y ss.

arts. 172 y ss. StPO)—[163] en darle a la víctima o a sus familiares la posibilidad de recurrir el auto que decreta el sobreseimiento del proceso. Ciertamente ese recurso, a efectos de poder ofrecer una protección jurídica efectiva, no debería ser sólo de naturaleza administrativa, ni dirigirse sólo a los tribunales militares superiores, sino que debería existir la posibilidad de invocarlo ante la jurisdicción ordinaria con miras a que ésta revise la decisión de la jurisdicción militar. En el propio *juicio oral* se le debe dar la posibilidad a las víctimas o a sus familiares de intervenir, a manera de un *actor accesorio o acusador conjunto* (*Nebenkläger*; §§ 395 y ss. StPO), junto a los órganos estatales encargados de la acción penal —en este caso los fiscales militares—. A tales efectos puede valerse de un abogado y otorgarle amplias facultades para solicitar e interrogar, ante todo también la posibilidad de una total o parcial recusación del tribunal por parcialidad.

2.2.3. Fortalecimiento de los controles civiles

Tal y como se encuentra en la actualidad la jurisdicción militar, parece ser que no se admite el sometimiento de sus decisiones en procesos por violaciones a derechos humanos a cualquier forma de control civil. Al respecto se proponen dos vías: de una parte se puede *fortalecer el rol de la parte civil en el proceso*, y de otra parte, se puede admitir la presentación de otros *recursos* en contra de las decisiones de los tribunales militares ante los tribunales ordinarios.

La *participación* de las víctimas civiles corresponde a la influencia creciente de las autoridades estatales civiles, que pueden tener un interés público en la persecución penal. Esto concierne en especial a aquellas autoridades cuya función es perseguir y castigar disciplinariamente las violaciones a los derechos cometidas por las fuerzas de seguridad.[164] Como ya se señaló, existen por lo general considerables discrepancias entre sus decisiones y las de los tribunales militares.[165] Éstas pueden ser evitadas mediante una intervención previa de las autoridades civiles en un proceso militar, en tanto que se otorgan ciertos derechos de participación. Un bloqueo ejercido por las decisiones de los tribunales militares en procesos iniciados por las autoridades civiles, parece justificarse sólo cuando la decisión definitiva es apoyada por los participantes *tanto*

[163] Como se sabe, no existe, en contra de un sobreseimiento basado en el principio de oportunidad, ningún recurso para la víctima de los hechos (arts. 153 y ss. StPO; ver Ambos, 1998, pp. 30 y ss.). Esto ha generado críticas en la discusión de las reformas en Latinoamérica, que por lo general miran hacia el derecho alemán.

[164] Se debe pensar aquí especialmente en la institución, ampliamente extendida, de las *Procuradurías* o en la urgencia de implantar la institución de los *Defensores del Pueblo* (un tipo de *Ombudsman* nacional para los derechos humanos, ver *infra* cap. VI).

[165] Cf. ya en 1.2. 1.

de los órganos *civiles* como militares; una "abierta contradicción" entre las decisiones de los civiles y de los militares es inadmisible, no sólo en relación con la seguridad y unidad jurídica de todo el sistema nacional legal.

El control o la supervisión de las sentencias de los tribunales militares a través de la jurisdicción ordinaria ya se conoce desde la experiencia argentina. Aún cuando las experiencias allí pueden ser valoradas en forma diversa, parece ser válido el intento de su traslado a otros países. Al respecto se debe diferenciar entre los posibles recursos en contra de las resoluciones de los tribunales militares, por ejemplo respecto del sobreseimiento del proceso,[166] y los recursos (apelación y revisión) en contra de las sentencias definitivas de los tribunales militares.

Otro elemento importante de control por parte de la sociedad civil sería la puesta en práctica del principio de la *publicidad*. Éste podría compensar la falta de transparencia existente en la actualidad y posibilitar un control democrático de los procesos que se siguen ante los tribunales militares, elevando de este modo la legitimidad de la jurisdicción militar.

2.2.4. Complementos del derecho penal militar

Como ya se expusó,[167] las leyes penales militares contemplan preponderantemente delitos militares especiales. El grupo de delitos, relevante en los casos de derechos humanos, se encuentran por regla general en las leyes penales ordinarias, y éstos se aplican por remisión legal. Dada la falta de conocimiento jurídico de los jueces militares esto es cuestionable y puede conducir a que ellos no castiguen, o castiguen levemente, un hecho porque en el Código Penal militar no encuentran el tipo correspondiente, y no conocen suficientemente el derecho penal general. Por consiguiente, los CPMs deben contemplar también los delitos comunes relacionados con derechos humanos, en tanto y en cuanto la competencia de los tribunales militares se extienda también a estos delitos.

Desde la perspectiva del derecho procesal penal para el caso de las violaciones a derechos humanos debería regir, sin excepción alguna, el *principio de legalidad*. En estos casos existe un interés público en la persecución penal que se fundamenta en el deber estatal de persecución penal y no deja espacio a consideraciones de discreción basados en el principio de oportunidad. Además, se debe incorporar el principio acusatorio en el proceso penal militar.[168]

[166] Al respecto *supra* 2.2.2.

[167] Ver *supra* cap. I, 3.2.2.1; ver también Ambos, 1997e, pp. 165 y ss.

[168] Cf. *Defensoría del Pueblo*, 1998, pp. 77 y s.; 89 y s. Ver ya *supra* 2.1.2.3.

3. *Conclusiones y propuestas concretas de reforma*

En la jurisprudencia y la literatura predomina un amplio acuerdo en que sólo son de competencia de la jurisdicción militar los delitos militares en sentido estricto. Como jurisdicción especial[169] puede sólo "de caso en caso y limitadamente ser empleado".[170] Los delitos comunes, especialmente las graves violaciones a los derechos humanos, son del resorte de la jurisdicción penal ordinaria. Por el contrario, las reformas inmanentes del sistema representan sólo la cura de los síntomas. Aún en el caso de que todas las reformas puntuales propuestas aquí sean implementadas, permanece la duda sobre si la jurisdicción militar en el caso de derechos humanos lleva a cabo el proceso con la independencia e imparcialidad necesarias.

La limitación a la competencia de los tribunales militares aquí propuesta no se ha plasmado en las leyes de ningún país del continente, sin embargo existen proyectos de ley, por cierto, en una dirección similar. El proyecto *colombiano* de un CPM[171] prevé que la justicia militar conoce los delitos "por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el servicio" (art. 1°). Por delitos relacionados con el servicio el proyecto entiende "aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados directa y próximamente del ejercicio de la función militar y policial que le es propia..." (art. 2°). Se excluye explícitamente "la tortura, el genocidio, la desaparición forzada" y cualquier otro delito que constituye "una grave violación a los derechos humanos, los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana y el concierto para delinquir" (art. 3°). Además, "en ningun caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar" (art. 5°).

El art. 14 del nuevo *CPP peruano*[172] prevé, por ejemplo, que la competencia de los tribunales militares se limita a los delitos que "se relacionan directamente con las funciones militares o policiales, en la medida en que tengan que ver exclusivamente con bienes jurídicos militares y el orden disciplinario de las fuerzas armadas". La *Coordinadora Nacional de Derechos Humanos* peruana, propone en un proyecto de ley que los delitos comunes deben ser de competencia de la jurisdicción ordinaria (art. 1°) y que los tribunales militares son competentes sólo para los delitos militares que se cometan en "ejercicio del cargo" (art. 2°). En esto "los delitos en contra de la vida, la integridad corporal y la salud, la autodeterminación sexual, el patrimonio, así como las torturas y el maltrato de los detenidos, las detenciones arbitrarias y las desapariciones forzadas" no se consideran como *delitos de función.*[173] Igualmente, la *Defensoría del Pueblo* del Perú argumenta en favor de una limitación de la competencia militar a delitos "directamente vinculados con las funciones militares o policiales..." y, por tanto, excluir delitos comunes, en particular violaciones de los derechos humanos.[174]

En *Brasil*, en el año 1996 se modificó la legislación militar estableciendo la competencia de la justicia ordinaria *(tribunal do Juri)* para delitos dolosos contra la vida de civiles cometidos por militares y la policía militar.[175]

La situación jurídica en las democracias más progresivas, en las cuales las fuerzas armadas se encuentran subordinadas a los gobiernos civiles y prácticamente son controladas por éstos, van más allá de las citadas limitaciones a la justicia militar.[176] Para el caso del derecho militar alemán,[177] por ejemplo, la jurisdicción militar especial *(Wehrsondergerichtsbarkeit)* actúa en tiempos de paz en forma de tribunales disciplinarios *(Truppendienstgerichte)* para las simples faltas del servicio.[178] Las faltas graves del servicio, es decir los delitos militares, que se ubican de manera expresa dentro de los tipos penales previstos en la segunda parte de la Ley Penal Militar *(Wehrstrafgesetz-WStG),*[179] son de competencia de la jurisdicción penal, no obstante su clara

[169] Olivar, 1987, p. 41; Schiappa-Pietra, 1990, pp. 40 y ss. (*ibid.* también sobre los motivos constitucionales, pp. 43 y ss.).

[170] Lanatta, citado en Schiappa-Pietra, 1990, p. 44.

[171] Proyecto de ley N° 064 de 1997, *Gaceta del Congreso,* año VI N° 368, 11/9/1997.

[172] Ver ya notas 131 y s.

[173] *CNDDHH* (*supra* nota 124), art. 2°. Como conclusión en el mismo sentido las fuentes ya citadas en las notas 147 y s.

[174] *Defensoría del Pueblo*, 1998, p. 87. Ver ya *supra* 2.1.2.1.

[175] La ley 9299 de 1996 modificó el art. 9° del CPM que regula la competencia material de la justicia militar. Los delitos contra la vida son: homicidio, aborto, auxilio, instigación al suicidio o al infanticidio. Hoy existe controversia en cuanto a la competencia para casos que ya estaban en curso al momento de la publicación de la ley. La jurisprudencia brasilera se divide en dos corrientes: estos casos son remitidos a la justicia ordinaria (opinión mayoritaria) o quedan en la justicia militar por el principio del juez natural.

[176] Ver la breve presentación del derecho comparado en *Defensoría del Pueblo*, 1998, pp. 9 y ss.

[177] Cf. los textos de la Ley de Soldados *(Soldatengesetzes-SG),* el Ordenamiento Disciplinario Militar *(Wehrdisziplinarordnung -WDO-)* y la Ley Penal Militar *(Wehrstrafgesetzes -WStG)* en la versión publicada por la dtv-edición "Wehrpflicht und Soldatenrecht" (Munich, 27ª ed. 1997) así como la introducción al respecto de Boehm-Tettelbach en la misma obra.

[178] De conformidad con el § 23 de la *SG* comete el soldado una "falta de servicio" cuando de "manera culpable viola sus deberes". Se trata de los deberes relacionados con el servicio o surgidos de éste, por ejemplo, el deber de reserva (cf. § 23 II SG). Se debe diferenciar entre faltas de servicio graves y simples. Las primeras son reprimidas a través de medidas disciplinarias simples impuestas por el superior (§ 7 en concordancia con los §§ 18 y ss. WDO) o a través de medidas disciplinarias judiciales impuestas por un tribunal de la tropa y la Sala Militar de la Corte Federal Contencioso Administrativa (*Bundesverwaltungsgericht*), como instancia de revisión y apelación (§ 7 en concordancia con §§ 54 y ss. del WDO).

[179] Por ejemplo, la ausencia sin autorización o la deserción (§§ 2 N° 1 en concordancia con el 15 y ss. WStG) —a diferencia de la hechos punibles comunes, para los cuales el derecho penal ordinario (*Strafgesetzbuch*-StGB = Código Penal alemán) se emplea de manera complementaria (§ 3 WStG).

relación con la organización interna y la capacidad de defensa de las fuerzas armadas federales *(Bundeswehr)*. Tribunales militares propiamente dichos ni siquiera se encuentran previstos para tiempos de paz. La competencia de la jurisdicción penal ordinaria es válida naturalmente también para los delitos comunes de los soldados, aplicándose en forma complementaria el derecho penal ordinario (§ 3 WStG).

Una propuesta concreta para la redacción de una ley sobre el tema podría, por ejemplo, tener el siguiente tenor:

Artículo 1°

(1) La competencia de la jurisdicción militar se extiende a las faltas del servicio de carácter militar en sentido estricto.

(2) Por faltas del servicio de carácter militar en sentido estricto se entienden todos los hechos que son cometidos por miembros de las fuerzas armadas y que violan exclusivamente un bien jurídico, o intereses, militares.

Art. 2°

(1) Los hechos que violan también un bien jurídico, o intereses, de carácter civil, son, en principio, de competencia de la jurisdicción penal ordinaria. Una competencia de la jurisdicción militar puede sólo excepcionalmente justificarse cuando los intereses militares son más preponderantes que los civiles.

(2) Los hechos que solamente violan un bien jurídico, o intereses, de carácter civil o un bien jurídico general de un alto valor, se atribuyen a la jurisdicción penal ordinaria. Se trata especialmente de hechos en contra de la vida, la integridad corporal, la salud, la autodeterminación sexual y la libertad, incluyendo sobre todo los crímenes internacionales de universal reconocimiento (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra).[180]

Art. 3°

Alternativa 1

(1) Los hechos, cometidos por personas civiles, son exclusivamente de competencia de la jurisdicción penal ordinaria.

Alternativa 2[181]

(1) Los hechos, cometidos por personas civiles, son *en principio* de competencia de la jurisdicción penal ordinaria.

[180] Ver arts. 6° a 8° del Estatuto de Roma, ya mencionado en el cap. II en varios lugares *(Rome Statute of the International Criminal Court*, adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998, Doc. ONU A/Cf. 183/9; en: *ILM* 1998, 999; ver también: <http://www.un.org/icc>.

[181] Si bien esta alternativa sería inconstitucional en muchos países, por ejemplo Colombia —violando la competencia exclusiva de la justicia ordinaria sobre los civiles (art. 213 último inciso, Constitución)— podría ser útil en negociaciones con los militares como concesión necesaria para lograr el resto de la reforma.

(2) *Excepcionalmente*, podrá ser de competencia de la jurisdicción militar un hecho punible cometido por un civil, si se trata de una falta de servicio militar en el sentido del art. 1° inc. 2°, y el autor, con plena libertad para decidir, se encuentra vinculado a la estructura de las fuerzas armadas, de modo tal que al seguir un proceso ante la jurisdicción ordinaria se pondría en peligro la capacidad funcional de las fuerzas armadas.

Capítulo V

Actuación en cumplimiento de órdenes e impunidad

1. Requisitos del derecho penal internacional.
2. Derecho internacional y derecho nacional.
3. Conclusiones comparadas.

"Se sabe que los hombres que actúan bajo órdenes son capaces de los hechos más atroces. Cuando son intimidados y se les constriñe a revisar los hechos pasados, no se reconocen a sí mismos. Dicen al respecto: 'Yo no hice eso' y en modo alguno son claros sobre su mentira. Cuando se enfrentan a un testigo y son puestos en duda, dicen aún: 'Así no soy yo, esto no lo pude haber hecho yo'. Buscan en sí las huellas del delito y no las pueden encontrar. Causa asombro, ver cómo permanecen ajenos a éste. La vida que llevan posteriormente es realmente diferente y no se encuentra marcada por el delito de ninguna manera. Ellos no se sienten culpables, no se arrepienten. El delito no ha entrado a ellos."[1]

La figura de la actuación en cumplimiento de órdenes no sólo aparece en todos los ordenamientos legales, especialmente en el derecho militar, sino también opera "incontrovertiblemente como un factor de impunidad".[2] Esto hace imprescindible su análisis en detalle. Con base en los antecedentes que ofrece el derecho internacional (1.) se analizará el derecho nacional (2.).

[1] Cf. CANETTI, 1980, pp. 369 y s.; *ibid*, 1989, p. 335: "Orden es Orden": "El carácter definitivo e indiscutible inherente a la orden, actúa de modo tal que se reflexiona muy poco sobre ella. Se recibe, como si por ejemplo, siempre hubiera sido así, parece tan natural como indispensable. Desde pequeños estamos acostumbrados a las órdenes, ellas hacen parte de lo que se denomina educación; toda la vida adulta también se encuentra sometida a ellas, ya se trate de la esfera del trabajo, de la lucha o de la fe. Se ha preguntado muy poco acerca de lo que en realidad es una orden; si realmente es algo tan simple como parece; si ésta lisa y llanamente se obstina en efectuar lo esperado, y no se encuentra determinada por algo más profundo, quizás abandonada incluso a los relictos hostiles del ser humano que la obedece".

[2] *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission*, 1993, par. 18 (traduc. del inglés).

1. *Requisitos del derecho penal internacional*

1.1. La jurisprudencia internacional desde Nuremberg*

La "actuación en cumplimiento de órdenes" adquirió, desde el punto de vista de la defensa, durante los juicios de Nuremberg[3] una connotación especial, ya que Hitler, como jefe supremo del mando, tras su muerte no podía ser enjuiciado. La libertad de los que recibieron las órdenes se hubiera logrado simplemente invocando una "orden del *Führer*" para cada crimen de los nazis, bajo el supuesto de una jerarquía extremadamente vertical.

Para el Tribunal Internacional Militar (TIM) y los tribunales posteriores fue bastante fácil rechazar este postulado, el estatuto del TIM (art. 8°) y la Ley del Consejo de Control (de los Aliados) N° 10 (KRG 10, art. II N° 4) excluyen la "actuación en cumplimiento de órdenes" como causal de exención de la punibilidad. El TIM argumentó que el art. 8° era compatible con el derecho de todas las naciones y, por lo tanto, la "actuación en cumplimiento de órdenes" sólo podría considerarse una causa de atenuación de la pena. Lo que habría que determinar es si de acuerdo al derecho penal de la mayoría de las naciones:

> "El verdadero momento decisivo, que se encuentra matizado en forma diversa en el derecho penal de la mayor parte de las naciones, no es la existencia de la orden sino la cuestión 'existió, según la ley ética, la posibilidad real de elegir *(moral choice)*'".[4]

Si esto no fuese así, existe la posibilidad de una atenuación de la pena. Con respecto a los crímenes concretos, el TIM llegó a la siguiente conclusión:

> "Órdenes superiores, aunque hayan sido dadas por un militar, no podrán ser consideradas como atenuantes, si es que dichos crímenes indignantes y frecuentes fueron realizados en forma conciente, sin consideración y sin necesidad militar o justificación."[5]

* Traducción de esta parte del Dr. CARO, Carlos (Perú).

[3] Como "juicio de Nuremberg" se conoce el juicio contra Göring y otros *(Internationaler Gerichtshof-IMG*, Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem IMG, Nuremberg 1947, 42 tomos) y los 12 juicios posteriores ante Tribunales Militares Estadounidenses *(US-Government Printing Office*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals, Washington DC 1950-1953, 15 tomos - citados como TWC y tomo).

[4] *IMG, supra* nota 3, p. 250 (traduc. del alemán). También en JESCHECK, 1952, p. 386; en inglés en SUNGA, 1992, p. 55. Sin embargo, el TIM reconoce, en principio, la posibilidad de una exención de la punibilidad por un estado de necesidad por fuerza (cf. VON WEBER, MDR 1948, 39).

[5] *IMG, supra* nota 3, p. 328 (traduc. del alemán). Ver también p. 253: "La relación entre líder y liderados no excluye responsabilidad, igualmente como en una relación tiránica, si es que se trata de crímenes estatales organizados" (traduc. del alemán).

De igual manera se pronunciaron los tribunales militares en los juicios posteriores, basándose en el texto legal del art. II 4 b) KRG 10.[6] Se señala que emplear como justificación la "actuación en cumplimiento de órdenes", siguiendo la argumentación de la defensa, llevaría al absurdo resultado de que Hitler fue el único responsable de todos los crímenes.[7]

En algunos juicios se desarrollaron condiciones materiales de aplicación a la "actuación en cumplimiento de órdenes". El tribunal en *US v. Brandt et al.*,[8] sostuvo el punto de vista de que la invocación de la causal de "actuación en cumplimiento de órdenes" no es admisible si el acusado tenía un *"espacio de decisión"*, como la facultad de rechazar la orden o realizarla voluntariamente y por iniciativa propia.[9] En el *Proceso contra los Juristas* se dijo que la aplicación de leyes formales no liberaba a nadie de su responsabilidad; más bien, el proceder siguiendo la ley es condenable si es que las leyes invitan a cometer crímenes internacionales.[10] Según *US v. List et al.*,[11] la "actuación en cumplimiento de órdenes" no puede excluir la responsabilidad penal con base en el derecho interno de las "naciones civilizadas", pero a nivel del derecho internacional depende de la juridicidad de la orden. Sólo en el caso de una orden jurídica se puede tomar en consideración una exclusión del injusto; de otra manera —en el caso de una orden antijurídica— hace ya falta una norma válida,[12] así que la ejecución de la orden solamente podría considerarse como atenuante de la pena. Sin embargo, una exención de la puniblidad es posible alegando error.[13]

La cuestión del *conocimiento* (elemento subjetivo) jugó un rol decisivo en *US v. Ohlendorf et al.*[14] Partiendo del hecho de que un soldado no es una máquina, sino un ser racional, resulta que una exclusión del injusto sólo es posible si se trata de órdenes que se refieren a obligaciones militares, para cuya promulgación el superior tiene competencia y que además son legales.

[6] *US v. Brandt et al.*, TWC II, pp. 227, 291, 296; *US v. Altstoetter et al.*, TWC III, pp. 983 y s.; *US v. von Leeb et al.*, TWC XI, pp. 475, 507 y s.

[7] *US v. von Leeb et al.*, TWC XI, pp. 507 y s.; *US v. Weizsäcker et al.*, TWC XIV, p. 976.

[8] *US v. Brandt et al.*, TWC II, pp. 227, 262 y s.

[9] Tal iniciativa propia se puede dar en caso de un exceso (ver BGH *NJW* 1995, 1297 y s.: excesos individuales contra la población civil no cubierta por una orden militar y perseguida penalmente por el derecho militar).

[10] *US v. Altstoetter et al.*, TWC III, pp. 983 y s., 1128.

[11] *US v. List et al.*, TWC XI, pp. 1236 y s., también pp. 1271, 1280.

[12] Literalmente: "...an illegal order is in no sense of the word a valid law which one is obliged to obey". (*idem*, p. 1237).

[13] Ver *US v. Milch*, TWC II, p. 788.

[14] *US v. Ohlendorf et al.*, TWC IV, pp. 470 y s.; sobre casos precedentes en Alemania: pp. 483 y s.; sobre acusados concretos: 473, 517, 585; con respecto al "principio del liderazgo" en este contexto ver pp. 506 y s.

En el caso de una orden antijurídica depende de la —ya por el TIM citada— posibilidad de una "elección moral" y de que el subordinado pueda probar una "ignorancia excusable de su ilegalidad" (*"excusable ignorance of their illegality"*). Si es que faltara, el subordinado podrá invocar solamente un estado de necesidad por fuerza o coacción *(Nötigungsnotstand)*.[15] La invocación de la "actuación en cumplimiento de órdenes" no es posible, en todo caso, si el subordinado se somete en algún momento al carácter antijurídico de la orden.

Esta jurisprudencia, sobre todo el veredicto del TIM, constituyó la base de otros numerosos juicios contra criminales de guerra nazis ante tribunales nacionales y de ocupación, en los que la "actuación en cumplimiento de órdenes" como razón de exención de punibilidad —por las mismas razones— fue rechazado. De las numerosas decisiones jurisprudenciales internacionales,[16] resalta el juicio contra el Director del Departamento de Asuntos Judíos del Ministerio de Seguridad del Reich (*Reichssicherheitshauptamt*), Adolf Eichmann.[17] En este caso se rechazó la objeción de la "actuación en cumplimiento de órdenes", debido a la falta de reconocimiento, por parte del derecho penal internacional, de las órdenes "evidentemente ilícitas" *("manifestly unlawful")*.[18] Por otro lado, se señaló que Eichmann no solamente cumplía órdenes, sino que actuaba de manera 'sobrecumplidora'.[19] Hace poco, en el caso *Erdemovic* ante el ICTY, también fue negado el efecto eximente por "actuación en cumplimiento de órdenes" con base en el texto del art. 7° inc. 4° del Estatuto del Tribunal.[20]

Merece especial referencia, además, —no sólo desde un punto de vista alemán— la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de la Zona Británica *(OGHBrZ)*, sucesor del *Reichsgericht* en la zona de ocupación británica hasta el establecimiento del *Bundesgerichtshof*. Lamentablemente, la jurisprudencia

[15] En la sentencia falta una delimitación clara (ver *idem*, p. 470).

[16] Los juicios inmediatos al término de la guerra ver *United Nations War Crimes Commission (UNWCC), Law Reports of Trials of War Criminals*, t. XV (Digest), 1949, pp. 157 y ss.; sobre reciente jurisprudencia ver también Bassiouni, 1992, pp. 415 y ss.; sobre el juicio contra Priebke ver Hein, 1996, p. 476 (481).

[17] Ver la condena (a muerte) del juzgado de primera instancia de Jerusalén del 12/12/1961, en adelante *Juzgado* (ILR 36, 1968, pp. 5-14, 18-276; traducción al alemán en: Less, 1987) y la sentencia confirmada de apelación de la Corte Suprema del 29/5/1962, en adelante *CS* (ILR 36, 1968, pp. 14-17, 277-344).

[18] *Juzgado, supra* nota 17, par. 218-20; *CS*, par. 15 (entre otros basándose en *US v. Ohlendorf*).

[19] *Juzgado, supra* nota 17, par. 216, 228, 231; *CS, supra* nota 17, par. 15 (pp. 313, 318 y s.).

[20] *ICTY-Trial Chamber I*, Sentencing Judgement, Drazen Erdemovic. Case IT-96-22-T, 29/11/1996, par. 15 y s. (con anotaciones interesantes sobre el estado de necesidad por fuerza). Ver también Ambos/Ruegenberg, 1998, pp. 167 y s.; Ambos, 1998f, pp. 391 y ss.

del OGHBrZ fue pocas veces citada.[21] Este Tribunal no examinó tanto la cuestión del efecto eximente de la "actuación en cumplimiento de órdenes", sino más bien el problema fundamental de cómo órdenes estatales —también órdenes por ley— pueden desarrollar efectos eximentes y cómo, en un caso concreto, otras razones de justificación o excusa (sobre todo el estado de necesidad por fuerza) pueden tomar en cuenta la situación especial de sometimiento por fuerza o coacción del subordinado. En cuanto a las órdenes basadas en una ley, la Corte sostuvo con notable claridad en su primera sentencia sobre los casos de eutanasia decretada por Hitler en octubre de 1939, que éstas (y otras) "normas" no tenían ninguna obligatoriedad jurídica o legal:

> "La opinión de ciertos profesores nazis de derecho de que cada capricho jurídicamente relevante de Hitler, que en su modo puede ser visto como norma, no obstante su forma, igual a una ley y obligatoria juridícamente, es un autodesapoderamiento de los miembros de la comunidad jurídica denigrada a favor de un déspota, que analizado desde un punto de vista del Estado de derecho no merece observancia como ciencia de las fuentes jurídicas."[22]

La OGH no sólo se ha apoyado en el texto legal del KRG 10 en lo que respecta a la consecuencia jurídica concreta de la "actuación en cumplimiento de órdenes", sino que también se ha pronunciado sobre la situación jurídica alemana (en particular § 47 MStGB), diciendo que las infracciones graves del derecho no pueden ser justificadas por "actuación en cumplimiento de órdenes".[23] El subordinado podría verse envuelto en una situación excepcional de necesidad debido a la orden que se le dio y por ello su conducta podría —bajo ciertas estrictas condiciones— ser justificada o exculpada por las causales de estado de necesidad o estado de necesidad por fuerza. El autor no sólo debe encontrarse en una situación objetiva de peligro, sino que debe estar conciente de dicho peligro y haberse decidido a realizar la acción ordenada para evitarlo:

> "La circunstancia de que tal acción sea la única salida de dicha situación de peligro para la vida, debe haberlo llevado a esta elección. ...Si el autor no obró a pesar del peligro inminente para evitarla, sino por otros motivos, entonces no entran en vigencia las §§ 52, 54 StGB."[24]

[21] El único trabajo que analiza la jurisprudencia de guerra (pero demasiado negativo) es el de Storz, 1969.

[22] *OGHSt* 1, p. 321 (324) [traduc. del alemán]. Ver también *OGHSt* 2, p. 117 (128, 129). A éste se unió el BGH, ver *BGHSt* 2, p. 173 (177); 2, 234 (237 y s.); 3, 110 (128); 3, 357 (362 y s.) así como recientemente refiriéndose a § 27 de la ley de frontera de la RDA *BVerfG NJW* 1997, p. 929 (931).

[23] *OGHSt* 1, p. 310 (312). Sobre la situación jurídica alemana, ver Weber, MDR 1948, 35 y s.

[24] *OGHSt* 1, p. 313 (traduc. del alemán). Los §§ 52, 54 (antiguo) StGB regularon la "coacción por una situación de fuerza" *(Nötigung durch Zwangslage)* y el "estado de necesidad" *(Notstand)*.

Por ello tiene que existir también un elemento subjetivo de justificación.

Sin embargo, el OGHBrZ llegó después a la conclusión de que el art. II 4 b) KRG 10 no quiere decir, para todos los casos, que la orden no sea relevante para la responsabilidad penal del receptor de la misma.[25] Más bien, expresa solamente un concepto jurídico que debe estar en concordancia con el derecho de todas las naciones, es decir, concretamente puede depender de si es aplicable el derecho alemán, que es más benevolente con el subordinado (§ 47 MStGB) o el anglosajón que es más estricto. En el caso concreto, sólo lo mencionó y se inclinó por el derecho anglosajón. Según éste, depende si la orden era evidentemente antijurídica y el subordinado debió haberlo reconocido, es decir, si éste "estaba en la capacidad de comprender lo injusto de su proceder".[26]

1.2. La normatividad y la doctrina internacional

1.2.1. Actuación en cumplimiento de órdenes como causal de exclusión de la punibilidad

El cuadro II muestra que el derecho penal internacional vigente no reconoce en el caso de graves violaciones a los derechos humanos, la actuación en cumplimiento de órdenes como una causal de exclusión de la punibilidad. El Estatuto de Roma,[27] si bien no contiene un rechazo tan absoluto como los otros instrumentos, declara inadmisible la defensa que invoca el cumplimiento de orden superior en casos de órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad ya que éstas son consideradas ilícitas (art. 33 inc. 2°). De esta manera el Estatuto confirma la tendencia general de los tratados internacionales y regionales citados que rechazan categóricamente la exclusión de la punibilidad en casos de *tortura*[28] y *desapariciones forzadas*. Si bien una reglamentación específica convencional sobre *ejecuciones extrajudiciales* no existe, se encuentra, sin embargo, una referencia en los "Principios para la prevención efectiva e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias" que tampoco reconocen una exclusión de la punibilidad.

[25] *OGHSt* 2, p. 269 (276).

[26] *Idem*, p. 277.

[27] *Rome Statute of the International Criminal Court*, adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998, Doc. ONU A/Cf. 183/9; en: *ILM* 1998, 999; ver también: <http://www.un.org/icc>.

[28] De ahí proviene la exigencia del CDH de que "those who have refused to obey orders (para torturar, nota del autor) must not be punished or subjected to any adverse treatment" (Comentario General N° 20 sobre el art. 7° del PIDCP, Doc-ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.3, 7 abril 1992, par. 13).

CUADRO II

Fuente (fecha de expedición/ entrada en vigor)	Como causal de exclusión de la punibilidad	Como causal de atenuación punitiva	Responsabilidad del superior
A. Instrumentos internacionales			
I. *Tratados universales*			
Convención en contra de la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o denigrantes. (10/12/1984 - 26/6/1987)	No (Art. 2° inc. 3°: "...order ...may not be invoked...").	No se encuentra regulado.	No se encuentra regulado.
Estatuto de Roma (17/7/1998).	En principio no; solamente bajo ciertas condiciones, nunca en el caso de genocidio y crímenes de lesa humanidad (art. 33).	Discreción de la Corte.	Sí: comandantes militares (incl. comandantes de hecho) y otros (civiles), ver art. 28.
II. *Soft Law*			
1. *Resoluciones de la Asamblea General de la ONU*			
Código de Conducta para los Oficiales en Servicio Activo (Resol. 34/169 del 17/12/1979).	No (Art. 5°: "...nor may any law enforcement official invoke superior order..." respecto de los malos tratos).	No se encuentra regulado.	No se encuentra regulado.
Declaración para la protección de todas las personas frente a la desaparición forzada (Resol. 47/133 del 18/12/1992).	No (Art. 6° Abs. 1: "No order or instruction... may be invoked...").	No se encuentra regulado.	No se encuentra regulado.
2. *Otras Resoluciones, declaraciones o fuentes*			
Carta del Tribunal de Nuremberg (1949).	No (Art. 8: "The fact that the defendant acted pursuant to order...shall not free him from responsibility...").	Sí (Art. 8°: "...may be considered in mitigation of punishment if justice so requires").	En principio sí porque la posición oficial no prevé exoneración o atenuación punitiva alguna (art. 7°).

Fuente (fecha de expedición/ entrada en vigor)	Como causal de exclusión de la punibilidad	Como causal de atenuación punitiva	Responsabilidad del superior
Principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto y Proceso del Tribunal Internac. de Nuremberg - CDI (2ª Reunión 1950).	No (Princ. IV: "The fact that a person acted pursuant to order, ...does not free him from responsibility...").	Sí (Princ. IV: "...in mitigation of punishment if justice so requires").	No se encuentra regulado.
Principios para la protección efectiva y la investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias (*ECOSOC*-Resol. 1989/65 del 24/5/1989).	No (Princ. 19: "...may not be invoked as a justification").	No se encuentra regulado.	En principio sí ("...may be held responsible..."), en caso que "...they had a reasonable opportunity to prevent such acts" (Princ. 19).
Principios Básicos para el uso de la fuerza y las armas de fuego por oficiales en servicio activo (Resol. del 8. UN-Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, 27/8 - 7/9/1990).	En principio no (Princ. 26: "... shall be no defense..."), en caso de "... law officials knew that an order... was manifestly unlawful and had a reasonable opportunity to refuse to follow it".	No se encuentra regulado.	En principio sí: "In any case, responsibility also rests on the superiors who gave the unlawful orders". (Princ. 26).
Proyecto de Código de Crímenes en contra de la paz y seguridad de la humanidad de la CDI (en la versión adoptada en la 48ª Reunión, 6/5 - 26/7/1996).	No (Art. 5°: "The fact that an individual ...acted pursuant to an order ...does not relieve him of criminal responsibility...").	En principio sí (Art. 5°: "may be considered in mitigation of punishment if justice so requires").	En principio sí ("...does not relieve his superiors of criminal responsibility..."), en caso que "they knew or had reason to know ...that the subordinate was committing... such a crime and if they did not take all feasible measures... to prevent ...the crime" (Art. 12).

Estatuto del ICTY (Resols. 808 y 827 del Consejo de Seguridad del 3/5/1993 y 25/5/1993).	No (Art. 7° Abs. 4: "The fact that a person acted pursuant to an order ...shall not relieve him of criminal responsibility")	Sí (Art. 7° Abs. 4: "...but may be considered in mitigation of punishment if the International Tribunal determines that justice so requires").	En principio sí ("...does not relieve his superior of criminal responsibility..."), en caso que "he knew ...that the subordinate was about to commit such acts... and failed to prevent such acts..." (Art. 7° Abs. 3).
Estatuto del ICTR (Resol. 955 del Consejo de Seguridad del 8/11/1994).	No (Art. 6° Abs. 4: "The fact that a person acted pursuant to an order ...shall not relieve him of criminal responsibility").	Sí (Art. 6° Abs. 4: "...but may be considered in mitigation of punishment if ...justice so requires").	En principio sí ("...does not relieve his superior of criminal responsibility..."), en caso que "he knew ...that the subordin ate was about to commit such acts... and failed to prevent such acts..." (Art. 6° Abs. 3).
B. **Intrumentos Regionales**			
I. *OEA**			
Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura (9/12/1985 - 28/2/1987).	No (Art. 4°: "The fact of having acted under orders of a superior shall not provide exemption from the corresponding criminal liability").	No se encuentra regulado.	Sí (Art. 3° "A public servant... who... orders... or who, being able to prevent it, fails to do so, shall be held guilty").
Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas (6/6/1994 - 28/3/1996)	No (Art. VIII: "The defense of due obedience to superior orders ...shall not be admitted").	No se encuentra regulado.	No se encuentra regulado.

* En otros instrumentos regionales, no se encuentran de manera evidente reglas sobre las "órdenes del superior".

Un análisis complementario de la situación jurídica en el derecho internacional es más difícil y menos confiable ya que las fuentes de *soft-law* restantes, en especial las resoluciones de la Asamblea General de las ONU o de los otros órganos de la ONU, son, en principio, no vinculantes y tienen diferentes rangos legales.[29] No se refieren —salvo la Resolución de la Asamblea General de la ONU sobre Desapariciones y los citados "Principios"— a determinados delitos, sino que tienen por objeto los hechos reconocidos como delitos internacionales y las graves violaciones a los derechos humanos. En este sentido, parece razonable una diferenciación entre crímenes internacionales y otros delitos.

Si se trata de delitos reconocidos como *crímenes internacionales*, en particular el derecho de Nuremberg y su continuación en la forma de los estatutos de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda (ICTY y ICTR), se rechaza una exclusión de la punibilidad. En lo que aquí concierne, existen tres grupos de delitos: crímenes de guerra (derecho de La Haya y de Ginebra), genocidio y crímenes contra la humanidad.[30] Sin embargo, los Estados partes de la Convención sobre Genocidio así como de las Convenciones de Ginebra (CG) y sus Protocolos Adicionales (PA) no se querían comprometer en esa cuestión.[31] Esto muestra, de una parte, que la reglamentación propuesta por el art. 8° del Estatuto del Tribunal Internacional Militar (TIM) de Nuremberg (ninguna exclusión de la punibilidad), especialmente con respecto a las reglamentaciones del derecho nacional militar,[32] ya en la época generaba dudas y lleva, de otra parte, a preguntar por qué, a pesar de esto, fueron adoptados sin más por el Consejo de Seguridad de la ONU en los Estatutos del ICTY and ICTR. Parece que el Consejo de Seguridad —en vista de la crueldad de la guerra en la entonces Yugoslavia y en Ruanda— quería quitarle sustento desde un principio a la posibilidad de invocar el cumplimiento de una orden como causal de exclusión de la punibilidad. Como sea, no se puede negar que el rechazo del orden superior como causal de exclusión de la punibilidad, reconocido además por la CDI en el Proyecto del Codigo de Crímenes de 1996,[33] tiene una base sólida en la jurisprudencia internacional desde Nuremberg como analizada en la sección anterior. Una comparación del derecho extranjero también apoya este punto de vista.[34]

Bajo *otros delitos,* aquellos que no caen dentro de las categorías citadas y que tienen un bajo grado de reconocimiento por parte del derecho internacional o en parte no son reconocidos, se debe seguir la formulación del CDI-Proyecto de Código ("Draft Code") y de los "Principios Básicos para el uso de armas de fuego por miembros de las fuerzas de seguridad", de que en determinados casos un "acto en cumplimiento de una orden" puede ser causal de exclusión de punibilidad. Se trata de los hechos en los cuales no es posible para el autor oponerse a la orden y la orden no es "manifiestamente ilegal".

La última diferencia se remonta a la discusión desarrollada especialmente en la doctrina penal,[35] acerca de si no depende últimamente del punto de vista subjetivo del destinatario de la orden y ulterior autor del hecho inmediato. Desde la perspectiva del derecho penal parece admisible —por el principio de culpabilidad— una condena sólo si la ejecución de la orden y (con esto) la comisión del hecho es imputable y reprochable al destinatario de la orden. Este componente subjetivo es pasado por alto generalmente por las consideraciones estatales de "carácter colectivo" que se encuentra en el campo de derecho internacional.[36] Una actuación en cumplimiento de una orden puede ser reprochable sólo si el subordinado pudo reconocer la antijuridicidad de la orden o —a pesar de su abierta antijuridicidad— no la reconoció por grave imprudencia y, no obstante haber tenido la posibilidad de elegir, sin embargo la ha ejecutado.[37]

[29] Cf. sobre el *soft-law* ya en el cap. I, 1.2.1. (nota 28).

[30] Cf. art. 1-5 del Estatuto del ICTY (Consejo de Seguridad, Resol. 827 del 25/5/1993) y el art. 2°-4° del Estatuto del ICTR (Consejo de Seguridad, Resol. 955 del 8/11/1994) al igual que los arts. 17, 18 y 20 del Proyecto de la CDI del Código de Crímenes de 1996 (UN-Dok. A/CN.4/L.532, 8/7/1996, en: *Report of the ILC on the work of its forty-eight session,* 6/5.-26/7/1996, GA, *Official Records,* 51st. Session, Suplement 10, A/51/10, par. 30 y ss.). La categoría de los "crímenes contra la humanidad" es empero, en cuanto al contenido, enteramente discutible (cf. ya cap. II, 2.3.1.3.).

[31] Cf. Jescheck, 1957, p. 243; Gasser, 1993, p. 591, nota 238.

[32] Las correspondientes disposiciones parten por lo general de una exoneración punitiva absoluta; cf., por ejemplo, el *Field Manual* americano de 1956 (en Jescheck, 1957, p. 244) y el *Manual of Military Law* británico (en Eser, 1995, nota 20).

[33] Ver cuadro II.

[34] Cf. Jescheck/Weigend, 1996, pp. 498 y ss.; Kreuter, 1997, pp. 169 y ss.

[35] Cf. especialmente Eser, 1995, pp. 204 y ss. que reproduce el estado de la discusión y diferencia entre las tres siguientes directrices: actuación en cumplimiento de un deber como "defensa plena" —"full defense" ("binding effect of an order", "subjective impossibility of refusing")—, ninguna "defensa" (concepto de la "absolute liability") o —como solución intermedia— diferenciando según la "ilegalidad manifiesta" ("manifest illegality") o *mens rea* (dolo). Cf. además Jescheck, que —como Eser— sigue la solución intermedia (1952, pp. 255 y ss., 385 y ss.; *ibid.*, 1957, pp. 241 y ss.). Oehler, 1983, nms. 1038 y ss., aquí plantea la cuestión desde la perspectiva de si para el subordinado "la orden no era abiertamente ilegal o si él, en forma razonable, no debió reconocer la ilegalidad"; en igual sentido Triffterer, 1993, pp. 147 y s. Cf. también Zúñiga R., 1991, p. 339; Gasser, 1993, p. 591; Sunga, 1992, pp. 55 y ss.; Kreuter, 1997, pp. 161 y ss.; Nill-Theobald, 1998, pp. 67 y ss.; Ambos, 1998e.

[36] Cf. por ejemplo, Orentlicher, 1991, p. 2603 y Kokott, 1987, p. 528, que lapidariamente expresa que para el caso de graves violaciones a los derechos humanos (empleado en sentido no técnico) no viene a discusión una justificación (en forma similar *UN-ECOSOC-CHR*, 1993c, par. 46 j y *OEA-CorteIDH*, 1993a, p. 93). O'Brien, 1993, p. 653, en forma diferente, abandona cada vez más el problema de (la falta de) conocimiento del subordinado y reconoce a la "orden superior" básicamente como defensa (en forma similar diferencia Sunga, 1992, p. 57).

[37] Cf. por ejemplo, § 5 I *WStG* y *BGH* NStZ 95, 286 y s. con más referencias. La violación de la ley penal es abierta, "cuando más allá de toda duda, es evidente; ..." (*BGH, ibid.*, p. 286). Demasiado amplio Jescheck/Weigend, 1996, pp. 495 y s. y Roxin, 1997, § 17, nm. 18, que quieren liberar a los subordinarios de cualquier responsabilidad en base a la obediencia debida.

Como ya se dijo, el TIM empleó el criterio de una verdadera "elección moral" *(moral choice)*.[38]

Allí la intención de valorar los casos individuales se encuentra en las fuentes del derecho internacional sólo, sin embargo, para el caso de las reglas relativas a la atenuación de la pena en la vaga formulación de "si la justicia así lo requiere" (cf. cuadro II). Dogmáticamente se trata del problema del juicio de reprochabilidad sobre el ejecutor de la orden. Al respecto se asocian dos cuestiones específicas. Partiendo de la falta de conocimiento del injusto que implica la ejecución de la orden, se puede preguntar en primer lugar, si el subordinado hubiera podido o no *evitar* ese error de prohibición.[39] Esto depende en los casos concretos de numerosos factores, por ejemplo, el tiempo de reflexión existente entre el momento en que se imparte la orden y el momento en que se la ejecuta, la disciplina exigida a los militares y otras circunstancias. Finalmente, el subordinado tiene también un deber de examinar la orden; las exigencias a este deber corresponden, en principio, a las de un infractor "normal".[40]

Una orden es pues, en todo caso, reconocida como antijurídica —medido por un observador medio razonable— cuando ella es "manifiestamente ilegal"; en este caso existe una presunción en favor de la posibilidad de evitar el error de prohibición.[41] Esto se debe aceptar en el caso de órdenes que se dirigen a la comisión de graves violaciones a los derechos humanos. La orden de hacer "desaparecer" una persona, de torturarla o de ejecutarla ilegalmente es tan "manifiestamente ilegal" como el genocidio de una determinada minoría étnica y determinados crímenes de guerra. Existe pues un límite absoluto, que no deja espacio para una consideración de tipo subjetivo, en cuanto al objetivo orden de valores (de derecho internacional), para el caso de determinadas actividades delictivas, parte del reconocimiento de la ilegalidad de la orden y también le atribuye a todo destinatario de la orden esta capacidad.[42] En estos casos, sin

[38] Ver *supra* 1.1., nota 4.

[39] Cf. JESCHECK, 1957, p. 242 y 1952, pp. 387 y ss.: caso especial del "error sobre la prohibición del hecho en relación con la situación propia de coerción de la subordinación militar" (traduc. del alemán). La discusión se encuentra vinculada al concepto metzgeriano de la "ceguera legal" (expresamente JESCHECK, 1957, p. 244; cf. también *Oberlandesgericht [Tribunal Superior] Freiburg* JZ 51/86). Una parte de la doctrina parte del error en el tipo (cf. —también sobre la problemática del error en general— ZÚÑIGA, 1991, pp. 339 y ss., 342, nota 37; SANCINETTI, 1987b, pp. 472 y ss.).

[40] Cf. sobre las exigencias al deber de examen DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch* (comentario), 48. ed. 1997, § 17, nms. 7 y ss. De acuerdo con JESCHECK, 1952, pp. 261 y s., el deber de examen encuentra su límite en el mandato de la disciplina y las posibilidades efectivas; en el ámbito militar estas exigencias no pueden ser exageradas (en forma similar ZÚÑIGA, 1991, p. 341). En principio en contra de un deber de examen *BGH NStZ* 1995, 286 (jurisprudencia actual).

[41] O ya para el hecho de que no puede existir un error de prohibición (SANCINETTI, 1987b, p. 472).

[42] En ese sentido también, en contra de la "obediencia ciega" en caso de hechos crueles, ZAFFARONI (IIDH), 1986, pp. 272 y s. Cf. también JESCHECK/WEIGEND, 1996, p. 497, que señala que de

embargo, se tiene que comprobar desde el punto de vista dogmático —como *segunda cuestión especial*—, si el subordinado no puede ser excusado desde *otro* punto de vista que más bien se refiere al reproche personal en sentido estricto. Si, por ejemplo, su vida, su integridad o su libertad se encuentran en peligro, viéndose obligado a ejecutar órdenes que considera ilegales, entran en consideraciones como causales de exculpación la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma *(Freudenthal)* o un estado de necesidad justificante.[43] La figura de la actuación en cumplimiento de una orden, pues, es superflua en este tipo de casos ya que las causales de exculpación generales posibilitan las soluciones adecuadas.[44] En consecuencia, rigen también los presupuestos de aquéllas, en especial debe el subordinado haber actuado para evitar un peligro.[45]

En todos los casos imaginables se trata, a todo evento, de la cuestión del *reproche personal* en la ejecución de la orden, de conformidad con la terminología alemana esto es siempre sólo de la culpabilidad, mas no de la justificación.[46]

acuerdo con el derecho alemán vigente (§ 5 I WStG, § 11 II 2 SG) no es admisible una exculpación cuando "la ilegalidad en la ejecución de la orden... es *evidente*, esto es, se reconoce por cualquier persona sin necesidad de mayor reflexión " (destacado en el original). De acuerdo con el *BGH 2 StR 331/94* un exceso individual contra la población civil no está alcanzado por la orden y es perseguible por tribunales de guerra. La Corte Constitucional de Colombia también rechaza una exención de la pena por órdenes manifiestamente ilegales, especialmente si se refieren a hechos crueles (sentencia C 578/95 del 4 de diciembre de 1995, en especial pp. 28, 35, archivo del autor, ver también *infra* 2. 1.). Igual en el resultado OEHLER, 1983, nm. 520; TRIFFTERER, 1995, p. 240; ROHT-ARRIAZA, 1995, p. 66.

[43] Sobre la inexigibilidad de una conducta conforme (o adecuada) a la norma como causal de exculpación supralegal (rechazando) JESCHECK/WEIGEND, 1996, pp. 503 y ss. (§ 47 II.); ROXIN, 1997, § 22, nm. 142 y ss. Cf., también art. 35, inc. 1°, párr. 2° del StGB, que clarifica que en su esencia que se trata también en esta disposición de la cuestión de la (in)exigibilidad de una conducta conforme a la norma. Ya la *frase* (phrase) implica, *al afirmar* (con) el criterio del "peligro que no puede ser evitado de otra manera", *la posibilidad de* (posible) consideraciones de exigibilidad (*S/S*-LENCKNER § 35, nm. 2a). Respecto de la inexigibilidad en general: ZÚÑIGA, 1991, pp. 344 y ss. Respecto de órdenes y estado de coacción como causal de exculpación, JESCHECK/WEIGEND, 1996, pp. 483 y s.

[44] En este sentido, en principio, el concepto de *mens rea* (Dinstein), que no considera la *superior order* como "defense" por sí misma, sino como parte de otra "defense" (cf. ESER, 1995, p. 209 con más referencias). Además de la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma se considera también la *colisión de deberes* como causal de exculpación supralegal. (además SANCINETTI, 1987b, pp. 8 y ss.).

[45] Cf. JESCHECK/WEIGEND, 1996, pp. 483 y s.

[46] Así también JESCHECK/WEIGEND, 1996, p. 494; JESCHECK, 1952, p. 255, que sin embargo se ocupa de una (adecuada) armonización integral de AMBOS deberes de protección: "De una parte, el ordenamiento jurídico debe asegurar la *capacidad funcional del aparato estatal* y esto requiere de la garantía del deber de obediencia en el interior de la jerarquía de los órganos estatales, especialmente en el ámbito militar. De otra parte, se encuentran el *deber del Estado de derecho*, de proteger a todas las personas de las intervenciones del poder estatal y de aplicar las normas penales también en contra de aquellos órganos estatales en los que sus

Eso es igualmente correcto en tanto permite la posibilidad de una participación punible en el hecho ejecutado —por ejemplo de un instigador o cómplice militar de mala fe—, así como una justificación a un ataque con base en la legítima defensa. Que se le quiera reprochar finalmente al destinatario de la orden su ejecución, dependerá decididamente de cómo se considera la relación de servicio militar. Esto dependerá nuevamente del caso en concreto y es una pregunta de hecho, mas no de carácter normativo. Si se siguen autores tan diferentes como *Jescheck*[47] o *Canetti*,[48] quedará por lo general sólo un pequeño espacio para el reproche personal de culpa a los simples soldados. A esto se le puede contraponer, sin embargo, que, para el caso de los citados delitos graves, la disciplina militar por sí sola no puede constituir un límite para el examen de las órdenes. Tampoco es razonable, como dice *Jescheck*, por qué precisamente en el ámbito militar "no deben ser exageradas las exigencias".[49] ¿No debe justamente un soldado encontrarse a la altura de las especiales situaciones de dificultad que implican su servicio? Tampoco es necesario partir —como principio—, de la "costumbre de la obediencia y de la confianza en los superiores"[50] en favor de los subordinados.[51]

1.2.2. Actuación en cumplimiento de órdenes como causal de atenuación punitiva

Partiendo de las fuentes citadas en el cuadro II, la atenuación punitiva en el caso de los crímenes cometidos en un conflicto bélico —*crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad*— es admisible sólo en casos individuales "si la justicia así lo requiere" *(if justice so requires)*. Esta formulación estándar muestra que la comunidad de Estados si bien se inclina por una atenuación punitiva en el caso de esos delitos, deja, sin embargo, la decisión del caso individual en manos del órgano competente. Respecto de las *torturas, "desapariciones forzadas" y ejecuciones extrajudiciales,* las fuentes correspondientes no contemplan regla alguna. En estos supuestos, por tanto, se debe seguir —y éste es el punto de vista más extendido en la literatura—,[52] una solución caso por caso.

A tales efectos deben referirse los *criterios* ya desarrollados. Si se trata de un caso en el que el subordinado, habiendo *reconocido* la *antijuridicidad* de la orden, sin embargo la ejecutó, sólo se puede justificar la atenuación de la pena si temía sanciones considerables al rechazar la orden. Aquí entra en consideración, pues, el aspecto ya planteado en el plano de la exclusión de la punibilidad, de la obligatoriedad de la orden dentro de la jerarquía militar,[53] que puede impedir en determinadas circunstancias el rechazo de la orden (inexigibilidad de una conducta conforme a la norma).

Si se trata de un caso en el que el subordinado *no reconoce* la *antijuridicidad* de la orden, pero este error (de prohibición) fue evitable, se podrá considerar, de acuerdo con lo dicho, con más razón una atenuación punitiva. Ya que en este caso el grado de reproche es más bajo.[54] El subordinado actúa aquí confiado de la legalidad de la orden, y la reprochabilidad de su conducta consiste sencillamente en no haber examinado suficientemente la orden, es decir en un comportamiento imprudente, lo que puede fundamentar un reproche de culpabilidad por imprudencia —pero no por dolo— como cuando se actúa a pesar de conocer la *antijuridicidad* de la orden. Por lo demás, aquí también la decisión depende en última instancia del caso individual. Se tendrá que probar especialmente la naturaleza y el contenido de la orden, así como las posibilidades fácticas con que contaba el subordinado para examinar la orden en la situación concreta de su ejecución.

1.2.3. La responsabilidad del superior

La responsabilidad penal del superior por haber impartido la orden es la contraparte lógica de la del subordinado como destinatario de la orden. En realidad no se trata aquí del problema de una posible exclusión de la punibilidad con base en actos cometidos en cumplimiento de una orden, sino del problema de una posible "defensa"; sin embargo se plantea necesariamente la pregunta,

superiores imparten órdenes ilegales. Esta contradicción genera exigencias opuestas a los subordinados y con ello a la *colisión entre el mandato de obediencia y las normas del ordenamiento penal.* El fundamento para la exculpación del subordinado de la responsabilidad penal puede ser de una parte esta *contradicción de deberes*, pero también la *protección de la confianza,* que por lo general al subordinado le manifiesta la legalidad de las órdenes del superior" (p. 255; traduc. del alemán). En forma similar la argumentación de Sancinetti (1987b, pp. 467 y ss.) sobre la colisión (exculpativa) de deberes (más adelante en 2.5. 2.). Decidido por el estado de necesidad justificante, Roxin, 1997, § 17 nm. 18. Críticas sobre la falta de diferenciación en la doctrina extranjera: Eser, 1995, p. 209.

47 Ver ya nota 40.

48 Canetti, 1980, p. 336: "A la orden le es inherente el que no permite ninguna contradicción..."; p. 345: "El soldado en servicio actúa en cumplimiento de órdenes. Él debe reprimirse de éste o de aquel deseo; no cuenta que es un soldado; él tiene que renunciar... su vida activa se encuentra limitada por todos lados. Él hace todo lo que los otros soldados hacen con él, y él hace lo que se le ordena"; p. 349: "La disciplina conforma la esencia del ejército" (sin embargo, también crítico, allí mismo, especialmente pp. 339, 371; traduc. del alemán).

49 Jescheck, 1957, pp. 261 y s. (traduc. del alemán).

50 Jescheck, 1957, p. 244 (traduc. del alemán).

51 A dónde lleva esa mentalidad lo muestran las revelaciones del antiguo capitán de corbeta argentino Scilingo (cf. Verbitsky, 1995).

52 Cf. Eser, 1995, p. 210 con más referencias en nota 35; Jescheck, 1952, pp. 255 y ss.; *ibid.*, 1957, p. 244; Sunga, 1992, p. 57; Orentlicher, 1991, p. 2603.

53 Cf. especialmente Jescheck, 1952, pp. 255 y ss.; *ibid.*, 1957, pp. 242 y ss.

54 En este sentido, Zúñiga, 1991, p. 349.

en el contexto del examen de la culpa del subordinado, en que responsabilidad incurre el que ha impartido la orden. Por lo tanto, vale la pena hacer un corto análisis sobre este punto.

Como surge del cuadro II, las fuentes de derecho internacional aquí analizadas parten básicamente de la responsabilidad penal del superior cuando ha tenido conocimiento, a través de sus subordinados, de los hechos punibles y no agotó todas las posibilidades para evitar el hecho. Al respecto sólo en la "Convención Americana para prevenir y castigar la tortura" se ha hecho mención en forma explícita a la ejecución de la orden, partiendo implícitamente de la existencia de la misma. En el CDI-Proyecto de Código de 1996 y los estatutos de los tribunales *ad hoc* se ha limitado, en el sentido de la citada fórmula, la responsabilidad de los superiores que todavía quedó en forma demasiado amplia y poco clara en el Estatuto del TIM.[55] Hoy día, con la adopción del Estatuto de Roma, la "responsabilidad por comando" *(command responsibility)*[56] es universalmente reconocida. El art. 28 del Estatuto de Roma distingue en dos párrafos entre jefes militares o personas que actúan de facto como jefes militares, y otros superiores (normalmente civiles). Supera así la actual dogmática de la *command responsibility*.[57]

Al *comandante militar* (de hecho) se le imputan los crímenes de grupos que estén bajo su control efectivo que hayan sido cometidos como consecuencia de la falta de desempeño de este control, cuando sabía o hubiera debido saber que sus fuerzas cometen tales delitos y ha omitido emprender cualquiera de las medidas necesarias y razonables para prevenir la comisión, impedirla o someter la cuestión a la investigación de los cargos competentes. Con ello, de un lado, se intenta incluir no sólo a los jefes militares de las fuerzas militares oficiales, sino también a los jefes de hecho de grupos militares, especialmente de paramilitares. De otro, se introduce, en sentido subjetivo, una medida de

[55] Cf. —además de las fuentes citadas en el cuadro II— también el art. II del "Tratado para la no aplicación de las prescripciones legales a los crímenes de guerra y crímenes en contra de la humanidad" del 26/11/1968 (ver ya cap. I, 2.2.) así como el correspondiente tratado europeo, y el art. 86 par. 2 y 87 del PA I (cap. I, 2.2.), que van en la dirección de las nuevas reglas (cf. anexo I).

[56] Por ello el principio se remite al derecho militar nacional (cf. Bassiouni, 1992, pp. 369, 389; O'Brien, 1993, pp. 651 y s.; Shraga/Zacklin, 1994, p. 370; Sunga, 1992, pp. 57 y s.; Gasser, 1993, pp. 591 y s.).

[57] En efecto, el Tribunal de Yugoslavia ha ampliado ya esta dogmática en las Decisiones —Regla 61 sobre los comandantes *de facto*—, cf., por ejemplo, *ICTY-Trial Chamber I, Prosecutor v. Radovan Karadzic/Ratko Mladic*, Review of the Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Decision, Cases IT-95-5-R- 61/IT-95-18-R 61, 11/7/1996, par. 42, 65-85; *ICTY-Trial Chamber I, Prosecutor v. Dragan Nikolic a/k/a "Jenki"*, Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Decision, Case IT-94-2-R 61, 20/10/1995.

imprudencia, en tanto que ya la posibilidad de conocimiento o el simple deber conocer ("should have known") de los crímenes de los subordinados redunda en reproche para el jefe militar.

La responsabilidad de *cualesquiera otros superiores (civiles)* se diferencia de éstos en una doble perspectiva. De una, desde el plano subjetivo, se exige una especie de imprudencia *consciente* en el sentido del criterio tradicional "wilfuly blind",[58] por tanto, más que la simple imprudencia. Desde la perspectiva objetiva se destaca (una vez más) expresamente, como una de las condiciones de punibilidad acumulativamente necesarias, que las actividades criminales de los subordinados caigan en el ámbito de control y de responsabilidad efectiva del superior.

Desde la fundamental decisión en el caso *Yamashita*[59] se adopta este principio en el derecho militar nacional, y ha sido empleado en numerosas decisiones.[60] Ciertamente la jurisprudencia militar internacional ha relativizado con el correr del tiempo el principio, que fue comprendido en sus inicios —de manera muy estricta— como una responsabilidad objetiva del superior con base en su posición de comandante *(Yamashita)*. En el proceso contra del Comando Superior de las fuerzas armadas alemanas *(Oberkommando der Wehrmacht)* el Tribunal Militar V de EE.UU. sostuvo que la vinculación en la cadena del mando militar por sí sola no genera responsabilidad penal, sino solamente una "negligencia personal" del superior competente siempre y cuando "el acto se le pueda atribuir directamente a él o cuando su falta para supervisar apropiadamente a sus subordinados constituye de su parte una negligencia criminal".[61] En el caso *My Lai*[62] el juez militar Howard formuló el presupuesto de la responsabi-

[58] Art 28 (2)(a): "Hubiere tenido conocimiento o *deliberadamente* hubiere hecho caso omiso de información que indicase *claramente* que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos" (énfasis del autor). Con ello se piensa en una situación en la que el autor ha omitido *conscientemente* todas las medidas para llegar al conocimiento de la existencia de las condiciones fácticas de un delito. Se plantea la cuestión de si la imprudencia consciente ha de corresponder al sentido de *recklessness* o al conocimiento positivo en el sentido de *knowledge*. Según el &2.02(7)US-Model Penal Code (MPC, *American Law Institute*, 1985) existe un conocimiento positivo cuando el acusado mismo es consciente de la alta probabilidad de la existencia de un determinado hecho y no cree realmente que exista. De la alta probabilidad de la existencia de un determinado hecho se deduce el conocimiento de su existencia.

[59] Yashamita era un comandante japonés en Las Filipinas, que fue sentenciado a muerte por una comisión militar americana, por no haberle impedido a sus tropas la comisión de numerosos crímenes: "...*unlawfully* disregarded and *failed* to discharge his duty as commander *to control* the operations of the members of his command, permitting them to commit brutal atrocities..." (destacado por el autor.; 327 US Reports, 1-81, 13 y s.; sin embargo, muy crítico sobre el caso Bassiouni, 1992, pp. 377 y ss.; Prévost, 1992).

[60] Aparte de los casos siguientes ver Bassiouni, 1992, pp. 384 y ss.; Shraga/Zacklin, 1994, p. 370.

[61] *US vs. von Leeb et.al.*, nota 6 *TWC* XI, p. 543 (traduc. del inglés).

[62] *US vs. Calley*, 46 CMR 1131; 48 CMR 19.

lidad penal del superior que se ha reproducido en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* y —de forma más diferenciada— en el Estatuto de Roma: "knowledge plus a wrongful failure to act".[63]

De conformidad con lo anterior se pueden clasificar los casos de "responsabilidad por comando" como *delitos impropios de omisión,*[64] si se considera que el núcleo o el énfasis del acto consiste en una omisión del control de los subordinados. El deber de evitar el resultado (posición y deber del garante) procede de una parte de la posición dominante del superior que emite la orden; fundamenta así deberes de protección respecto de sus subordinados y determinados bienes jurídicos de terceros. De otra parte, la orden ilegal que origina la ejecución del hecho, tiene que ser vista como un comportamiento preliminar ilegal en el sentido de la injerencia. Si la orden es ejecutada, el superior como garante tiene que intervenir; si él, a pesar de la posibilidad de hacerlo, omite lo requerido, actúa tipicamente. Ciertamente, se podría sostener también la posibilidad de un *delito de comisión,* si se considera que el núcleo del acto consiste en impartir la orden y su ejecución como una consecuencia lógica. Esto tendría la ventaja de que no se requeriría tener que probar la causalidad, por lo general difícil, entre la omisión y el resultado.

Como se clasifica finalmente el comportamiento del superior puede, sin embargo, quedar abierto aquí. El problema central en estos casos lo constituye siempre el probar que el superior tenía, por un lado, el conocimiento concreto de la ejecución de los hechos y contaba con la posibilidad real de intervenir, y, por el otro, el *control absoluto* sobre los hechos o los autores. Desde el punto de vista dogmático, pues, se trata —aparte de la pregunta acerca de la forma de la conducta punible— de la distinción entre autoría y participación, o, con mayor precisión, entre la autoría/coparticipación mediata o la instigación. El problema estriba evidentemente en que se excluye la *autoría mediata*, en principio, cuando el intermediario, aquí el subordinado, actúa consciente y culpablemente, esto es, no actúa carente de toda voluntad, como un simple "instrumento" (en el sentido de una mera herramienta) en manos del hombre de atrás. De otra parte, en estos casos tampoco parecería adecuada una *coautoría*, como ésta presupone una actuación basada en una división funcional del trabajo y en un acuerdo común, mientras en nuestro caso el autor actúa por cuenta propia y con base en una orden del superior. Queda la posibilidad de la *instigación,* la que, dada la vinculación institucional del subordinado y el control organizacional por parte del superior, parece inocua.

La decisión a favor de una de las citadas formas de participación depende esencialmente del contenido del injusto y del reproche de la respectiva conducta. El observador imparcial siempre le hará un reproche moral más grande al superior que impartió la orden que al subordinado ejecutor de la orden. El primero decide, en principio, el desarrollo de una determinada "operación" y utiliza a los subordinados sólo como instrumentos para la ejecución de sus órdenes. Tiene así más responsabilidad por el propio acto que los subordinados que siguieron sus órdenes. En consecuencia, la figura de la autoría mediata parece ser la forma de participación más convincente: el superior posee como "autor detrás del autor" el dominio sobre los subordinados al actuar en virtud de "un aparato organizado de poder". Al respecto concluye el Tribunal Supremo Federal *(Bundesgerichtshof)* alemán, siguiendo la teoría de *Roxin*:[65]

> "Existe ...un grupos de casos, en los que, a pesar de que el intermediario actúa con una responsabilidad ilimitada, la contribución del hombre de atrás lleva casi automáticamente a la realización del hecho pretendido por este hombre de atrás. Esto se puede dar cuando el hombre de atrás a través de las *estructuras de la organización* aprovecha determinadas condiciones marco, dentro de las cuales su contribución genera *procesos regulares.* Esta clase de condiciones marco con procesos regulares se dan en particular en el caso de las estructuras organizativas de carácter estatal, empresarial o comercial y en el caso de *jerarquías de mando.* Si el hombre de atrás actúa en tal caso, *conociendo esas circunstancias,* si se aprovecha también en particular de la disposición incondicional del autor inmediato a realizar el hecho, *y* si quiere (el hombre de atrás) el *resultado como producto de su propia actuación,* él es autor en forma de autoría mediata. ...La autoría mediata entendida de este modo tendrá que considerarse no sólo en el caso de abuso del poder estatal, sino también en el caso de los delitos de la mafia y del crimen organizado, en los cuales la *distancia espacial, temporal y jerárquica* entre la cúspide de la organización responsable de las órdenes y los actores inmediatos impide hablar de una división del trabajo en forma de coautoría."[66]

1.3. Resumen

Desde el punto de vista del *derecho penal,* en el caso del reconocimiento de causales excluyentes de punibilidad o de atenuación punitiva a favor del

[63] Citado en Bassiouni, 1992, p. 386. Cf. también nota 60.

[64] Sobre los presupuestos de los delitos impropios de omisión, en detalle cf. Jescheck/Weigend, 1996, § 59.

[65] Cf. Roxin, 1994a, pp. 242 y ss., 653 y ss.; ver también Ambos, 1998d con más referencias; otra opinión Murmann, 1996; Bloy, 1996.

[66] *BGH NJW* 1994, pp. 2703 y ss., 2706 (la responsabilidad penal de los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la República Democrática Alemana por los homicidios premeditados de los fugitivos cometidos por los soldados de las fronteras internas; destacado por el autor). La doctrina predominante habla en ese contexto de la "fungibilidad del intermediario del hecho", que otorga "al autor intelectual (*Schreibtischtäter*) el dominio del hecho" (*BGH*, op. cit., p. 2706). Lo confirma también la BGHSt 40, 307, aquí 316 (sobre la responsabilidad de funcionarios regionales del SED por fraude electoral a solicitud del partido). Sobre la jurisprudencia alemana al respecto ver Arnold, 1997; Ambos, 1997d.

subordinado, se trata siempre de una cuestión de *reproche individual* por el hecho. Partiendo de la falta de reconocimiento del injusto por parte del subordinado (error de prohibición) se tiene que clarificar, en primer lugar, si él podía evitar el error o no. La posibilidad de evitarlo se presume en las órdenes manifiestamente ilegales. En estos casos se tiene que preguntar además si en la situación concreta se hubiera podido comportar conforme a las normas o no (problema de la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma).

El *derecho penal internacional* establece en el caso de los denominados crímenes internacionales, especialmente la tortura y las "desapariciones forzadas", que no es admisible una exclusión de la punibilidad. En estos casos se parte, en el sentido de la citada presunción, de la antijuridicidad *manifiesta* de la orden, de modo tal que se desvirtúa la posibilidad de un error de prohibición *inevitable* y permite atribuirle al subordinado el hecho. Tampoco una difícil situación de conflicto del subordinado conlleva, *en principio,* en vista del bien jurídico violado, a la exclusión de la punibilidad; sin embargo se la puede considerar como una circunstancia de atenuación punitiva. En el caso de hechos menos graves se puede plantear una exclusión de la punibilidad cuando la orden no es abiertamente antijurídica y fue imposible para el subordinado oponerse a ella. Por el contrario, se plantea, en principio, también la posibilidad de una *atenuación punitiva* para los casos de los crímenes internacionales. Aquí depende —en forma similar como en el caso de la exclusión de la punibilidad— del caso individual y especialmente si al subordinado le era posible negarse a dar cumplimiento a la orden.

En todos esos casos se tiene que partir, en principio, de conformidad con la doctrina de la "responsabilidad por comando", reconocida en el derecho consuetudinario internacional, de la *responsabilidad del superior.* Desde el punto de vista de la dogmática penal se plantea en particular la cuestión de su calificación como autor o partícipe, que a su vez depende de la calificación de la conducta del subordinado. De hecho es bastante problemático determinar la naturaleza y extensión del control del superior sobre los subordinados.

2. *Derecho internacional y derecho nacional*

El cuadro III ofrece un panorama sobre la reglamentación de los actos cometidos en cumplimiento de una orden en el derecho constitucional, penal y militar de los países analizados. Partiendo de esta base y haciendo referencia a los capítulos precedentes se discutirá y cuestionará a continuación si el derecho nacional cumple con los estándares del derecho internacional. También se abordará, en tanto sea posible, el punto de vista de la doctrina y la jurisprudencia.

CUADRO III

Fuente	Colombia	Perú	Bolivia	Chile	Argentina
Constitución	En principio no se prevé exoneración alguna de la responsabilidad, sin embargo los "militares en servicio activo" se encuentran excluidos de esa regla: en esos casos *sólo son responsables los superiores* (art. 91).	Sólo indirectamente: nadie tiene que obedecer a una autoridad que se ha arrogado ilegal e inconstitucionalmente competencias (art. 46, cf. también art. 169).	No hay exoneración de la responsabilidad penal en caso de "atentados en contra de la seguridad personal". Los autores indirectos son responsables (art. 13); así como en caso de la violación de los derechos vigentes durante el estado de excepción (art. 112 N° 4).	Sólo indirectamente: las fuerzas armadas se encuentran obligadas a obedecer (art. 90).	—
Código Penal	*Justificación del subordinado,* cuando actúa en cumplimiento de una orden material y formalmente legal, proveniente de autoridad competente (art. 29 inc. 2°).	*Ninguna responsabilidad penal del subordinado* cuando ha actuado con fundamento en una *orden,* obligatoria en el marco del servicio, proveniente de autoridad competente (art. 20 N° 9) o en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o servicio (art. 20 N° 8); en todo caso es posible una *atenuación punitiva* (arts. 21 y s.).	*Justificación del subordinado* cuando actúa en ejercicio de un derecho o servicio, en cumplimiento de la ley o de un deber (art. 11, N° 3); *exoneración de la culpa* en caso de *obediencia jerárquica,* cuando la orden viene de autoridad competente, el subordinado está obligado a cumplirla y no es inconstitucional; la responsabilidad penal del superior (art. 16, N° 4). En principio se prevé la posibilidad de una *atenuación punitiva* (art. 40).	*Ninguna responsabilidad penal* del subordinado en caso de actuaciones en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho o un servicio (art. 10 N° 10); Atenuación punitiva (art. 11 N° 1). Exonera-ción punitiva de conformidad con el art. 159. La objeción al cumplimiento de la orden se penaliza, cuando no se trata de una orden manifiestamente ilegal (arts. 226, 252).	*Ninguna penalización* del subordinado en caso de actuaciones en cumplimiento de un deber o del ejercicio legítimo de un derecho o un servicio (art. 34 N° 4) o con base en la *obediencia debida* (art. 34 N° 5).

Fuente	Colombia	Perú	Bolivia	Chile	Argentina
Código Penal Militar	*Justificación* del subordinado, cuando ha actuado (1) en estricto cumplimiento de un deber legal (2) en cumplimiento de una *orden legal en sentido* material y formal, proveniente de autoridad competente (art. 26, en forma similar el CPP). Se penaliza la objeción al cumplimiento de la orden o su modificación (art. 100).	*Ninguna responsabilidad penal* del subordinado cuando actúa en ejercicio de un derecho o en cumplimiento de un deber militar o de sus funciones (art. 19 N° 5), o cuando en consecuencia de la *orden* actúa en contra del superior, *a menos que* la orden no sea abiertamente ilegal (art. 19 N° 7); se tiene en cuenta también la *atenuación punitiva* de conformidad con el art. 20 N° 1, N° 3 y N° 4. La objeción al cumplimiento de la orden se sanciona en principio (art. 152 y ss.,158 y ss.).	*Ninguna responsabilidad penal* del subordinado en caso de actuaciones en ejercicio legítimo de un derecho o una función o en cumplimiento de la ley o el deber (art. 8 N° 3); *Exoneración de la culpa* en caso de actuaciones en cumplimiento de *obediencia* estricta a una *orden legal* material y formalmente, de un superior, en la medida que se trate de una actividad del servicio (art. 13 N° 3). Causal de atenuación punitiva (cf. art. 32). La objeción al cumplimiento de la orden se sanciona en principio (arts. 86, 100).	En principio sólo *la responsabilidad del superior,* en la medida que no haya común acuerdo; exceso en el cumplimiento de la orden por parte del subordinado (art. 214) o art. 335 *(infra)*; atenuación punitiva (art. 211). Deber de obediencia explícito. *Derecho de contradicción* no desvincula (art. 334). Nota: el subordinado puede en determinados casos *suspender* el cumplimiento de una orden o modificar la orden, pero debe ponerlo en conocimiento del superior; pero si éste insiste debe cumplirla (art. 335); de lo contrario será sancionado.	*En principio se excluye la responsabilidad del superior*, sencillamente se prevé la participación del subordinado en caso de excesos en el cumplimiento de las órdenes (art. 514); atenuación punitiva (art. 515). Penalización por el rechazo al cumplimiento, como no sometimiento (art. 667) o desobediencia (art. 674); *la opinión contraria* no exime del cumplimiento de la orden (art. 675). Reglas especiales*

* Art. 11 de la *ley 23.049*: de acuerdo con éste la exoneración punitiva prevista en el art. 514 CJM se refiere también a aquellos miembros del ejército que actuaron sin ningún espacio de decisión en cumplimiento de órdenes o directrices expedidas por los órganos superiores de la Junta Militar. Se presume un error inevitable respecto de la legitimidad de la orden, a menos que se cometan hechos crueles o anómalos. *Ley 23.521* ("Ley de Obediencia Debida"): De acuerdo con esta ley se presume de manera irrefutable, que los miembros del ejército, hasta los Brigadieres Generales, no son responsables de los delitos cometidos entre el 24/3/1976 y el 26/9/1983 en la lucha contra el "Terrorismo" (art. 10 ley 23.049), como quiera que ellos actuaron en el marco de "la obediencia debida" (art. 1°); exclusión de algunos delitos de conformidad con el art. 2° (ej. secuestro de niños). En los otros países no existen este tipo de reglas.

2.1. Colombia

La situación jurídica existente da lugar a un privilegio para los simples "miembros activos de las fuerzas armadas", como éstos pueden invocar la actuación en cumplimiento de una orden como *causal de justificación,* cuando ésta es formal y materialmente acorde a derecho ("legítima") e impartida por autoridad competente (art. 91 de la Constitución en relación con el art. 26 del CPM). En estos casos el único responsable penalmente es el superior. El CPM sigue la *doctrina de la obediencia incondicional,* mediante la cual el incumplimiento de la orden o su modificación por parte del subordinado es sometida a una pena (art. 100). En forma similar, también el art. 15 del "Reglamento Disciplinario para las Fuerzas Militares" determina que la responsabilidad por una orden recae en el superior y si bien el subordinado tiene derecho a controvertirla, está obligado a la ejecución de la misma cuando el superior insiste en ello y la confirma por escrito.[67]

En vista de esa situación jurídica, se plantea de manera prevalente la pregunta de qué se entiende por una orden *materialmente jurídica* o *legítima,* y cómo una orden, eventualmente antijurídica desde el punto de vista material, repercute en la responsabilidad de los subordinados y de sus derechos y deberes. Los criterios de juridicidad o antijuridicidad material representan la puerta de entrada a valoraciones constitucionales y —con base en el art. 93 de la Constitución—[68] de derecho internacional. Una orden, en todo caso, no es jurídica desde el punto de vista material si su contenido implica la violación a derechos humanos fundamentales. Estos derechos se encuentran protegidos tanto por la Constitución (arts. 11 y ss.) como también por los tratados en materia de derechos humanos vigentes ratificados por Colombia.[69] La actuación del subordinado en cumplimiento de una orden de esta naturaleza no puede ser reconocida como una causal de justificación en el sentido del art. 26 del CPM,[70] en tanto esta disposición debe interpretarse de conformidad con la Constitución y el derecho internacional. Para los subordinados se considera en tales casos, de manera excepcional, una exclusión de la punibilidad cuando no existe reproche individual o —más probablemente—, una atenuación punitiva.

Esto da lugar a que la penalización por el no cumplimiento de la orden o su modificación, de conformidad con el art. 100 del CPM, entre en conflicto

[67] Cita del dec. 0085/1989, en su versión modificada, según Corte Constitucional, sentencia C-578/95 (nota 42), p. 2. Sobre la queja constitucional interpuesta en contra más adelante en el texto.

[68] De conformidad con el art. 93 de la Constitución, los tratados de derechos humanos, ratificados por el Congreso, prevalecen sobre el derecho interno; los derechos y deberes constitucionales se deben interpretar a la luz de esos tratados.

[69] Cf. cap. I. 2.2.1.

[70] Esto lo reconoció el gobierno colombiano en relación con la tortura (*UN-CAT*, 1995, par. 46).

con el derecho constitucional e internacional. La obediencia incondicional que se deduce de allí, encuentra sus límites en las ya descritas órdenes "manifiestamente" antijurídicas (y contrarias al derecho internacional) desde el punto de vista material, en la medida en que no se quiera colocar el derecho militar sobre el derecho internacional y constitucional y de este modo dejar sin vigencia la jerarquía normativa reconocida universalmente. La *Corte Constitucional*,[71] en forma similar, ha diferenciado entre la *obediencia necesaria,* fundada en la disciplina militar, y la *obediencia ciega,* que excede los límites de la razón, no reconocida por la Constitución, y ha expresado al respecto:

> "...bien podría negarse un subalterno a obedecer la orden impartida por su superior si ella consiste en infligir torturas a un prisionero o en ocasionar la muerte fuera de combate, pues semejantes conductas... lesionan de manera abierta los derechos humanos y chocan ostensiblemente con la Constitución."[72]

La Corte Constitucional confirmó este punto de vista, anteriormente expresado como *obiter dictum,* en una decisión[73] sobre la constitucionalidad del dec. 89/1989.[74] El tribunal argumentó que los límites del deber de obediencia resultan de un examen integral de todas las normas constitucionales relevantes, fundamentales y reglamentarias, que tomadas en su conjunto constituyen el así llamado *bloque de constitucionalidad.* Este "bloque de constitucionalidad" está conformado, sin embargo, no sólo con las prescripciones constitucionales sino también con el derecho internacional humanitario —recepcionado con rango *supra*legal (art. 93 de la Constitución)— y la *Ley Estatutaria sobre los Estados de Excepción.* Una consideración integral de esta naturaleza pone en evidencia que se debe exigir una "obediencia reflexiva" en lugar de una "obediencia ciega". En consecuencia, la citada disposición se debe interpretar conforme a la Constitución en el sentido de que no se deben ejecutar órdenes que violen derechos fundamentales; si esto pasa, una exclusión de la punibilidad, en base a la

[71] *Obiter dictum* en la decisión sobre la cuestión relativa a un derecho de objeción de conciencia a prestar el servicio militar, sentencia del 8 de junio de 1992, en: *Jurisprudencia y Doctrina,* 1992, pp. 708 y ss., aquí p. 714; cf. también la Decisión C-225/95 (sobre la constitucionalidad del Protocolo Adicional II). En sentido aprobatorio *OEA-CorteIDH*, 1993a, p. 93.

[72] *Corte Constitucional* (nota 71), p. 714. De acuerdo con esa jurisprudencia el tribunal militar competente no reconoció como causal de justificación la actuación en cumplimiento de una orden en el caso de una ejecución extrajudicial de campesinos en el Departamento de Antioquía. La Sala Contenciosa Administrativa del CSJ, que decidió sobre la demanda indemnizatoria presentada por los familiares de las víctimas, confirmó la sentencia del tribunal militar, con remisión al art. 11 de la Constitución (inviolabilidad del derecho a la vida, prohibición de la pena de muerte) (sentencia del 29/5/1992, en: *Jurisprudencia y Doctrina*, 1992, pp. 655 y s.).

[73] Sentencia C-578/95 (nota 42) del 14/12/1995. Cf., asimismo, *IA* 108/enero 1996/1.

[74] Cf. sobre ese decreto en la nota 67.

orden correspondiente, no es posible. De no ser así, sigue la argumentación de la Corte, la obediencia se convierte en un fin por sí misma y existe el peligro de que el subordinado se deje abusar como herramienta ciega para conmover las bases del orden constitucional.[75]

En la —ya citada— decisión sobre la constitucionalidad de algunas normas del CPM la Corte confirmó esta jurisprudencia señalando:

> "Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia..."[76]

El mismo punto de vista es sostenido, en síntesis, por la doctrina.[77] Según ella, las disposicion excepcional del art. 91 inc. 2° de la Constitución, no puede significar que los "miembros activos de las fuerzas armadas" puedan justificar cualquier hecho con base en el cumplimento de una orden del servicio. Señala, por ejemplo, *Velásquez*:

> "...el superior jerárquico no está habilitado para ordenar la comisión de delitos —lo cual pugnaría con su misión constitucional (art. 217-2) y el inferior no puede obedecer a ojos cerrados, porque la *obediencia militar es reflexiva y no ciega*, a no ser que se pretenda desconocer las bases del Estado de derecho social y democrático ampliamente pregonadas por la Ley Fundamental."[78]

De ahí se deduce que, al interpretar el art. 100 del CPM de conformidad con la Constitución, sólo puede ser sancionado el rechazo o la modificación de una orden *materialmente jurídica* o *legítima* en el sentido previsto en el derecho internacional y constitucional. Del art. 26 del CPM se deduce además que

[75] Cf. por ejemplo *CC* (nota 42) p. 36: "La Corte rechaza... la exoneración absoluta de responsabilidad... porque si pese a su dolo aquélla se mantiene, su poder adquiere una dimensión inconmensurable, *capaz de erradicar todo vestigio de derecho, justicia y civilización*... dicho subalterno, munido de una irresistible patente de corso —*garante de su impunidad*—... puede ser objeto de la más intensa instrumentalización, podría convertirse en el *vehículo material para socavar todas y cada una de las instituciones constitucionales*" (énfasis del autor).

[76] *CC*, sentencia C-358/97 (ver ya *supra* cap. IV, 2.1.1.1), pp. 31 y s.

[77] Cf. especialmente Velásquez, 1997, pp. 472 y ss. (478 y ss.); también Fernández Carrasquilla, 1989, pp. 357 y ss., especialmente 359 y s.; Pérez, 1981, pp. 180 y ss., especialmente 188 y s.

[78] Énfasis en el original. Velásquez, 1997, p. 480, quien entre otros remite a Jescheck, y más aún señala que el art. 91 inc. 2° no vincula a la *Policía Nacional (ibid.*, p. 479; cf. art. 218, Constitución).

la orden también debe ser formalmente jurídica y haber sido dictada por la autoridad competente. Desde el punto de vista de la estructura del delito, para el caso de las órdenes antijurídicas, se trata siempre de la cuestión del reproche por la respectiva conducta, esto es, de la *culpabilidad* del subordinado. La *justificación,* de la que hablan la disposiciones citadas, puede entrar en consideración desde el punto de vista lógico solamente cuando la orden fue jurídica o legítima.[79]

En síntesis, esto significa que el subordinado en todo caso debe tener el *derecho* de examinar y contradecir la orden.[80] Debe tener la posibilidad de examinar la orden que se presume o *parece* jurídica (llamada "teoría jurídica de la apariencia").[81] La normatividad vigente no contempla la obediencia incondicional sino la así denominada *obediencia reflexiva.*[82] La imposición de sanciones en caso de negativa al cumplimiento de la orden o de su modificación no puede interpretarse en modo alguno como constitucional o conforme al derecho internacional.

2.2. **Perú**

Como se deduce del art. 19 inc. 7° del CJM, el derecho penal militar peruano sigue los lineamientos de la "teoría de la apariencia".[83] El subordinado queda, en todo caso, libre de toda sanción cuando no pudo reconocer la antijuridicidad de la orden —confiando en su aparente juridicidad— porque la orden no era *notoriamente ilícita.* No deja de asombrar que el nuevo Código Penal de 1991 no haya seguido esa versión sino que adoptó prácticamente sin modificación alguna la reglamentación del Código Penal de 1924.[84]

En la doctrina penal existe consenso en que las ordenes antijurídicas no obligan a los subordinados y, por tanto, tampoco tienen un efecto de *justificación,* pero pueden servir para fundar la *exculpación.* Entre la literatura predominante, escribe por ejemplo *Hurtado Pozo*:

> "...si la orden es ilícita, el subordinado que la ejecuta comete un acto ilícito ...Pero, el subordinado no incurrirá en reproche alguno si está obligado a obedecer. En este último caso, no se trata de calificar el acto, sino al autor; es decir, determinar su culpabilidad. El superior (autor mediato) será castigado en razón de la infracción cometida por el subordinado al cumplir la orden obligatoria ilícita..."[85]

De acuerdo con esto, en todo caso, la actuación con base en una orden *antijurídica* no se considera como un problema de antijuridicidad (justificación), sino de *culpabilidad* (reprochabilidad). Al subordinado no se le puede atribuir ningún tipo de responsabilidad si se encontraba en una situación en la que estaba obligado a ejecutar la orden, no obstante conocer su antijuridicidad. *Peña Cabrera* habla en este contexto de una causal eximente de culpabilidad a favor del subordinado con base en una valoración del acto antijurídico y del daño, que el autor intentó evitar. Desde su punto de vista "el principio de autoridad" impone, en principio, básicamente la obediencia del subordinado.[86]

Las reflexiones en la doctrina se limitan a una interpretación del Código Penal cuyo tenor difícilmente es compatible con las citadas valoraciones del derecho internacional. En la reglamentación falta un criterio material expreso, como sí existe por ejemplo en el CP colombiano, y también en el CJM peruano.[87] *De lege ferenda* sería deseable un ajuste del Código Penal a la formulación prevista en el CJM. Su criterio de una orden "abiertamente" antijurídica se encuentra en concordancia con el derecho internacional vigente, como las órdenes dirigidas a la violación a derechos humanos son *abiertamente* antijurídicas. Perú ha ratificado los respectivos acuerdos de derechos humanos y la Constitución de 1993 les ha reconocido por lo menos el rango de ley luego de su incorporación al derecho interno.[88] Por consiguiente, se niega la plena exclusión de la punibilidad del subordinado en estos casos. El incumplimiento de la orden o

[79] Entre tantos, Velásquez, 1997, p. 475.

[80] En esa dirección va el art. 15 del dec. 2782/65. De acuerdo con éste los subordinados pueden expresar sus dudas respecto de la legalidad de una orden de su superior, quien, sin embargo, puede obligarlo mediante *escrito* a ejecutarla [citado en Zaffaroni (IIDH) 1986, p. 271]. Esa disposición, sin embargo, no se encuentra hoy en día en los textos escritos, por tanto parece que no se encuentra más vigente.

[81] Fernández Carrasquilla, 1989, pp. 359 y s.

[82] Ya en Velásquez, 1997, p. 480 (nota 78). En este sentido también el entonces *Procurador General G. Arietta,* entrevista, Bruselas, 10/2/1995, para quien la Procuraduría "ha defendido en forma intensa el concepto de la *obediencia reflexiva*".

[83] Cf. ya en la parte sobre Colombia, y Zúñiga, 1991, p. 340.

[84] El art. 85 N° 5 del CP de 1924 determina que se excluye la pena cuando la persona ha actuado "por disposición de la ley o por orden obligatoria de autoridad competente". En el nuevo CP se encuentra también esta disposición en los numerales 8 y 9 del art. 20.

[85] Hurtado Pozo, 1987, p. 390 (destacado por el autor). En el resultado también Peña Cabrera, 1983, pp. 236 y s., quien en realidad rechaza el deber legal de ejecutar las órdenes antijurídicas, pero coetáneamente afirma que "no es el propósito de la ley exigir a los inferiores que desobedezcan..." —Asimismo, Figueroa, 1991, p. 49, quien efectivamente ignora la situación legal militar, cuando escribe que "las órdenes (militares) deben ser cumplidas, no discutidas". También Zúñiga, 1991, pp. 339 y ss.

[86] Peña Cabrera, 1983, p. 237.

[87] En forma similar las críticas sobre el antiguo CP: Zúñiga R., 1991, p. 340, en nota 33.

[88] La nueva Constitución peruana (1993) coloca el derecho constitucional sobre "cualquier norma legal" (art. 51), también sobre los tratados internacionales incorporados al derecho interno (arg. arts. 55, 56); éstos deben tener por lo menos rango legal. Sobre la ratificación en Perú: cap. I, 2.2.1.

su objeción tampoco puede ser punible en estos casos. El art. 158 del CJM prevé de manera expresa sólo la penalización de la desobediencia "sin causa justificada".[89]

Ante este trasfondo es lamentable que la doctrina citada no se haya pronunciado de manera expresa sobre los multiples casos de violaciones a los derechos humanos por funcionarios. Al respecto señala *Zúñiga*, con razón, el peligro que trae aparejado una aplicación ilimitada de la figura de la actuación en cumplimiento de una orden como causal de exclusión de la punibilidad pues puede conducir a la absoluta "impunidad", en tanto (como) normalmente los altos funcionarios gozan de numerosas privilegios que dificultan su condena:

> "...El asunto podría llegar al absurdo si se va eximiendo de la responsabilidad a todas las autoridades militares por haber actuado por mandato del presidente de la República —como jefe supremo de las fuerzas armadas— y al estar este exento de responsabilidad durante su mandato ...quedarán los hechos en total impunidad."[90]

En síntesis, la reglamentación del CP peruano casi no es compatible con el derecho internacional, mientras que el art. 19 inc. 7° del CJM sí puede considerarse acorde al derecho internacional con base en el elemento típico "notoriamente ilícita".

2.3. **Bolivia**

El derecho penal ordinario y el derecho penal militar tratan la actuación en cumplimiento de una orden como *causal eximente de culpabilidad* (art. 16 N° 4 CP, 13 N° 3 CPM).[91] Las dos disposiciones hablan de *obediencia jerárquica*. Desde el punto de vista del derecho internacional esto no plantea problema alguno, pues (como) se exonera de culpabilidad sólo en el caso de órdenes *constitucionales* o materialmente *jurídicas*.

Las órdenes que tienen como consecuencia una grave violación a los derechos humanos son *per se* inconstitucionales, porque la Constitución protege los derechos humanos fundamentales (art. 5° y ss., especialmente el art. 7°) y no admite su violación. Son igualmente, al propio tiempo, materialmente antijurídicas, en tanto contravienen la Constitución y los tratados de derechos humanos transformados en derecho interno mediante leyes ordinarias.[92] Además, el art. 13 de la Constitución determina de manera expresa que en el caso de "atentados contra la seguridad personal" son responsables también los autores (directos). La doctrina predominante concluye sobre este punto que para el caso de la ejecución de una orden violatoria de la Constitución, tanto el subordinado —como autor inmediato—, como el superior —como autor mediato—, son responsables penalmente.[93]

Finalmente, se debe además tener en cuenta que la violación a los derechos humanos que no son susceptibles de suspenderse durante el estado de excepción, y conlleva la responsabilidad penal de los funcionarios responsables, sin que se pueda invocar la figura de la actuación en cumplimiento de una orden (art. 112 N° 4, inc. 1° Constitución).

Como consecuencia de esto sólo puede penalizarse el incumplimiento de una orden constitucional y materialmente *jurídica*. En esta medida las disposiciones correspondientes (art. 86, 100 del CPM) deben ser interpretadas conforme a la Constitución y al derecho internacional.

2.4. **Chile**

La situación jurídica chilena es excepcional por dos motivos. De una parte el Código Penal no contempla una reglamentación expresa de las acciones llevadas a cabo en cumplimiento de una orden, sino sólo la posibilidad de la exclusión de la punibilidad para el caso de las llevadas a cabo en el marco del cumplimiento de un deber (art. 10 N° 10 CP).[94] De otra parte el CP y el CJM prevén complicados procesos de objeción, que liberan a los subordinados, bajo determinados presupuestos, de responsabilidad penal (art. 226 o 252 CP vs. art. 335 CJM).

Si se analizan las disposiciones respectivas en el *Código Penal* se observa en primer lugar que a pesar de la falta de reglamentación en la parte general de actuación en cumplimiento de órdenes *(Libro I)*, una objeción de este tipo se penaliza en la parte especial *(Libro II)*, siempre y cuando la orden no sea ostensiblemente violatoria de la ley o antijurídica por otros motivos.[95] En la justicia, como en la administración pública, un subordinado puede, en principio, dejar

[89] Cf. también art. 153, que incluye los cuatro casos (punibles) de insubordinación.

[90] Zúñiga, 1991, pp. 347 y s.

[91] Con esto se abandonó la posición original de incluir esa figura como causal de justificación. (Miguel H., 1987, p. 33).

[92] A pesar de que la Constitución boliviana no contempla reglamentación expresa sobre el rango de los tratados internacionales, se deduce (por lo menos) su rango legal de la aprobación legislativa de conformidad con el art. 59 N° 12. Sobre la ratificación, ver cap. 1, nota 67.

[93] Miguel, 1987, p. 33. Cita como ejemplo la detención sin orden judicial, con base en la cual se penalizó al ordenador y al ejecutor de la orden. Cf. también Cajias/Miguel, 1966, pp. 107 y s.

[94] Desde el punto de vista de la *Comisión Redactora* del CP la actuación en cumplimiento de una orden se encuentra en el ámbito de aplicación del art. 10 N° 10 del CP (en contra Cury, 1992, p. 90; a favor Cousiño, 1979, pp. 449 y ss.; también Labatut, 1992, p. 107; sobre la diferencia entre *obediencia debida (jerárquica)* y el *cumplimiento de un deber*, cf. Astrosa, 1974, p. 115).

[95] Como tales motivos se citan: dudas fundadas sobre su veracidad; apariencia de que fue obtenida mediante engaño; temor fundado de que condujo un "grave mal" que el superior no podía prever (art. 226 inc. 1° CP).

de cumplir una orden del superior cuando desde su punto de vista ésta es antijurídica, sin embargo tendrá que ejecutarla si la autoridad superior insiste en ella. El subordinado, empero, queda libre de toda responsabilidad penal. Ésta recae en el superior (art. 226, 252 así como 159 del CP). Estas disposiciones no sólo implican un derecho sino un deber del subordinado de objetar toda vez que la orden sea antijurídica por los motivos citados. *Por esta razón* el subordinado recibe —casi a manera de premio— la exclusión de la punibilidad.[96]

La situación jurídica en el *CJM* es igualmente complicada. En principio, el superior que emite la orden (antijurídica) es el *"único* responsable" (art. 214 inc. 1° CJM). Se trata en este caso de una orden *antijurídica,* como el art. 214 parte de la comisión de un hecho punible *("Cuando se haya cometido un delito...")*; una orden jurídica legal no tiene como consecuencia una acción típica y antijurídica. Justamente por esta razón, *Cury* —en contra de la literatura predominante—, considera "inadmisible" que se designe a esta disposición como *obediencia debida,* o como *obediencia en cumplimiento de un deber;* ella debe ser reservada para la ejecución de órdenes jurídicas.[97] El subordinado es, sin embargo, punible —como coautor o autor mediato—, en tres casos:

- cuando hubo un acuerdo previo entre él y el superior (art. 214 inc. 1° CJM);[98]
- cuando el subordinado ha excedido en la orden (art. 214 inc. 2°, alternativa 1 CJM);[99]
- cuando la orden tenía abiertamente por objeto la comisión de un hecho punible y el subordinado omite la presentación de una objeción formal (art. 214 inc. 2° alternativa 2 en relación con el art. 335 CJM).

La última regla requiere de precisa consideración porque con ella se puede explicar el *concepto de obediencia,* en el que se fundamenta el derecho militar chileno. El subordinado puede suspender la ejecución de la orden con base en determinados motivos,[100] especialmente cuando implicaría la comisión de un hecho punible, pero debe informar de inmediato al superior, quien —bajo conminación de una sanción contra el subordinado— puede insistir en el cumplimiento de la orden (art. 335 CJM). Así, el subordinado —a pesar de su derecho a una objeción formal (art. 334 inc. 2° CJM)— puede verse obligado a ejecutar incluso una orden antijurídica. Se puede hablar de un deber de *obediencia absoluta* con algún elemento reflexivo —más de carácter simbólico—. Al respecto escribe *Astrosa*:

> "...Es innegable que la obediencia reflexiva una vez cumplida la formalidad (objeción) se transforma en obediencia absoluta para el inferior frente a la insistencia del superior, ya que el efecto es el mismo: obligación del inferior de cumplir el mandato antijurídico..."[101]

El mismo autor restringe ese punto de vista, sin embargo, mediante la aceptación de un deber absoluto de obediencia debida sólo para el caso de la *orden relativa al servicio* (art. 334 CJM). Tratándose de una orden que no tenga que ver con las actividades militares, y así lo expresa también la jurisprudencia, el subordinado no sólo estaría facultado, sino obligado, a negarse a obedecer, aún cuando el superior, a pesar la objeción formal, insista en la ejecución de la orden.[102] Esta interpretación, si bien parece aceptable, podría tener una repercusión mínima en la práctica en vista de la concepción amplia de los actos del servicio o relacionados con el servicio. Así no sorprende que la literatura predominante expresa que en el ámbito militar —a diferencia del civil— el subordinado tiene que ejecutar también una orden antijurídica.[103]

Otra cuestión es cómo afecta el cumplimiento de una orden antijurídica la punibilidad del subordinado. Como ya se expresó, el subordinado responde sólo en el caso de acuerdo previo con el superior, de un exceso o cuando ha omitido la presentación de una objeción formal (art. 214 inc. 2° alternativa 2 en relación con el art. 335 CJM). De acuerdo con la opinión general, no puede atribuírsele reproche alguno al subordinado cuando ha hecho todo lo posible para no ejecutar una orden que considera antijurídica. En este caso puede invocar la causa supralegal de exculpación de inexigibilidad de una conducta conforme a la norma.[104] Para

[96] Cf. Etcheberry, 1976, p. 240, que habla por consiguiente de una "obediencia reflexiva" (ver más adelante nota 101).

[97] Cury, 1992, pp. 88 y s.; Cousiño, 1979, pp. 452 y s. que está de acuerdo en otorgarle relevancia típica solamente a la orden antijurídica.

[98] Según Astrosa, 1974, p. 115 ésta es una regla inútil, como en este caso no existe una orden en sentido estricto y por tanto no se considera desde el comienzo la exoneración del subordinado.

[99] De acuerdo con la doctrina predominante sólo se penalizan los hechos cometidos en exceso (Astrosa, 1974, pp. 115 y s.).

[100] Art. 335 CJM corresponde en esencia al art. 226 CP (cf. nota 95). Adicionalmente, se puede suspender el cumplimiento de la orden, cuando el superior no ha tenido oportunidad de apreciar suficientemente la situación o los acontecimientos se hayan anticipado a la orden (art. 335).

[101] Astrosa, 1974, p. 109, con más referencias en la p. 108. En resultado, en el mismo sentido Cury, 1992, pp. 89 y s., que utiliza, sin embargo, el término poco convincente de la *obediencia absoluta reflexiva.* Para otro punto de vista, Cousiño, 1979, pp. 459 ss. y Etcheberry, 1976, p. 240, que parten injustamente de la *obediencia reflexiva,* ya que el subordinado queda libre de pena tanto en el ámbito civil como militar (cf. ya en el texto). Sin embargo, la posibilidad efectiva de suspender la orden, que es de lo se trata aquí, se debe separar de la cuestión de la punibilidad.

[102] Astrosa, 1974, pp. 109 y s.

[103] Cury, 1992, pp. 89 y s.; Labatut, 1992, p. 108; también Cousiño, 1979, pp. 459 y ss.

[104] Cf. Cury, 1992, pp. 90 y ss., que rechaza de manera convincente en *ese caso* la clasificación como causal de justificación, la calidad de instrumento del subordinado (el superior como autor mediato, al respecto ver *infra* Soler en 2.5.1.) o variantes del error. Para la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma también Etcheberry, 1976, pp. 241 y s.; Cousiño, 1979, pp. 458 y s.; Labatut, 1992, p. 108. Para la causal de exculpación en general, Astrosa, 1974, pp. 113 y s., que acepta la punibilidad cuando el subordinado ejecuta una orden antijurídica, que no está relacionada con el servicio (p. 111, sobre esa dudosa diferenciación ya en el texto).

esto, sin embargo, se exige el cumplimiento de estrictos requisitos. La vinculación del autor a una estructura organizada militarmente le puede bien generar una disminución de su capacidad de autodeterminación, no lo convierte, sin embargo, *per se*, en un coaccionado al que no pueda exigírsele el deber de oponerse a una orden antijuridica en un determinado caso.[105] Por eso, la ley exige *la objeción formal* que, como lo considera correctamente *Cury*, es algo más que la simple advertencia al superior de la antijuridicidad de la orden. Es ante todo "...una manifestación de disconformidad, que evidencia el propósito de cumplir (la orden) sólo en consideración a la eventual insistencia y, por así decirlo, 'a regañadientes'..."[106]

En este contexto la doctrina advierte también que no es posible, en nombre de la eficiencia de las fuerzas armadas, de exculpar toda actuación en cumplimiento de un orden con consecuencias delictivas, mediante la figura de la no exigibilidad de una conducta conforme a la norma. Se trata, de acuerdo con *Cury*, de evitar que "la acción militar constituya un pretexto para la ejecución impune de conductas éticamente intolerables."[107]

En síntesis, el derecho militar chileno se ajusta, en principio, a las previsiones del derecho internacional. Es problemático, sin embargo, que la objeción del subordinado no lo libera, por lo menos para los delitos de graves violaciones a los derechos humanos, de la ejecución de la orden. Es positivo que el no cumplimiento de la orden o su modificación, en los casos señalados en el art. 335,[108] no son punibles (arts. 336 y s. CJM).

2.5. **Argentina**

Tanto el derecho penal ordinario como el militar eximen al subordinado, en principio, de la punibilidad en el caso de actos desarrollados en cumplimiento de una orden y responsabilizan penalmente al superior (art. 34 Nº 5 CP, 514 CJM). A pesar de su similitud, empero, ambas disposiciones se discuten en la doctrina de manera separada y se interpretan de manera diversa. Junto a ello, ocupa un amplio espacio de discusión, como regla especial, la "ley de obediencia debida" (ley 23.521).

2.5.1. Las disposiciones generales (CP y CJM)

El art. 34 inc. 5° del CP se discute en la literatura bajo todas las figuras dogmáticas imaginables.[109] La amplia gama de opiniones se debe especialmente al hecho de que el tenor corto de la disposición (cfr. cuadro III) permite todo tipo de interpretaciones. Sin embargo, con el correr del tiempo han predominado dos posiciones. Concordantemente, en primer lugar, sólo el caso de la actuación en cumplimiento de una orden antijurídica es considerado problemático, ya que en el caso de la orden jurídica falta la tipicidad del acto ordenado.[110] Para el caso de la orden antijurídica, en especial *Núñez*[111] ha sostenido el punto de vista de que sólo causales de *exculpación* entran en cuestión, *en concreto* un "error respecto de la legitimidad de la orden" o, en caso de que el subordinado haya actuado con conocimiento de la antijuridicidad, la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma debido a una coacción ejercida por el superior. Por el contrario, *Soler*[112] ha sostenido la tesis —sin duda bastante original— de que se trata de un problema de la imputación de la conducta típica. Si el subordinado no tiene la posibilidad de examinar y objetar, tiene lugar un *"desplazamiento de la acción"* a aquél que dio la orden. En otras palabras: se le imputa directamente al superior, en su carácter de *"hombre de atrás"* y autor mediato, el delito del subordinado, en su carácter de *instrumento* y autor inmediato. Esto conduce, de acuerdo con *Soler*, a que "desaparezca" la conducta típica del subordinado. *Terán*, siguiendo a *Soler*, se sirve en este contexto del concepto de Roxin del "dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de un aparato organizado de poder".[113] De este modo, sin embargo, hace simultáneamente manifiesto el limitado ámbito de aplicación de la concepción de *Soler*. La doctrina predominante y la jurisprudencia parten además de la opinion de que el subordinado tiene un derecho de examen[114] y que no sólo no tiene que obedecer una orden abiertamente antijurídica y especialmente reprochable, sino que incluso la debe rechazar.[115] Pero si se le admite al subordinado un campo de ac-

[105] Cf. Cury, 1992, p. 94: "...a pesar de todos los factores de la deformación de la autodeterminación ...la ley supone ...que la presión ejercida ...sobre su voluntad es menos intensa de la que soporta la del auténtico coaccionado...".

[106] Cury, 1992, p. 96.

[107] Cury, 1992, p. 92.

[108] Ver *supra* nota 100.

[109] En el nivel de la *antijuridicidad* como causal de justificación (referiéndose al cumplimiento del deber legal) y estado de necesidad justificante; en el nivel de la *culpabilidad* como error de tipo o de prohibición, especial forma de la coacción (al respecto art. 34 Nº 2 CP), inexigibilidad de una conducta conforme a la norma, colisión de deberes y estado de necesidad exculpante (Terán, 1980, pp. 73 y s., 178 y ss.; Núñez, 1975, pp. 196 y ss.; Zaffaroni, 1985, pp. 561 y ss.; Soler, 1978, pp. 255 y ss.; Baigún, 1986, pp. 379 y s.; Sancinetti, 1987b, pp. 467 y ss.).

[110] Entre otros, Zaffaroni, 1985, p. 562; en desacuerdo Núñez, 1975, pp. 198 y s.

[111] Nuñez, 1975, pp. 196 y ss.; *ibid.*, 1978. En conclusión, lo aprueba Sancinetti, 1987b, pp. 467 y ss., de acuerdo con el cual una causal de justificación es rechazada —con diferentes fundamentos— por parte de la dogmática internacional predominante.

[112] Soler, 1978, pp. 255 y ss.; siguiéndole Terán, 1980, pp. 181 y ss. En contra Núñez, 1978, p. 334; Zaffaroni/Cavallero, 1980, pp. 357 y s.; Sancinetti, 1987b, p. 466 y también *Cury*, 1992, p. 91. Igounet/Igounet, 1985, pp. 166 y s. trasladan las teorías de Soler al derecho militar y hablan de meros *actos reflejos* del subordinado frente a las órdenes del superior.

[113] Terán, 1980, p. 181. Cf. Roxin, 1994a, pp. 242 y ss., 653 y ss.; Ambos, 1998d. Ver ya nota 65 y texto.

[114] Núñez, 1978, pp. 331 y ss. con numerosas remisiones legales; Soler, 1978, pp. 260 y s.; Sancinetti, 1987b, p. 469.

[115] Núñez, 1975, p. 197, nota 32, refiriéndose a una decisión del Tribunal Superior de Córdoba y p. 199, refiriéndose a los arts. 248 y 150 CP; Soler, 1978, p. 257 ("órdenes que son delictivas

ción tan amplio —y así lo hace el mismo *Soler*— aquél casi no puede ser considerado como un simple instrumento del superior.

La situación jurídica militar ha generado la discusión acerca de si el art. 514 CJM excluye la punibilidad del subordinado también en el caso de una eventual *orden antijurídica* por parte del superior y respecto de la cual el subordinado también se encuentra *vinculado* en el sentido de la obediencia "ciega" o "absoluta". Los defensores de esta interpretación[116] se apoyan especialmente en el tenor literal de la disposición: "Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable..." Como la "orden del servicio" en el sentido de esa disposición conduce a un hecho punible, se trata de una orden de servicio *antijurídica*. Lo importante, entonces, no es la juridicidad o antijuridicidad de la orden, sino sólo su carácter de servicio. Por tanto, todas las órdenes de servicio tienen, en principio, carácter obligatorio, no obstante su juridicidad o antijuridicidad. En esta medida, el art. 514 CJM constituye una norma permisiva para la actuación antijurídica del subordinado.[117]

Por el contrario, la opinion predominante[118] invoca especialmente la norma del art. 674 CJM.[119] Conforme a ello, la desobediencia de un miembro de las fuerzas armadas es sancionable cuando no cumple una orden sin *causa justificada*. De esto se deriva que el CJM —así como la totalidad del ordenamiento jurídico— no considera vinculante ninguna orden que sea antijurídica. Para los asesinatos políticos u otros abusos esto se deduce de lo previsto en el art. 18 de la Constitución vigente.[120] Además, el art. 514 CJM original bajo el N° 2 contenía una norma que —adicionalmente al exceso en el cumplimiento de la orden (hoy N° 1)— conminó al subordinado como partícipe con pena cuando la orden contempló expresamente la comisión de un hecho punible.[121]

Con miras a la cuestión decisiva, esto es ¿qué órdenes en el marco del art. 514 del CJM son obligatorias para el subordinado y excluyen su punibilidad?, lo anterior se trata solamente de una discusión sobre cuestiones terminológicas y fundamentaciones. Los dos puntos de vista, pues, resultan en límites *materiales* análogos del deber de obediencia y de este modo del efecto eximente de punibilidad de la disposición; se valen simplemente de una argumentación diversa desde el punto de vista formal. Quien niega el carácter de servicio que pueda tener la orden en el sentido del art. 514 CJM se apoya en el art. 878 del CJM, que define la orden de servicio y llega a la conclusión de que no existen "órdenes del servicio delictivas (porque no serían del servicio)" y que por tanto se podría en todo caso, exonerar al subordinado solamente con base en una "presunción de legitimidad" respecto de la orden impartida. Tratándose de una orden "manifiestamente ilegítima" el subordinado sería susceptible de sanción como partícipe.[122] La opinion contraria se ocupa también de una interpretación restrictiva de la *orden del servicio* en el sentido del art. 514 CJM, considera a ésta, sin embargo, como una mera delimitación "formal".[123] La restricción *material* existe independientemente de este concepto en el ordenamiento democrático y de Estado de derecho, que no puede tolerar ciertas graves violaciones de derechos humanos. Queda aún por discutir el contenido exacto de la orden que no está (más) cubierta por el art. 514 CJM. El límite trazado en la ley 23.049 de los hechos "crueles o anómalos" (cf. cuadro III), es rechazado por los seguidores de una interpretación amplia del art. 514 del CJM, orientada en el carácter "político" de la orden de servicio;[124] la opinion contraria lo entiende como una confirmación de su interpretación.[125] Si se interpreta el art. 514 CJM a la luz de las disposiciones del CJM y del derecho militar especial, se llega con *Baigún*[126] a la conclusión de que el subordinado puede invocar esa disposición, cuando se trata de *abusos conexos* a órdenes del servi-

de un modo manifiesto y grosero") y 260; TERÁN, 1980, p. 184 ("hecho *atrocitatem facinoris*"). Cf. también la decisión de la *Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital* del 2/11/1932, de acuerdo con la cual no se puede exigir el cumplimiento de una orden criminal (*Jurisprudencia Argentina*, t. III, Repertorio General, 1918-31, p. 421).

116 Cf. IGOUNET/IGOUNET, 1985, pp. 161 y ss.; FIERRO, 1984, pp. 124 y ss.; en conclusión también GONZÁLEZ/FERNÁNDEZ, 1986, p. 406; en cierta medida también de acuerdo BAIGÚN, 1986, p. 386.

117 Al respecto BAIGÚN, 1986, p. 386.

118 RAMAYO, 1964; SANCINETTI, 1987b, pp. 476 y ss.; ZAFFARONI/CAVALLERO, 1980, pp. 352 y ss., 356 (quien, por cierto, también considera el carácter de servicio como esencial criterio limitativo). En igual sentido también la jurisprudencia (Cf. los votos de los jueces PETRACCHI y BACQUÉ en la sentencia de la CS sobre la "ley de obediencia debida", *Fallos*, 310, 1987, pp. 1220 y ss., aquí 1289 y 1362).

119 Sobre la diferencia entre el art. 667 CJM (no sometimiento) y 674 CJM (desobediencia) cf. GONZÁLEZ/FERNÁNDEZ, 1986, p. 403.

120 Éste reza (tanto hoy como antes): "...Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes..." (al respecto en SANCINETTI, 1987b, p. 471).

121 El art. 514 N° 2 en su versión de 1894/95 reza: "...se impondrán las penas de la complicidad al inferior que haya obedecido: 1) ...; 2) cuando haya... ejecutado la orden... que tenga por expreso objeto la comisión de un delito común o militar" (cita en SANCINETTI, 1987b, p. 479, que describe las deliberaciones legales de esa época).

122 IGOUNET/IGOUNET, 1985, pp. 162 y s.

123 ZAFFARONI/CAVALLERO, 1980, pp. 354 y ss. En conclusión también SANCINETTI, 1987b, p. 486. También ZAFFARONI (IIDH), 1986, p. 270.

124 IGOUNET/IGOUNET, 1985, pp. 163 y s.

125 BAIGÚN, 1986, pp. 383 y s., 390 y s., que, sin embargo, sostiene una opinión intermedia. Sobre este límite jurídico-material también PETRACCHI y BACQUÉ, *Fallos*, 310, 1987, pp. 1283 y ss., 1336 y ss.

126 BAIGÚN, 1986, pp. 386 y ss.

cio antijurídicas, que no son de carácter arbitrarias. Aquí se trata de hechos con una pequeña dosis de injusto como los daños materiales, hurto o daños corporales leves, que acompañan generalmente a una orden antijurídica, pero que, en principio, no justifican de quitar al subordinado la exención de la punibilidad según el art. 514 CJM.[127] Si estos abusos, empero, tienen un carácter arbitrario,[128] si el subordinado actúa autónomamente o si se trata de actos crueles o anormales en el sentido de la ley 23.049 no existe espacio para la aplicación del art. 514 CJM. En igual sentido concluye *Sancinetti*, partiendo de la situación de la colisión exculpante de deberes, que el art. 514 del CJM:

> "...sólo prevé una causal de impunidad privilegiada para el inferior que cumple una orden que no se le presenta a él como manifiestamente ilícita, ni produce un daño social más grave que el que implica la desobediencia misma (art. 674 CJM, nota del autor)".[129]

En conclusión, esto significa que una exención de la punibilidad a favor de los responsables de los hechos cometidos en cumplimento de órdenes durante la dictadura militar argentina no es admisible desde ningún punto de vista. Al respecto, tampoco existen dudas del punto de vista del derecho penal internacional.

Resulta, además, de cualquier restricción material del efecto vinculante de órdenes en el sentido del art. 514 CJM, como sea su fundamentación, que al subordinado en todo caso se le debe conceder un cierto margen de decisión y examen. Esto corresponde a la doctrina predominante.[130] Ciertamente, esto no lo exime del cumplimiento de la orden (art. 675 CJM), por lo cual si bien no se le exige una obediencia "ciega", pero sí una obediencia "absoluta".[131]

[127] En el mismo sentido la jurisprudencia de los tribunales militares y la jurisdicción ordinaria en el caso de robo simple durante el servicio: el subordinado actuó con base en una orden de su superior y por tanto fue dejado en libertad (CSFA, 22/XI/957, en: IGOUNET/IGOUNET, 1985, pp. 407 y ss.; Juez en lo Criminal y Correccional de Corrientes, sentencia 11.146 de 13/7/1949, en: *Jurisprudencia Argentina,* 1950, t. I, pp. 10 y s.).

[128] El límite de la arbitrariedad se deduce especialmente del art. 702 CJM (punibilidad de abuso de autoridad del superior frente al inferior) y el art. 522 CJM (causales de agravación punitiva en caso de abuso de autoridad, que resulta en la comisión de un delito por el subordinado). En forma similar BAIGÚN, 1986, pp. 388 y ss.

[129] SANCINETTI, 1987b, p. 486.

[130] IGOUNET/IGOUNET, 1985, p. 162; ZAFFARONI/CAVALLERO, 1980, pp. 352 y s., 354. También ZAFFARONI (IIDH) 1986, p. 270. Otra opinión GONZÁLEZ/FERNÁNDEZ, 1986, p. 406. PADILLA, 1987, p. 1093 sostiene el punto de vista que mediante la ley 23.049 esa posibilidad de examen del subordinado fue derogada.

[131] Sólo se puede hablar de obediencia "ciega" cuando el subordinado ni siquiera tiene el derecho de objeción (incorrecto por lo tanto ZAFFARONI/CAVALLERO, 1980, p. 350; pero correcto ZAFFARONI (IIDH), 1986, p. 270).

2.5.2. La ley de "obediencia debida"

La ley de "obediencia debida" (ley 23.521)[132] no sólo continuó la política de exención de pena que se había iniciado con la ley de "punto final", sino que la perfeccionó. Esto tiene en esencia dos motivos. *En primer lugar,* la ley de "punto final" (sólo) preveía una restricción temporal para elevar la denuncia penal, de modo tal que los casos ya pendientes y aquellos que se iniciaran dentro del plazo de 60 días todavía podían ser perseguidos.[133] Estos casos fueron cubiertos por la ley de "obediencia debida" y los restantes por los indultos. *En segundo lugar,* luego de la sanción de esta ley, nadie más fue condenado como *autor* de las violaciones a los derechos humanos cometidas. La CS, en el *juicio a los comandantes,*[134] calificó a la Junta de Generales como partícipes debido a la falta de dominio sobre los hechos. Con la ley de "obediencia debida" ahora también los subordinados, que ejecutaron las órdenes, no podían seguir siendo calificados como autores sino sólo como simples instrumentos exentos de pena.[135]

No obstante, la CS consideró la ley constitucional en su decisión del 22 de junio de 1987.[136] La opinión mayoritaria argumentaba esencialmente con la amplia prerrogativa que tenía el Legislativo, con base en las competencias previstas en el art. 67 N° 11, en relación con el N° 18 de la (anterior) Constitución, que se le permite perseguir, en forma racional, determinados fines políticos, y que prohíbe a la justicia impedirlo.[137] Además, la ley fue calificada como una amnistía por parte de los jueces Fayt y Petracchi, derivando la competencia del Legislativo para su sanción del art. 67 inc.17 de la (anterior) Constitución.[138] En esto, el voto contradictorio del juez Petracchi refleja bien las dificultades a que se vio sometida la Corte, al encontrarse entre la valoración jurídica de la ley atacada y las presiones políticas al momento de tomar la decisión. Petracchi

[132] Como ya se dijo la ley fue derogada en marzo de 1998 mediante ley 24.952 (cf. ya en el cap. I, 3.2.1.3. y cap. III, 3.2.2.1.; también el cuadro III, nota 1).

[133] Ver más detallado AMBOS, 1997e, pp. 158 y ss. y cap. III, 2.2.

[134] Cf. al respecto ya cap. III, 3.2.2.1. con referencia a SANCINETTI, 1988, pp. 1 y ss.; AMBOS, 1998d, pp. 39 y ss.

[135] Al respecto KOKOTT, 1987, p. 508.

[136] "Causa incoada en virtud del dec. 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional", *Fallos,* 310 (1987), pp. 1220-1371. La CS fue llamada a resolver mediante un recurso extraordinario (de conformidad con el art. 14 de la ley 48) presentado por los acusados Bergés, Camps, Riccheri y Cozzani del famoso caso *Camps* (AMBOS, 1997e, p. 119) y por el querellante. Cozzani renunció a invocar la ley, como se consideraba inocente. La CS consideró esta renuncia como inadmisible. Los querellantes solicitaron la derogatoria de la ley por violatoria de la Constitución. Crít. sobre la decisión de la CS: SANCINETTI/FERRANTE, 1998, p. 132 [B. III. B) 3) c)].

[137] Cf. especialmente el voto conjunto de los jueces CABALLERO/BELLUSCIO *(Fallos,* 310, 1987, pp. 1220 y ss., especialmente 1225).

[138] Cf. el voto del juez FAYT *(Fallos,* 310, 1987, pp. 1237 y ss.) y PETRACCHI (1254 y ss.).

se ocupó, a comienzo, de manera convincente, de justificar la inconstitucionalidad material de la ley, y estableció que su art. 1° estaba interviniendo con las competencias judiciales (art. 94, 100 de la anterior Constitución) y que por tanto violaba el art. 18 de la Constitución.[139] Hasta este punto su voto se encuentra en concordancia con la opinión divergente —y única en el resultado— del juez Bacqué.[140] Sin embargo, Petracchi da un giro asombroso, cuando expresa:

> "...es preciso advertir que la ley no puede interpretarse con olvido de la particular *coyuntura política*... Por ello, no obstante las graves deficiencias de que adolece la norma en estudio, esta Corte no puede desconocer que, más allá de la letra de la ley, existe una *clara decisión política* del legislador, cuyo acierto o error no corresponde al Poder Judicial evaluar... en mérito de ello ...la función judicial no puede sustituir la acción de los poderes a los que incumbe la preservación de la paz pública, ni asumir la responsabilidad de éstos. ...El Tribunal asume su deber fundamental de no *interferir* en las decisiones políticas de los restantes poderes del Estado..."[141]

Sin embargo, desde el punto de vista *legal* la ley es inconstitucional, justamente por los motivos invocados por *Petracchi* y *Bacqué* y compartidos por la doctrina predominante.[142] Por tanto, la decisión de la CS debe ser rechazada. La inconstitucionalidad de la ley proviene de los siguientes aspectos.

En primer lugar, la ley interfiere con las competencias de la justicia y viola por tanto el principio de la *separación de poderes*.[143] El art. 1° consagra la presunción *irrefutable* de que determinados miembros de las fuerzas armadas actuaron, en la comisión de determinados hechos, con base en la obediencia debida y por consiguiente no son susceptibles de sanción. Además, establece que en todos estos casos los subordinados cumplieron las órdenes correspondientes en un estado de coacción y sin haber tenido margen de decisión. De este modo la ley, se anticipa a la apreciación jurídica de los hechos y efectúa un análisis de la prueba respecto de la cuestión acerca de si existía realmente una situación de obediencia debida en el sentido del art. 34 N° 5 CP o art. 514 CJM.

[139] Fallos, 310 (1987) pp. 1254-1299, aquí 1299 (n° 33). El art. 18 de la (anterior y nueva) Constitución representa la garantía amplia de la seguridad personal e introduce el principio del *fair trial*.

[140] *Fallos*, 310 (1987), pp. 1311 y ss.

[141] *Fallos*, 310 (1987), pp. 1299 y s. (cons. 34), 1302 (cons. 38) [énfasis del autor].

[142] Cf. especialmente Sancinetti, 1987b, pp. 491 y ss.; De Rivacoba y Rivacoba, 1987; Maier, 1987; *ibid.*, 1995, pp. 154 y s.; Crawford, 1990, pp. 32 y ss.; Garro/Dahl, 1987, pp. 339 y ss.; otro punto de vista, Padilla, 1987.

[143] Cf. los votos del juez Bacqué *(Fallos*, 310, 1987, pp. 1314 y ss., cons. 5 y ss.) y también Petracchi (pp. 1290 y ss., cons. 24 y ss.); Sancinetti, 1987b, pp. 494 y ss.; De Rivacoba y Rivacoba, 1987, pp. 529 y s.; Maier, 1987, pp. 241 y s.

La Corte tiene que —"sin admitir prueba en contrario" (art. 1°)— partir del hecho de que todos los miembros de las fuerzas armadas hasta un cierto rango no pueden ser sancionados invocando como causal de exención de punibilidad la obediencia debida. Con esto se restringe el poder jurisdiccional y la independencia de la justicia de manera inconstitucional.[144] El legislativo se atribuye funciones judiciales, debido a que, en casos que en realidad deberían ser resueltos judicialmente, decide *de antemano* sobre cuestiones de hecho y jurídicas a ellas relacionadas. La separación de poderes entre el órgano jurisdiccional y el legislativo queda derogada en un punto esencial.

La decisión (adelantada) del legislador de eximir de pena determinados delitos con base en la finalidad perseguida (lucha en contra del terrorismo) y determinados autores con fundamento en su pertenencia a las fuerzas armadas, es *arbitraria.* Se arroga la decisión sobre casos respecto de los cuales no tiene información sobre las circunstancias fácticas. Juzga sin conocer el expediente judicial y sin tener un conocimiento directo de las circunstancias fácticas:

> "...el Congreso efectuó una afirmación de hecho sobre ciertos sucesos que no sólo no conoció, sino que resolvió, para decirlo en términos procesales, en contra de la evidencia, arbitrariamente."[145]

Finalmente, la ley es *violatoria del derecho internacional* por varios motivos.[146] Si bien, desde el punto de vista material, no se trata de una amnistía,[147] la ley corresponde, por sus *efectos,* a una clásica autoamnistía. En esta medida son válidos los principios ya desarrollados.[148] Esta clase de leyes viola la prohibición del autofavorecimiento y el principio de la igualdad. Se ignora la existencia —reconocida en el derecho internacional y en el derecho interno— de derechos de las víctimas,[149] ya que su protección legal es recortada de manera

[144] Cf. especialmente los arts. 94 y 100 de la antigua Constitución, o los arts. 108 y 116 de la nueva Constitución.

[145] Sancinetti, 1987b, p. 499; en forma similar críticamente De Rivacoba y Rivacoba, 1987, pp. 527 y ss.

[146] De acuerdo con el art. 75 N° 22 de la Constitución los tratados internacionales tienen en principio un rango supralegal, y los acuerdos en materia de derechos humanos rango constitucional (cf. ya cap. II, 1.). Sobre la ratificación ver cap. I, 2.2.1.

[147] La ley no es, ante todo, una amnistía porque no presupone que los comportamientos a los que se refiere sean delitos penales, más aún niega su relevancia penal. En esta medida existe también pleno acuerdo en la doctrina (Sancinetti, 1987b, pp. 504 y s.; De Rivacoba y Rivacoba, 1987, pp. 530 y s.; Maier, 1987, pp. 242 y s.; Padilla, 1987, p. 1095; Crawford, 1990, p. 36; Kokott, 1987, p. 509, en su nota 9).

[148] Ver ya cap. III, 1.1. y 3.2.2. Sobre la disputa entre el CDH de la ONU y la CIDH respecto de la violación al "derecho a un recurso" ("right to a remedy") a través de esta ley, cf. cap. III, 1.1.4.

[149] Al respecto especialmente Crawford, 1990, pp. 38 y ss., quien describe el sistema argentino de la acción privada o *querella* de carácter civil y penal.

inadmisible. Los deberes estatales, *preventivos,* de proteger la integridad corporal y la libertad personal, así como los deberes, *represivos,* de perseguir y sancionar en caso de graves violaciones a los derechos humanos —previstos en el derecho penal internacional también para el caso de la actuación en cumplimiento de órdenes—[150] no son tenidos en cuenta. La ley exceptúa de su ámbito de aplicación algunos delitos aislados, como por ejemplo, la sustracción y ocultamiento de menores de edad, especialmente notorio en Argentina.[151] Sin embargo, los miembros de las fuerzas armadas, que en cumplimiento de una orden, torturaron, llevaron a cabo ejecuciones extrajudiciales o desapariciones (de mayores de edad), actuaron con base en el principio de la obediencia debida y por tanto quedan exentos de sanción penal.[152]

2.6. **Resumen**

En Colombia la comisión de hechos punibles con base en una orden *manifiestamente* antijurídica puede conducir sólo excepcionalmente a una exención de la punibilidad, ya que el subordinado, por motivos constitucionales y de derecho internacional, no puede ser obligado a cometer graves violaciones a los derechos humanos (las cuales por lo general son *dispuestas* (ordenadas) mediante *tales* órdenes). Esto ha sido confirmado por la sentencias de la Corte Constitucional de los años 1995 y 1997. Al respeto, la disposición del art. 100 CPM es dudosa. Desde el punto de vista sistemático, se trata —a pesar del contradictorio tenor de las disposiciones correspondientes—, de una cuestión del juicio de reprochabilidad, es decir de la *culpabilidad* del subordinado. Tratándose de un subordinado que actúa en cumplimiento de una orden entra en consideración simplemente una atenuación punitiva, mas no una exención plena. La decisión sobre la naturaleza jurídica de una orden presupone que el subordinado tiene un *derecho para examinar y objetarla.* La doctrina de la "obediencia incondicional" se debe rechazar en aras de la "obediencia *reflexiva*". En estos casos, ni la objeción ni la modificación de la orden por parte del subordinado son susceptibles de sanción.

En Perú existe una contradicción entre el derecho penal ordinario y el derecho penal militar. El art. 19 N° 7 CJM no trae mayor problema ya que su letra excluye una exención de punibilidad para el caso de una orden "notoriamente ilícita". En forma similar, sólo se penaliza la "desobediencia" *injustificada.* Por el contrario, las disposiciones del CP (art. 20 N$^{os.}$ 8, 9) sancionadas con posterioridad al CJM, no se adaptan a la normatividad militar. Podrían ser violatorias del derecho internacional, como no dejan espacio alguno a las valoraciones en materia de derecho internacional. Desde el punto de vista sistemático, las actuaciones en cumplimiento de órdenes —como en Colombia— son entendidas como un problema de un *juicio de reprochabilidad* respecto de los autores inmediatos.

[150] Cf. ya *supra* 1.

[151] Sobre los procesos actuales al respeto ver *LARR-SC*, 2/2/1999, p. 3; *NA*, 25/1/1999, pp. 1 y s. (ya cap. III, 2.2.).

[152] Sobre esta contradicción, especialmente, De Rivacoba y Rivacoba, 1987, p. 528: "La inflexibilidad de la ley conduce al absurdo de dejar libres de pena a aquellos que de la manera más cruel asesinan a un niño de tierna edad, pero no a quienes, en medio de la barbarie, presos de un sentimiento de piedad, lo dejan vivir, lo ocultan y le cambian su identidad personal". Cf. también Sancinetti, 1987b, pp. 491 y ss., 500 y ss.

En Bolivia las disposiciones respectivas califican los actos en cumplimiento de una orden como causales eximentes de *culpabilidad.* Como sólo la orden *conforme a la Constitución* o materialmente *jurídica* exime de culpa, no existen dudas desde el punto de vista del derecho internacional. De ahí también se deduce que la objeción a la orden es punible sólo respecto de órdenes de esta naturaleza.

El marco jurídico chileno es fuera de lo común. De una parte el CP no contempla de manera expresa disposición alguna sobre la actuación en cumplimiento de una orden, sin embargo penaliza la objeción a las órdenes (en la medida que la orden no sea abiertamente antijurídica). De otra parte, la punibilidad del subordinado depende, para el caso de la ejecución de las ordenes antijurídicas, de su *objeción.* Si hace saber expresamente sus dudas y su rechazo al cumplimiento de la orden, no será sancionado por el hecho realizado en cumplimiento de la orden. Tampoco podrá ser sancionado por *objetar la orden,* porque le está permitido suspender el cumplimiento de una orden ilegal (art. 336 en relación con el art. 335 CJM). Sin embargo, tendrá siempre que ejecutar la orden cuando el superior insiste. Para ello se parte —por lo menos en el derecho militar—, de la doctrina de la *obediencia absoluta.* Desde el punto de vista *sistemático* la actuación en cumplimiento de una orden debe clasificarse como una *causal de exculpación supralegal,* por lo que la opinión predominante lo considera como un problema de la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma. Genera dudas *en materia de derecho internacional* el que la suspensión de la ejecución, aún de una orden abiertamente antijurídica, no sea posible cuando el superior insiste en la ejecución. De este modo el subordinado es obligado a ejecutar también órdenes de esta índole.

En Argentina se debe diferenciar entre las disposiciones generales y la ley especial sobre la "obediencia debida". En el plano de las disposiciones generales se había generado una discusión dogmática más bien en el derecho penal común (art. 34 N° 5 CP). Como resultado se puede señalar, que la actuación en cumplimiento de órdenes es considerada por la opinión predominante como posible *causal de exculpación* (inexigibilidad de una conducta conforme a la norma, colisión exculpante de deberes). Por el contrario, en el derecho militar se ha abierto una discusión (especialmente respecto del art. 514 CJM)

—que no se había suscitado en un principio debido a las conocidas prácticas militares durante la dictadura militar— sobre si también las *órdenes antijurídicas* podrían tener *carácter vinculante*. El punto central es la cuestión de los *límites materiales* del deber de obediencia. En esto existe —sin tener en cuenta las diferentes fundamentaciones—, acuerdo en que tan graves violaciones a los derechos humanos, como las que fueron cometidas durante la dictadura militar argentina, no pueden conducir en ningún caso, bajo el pretexto de haber actuado en cumplimiento de una orden, a una exoneración penal absoluta. Aquí sería, sin embargo, muy útil una clarificación del legislador. Finalmente, al subordinado se le ha reconocido, también en el ámbito militar, un *margen de decisión y examen*, que, ciertamente, no lo exime, en principio, de la *obediencia absoluta*.

La *ley especial* sobre "obediencia debida" ha perfeccionado la política de impunidad. Viola tanto la Constitución como el derecho internacional, especialmente porque deja libre de sanción las graves violaciones a los derechos humanos.

3. *Conclusiones comparadas*

Desde la perspectiva del *derecho internacional* la mayor parte de las disposiciones aquí analizadas se encuentran de conformidad con el derecho internacional. Generan algunas dudas las disposiciones que siguen la doctrina de la obediencia "incondicional", "absoluta" o "ciega", esto es, todas las disposiciones, que penalizan toda objeción al cumplimiento de la orden, sin considerar la posibilidad de una justificación o exculpación (art. 100 del CPM colombiano) o que ordenan la ejecución de una orden antijurídica (art. 335 del CJM chileno; en cierta forma también el art. 514 del CJM argentino). El art. 20 N° 8 y 9 del CP peruano, podría ser violatorio del derecho internacional, la ley argentina de la "obediencia debida" lo es de manera irreparable.

Desde el punto de vista del *derecho penal* se establece que se ha reconocido de manera general que una actuación en cumplimiento de una orden (antijurídica) representa un problema de reprochabilidad, y por tanto debe tratarse, sistemáticamente, en el nivel de la *culpabilidad*. De acuerdo con esto, la figura de la obediencia "debida" o "jerárquica" pierde su significado propio, cuando se hace uso de causales de exculpación (*supra*legales) de carácter general, especialmente de la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma. Ante este trasfondo, las exigencias político-jurídicas de derogarla plenamente son comprensibles,[153] aunque en todo caso parece ser que no se abren paso en el marco del derecho militar.

[153] Cf. Zúñiga, 1991, p. 349; Zaffaroni, 1985, p. 563; indirectamente también Soler, 1978, pp. 258 y 262 (solución mediante la imputación, cf. ya en 2.5.1.). Cf. ya el concepto de *mens rea* (*supra* nota 44).

Para el caso de órdenes abiertamente antijurídicas, que resultan en graves violaciones a los derechos humanos, se puede considerar la *exención de la punibilidad* sólo en *casos excepcionales*. Si se vincula, sin embargo, diferentes consecuencias jurídicas a la juridicidad, antijuridicidad o abierta antijuridicidad de una orden, se le debe conceder al subordinado un cierto *margen de decisión y examen*.

Desde el punto de vista de la *política criminal* se plantea la pregunta de en qué medida las fuerzas armadas se encuentran dispuestas a aceptar las exigencias del derecho internacional y a tolerar las correspondientes correcciones al derecho militar. Bastante optimistas suenan las declaraciones del actual comandante supremo del Ejército Argentino, general Martín Balza, quien —ante el trasfondo de las violaciones derechos humanos durante la dictadura militar—, ha tomado una posición, entre otras, respecto de las actuaciones en cumplimiento de órdenes. Balza sostiene al respecto que nadie se encuentra obligado a ejecutar una orden inmoral o violatoria de la ley; el impartir como el ejecutar esta clase de órdenes es un delito y debe ser sancionado en la forma correspondiente.[154] Esto corresponde en principio a la situación jurídica aquí presentada. Queda sin embargo por preguntar si esta opinión ha contado con la aprobación de los colegas de Balza, tanto en Argentina como en otros países. Recientes investigaciones sobre la actitud de los militares respecto de las violaciones a derechos humanos parecen apuntar en otra dirección.[155]

Resta sólo cerrar este capítulo del mismo modo como comenzó, con *Elías Canetti*, esta vez exteriorizando una voz de esperanza:

> "Cualquiera que sea el punto desde el cual se la considere, la orden en la forma compacta y acabada, como se la tiene hoy luego de una larga historia, ha llegado a ser uno de los elementos más peligrosos para la vida en común de los seres humanos. *Se tiene que tener el valor de oponerse a ella y conmocionar su predominio.* Tienen que encontrarse los medios y las vías, para liberar a la mayor parte de los seres humanos de ella."[156]

[154] Discurso del 25/4/1995 (en: Ambos, 1997d).

[155] Cf. sólo la investigación de Heinz (1993), donde expresa: "essentially blind obedience was and is called for in the armed forces, with no recourse to international standards" (p. 105).

[156] Canetti, 1980, p. 371 (énfasis del autor).

Capítulo VI

Conclusiones y recomendaciones político-criminales

1. Conclusiones.
2. Recomendaciones político-criminales.

1. *Conclusiones*

Partiendo de la finalidad y del objetivo de la investigación se pueden señalar las siguientes conclusiones:

1. El *fenómeno de la impunidad,* entendido como la no penalización de las violaciones a los derechos civiles y políticos,[1] presenta diversas formas.[2] Del análisis jurídico-empírico en los países aquí investigados[3] se deduce que la impunidad raramente tiene un origen *puramente* normativo. Más aún, ofrece al observador una *compleja mezcla de causas normativas, estructurales y fácticas,* estrechamente vinculadas y condicionadas entre sí.

2. La impunidad es comprensible legalmente sólo de manera muy limitada. Como *formas normativas* de la impunidad existen en primer lugar las conocidas leyes de impunidad y la justicia militar. Mientras que las *leyes de impunidad* representan una forma puramente normativa de la impunidad,[4] en la *jurisdicción militar* se trata de una forma mixta. La impunidad que se le atribuye tiene causas normativas y fácticas.[5] Por el contrario, en el caso de las disposiciones expedidas durante un *estado de excepción* prevalecen los mecanismos de impunidad fáctica, de modo tal que se debe renunciar a un análisis más amplio de este tema.

3. Las leyes de impunidad y la jurisdicción militar se encuentran por lo general en conflicto con el *derecho penal internacional.*

a) En vista de los *deberes de penalización*[6] previstos por el derecho internacional, para el caso de las violaciones a los derechos humanos aquí analizadas, la discrecionalidad interna para la expedición

[1] Cf. cap. I, 2.2.1.
[2] Cf. cap. I, 3.
[3] Cf. Ambos, 1997e, pp. 49 y ss.
[4] Cf. cap. III.
[5] Cf. cap. IV.
[6] Cf. cap. II.

de determinadas disposiciones en materia de exoneración punitiva no es ilimitada. La compatibilidad de tales disposiciones con el derecho internacional depende concretamente de si y cómo se tomen en cuenta los deberes de penalización.

b) *Las leyes de impunidad,* especialmente las amnistías, encuentran —independientemente de su utilidad político-criminal o su nocividad— un límite *legal* en el derecho internacional vigente. Por tanto, la ley peruana 26.479, el dec. ley chileno 2191 y la ley argentina 23.492 se deben considerar como contrarias al derecho internacional. Por el contrario, la ley colombiana 104 de 1993, el dec. ley peruano 25.499 y la ley chilena 19.172 son compatibles con el derecho internacional. La ley colombiana 81 de 1993, a pesar de que colisiona con el derecho internacional, no es abiertamente contraria al mismo.[7]

c) La remisión extensiva de los procesos por violaciones a los derechos humanos a la *jurisdicción militar* colisiona con el derecho internacional vigente, como gran parte de esos procesos concluyen con la impunidad legal o fáctica de los autores.[8]

d) Del mismo modo, es contraria al derecho internacional la exoneración mediante la aplicación ilimitada de la figura de la "*actuación en cumplimiento de órdenes*". Las órdenes, cuya ejecución tienen como consecuencia la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, contravienen el derecho internacional y por tanto no pueden justificar la exoneración punitiva.[9]

4. A pesar de la relevancia de las causas normativas, esto es, de las formas en que se presenta la impunidad, no se puede pasar por alto el que las *causas fácticas* prevalecen cualitativa y cuantitativamente. En este sentido la autoridad de la fuerzas de seguridad, especialmente de las fuerzas armadas, en los países aquí analizados es un fenómeno fáctico-estructural. El hecho de que a esas instituciones se les garantice determinados privilegios de derecho material o procesal, que tiene como resultado la impunidad, se explica principalmente desde el punto de vista *fáctico* y no desde el *normativo.*

5. Según esto la *responsabilidad del derecho,* especialmente la del derecho penal, por la impunidad es significativamente baja.

a) A primera vista las citadas formas normativas generan impunidad directa (leyes de impunidad) o indirecta (la jurisdicción militar), pero

[7] Cf. cap. III, 3.1. y cuadro I.
[8] Cf. cap. I, 3.1. y 3.2.1.
[9] Cf. cap. V, 1 y cuadro II.

son en realidad sólo un *reflejo* de la situación fáctico-política de la relación de poderes. Si se modifica ésta, se modifica también el derecho y por tanto las citadas formas *normativas* en que se presenta la impunidad. El derecho *reacciona* a las relaciones de poder, es un producto de ésas, y no obedece a valoraciones objetivas de justicia. Actúa como defensor del *status quo* del poder político. Sólo en *este* sentido restringido es también (co)responsable de la impunidad.

b) En esto se interviene la importante responsabilidad que tienen quienes crean y aplican el derecho. Se encuentran en los tres poderes estatales —Ejecutivo, Legislativo y Judicial—. Éstos son en realidad el "aparato legal"[10] y como tal son los responsables directos de cómo se relaciona el "derecho" con las violaciones a los derechos humanos. De esta manera, por ejemplo, favorecen la impunidad las cortes encargadas de la aplicación de la ley o la administración, cuando no hacen uso de las —pocas— posibilidades admisibles legalmente para reducir la impunidad. Para dar un ejemplo concreto: si por ejemplo, la Corte Suprema remite a la jurisdicción militar aquellos casos que de conformidad con la normatividad vigente también puede ser manejados por la justicia ordinaria, se estaría haciendo, aunque desde el *punto de vista legal no se ofrezca,* una *oportuna* concesión *política* a la omnipotencia militar. Estas Cortes (la Corte Suprema peruana, chilena y en cierta forma también la argentina) han sido responsables directamente de la impunidad.[11]

2. *Recomendaciones político-criminales*

Las reflexiones anteriores muestran que el complejo entramado de causas de la impunidad en el ámbito de los derechos humanos requiere de medidas, que van más allá de las reformas normativas. Se puede afirmar que las reformas legales permanecen sin efecto, hasta tanto no se allanen las ya analizadas causas fáctico-estructurales de la impunidad. Por consiguiente, se requiere de un concepto integral de medidas normativas y fácticas. Las recomendaciones normativas deben ir acompañadas o complementadas por las fáctico-estructurales. En este sentido las siguientes medidas tienen prioridad:

1. El reconocimiento del ordenamiento internacional, especialmente de las obligaciones en materia de derechos humanos, de la mayor parte de los Estados en el parquet internacional les obliga al estricto acatamiento de todas las normas internacionales, incluso aquellos que generan resistencia política

[10] Schmid, 1989, p. 169.
[11] Cf. cap. IV, 2.1.1.

interna. Todas *las disposiciones contrarias al derecho internacional* deben por tanto *derogarse,* especialmente la ley peruana 26.479, el dec. ley chileno 2191 y la ley argentina 23.492. Este tipo de disposiciones no pueden estar vigentes en el ordenamiento jurídico de un Estado, que aspira al reconocimiento diplomático de la comunidad internacional de Estados y a ser considerado seriamente como un *Estado de derecho.* La superación de la impunidad (absoluta) es un requisito de un Estado de derecho real.[12] Por otro lado, el derecho internacional penal requiere de la constante adaptación del derecho interno como se trata de un ordenamiento jurídico, que progresa en forma dinámica.

2. En tanto que la exoneración penal de hechos violatorios a los derechos humanos sea admisible, su expedición requerirá de una *ponderación* de fondo entre la utilidad político-criminal de las medidas y los posibles daños político-sociales.[13] En esto se deben considerar especialmente aspectos como la pretendida función pacificadora de las citadas medidas, el debido cuidado de los intereses de la víctima y el significado de los bienes jurídicos violados por los respectivos hechos. Los autores y las víctimas se encuentran por lo general en posición irreconciliable. Un compromiso político y moral aceptable para ambos puede representar en casos concretos una empresa casi inalcanzable, sin embargo, nunca se debe perder de vista esa meta.

3. Desde la perspectiva del derecho penal internacional la impunidad ocasionada por la *práctica de los tribunales militares* es inaceptable. Sin embargo, aquí también se deben adaptar los deseos de reforma a las realidades políticas. Lo más realista y probable son reformas inmanentes al sistema de la jurisdicción militar.[14] Empero no se debe esperar que éstas traigan los resultados esperados. Una reducción sustancial de la impunidad se puede lograr sólo con una consecuente restricción de las competencias de la justicia militar. Al respecto existen propuestas concretas de reforma.[15] Su traslado a la política interna se debe convertir internacionalmente en un tema.

4. Con relación a la *actuación en cumplimiento de órdenes* las exigencias del derecho penal internacional son en todo caso suficientemente claras para que se puedan derivar consecuencias para el legislador nacional. Las disposiciones, que siguen la doctrina de la obediencia "incondicional", "absoluta" o "ciega", en las cuales, por ejemplo, se penaliza el rechazo a una orden sin la posibilidad de justificación o disculpa, o que ordenan la ejecución de órdenes antijurídicas, son discutibles desde la perspectiva del derecho internacional y por tanto deben reformarse. El derecho penal internacional exige, en principio, la obediencia "reflexiva", de modo tal que sólo en casos excepcionales es posible la exoneración del subordinado por el cumplimiento de órdenes antijurídicas que tienen como consecuencia graves violaciones de los derechos humanos. Una exención de la punibilidad es, en principio, solamente posible cuando no se puede reprochar el hecho personalmente al subordinado. Las disposiciones domésticas, especialmente el art. 100 del CPM colombiano, el art. 20 N$^{os.}$ 8 y s. del CP peruano, los art. 355 y ss. del CJM chileno y el art. 514 del CJM argentino, deben ser modificados o complementados.[16]

5. Las violaciones a los derechos humanos especialmente graves y frecuentes —*torturas, ejecuciones extralegales, "desapariciones forzadas"*— deben ser *tipificados* por las disposiciones internas, o estar descritos por lo menos en tipos similares existentes como formas especiales.[17] Las citadas violaciones a los derechos humanos se subsumen por lo general bajo el derecho penal vigente,[18] sin embargo, la práctica jurídica positivista y legalista de los órganos jurisdiccionales nacionales exige una consagración legal expresa. De otra parte existe el peligro de que los hechos citados, a falta de una consagración expresa en el ordenamiento penal, queden sin sanción por motivos eminentemente normativos. Las correspondientes propuestas legislativas existen[19] o pueden derivarse de los correspondientes instrumentos internacionales.

6. En el marco de una reforma amplia de la justicia[20] se requiere ante todo de una reforma del derecho procesal penal vigente. Actualmente existe en Latinoamérica la tendencia general de reemplazar el proceso inquisitivo escrito —no solamente pasado de moda, sino también ineficiente y discutible desde el punto de vista del Estado de derecho— por el proceso acusatorio oral, en donde parece preferirse el modelo europeo-continental de instruc-

[12] Ver González P., 1998.

[13] Cf. al respecto los argumentos en contra y en favor de una persecución penal Van Dyke/Berkley, 1992, pp. 244 y ss.

[14] Cf. cap. IV, 2.2.

[15] Cf. cap. IV, 2.3.

[16] Cf. cap. V, 2.

[17] *UN-ECOSOC-CHR,* 1995a, par. 926a (con relación a las torturas); *AI,* 1994, p. 9; *Informe,* 1991, pp. 859 y s.

[18] Cf. con respecto a los citados delitos ya *supra* cap. II, notas 50, 61 y 216.

[19] Cf. —además de las disposiciones colombianas y peruanas sobre "desaparición forzada" (cap. II, nota 216)— por ejemplo *Liga,* 1992, pp. 57 y s. (propuestas para la torturas y "desapariciones forzadas").

[20] *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos,* 1991, pp. 281 y ss. Informaciones básicas sobre los sistemas judiciales de la región andina (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela) se encuentran en *Alto Comisionado/CAJ,* 1998; sobre la reforma judicial en la región andina ver *CAJ,* 1999, pp. 106 y ss.

ción mixta al modelo angloamericano acusatorio.[21] Con miras a una disminución de la impunidad se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

a) La lucha eficiente contra la criminalidad —y con esto la lucha en contra de las violaciones a los derechos humanos— presupone *investigaciones* eficientes y cualitativamente aprovechables. El sistema acusatorio ofrece una *autoridad* competente —adecuadamente equipada personal y técnicamente— exclusivamente para esas investigaciones. Como el proceso inquisitivo no contempla una autoridad tal, debido al monopolio de la acusación y la sentencia en manos del juez, se ofrecen en el caso de un cambio de sistema dos posibilidades: o se crea una autoridad encargada de las investigaciones, como ocurrió por ejemplo, en Colombia con la "Fiscalía General de la Nación"; o se reestructura el "Ministerio Público" existente, tal y como se encuentra en la mayor parte de los Estados. Qué vía se toma tiene, en últimas, poca trascendencia. Lo importante es la creación de un órgano que tome en serio el deber de persecución basado en el principio de legalidad, y lo cumpla en forma efectiva. Esto presupone que este órgano debe tener adscrita una policía (criminal) que es instruida especialmente para tales funciones y realice las investigaciones necesarias bajo su supervisión.[22] Naturalmente, no se puede partir esquemáticamente de la existencia en cada país de una "Policía Técnica" o "Policía Judicial", sino que se debe atender a las correspondientes particularidades nacionales.[23] Partiendo de la crítica de que "[N]o hay investigación criminal en Colombia", *Orozco/Gómez*, por ejemplo, exigen "la concentración de los esfuerzos gubernamentales y privados en la construcción de un sistema de Policía Judicial eficaz, civilista e independiente de las Fuerzas Armadas y de Policía —militarizadas."[24]

Finalmente, no se puede pasar por alto el hecho de que la centralización de las competencias de investigacion resultado de la creación de un fiscal nacional, conlleva el peligro de un abuso de poder (caso colombiano). Por consiguiente, sería preferible la creación de fiscalías autónomas regionales, descentralizadas —similar al modelo de los Estados federales alemanes—. Esto presupone efectivamente una reforma de la organización estatal. Si esto no es posible, se tendrá que someter la actividad de una fiscalía centralizada a mecanismos de control democrático. Lo mismo vale para la actividad investigativa de la policía. Aquí también puede la descentralización disminuir el peligro del abuso de poder, emperò nunca es superfluo permitir controles democráticos.

b) Un mayor aumento de eficiencia de la actividad investigativa se puede lograr mediante el establecimiento de *fiscales especiales* para los casos de violaciones a los derechos humanos.[25] Estas autoridades especiales de instrucción existen en forma de "Procuradurías Delegadas" u "Oficinas Especiales" para los derechos humanos, sin embargo no tienen competencia alguna para realizar investigaciones de carácter penal. La existencia de estas autoridades evidencia el hecho de que la creación de fiscales especiales para derechos humanos con funciones de instrucción penal implica un cambio más pequeño que la implementación general del monopolio de la acusación.

c) La *participación de la víctima* en procesos penales por violaciones a los derechos humanos puede obstaculizar o, por lo menos, dificultar la impunidad. Un proceso penal moderno, conforme a los principios del Estado de derecho, debe proporcionarle a la víctima del delito la adecuada protección jurídica. El rol de las víctimas depende individualmente de las competencias que les reconozca el ordenamiento procesal penal. Un ordenamiento procesal "amistoso con la víctima" *(opferfreundlich)* deberá posibilitarle a la víctima o a sus parientes, por lo menos en casos de violaciones a los derechos humanos, una participación activa. En concreto, se deben garantizar especialmente los siguientes derechos:

- posibilidad de elevar una denuncia con independencia de la del Estado, en forma análoga a como acontece con la acusación privada;
- vinculación al proceso iniciado por el Estado como acusador accesorio;
- garantía de protección judicial (recursos) contra el sobreseimiento del proceso;
- pleno derecho de presentar solicitudes y de interrogar a las partes en todas las fases del proceso;

[21] Al respecto tiene especial significado nuevamente el proceso acusatorio de instrucción (cf. AMBOS, 1996a y 1998).

[22] Cf. *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos*, 1991, pp. 284 y ss.

[23] También aquí se puede pensar en varias soluciones. Lo más fácil sería trasladar una policía criminal ya existente y solamente instruirla. Es más difícil crear una nueva policía. En este caso es probable que —por motivos fácticos y estructurales— la estructura policial existente no puede ser tocada y, por tanto, sólo se podrán designar algunos funcionarios para la persecución penal (así funciona el modelo alemán que, sin embargo, es poco realizable en Latinoamérica).

[24] OROZCO/GÓMEZ, 1997, pp. 449-50.

[25] Cf. *Liga*, 1992, p. 61.

- garantía de un derecho de información a los parientes respecto de la permanencia o constitución de una persona detenida o coaccionada a través de otra medida; deberes de informacion correspondientes de las fuerzas de seguridad.

d) Además de la participación de la víctima se puede pensar también en la participación de determinadas organizaciones no gubernamentales (ONG's) de *derechos humanos.* Representarían en forma exclusiva o complementaria, como partes procesales, el interés público y los intereses de la víctima. En este sentido sirve como ejemplo el último proyecto de un nuevo CPP peruano, que prevé qué ONG's y asociaciones de utilidad pública pueden hacer denuncias y participar como actor civil en procesos de derechos humanos, cuando se pruebe una relación específica entre sus objetivos y el hecho, se trate de un delito oficial y la víctima no pueda participar por sí misma o autorizar su participación.[26] Con esto se cumple también con la exigencia general de un papel más significativo de las ONG'S en los procesos de derechos humanos.[27]

e) *Los plazos*, que limitan temporalmente las diferentes fases del proceso, especialmente en la fase investigativa, son un rezago del proceso inquisitivo escrito y se deben evitar por completo. Tales plazos favorecen la impunidad en el sentido de un "punto final",[28] como quiera que ordenan —a partir de un determinado momento— la conclusión de las investigaciones sin tomar en cuenta la valoración material del caso concreto, que posiblemente parecería justificar la continuación de la investigación. Estos plazos son, además, impracticables porque diferentes hechos punibles también implican diferentes dificultades fácticas y legales, y por tanto los plazos usados deben ser también diferentes y diferenciados. Las investigaciones en los casos de derechos humanos si bien, en general, no alcanzan el grado de dificultad (legal) de otro tipo de delitos, por ejemplo en materia de derecho penal económico, requieren, debido al bien jurídico protegido, en principio de plazos ilimitados.

f) La práctica y valoración de las *pruebas* debe ser libre, y no estar vinculada legalmente. Exigencias legales en materia probatoria (la así llamada "prueba legal" o "tasada") son un rezago del proceso escrito y limitan la determinación judicial de la verdad sin fundamento material. Pueden impedir sentencias condenatorias (así como absolutorias) por motivos meramente formales, a pesar de que el juez —"según su libre convicción extraída de la totalidad del debate" (§ 261 StPO)—[29] llega a otra conclusión.

g) La posibilidad de invocar la acción civil indemnizatoria debe ser independiente del desarrollo del proceso penal.[30] El efecto de la prejudicialidad del proceso penal sobre tales acciones no se justifica, especialmente cuando los daños, las víctimas y los autores pueden ser identificados.

7. También, por fuera del proceso penal se deben considerar adecuadamente los *intereses de la víctima.*[31] Si las victimas no reciben una satisfacción mediante la condena de los autores —por causa de la impunidad—, deberán por lo menos ser "indemnizados" o "reconciliados" extrapenalmente. Se deben diferenciar dos niveles. De una parte, se debe intentar, en lo posible, el restablecimiento de la situación original de la víctima, es decir se busca una restitución natural. En esto se deben considerar los pagos de compensación financiera, el derecho de regreso al país de origen, el restablecimiento del cargo o de la función perdida, y medidas similares.[32] De otra parte, parece mucho más importante —con relación a una verdadera reconciliación de la sociedad y a una pacificación—[33] tomar en serio y apaciguar el dolor y la situación de las víctimas y de sus parientes; es decir, de tomar medidas que tengan como objetivo abarcar los aspectos inmateriales de las violaciones a los derechos humanos, vinculados a la imposibilidad de restablecer la situación original. Se pueden retomar ante todo las experiencias con tales formas, simbólicas y públicas, de la compensación, en aquellos lugares en donde se han creado las conocidas *Comisiones de verdad y reconciliación.*[34] Esas ex-

[26] Art. 83 Proyecto CPP, aprobado el 9/10/1997 por el Congreso. El proyecto original contenía también esa posibilidad en el art. 103.

[27] *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission,* 1993, par. 131 N° 3.

[28] Cf. sobre la discusión argentina, cap. III, 3.2.2.1.

[29] Traducción de MAIER,1982, p. 225. La traducción de GÓMEZ COLOMER (1985, p. 365) reza: "según su libre convencimiento formado de la totalidad de la vista".

[30] Cf. *OAS-IACHR,* 1993, p. 215.

[31] Cf. VAN BOVEN, 1998; SALVIOLI, 1998.

[32] *OAS-IACHR,* 1993, p. 215; *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission,* 1993, par. 127; *Liga,* 1992, p. 18; *AI,* 1994, pp. 9 y ss.; ROHT-ARRIAZA, 1995, pp. 290 y s.; JOYNER (comp.), 1998, pp. 393 y ss. (en particular ALMEIDA, 1998; BOWRING, 1998; SCHABAS, 1998); desde la perspectiva del derecho europeo comparado, GREER (comp.), 1996.

[33] Sobre el efecto pacificador como objetivo de la prevención positiva general *(Integrationsprävention)* cf. ROXIN, 1997, pp. 50 y s. (§ 3 I, nm. 27).

[34] Cf. especialmente *Informe,* pp. 1991, 823 y ss. Sobre las "comisiones de verdad" en general: *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission,* 1993, par. 127, 130; *Liga,* 1992, pp. 16 y ss.; *AI,* 1994d, pp. 105 y ss.; CUYA, 1995/6; ROHT-ARRIAZA, 1995, pp. 282 y ss.; KRITZ (ed.), 1995, t. I, pp. 223 y ss.; LANDSMAN, 1996; HAYNER, 1996; RATNER/ABRAMS, 1997, pp. 193 y ss.; JOYNER (comp.), 1998, pp. 213 y ss. (sobre todo el resumen de HAYNER y las contribuciones de MÉNDEZ y ROHT-ARRIAZA); ZALAQUETT, 1998, 125 y ss.; BEIGBEDER, 1999, pp. 104 y ss.; sobre El Salvador, CRAHAN, 1996; CASSEL, 1998; sobre el derecho a la verdad en el contexto argentino: ABREGÚ, 1996.

periencias pueden ser desarrolladas y recomendadas a todas las sociedades que hasta ahora no las practican. Ya el análisis de algunos o de un caso ejemplar puede contribuir a la clarificación del pasado y a la reconciliación de la sociedad. Un tratamiento de las violaciones de los derechos humanos,[35] orientado hacia el valor de "verdad-justicia-reconciliación", no puede ciertamente sustituir la penalización de los autores, pero al menos debe, como objetivo mínimo *imponible* políticamente, establecer los presupuestos para el reconocimiento de los daños sufridos por las víctimas y de los errores cometidos por los autores, y así preparar una verdadera reconciliación a largo plazo. Si se piensa, por ejemplo, en la situación chilena, existe —a pesar de toda la oposición respecto de perseguir penalmente los hechos pasados— un consenso social en un punto: la búsqueda de la verdad, y en concreto de las personas "desaparecidas", debe ser posible en toda sociedad civilizada.[36] Este consenso, prerrequisito fundamental de la civilización, ha sido, sin embargo, suprimido y olvidado por los acontecimientos en el caso *Pinochet*.[37]

8. La creación adicional de *instituciones nacionales* para la protección de los derechos humanos, por ejemplo el "Defensor del Pueblo",[38] basado en el Ombudsman escandinavo, u Oficinas internacionales de derechos humanos,[39] tiene sentido, siempre y cuando dichas instituciones contribuyan realmente a la protección de los derechos humanos y no se establezcan solamente como expresión simbólica de una política de derechos humanos sin efectos reales. El Defensor del Pueblo juega seguramente un importante rol, especialmente en la toma de una consciencia en materia de derechos humanos y "como un espacio que desde dentro del aparato del Estado ejerce un mecanismo permanente de protección de los derechos humanos y de supervisión de la conducta de la administración".[40] Puede contribuir además —ya sea en el ámbito constitucional o legislativo—[41] a la atenuación de la impunidad, en la

[35] *Informe*, 1991, pp. 867 y ss.

[36] En este sentido la motivación del proyecto de ley de la oposición sobre la cuestión de la lucha en contra del pasado (cf. cap. III, 3.2.1.2.). Cf. también *UN-ECOSOC-CHR*, 1996c, par. 471: "...no se pueden considerar aclarados los casos de desaparición hasta tanto no se conozca el paradero de las víctimas" (traduc. del inglés).

[37] Sobre ello ver cap. VII, 2 y 3.

[38] Al respecto *UN-ECOSOC-CHR*, 1995a, par. 926 g); *CAJ*, 1995b; *id.*, 1996, pp. 59, 182; *id.*, 1999, pp. 99 y ss.; *Informe*, 1991, pp. 855 y ss.; críticamente Rohr-Arriaza, 1995, p. 292. Cf. también así como la "Declaración del Foro Internacional sobre Defensoría del Pueblo", Lima, 2/7/1996 (*IA* 114/julio 1996). Sobre Perú: Santistevan, 1997 y 1998; sobre Venezuela: Hochman, 1998.

[39] Ver, por ejemplo, para la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Colombia: Mazarrasa, 1997.

[40] García-Sayán, 1998, p. 48.

[41] Cf. el resumen de la ley en la revista de la *Asociación Iberoamericana del Ombudsman*, N° 3 (1994), pp. 109 y ss. Cf. también Gil-Robles y Gil-Delgado, 1994, especialmente pp. 64 y ss.; Madrid-Malo Garizábal, 1994; Quinzio Figueiredo/Zúñiga Urbina, 1994; *CAJ*, 1995a; 1996, p. 59.

medida que haga pública la comisión de determinados delitos, inicie directamente las investigaciones y recomiende determinadas medidas. Sin embargo, no se debe pasar por alto que esa institución, así como las "Comisiones de la Verdad", no tienen, en lo general, —contrariamente a como acontece con el Ministerio Público o la Procuraduría— capacidad sancionatoria penal ni disciplinaria.[42] El "control defensorial" es en esencia preventivo y no represivo. A esto se añade el hecho de que existen entre estas autoridades —Defensoría por un lado, Ministerio Público por otro— no pocas veces problemas de delimitación funcional.[43]

La relativización funcional mencionada es válida naturalmente en mayor medida para las autoridades que solamente tienen deberes de información y vigilancia. En esto existe una interesante relación entre las exhortaciones de los órganos de control del sistema internacional para la protección de los derechos humanos y la creación de tales órganos especialmente en los respectivos Estados a los que se dirigen esas exhortaciones. A veces, surge la impresión y aún sospecha de que estos órganos nacionales son el resultado de una política simbólica de los derechos humanos y se trata de una simple actividad, que no tiene ningun efecto para la situación *real* de los derechos humanos en el respectivo país. La consecuencia es más la de una confusión de competencias y una *burocratización de la protección de los derechos humanos* que la de un mecanismo de protección verdaderamente eficiente.

Con miras a la impunidad lo único importante es si se llega finalmente a que se den investigaciones penales serias y —donde sea necesario— sentencias condenatorias. Tales sanciones penales son obligatorias desde el punto de vista del derecho internacional y no pueden ser reemplazadas por sanciones administrativas o disciplinarias.[44] Corresponden exclusivamente a la justicia penal, y para esto no se requiere ninguna otra institución de derechos humanos. Además, estas otras organizaciones, como muestra el lamentable

[42] Cf. sobre la delimitación en Colombia Madrid-Malo Garizábal, 1994, pp. 91 y s.; en general sobre las competencias Gil-Robles y Gil-Delgado, 1994, p. 82. Sobre las sanciones civiles y administrativas, Rohr-Arriaza, 1995, pp. 288 y ss.; Van Dyke/Berkley, 1992, p. 246.

[43] Así por ejemplo, el defensor colombiano es parte del Ministerio Público (art. 281 de la Constitución) y tiene funciones similares a las del Procurador para los Derechos Humanos. El Defensor debe, como lo explicaba Jaime Córdoba Triviño cuando desempeñaba el cargo, actuar en forma "complementaria" (citado en Madrid-Malo Garizábal, 1994, p. 87); sin embargo, no se pueden negar los problemas de delimitación de funciones que se presentan (en forma crítica también Gil-Robles y Gil-Delgado, 1994, p. 71).

[44] Cf. en principio por ejemplo, la motivación de la decisión proferida por el CDH el 25/10/1995 en el caso *Bautista vs. Colombia*, par. 8.2.: "...purely disciplinary and administrative remedies cannot be deemed to constitute adequate and effective remedies within the meaning of article 2, par. 3, of the Covenant..." (Doc.-ONU. CCPR/C/55/D/563/1993 = HRLJ 1996, 19).

caso colombiano,[45] no pueden necesariamente garantizar la protección de los defensores de los derechos humanos

9. Para que el *Poder Judicial* desempeñe un rol más positivo en la lucha en contra de la impunidad se requiere, en primer lugar, el fortalecimiento de su *independencia e imparcialidad.*[46] Si un juez penal que decide casos de derechos humanos se ve sometido a sanciones disciplinarias, o a amenazas físicas, raramente juzga objetivamente. Un juez sólo puede ejercer su funciones de conformidad con el Estado de derecho cuando cuenta con la garantía de su independencia material y personal.[47] Ciertamente, no se trata sólo de un problema político-constitucional. El exagerado positivismo y formalismo legal de la mayor parte de los jueces latinoaméricanos tiene su fundamento en una *formación* jurídica descriptiva y repetitiva. El promedio de los jueces penales por ejemplo, aplica una disposición de conformidad con el simple tenor literal, sin servirse de los métodos de interpretación reconocidos.[48] En la mayor parte de los Estados falta una formación judicial en sentido estricto. Por ejemplo, la directora de la recién creada "Academia Judicial" chilena, Leonor Etcheberry, anota que no se puede aprender nada de los vecinos latinoaméricanos, pues allá tampoco existe una formación judicial.[49]

A esto se añade la *falta de conocimiento del derecho internacional,* en el caso excepcional en que esté tomado en cuenta, la decisión judicial se limita usualmente a la simple cita de determinadas disposiciones; su interpretación o la discusión crítica de su contenido es una búsqueda en vano —en forma similar a lo que ocurre con el derecho nacional—.[50] Por ello, se requieren reformas fundamentales del sistema educativo, con el objetivo de que la

[45] En Colombia los grupos paramilitares, en particular las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) de Carlos Castaño, aumentaron recientemente las presiones y atropellos contra los abogados defensores y las ONG's de derechos humanos (cf. *NA*, 22.21999, pp. 1 y s.; <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/>).

[46] *OAS-IACHR*, 1993, pp. 214 y s.; *AI*, 1994, p. 10; *CAJ*, 1994, p. 122; 1996, p. 182; *Informe*, 1991, pp. 843 y ss.; Rohr-Arriaza/Gibson, 1998, 877 y ss.; en cuanto a la CIDH y la CorteIDH ver Fáundez L., 1998.

[47] La independencia *material* se relaciona con la libertad de decisión sin la influencia del Ejecutivo y del Legislativo. La independencia *personal* incluye la prohibición fundamental del retiro del cargo y del traslado, así como la independencia financiera (cf. art. 97 GG alemán).

[48] *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos*, 1991, pp. 283 y ss.; *Informe*, 1991, pp. 844 y s.

[49] Entrevista, Santiago de Chile, 24/1/1996. Ver también la reciente publicación de la Comisión Andina de Juristas *(CAJ/Alto Comisionado*, 1999, pp. 165 y ss.) con informes sobre formación y capacitación de jueces en Colombia, Chile, Perú, Venezuela, Bolivia y Ecuador.

[50] Cf. por ejemplo, la jurisprudencia sobre "leyes de impunidad" analizada aquí (cap. III, 3.2.1.1. y 3.2.2.1.) o sobre la competencia de la justicia militar (cap. IV, 2.1.1.).

toma de decisiones judiciales se oriente no sólo en el simple tenor de la ley, sino en el "derecho" y la "justicia", en los "fines del derecho".[51]

10. Investigaciones penales más eficientes presuponen la eliminación de los numerosos *mecanismos fácticos* de la impunidad. En particular, se debe prohibir y evitar la actuación clandestina de las fuerzas de seguridad en el caso de detenciones y de otra medidas coercitivas.[52] Los vehículos sin placa, los policías o miembros del ejército no identificables, los centros de reclusión secretos son inaceptables en una Estado de derecho y por tanto, deben prohibirse bajo amenaza de sanción penal.

11. Mientras que la policía o los militares consideren las violaciones de derechos humanos como mal necesario de su actividad y no reconozcan el injusto de sus hechos,[53] la consecuente persecución penal tampoco podrá evitar futuras violaciones a los derechos humanos. Por tanto, la finalidad prevalente de la política criminal en materia de derechos humanos deberá ser la creación de una *conciencia (del injusto) con respecto a los derechos humanos al interior de las fuerzas armadas.*[54] En esto se puede partir del hecho de que los miembros de las fuerzas de seguridad reclutados en el momento de la redemocratización dispongan ya de una conciencia tal, o son más abiertos a los cambios respectivos.

En este contexto se deben institucionalizar también fuertes *mecanismos de control interno* a efectos de evitar o restringir las violaciones de derechos humanos.[55] No basta, por tanto, una reducción del número de tropas o una formación más técnica o civil de los militares como recientemente propuesto por el presidente peruano Alberto Fujimori.[56] Se debe permitir la objeción de conciencia contra el servicio militar.[57]

[51] *Informe*, 1991, p. 844.

[52] Cf. *AI*, 1994d, pp. 101 y s.; al respecto también las medidas propuestas en *Informe*, 1991, pp. 856 y ss.

[53] Cf. al respecto Heinz, 1993, aquí p. 103, con base entrevistas sostenidas con 40 antiguos miembros de las Fuerzas Armadas, determinó que para ellos se había librado una guerra: "...lo único que importa en la guerra es ganar. Los asuntos relativos a los métodos son secundarios...". Bastante similares son las justificaciones del antiguo miembro de la marina argentina Francisco Scilingo: "En una guerra uno es el que limpia, otro el que cocina y otro el que mata... cuando uno está en la guerra, uno no piensa. Él (la víctima, nota del autor) es el enemigo" (Verbitsky, 1995, p. 42).

[54] Cf. *CAJ*, 1994, p. 121: "...introducir en su formación académica y conducta funcional criterios institucionales que reafirmen su respeto a los derechos humanos..."; similarmente *CAJ*, 1996, p. 182. Detalladamente también, *Informe*, 1991, pp. 852 y ss., 861 y ss.

[55] Cf. las recomendaciones para Bolivia en *HRW/A*, 1995b, pp. 4 y s.; similar Kreuter, 1997, p. 392.

[56] Cf. *NA*, 22/2/1999, p. 7.

[57] Ver la decisión de la CS de Paraguay (con comentario) en: *IIDH*, 1996, pp. 283 y ss.

12. Al nivel de la sociedad en general se trata de una *nueva definición de la posición social de las fuerzas armadas.* Las fuerzas armadas deben concebirse como *parte* del Estado de derecho democrático y no como un institución al margen de éste. Deben admitir un intercambio con la sociedad civil que les rodea, a efectos de alcanzar una aceptación e integración social de conformidad con su significado. Deben aceptar finalmente que su tarea fundamental es la protección de la sociedad civil frente a una agresión externa,[58] y no se legitimen como un fin en sí mismo o como árbitros políticos. Este proceso de autoconocimiento es largo, empero en vista del creciente *fortalecimiento de la sociedad civil,*[59] no es imposible.

13. Si todas esas recomendaciones no tienen éxito, queda como última esperanza en contra de la impunidad general la nueva *justicia penal internacional permanente* recientemente establecida.[60] Sin embargo es dudoso que ésta pueda ser más eficiente que los mecanismos de protección universales y regionales ya existentes, o la colaboración jurídica entre Estados o las posibilidades de protección que brinda el derecho civil. Los trabajos preparatorios al Estatuto de Roma y el mismo Estatuto hacen evidente que en realidad se trata más de una responsabilidad penal individual de los autores que de una de una protección jurídica plena individual para las víctimas. Esto, ciertamente, ya es un avance, mejor que ninguna Corte Penal Internacional, pero el régimen de la competencia formal de la Corte, como defecto más importante del Estatuto, es tan limitada que, por lo menos en el futuro mediano, la Corte no puede plenamente sustituir otros mecanismos de protección de los derechos humanos.[61] Esto se aplica de manera especial a la persecución penal de violaciones a los derechos humanos por terceros Estados con base en los principios de personalidad (activa o pasiva), protección o universalidad como bien muestra la persecución de ex militares argentinos y del ex general Pinochet por Estados europeos.[62] Por otro lado, la Corte depende, en última instancia, de la colaboración *estatal.*[63] Esta dependencia del "goodwill" de los Estados ya ha sido analizada

[58] *CAJ,* 1994, p. 121; *Informe,* 1991, p. 852.

[59] Al respecto en ROHT-ARRIAZA, 1995, pp. 292 y s.

[60] Cf. *Rome Statute of the International Criminal Court,* adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998, Doc. ONU A/Cf. 183/9 (http://www.un.org/icc; ILM 1998, 999). Cf. AMBOS, 1996b, 1998g y 1999b.

[61] Cf. crít. sobre la competencia restringida de la Corte, AMBOS, 1998g y 1999b, pp. 179 y ss. con más referencias.

[62] Cf. cap. VII. Sobre la persecución de violaciones de derechos humanos en los EE.UU., ver OSOFSKY, 1997.

[63] Ver en KRESS, ALBRECHT/FIJNAUT/AMBOS (eds.), 1998.

por el juez italiano *Cassese* con respecto a la experiencia del Tribunal *ad hoc* para la antigua Yugoslavia.[64]

14. La discusión relativa a una justicia penal internacional conduce de una parte al reconocimiento, ya avanzado, del derecho penal internacional dentro de la comunidad internacional de Estados, y de otra parte a su *responsabilidad.* Ciertamente, le corresponde a los Estados nacionales, especialmente al órgano judicial, tomar en cuenta el derecho internacional más de lo que se ha hecho hasta ahora;[65] sin embargo, la comunidad internacional de Estados debe dejar en claro, al mismo tiempo, que el incumplimiento con las obligaciones del derecho penal internacional, que no es suficientemente justificada, conllevan una condena internacional y una eventual sanción.[66] Gobiernos en transición y Estados violadores de derechos humanos tienen que comprender que el derecho internacional —así como el derecho nacional— requiere de validez e implementación. Sólo el estricto cumplimiento con el derecho internacional convierte una democracia formal en una verdadera democracia. Esto es válido de manera especial, cuando se trata de la validez de los derechos humanos fundamentales. Como la exigencia de validez del derecho internacional es independiente de una determinada coyuntura política, la resistencia política interna no justifica sin más de prescindir del cumplimiento de los deberes de penalización previstos en el derecho internacional. "To contend otherwise" como bien señalan *Reisman/Koven Levit,* "would signal the end of international law...".[67]

[64] CASSESE, 1998, pp. 2 y ss.

[65] Cf. ROHT-ARRIAZA, 1995, pp. 295 y s.

[66] *Ibid.*, pp. 298 y s., 302 y ss.

[67] REISMAN/KOVEN LEVIT, 1996, p. 419 ("Argumentar de otra manera... señalaría el fin del derecho internacional").

Capítulo VII

*Consideración especial. El caso Pinochet y el derecho aplicable**

1. Competencia penal de los Estados europeos.
2. Cuestiones relativas a la extradición.
3. Inmunidad de un ex jefe de Estado.
4. Conclusión.

* La traducción es de *Enrique Anarte Borrallo*, de la Universidad de Huelva. Agradezco sus sugerencias a Rosa Giles Carnero, Fernando Moreno Moreno y, especialmente, a Cándido Romero Sánchez, compañeros de dicha Universidad. El texto alemán original fue publicado en el primer número de 1999 de la revista alemana *Juristen Zeitung (JZ,* pp. 16 a 24), si bien el propio autor lo ha actualizado y revisado, particularmente para dar cabida a la nueva decisión de la *House of Lords* del 24 de marzo de 1999 [nota del traductor].

El autor hace constar su agradecimiento al profesor Dr. Dr. h.c. Albin Eser, al profesor Richard Vogler y al traductor de este artículo, así como a las personas mencionadas en la nota al pie 27 por sus valiosas indicaciones.

El juez instructor español Baltasar Garzón solicitó el 14 de octubre de 1998 a las autoridades británicas la detención provisional de Pinochet, que fue por ello detenido en Londres el día 16 del mismo mes. El arresto desató en varios países europeos una oleada de denuncias contra Pinochet, presentadas tanto por nacionales de estos países como por exiliados chilenos. El Gobierno español solicitó la extradición de Pinochet el 6 de noviembre de 1998. Asimismo, en otros países se presentaron solicitudes de extradición. La House of Lords negó a Pinochet la inmunidad el 25 de noviembre por tres votos contra dos[1] *—contrariamente a una decisión de la Hight Court del 28 de octubre—.*[2] *En base a esta decisión, el Ministro del Interior británico autorizó la tramitación de la extradición.*[3] *Sin embargo, en una actuación sin precedentes, la decisión de los lores fue anulada el 15 de enero de 1999 por los vínculos existentes entre uno de los jueces, Lord Hoffmann, y Amnistía Internacional.*[4] *La segunda decisión de la House of Lords del 24 de marzo de 1999, aunque confirmó en su orientación general la primera, respecto a las restricciones de la inmunidad impuestas por el derecho penal internacional, limitó considerablemente los delitos a los que quedaba referida la extradición, que quedaron reducidos a los cometidos con posterioridad al 29 de septiembre de 1988 (fecha de la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura en el Derecho interno británi-*

1 *House of Lords, Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others,* ex parte *Pinochet Ugarte,* decisión del 25/11/1998 (Lords Slynn of Hadley, Lloyd of Berwick, Nicholls of Birkenhead, Steyn y Hoffmann), *Weekly Law Reports (WLR)* 1998, vol. 3, p. 1456 y ss. (aquí citado por página). También: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld/ldhome.htm>.

2 *High Court, The Queen v. Nicholas Evans* et al., ex parte *Augusto Pinochet Ugarte,* judgement 28/10/1998 <http://tap.ccta.gov.uk/courtser/> (en lo sucesivo, se citará por parágrafos).

3 *Home Office.* Organised and International Crime Directorate. Judicial Co-operation Unit, Decisión del 9/12/1998 [archivo del autor].

4 *House of Lords, Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others,* ex parte *Pinochet Ugarte* (N° 2), decisión de 15/1/1999 (Lords Browne-Wilkinson, Goff of Chieveley, Nolan, Hope of Craighead y Hutton), *WLR* 1999, vol. 2, p. 272 y ss.

co).[5] *El Ministro del Interior británico se vio por ello obligado a reconsiderar su decisión inicial, si bien ha vuelto a dar luz verde al procedimiento de extradición el 15 de abril de 1999. En consecuencia, el auto de detención contra Pinochet fue renovado el 16 de abril.*[6]

1. *Competencia penal de los Estados europeos*

1.1. España

La justicia española basa su competencia en el art. 23 apart. 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) del 1° de julio de 1985 según la cual los tribunales españoles son competentes en caso de genocidio (a), terrorismo (b), ...y otros delitos que deban ser perseguidos según convenios internacionales (g). Esta competencia es universal, es decir, no está vinculada con la nacionalidad del delincuente o de la víctima ni con el lugar del hecho. El único requisito es que estos hechos sean punibles según el derecho penal español.

Sin embargo, y así lo pone de manifiesto el Fiscal General del Estado español, es discutible que en Chile se cometiera algún delito de genocidio o terrorismo en el sentido de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La existencia de genocidio (art. 607 del CP) es cuestionable, en particular, porque los grupos políticos no han sido incluidos expresamente en su ámbito de protección.[7] Si bien el juez instructor español *Baltasar Garzón* admite que los grupos políticos no están comprendidos expresamente en el tipo, no acepta que la "destrucción de grupos por motivos políticos" quede al margen del mismo. Más bien, se da el tipo de genocidio cuando "esas motivaciones políticas se concretan en un grupo nacional, étnico-racial o religioso".[8] La *Audiencia Nacional* incluso va más allá, puesto que no considera el

[5] *House of Lords, Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others,* ex parte *Pinochet Ugarte* (N° 3), decisión de 24/3/1999 (Lords Browne-Wilkinson, Goff of Chieveley, Nolan, Hope of Craighead, Hutton, Saville of Newdigate, Millett y Phillips of Worth Matravers), *WLR* 1999, p. 827 y ss. La edición en Internet <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld/ldhome.htm> consta de diez partes. Aquí se citarán la parte (con números romanos) y la página (con números árabes) correspondientes.

[6] <http://www.elmercurio.cl/Canales/nacional/portada/pinochet/especial_dia_d.asp>

[7] Precisamente por ello se negó en un dictamen del *Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional* (MPI) la existencia de genocidio en un caso de desaparición de un ciudadano alemán en Argentina, Ambos (con Ruegenberg/Woischnik), *Europäische Grundrechte Zeitung (EuGRZ),* 1998, pp. 468 y ss., en castellano (entre otros) en: *Plataforma Argentina contra la impunidad* (ed.), "Contra la impunidad (Simposio contra la impunidad y en defensa de los derechos humanos)", Barcelona, 1998, p. 266 y ss.; también: <http://www.iuscrim.mpg.de> -> "Aktuelles".

[8] Cf. la demanda de extradición de Baltasar Garzón, en: *El País* (Madrid), 4/11/1998, pp. 6 y s. (7) <http://www.elpais.es>.

silencio sobre el grupo político como una "exclusión indefectible" y parte de una concepción social-colectiva del tipo, en base a la cual también deben considerarse incluidos en el ámbito de protección del precepto (otros) grupos nacionales.[9] Esta amplia interpretación del tipo concuerda en sus resultados con una nueva interpretación *iusinternacionalista* defendida por Van Schaack,[10] según la cual la prohibición de genocidio tiene carácter de *ius cogens*[11] y, como tal, alcanza —no obstante la relativización del tipo que resulta del derecho internacional convencional— también a los grupos políticos. De seguir esta interpretación, existiría también un punto de apoyo legítimo (con base en el derecho internacional) para aplicar extensivamente el derecho penal nacional al genocidio de grupos políticos.[12] Sin embargo, en razón del principio *nullum crimen*, en especial por lo que hace a la exigencia de determinación, cabe poner en cuestión una interpretación del tipo que no encuentre amparo alguno en la letra del precepto.

Además, la justicia española parte de la existencia de delitos de terrorismo (arts. 571 y ss. CP), puesto que el orden constitucional de Chile habría sido subvertido por el *golpe de Pinochet* de 1973, al ser derrocado un presidente elegido constitucionalmente por medios inconstitucionales.[13] Por otra parte, las numerosas violaciones de los derechos humanos habrían sido cometidas por una "banda armada", en el sentido del art. 571 del CP, pues los responsables no habrían actuado en ejercicio regular de funciones públicas, sino clandestinamente, con desprecio del orden jurídico formalmente vigente. Con ello el concepto político-sociológico del *terrorismo de Estado* alcanza por vez primera —y de forma clara— reconocimiento judicial.[14]

[9] *Audiencia Nacional, Pleno de la Sala de lo Penal,* rollo de apelación 84/98, sección 3, sumario 19/97, Juzgado Central de Instrucción 5, 4/11/1998 (Argentina), pp. 8 y ss. (12) e *ibidem,* rollo de apelación 173/98, sección 3, sumario 1/98, Juzgado Central de Instrucción 6, 5/11/1998 (Chile), pp. 7 y ss. (10 y s.). <http://www.elpais.es>.

[10] Van Schaack, *The Yale Law Journal,* 1997, 2259 y ss. (2261 y s., 2272 y ss., en especial 2280 y ss.) con más referencias. Se opone también a la laguna de punibilidad en caso de grupos políticos, Paust, *Case Western Reserve Journal of International Law,* 1986, 283, 292 y ss.

[11] Según el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Doc. ONU A/CF. 39/11/Add. 2; para Alemania: BGBl. 1985 II 925; para la versión española: Boletín Oficial del Estado = BOE, 142, del 13 de junio de 1980 [n.b.]), *ius cogens* es "una norma imperativa de derecho internacional general ...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".

[12] Cf., más detenidamente, Ambos (nota 7), p. 470.

[13] Cf. Baltasar Garzón (nota 8), p. 7; *Audiencia Nacional* (nota 9), 4/11/1998, p. 13 y s.; 5/11/1998, pp. 11 y ss.

[14] Cf. *Audiencia Nacional* (nota 9), 4/11/1998, pp. 13 y s.; 5/11/1998, pp. 12 y s., con referencia expresa a Quintano Ripollés.

Por el contrario, no hay duda de que en Chile se cometieron hechos contemplados en la *Convención de Naciones Unidas contra la Tortura* de 1984.[15] En tal caso procedería la competencia penal española en virtud del art. 23 ap. 4 g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que —de modo similar al § 6 N° 9 del Código Penal alemán (StGB)— se remite a convenios internacionales penales,[16] como precisamente sería dicha Convención.[17] Vale la pena señalar que la (última) decisión de la *House of Lords* se apoya exclusivamente en los delitos de tortura y conspiración para la tortura e ignora los otros cargos, porque ya fueron rechazados por el Ministro del Interior en la primera de sus decisiones que autorizaba el procedimiento de extradición (genocidio)[18] o porque no constituyen delitos que dan lugar a la extradición según el derecho británico (en particular, el secuestro, según la "Taking of Hostages Act 1982").[19] En cuanto a la tortura, la *House of Lords* reconoce que rige el principio de justicia universal.[20]

No obstante, es preciso preguntarse si la competencia penal nacional puede fundamentarse retroactivamente, pues los hechos en litigio fueron cometidos antes de 1984. A este respecto, el fin de la prohibición de retroactividad no contradice una fundamentación retroactiva de la *competencia* jurídico-penal aplicable. La prohibición de retroactividad protege la confianza del sujeto en que no será castigado por una conducta que no era punible en el momento de realizarla.[21] Pero, los hechos en cuestión eran punibles en los Estados correspondientes —y, en particular, también en Chile— en el momento de su comisión.[22] El delincuente no merece protección, de modo que la no persecución en su propio país (Chile) constituye, en cualquier lugar y para siempre, un impedimento procesal para la persecución penal internacional o interestatal. Aunque existiera una violación de la prohibición de retroactividad, dicha violación debería ceder ante la gravedad de los crímenes internacionales aquí considerados. Si la misma Ley de Fronteras de la antigua República Democrática de Alemania (RDA) es considerada —en cuanto a la justificación de los disparos mortales en el muro— incompatible con los derechos humanos y, en consecuencia, inaplicable,[23] entonces, con más razón, tratándose de hechos mucho más graves, como la desaparición de personas o la tortura, la prohibición de retroactividad no puede evitar la persecución en estos casos. Por lo demás, contrariamente a lo que sucedía en el caso de los disparos mortales contra quienes intentaban traspasar el muro de Berlín, los delitos imputados al senador Pinochet carecían en el momento de su comisión de justificación formal alguna.[24]

La *Audiencia Nacional* también niega que se haya producido una violación de la prohibición de retroactividad respecto de la LOPJ vigente desde 1985, por tratarse de una norma procesal, a la que en principio no es aplicable dicha prohibición.[25] Asimismo, la *House of Lords*, en su primera decisión, niega la existencia de tal violación, ya que la competencia jurídica respecto de la extradición depende del momento del procedimiento (no del momento del hecho).[26]

El recurso al principio de justicia universal es necesario porque en España no rige el principio de la personalidad *pasiva* (§ 7 ap. 1 StGB) —basado en la nacionalidad de la víctima—. Su falta puede ser interpretada como un olvido del legislador español, pues, por una parte, en España rige el principio de la personalidad *activa* —basado en la nacionalidad del delincuente— (véase art. 23 ap. 2 LOPJ; §7 ap. 2 N° 1 StGB); y, por otra parte, la competencia jurídico-penal aplicable de los tribunales españoles se corresponde con la de

[15] GAOR 39th Session, Resolutions, p. 197 (para Alemania: BGBl 1990 II 247; para la versión española BOE 268, del 9 de noviembre de 1987 [n.b.]).

[16] Cf. *Baltasar Garzón* (nota 8), p. 7; *Audiencia Nacional* (nota 9), 4/11/1998, p. 14; 5/11/1998, p. 13.

[17] Según la Convención de Naciones Unidas contra la tortura todo Estado parte debe castigar él mismo los hechos o proceder a la extradición (arts. 5-8). La Convención, en especial el art. 5, contempla varios principios relativos al Derecho penal aplicable, entre otros el principio de justicia universal (véase más detenidamente Ambos, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997, pp. 172 y ss., en especial nota 47). La discusión acerca de si el § 6, nm. 9 StGB sólo es aplicable respecto de aquellos convenios que consagren el principio de justicia universal (a favor Tröndle, *StGB*, 1997, § 6, nm. 9; en contra —con razón— Schönke/Schröder—Eser, *StGB Kommentar*, 1997, § 6, nm. 10) resulta a este respecto irrelevante, pues para las torturas rige el principio de justicia universal (igualmente, Pepper, *Brooklyn Journal of International Law* 18, 1997, 372).

[18] Ver *supra* nota 3.

[19] *House of Lords*, nota 5, I 6 *(Browne-Wilkinson)* y, en particular, IV 2 y ss., V 1 y ss. (Hope of Craighead).

[20] *Browne-Wilkinson* afirma: "[T]he *ius cogens* nature of the international crime of torture justifies States in taking universal jurisdiction over torture wherever committed". (nota 5, I 7).

[21] No obstante, en favor de un entendimiento objetivo del principio y en contra de la mera protección de la confianza, Schreiber, *Gesetz und Richter*, 1976, 213 y ss. (219 y s.).

[22] El Código Penal chileno de 1874 castiga tanto el homicidio (art. 390) como diversos tipos de lesiones (arts. 395 y ss.).

[23] Cf. sólo *BGHSt* 39, 1, 14 (= *JZ* 1993, 199 con comentario de Fiedler), así como *BVerfGE* 95, 96 (=*Neue Juristische Wochenschrift* =*NJW* 1997, 929 = *EuGRZ* 1996, 538 = *JZ* 1997, 142 con comentario de Starck). A este respecto, con más referencias, Ambos, *Strafverteiger (StV)*, 1997, 39 y ss.; el mismo, *Juristische Arbeitblätter (JA)*, 1997, 983 y ss.

[24] Sobre la inaplicabilidad ("Unzuständigkeit") general de la prohibición de retroactividad en caso de crímenes de Estado especialmente graves, Naucke, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, 1996, pp. 47 y ss.

[25] *Audiencia Nacional* (nota 9), 4/11/1998, pp. 7 y s.; 5/11/1998, pp. 5 y s.

[26] *House of Lords*, nota 1, 1481 *(Lloyd)*. Conforme, Simma/Paulus, *Neue Züricher Zeitung*, 27/11/1998, p. 5.

los alemanes (véase sólo el art. 23 apart. 4° de la LOJP con relación al § 6 StGB). Ciertamente, estos argumentos no afectan en modo alguno a las referidas dificultades a que se ve expuesta la fundamentación de la competencia penal española en el principio de justicia universal.

1.2. **Otros Estados**[27]

La competencia penal de otros Estados europeos, en los que igualmente se han presentado denuncias contra Pinochet,[28] se basa en los principios de personalidad y/o de justicia universal.

a) En *Bélgica* los hechos cometidos fuera de su territorio sólo son punibles en los casos previstos por la ley (art. 4° Code Pénal, —CP).[29] Al respecto, el art. 10 ap. 5° Code de Procédure Pénale (CPP) contempla el *principio de la personalidad activa* y el art. 10 ap. 3 en relación con el art. 6° ap. 3 CPP el *principio de justicia universal* para determinadas modalidades de falsificación de moneda —de forma similar al § 6 N° 7 StGB—. Por otra parte, de acuerdo con disposiciones legales especiales, es posible la persecución universal de determinados hechos contemplados en acuerdos bilaterales, por ejemplo, acciones terroristas.[30] Mediante una ley del 16 de junio de 1993 se estableció la competencia judicial para perseguir violaciones graves de las Convenciones de Ginebra y sus dos protocolos adicionales. Se puso así (claramente) de manifiesto que estos delitos debían ser perseguidos universalmente con independencia de la naturaleza del conflicto.[31] Además, a través de la ley modificadora 230.399 del 10 de febrero de 1999,[32] se extiende el deber de persecución a los crímenes contra la humanidad cometidos en tiempo de paz o de guerra en el sentido del Estatuto de Roma,[33] incluyendo así, *inter alia*, la tortura.

[27] Por sus indicaciones a este apartado, agradezco a los colegas del MPI, que cito por orden alfabético: *Holger Barth*, Dr. Dr. h.c. *Karin Cornils*, Dr. *Sabine Gleß, Ivo Gross, Susanne Hein, Luc Reydams, Jan Woischnik* e *Ingeborg Zerbes* [nota del autor].

[28] En Gran Bretaña el *Attorney General* rechazó la acción privada haciendo uso de su derecho *nolle prosequi* (*The Times*, 29/10/1998, 1). La querella fue presentada después en Luxemburgo.

[29] Cf. Franchimont/Jacobs/Masset, *Manual de Procédure Pénale*, 1989, pp. 1063 y ss.

[30] *Ibidem*, pp. 1071 y ss. A propósito de la posibilidad —por entonces ficticia— de persecución penal de *Pinochet* en base al Derecho de Nuremberg por parte de los tribunales belgas, David, en: *Le Procès de Nuremberg*, 1988, pp. 89 y ss. (168 y ss.).

[31] Cf. Loi relative à la répression des infractions graves aux conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces conventions, en: *Les Codes Larcier*, t. II, Droit pénal, 1995, pp. 402 y s.

[32] "Loi relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire".

[33] Sobre ello, ver *infra* nota 97.

b) La competencia penal *alemana* resulta prioritariamente del *principio de personalidad pasiva*. El § 7 I StGB presupone —junto a la nacionalidad o la ascendencia germana de la víctima— que el derecho del lugar de comisión incluya preceptos penales que se correspondan con los del derecho alemán y que ninguna causa material de exclusión de la pena impida su castigo (requisito de la "identidad de la norma"). Al respecto cabe remitirse al Dictamen del MPI y al parecer en el caso *Pinochet* ya citados.[34]

c) La competencia penal *francesa* se basa igualmente en el *principio de personalidad pasiva* (art. 113-7 CP; art. 689-1 CPP). El *principio de justicia universal* rige en caso de delitos contra intereses estatales de Francia (art. 113-10 en relación con los arts. 410-1 bis y 414-9 CP) y también respecto de aquellos que se determinen en un convenio jurídico internacional, como es el caso de la tortura (art. 689-2 y ss. CPP).[35] El principio de justicia universal es acogido también por el art. 113-12 CP, que establece en base a convenios internacionales la competencia penal francesa respecto de hechos cometidos en Alta Mar.[36] Por último, el art. 212-1 CP castiga la "desaparición" ("enlèvements de personnes suivis de leur disparition") como "otro" delito contra la humanidad.

d) En *Italia* rige el principio de justicia universal, en especial con relación a convenios internacionales (art. 7° n° 5 *Codice Penale*;[37] similar al § 6 N° 9 StGB). Sin embargo, el principio de personalidad pasiva no rige, por lo que la situación jurídica es equiparable a la española.

e) En *Austria* se plantea como caso concreto el secuestro de 23 chilenos el 15 de junio de 1976 en la embajada búlgara en Santiago de Chile, que estaba bajo el protectorado austríaco. La competencia penal de Austria descansa por lo tanto en el *principio de protección*, que —en caso de violación de intereses nacionales— es aplicable

[34] Ambos (nota 7), 473 y ss.; <http://www.iuscrim.mpg.de> → Länderreferate

[35] Cf. Pradel, *Droit Pénal Général*, 1996, pp. 267 y ss. Acerca de la competencia penal en caso de tortura, cf. la sentencia de la *Cour de Cassation-chambre criminelle* del 6/1/1998, *Juris-Classeur Périodique (La Semaine Juridique)* II 10158, 1998, 1758 y ss., con comentario de Roulot.

[36] Art. 113-12: "La loi pénal francaise es applicable aux infractions commises au-delà de la mer territoriale, dès lors que les conventions internationales et la loi le prévoient".

[37] Cf. Riz/Bosch, *Italienisches Strafgesetzbuch/Codice Penal Italiano*, 1995, p. 31. Si bien el requerimiento del Ministro de Justicia italiano a la Fiscalía de Milán para que inicie actuaciones penales, apunta a primera vista a favor de la aplicación del art. 10 del *Codice Penale*, hay que excluirlo ya que de los tres requisitos acumulativos que contempla, de los cuales, el primero —la presencia del delincuente en territorio italiano— no se da.

inter alia también a los delitos de secuestro (§ 64 I N° 4 en relación con el §102 del Código Penal austríaco).[38]

f) La competencia penal de *Suiza* se fundamenta en el *principio de personalidad pasiva* (art. 5° del Código Penal suizo). Con relación al requisito de la punibilidad en el lugar del hecho, el *Schweitzer Bundesgericht* (Tribunal Federal suizo) decidió que bastaba la punibilidad material del hecho en cuestión, al margen de presupuestos procesales, como la denuncia penal.[39] De ello cabe deducir que la amnistía concedida por el Estado en que se cometió el hecho —como impedimento procesal— no tiene que ser atendida por los tribunales suizos. En supuestos de doble nacionalidad, Suiza, en principio, reconoce al Estado en que se produjo el hecho prioridad para la persecución.[40] Sin embargo, en nuestro caso no es aplicable este principio, puesto que en Chile no tuvo lugar persecución penal alguna. Por lo tanto, Suiza también puede sostener su competencia penal.[41]

g) En cuanto a los *países escandinavos*, el principio de *personalidad pasiva* rige en Suecia y Dinamarca —no así en Noruega—, pero sólo respecto de hechos que hubieran tenido lugar en un ámbito no sometido a la soberanía de ningún Estado o no reconocido por el derecho internacional (cap. 2, § 3, N° 5 del Código Criminal sueco-CCrimS; § 8 N° 3 del Código Penal danés-CPd).[42] El *principio de justicia universal* es aplicable en Suecia a los "delitos contra el derecho internacional" (cap. 2, § 3, N° 6 CCrimS), es decir, infracciones contra el derecho internacional humanitario (cap. 2 § 6 CCrimS), así como hechos realizados en el extranjero que estén sancionados con pena no inferior a cuatro años de privación de libertad (cap. 2 § 3 N° 7 CCrimS), como el asesinato, el homicidio, el secuestro (cap. 3 § 1, § 2; cap. 4 § 1 CCrimS) y el genocidio,[43] pero no así las coacciones mediante torturas (cap. 4 § 4 II CCrimS). Respecto de hechos cometidos en el extranjero, la iniciativa de la acusación pública corresponde en general al gobierno (cap. 2 § 5 II CCrimS). En Dinamarca rige el principio de justicia universal —de forma similar al § 6 N° 9 StGB— en base a los convenios interestatales que impongan una obligación de persecución penal (§ 8 N° 5 CPd). La competencia noruega se extiende —con independencia de la *lex loci delicti*— a determinados hechos cometidos en el extranjero por extranjeros (§ 12 I N° 4 a CPnor), como el homicidio doloso (§ 233 CPnor), la detención ilegal (§ 223 CPnor) y las coacciones mediante tortura (§ 222 I S. 2 en relación con el § 232 S. 3 CPnor). La persecución penal debe ser ordenada por el Rey (§ 13 I CPnor).

[38] Cf. FOREGGER/KODEK, *StGB*, 1997, § 64, p. 193; acerca del principio de protección en general TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht AT*, 1985, p. 32.

[39] *Schw. BGE* 99 IV, pp. 257 y ss., 262: "...la plainte est exclusivement une condition de la poursuite pénale et relève par conséquent de la procédure. La punissabilité n'en dépend pas...". Críticamente, SCHULTZ, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 110 (1974), pp. 377 y ss., 378 y s.

[40] Cf. BUGSTER, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 73 (1958), pp. 143 y ss., 147.

[41] Cf. *Schw. BGE* (decisiones del Tribunal Federal de Suiza) 121 IV, 145 ff., 149: "Cabe no obstante prescindir excepcionalmente de la formulación del requerimiento en el Estado donde se cometió el hecho, máxime cuando hay indicios concretos de que al delincuente no se le ha impuesto una pena justa, quedando sin protección alguna los intereses de la víctima" (traduc. del alemán).

[42] CORNILS/JAREBORG, *Das schwedische Kriminalgesetzbuch - Brottsbalken*, Friburgo i.Br. 1999 (en preparación); CORNILS/GREVE, *Das dänische Strafgesetz - Straffeloven*, Friburgo i.Br. 1997.

[43] Ley num. SFS 1964: 169.

2. *Cuestiones relativas a la extradición*

Las solicitudes de extradición se basan en el Convenio Europeo de Extradición del 13 de diciembre de 1957 (CEEx)[44] que está vigente para todos los Estados que solicitaron la extradición del senador Pinochet.[45]

2.1. Doble incriminación

De acuerdo con el art. 2° apart. 1° de este Convenio, procederá la extradición en caso de hechos que tanto la legislación del Estado requirente como la del requerido castiguen con pena o medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea por lo menos de un año, o con pena más grave.[46] Conforme al derecho británico,[47] relevante a este respecto, tratándose de hechos realizados en el ámbito de soberanía del Estado requirente *(territorial crimes)*, sólo interesa la punibilidad material según el Derecho británico (la llamada "English law approach", a diferencia de la "Foreign law approach").[48] Ahora bien, se hace extensivo el principio de territoriali-

[44] BGBl. 1964 II 1369, 1371; 1976 II 1778; 1982 I 2071; 1994 II 299 (= European Treaty Series 24). [El Instrumento de Ratificación español del 7 de mayo de 1982 fue publicado en el BOE 136, del 8 de junio de 1982 (n.b.)]

[45] *España*: 5/8/1982; *Francia*: 11/5/1986; *Gran Bretaña*: 14/5/1991; *Suiza*: 20/3/1976; (cf. SCHOMBURG/LAGODNY, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 1998, pp. 426 y ss.).

[46] Sobre este principio de doble incriminación (*double criminality*), cf. GILBERT, *Aspects of Extradition Law*, 1991, pp. 47 y ss.; VAN DE WYNGAERT, en: *Jareborg (Hrsg.), Double Criminality*, 1989, pp. 43 y ss.; LAGODNY, en: SCHOMBURG/LAGODNY (nota 45), § 3 IRG nms. 2 y ss.

[47] Extradition Act 1989, en: *The Law Reports. Statutes* 1989 I 2, cap. 33, p. 1747.

[48] Cf. la decisión de principio *Somchai Liangsiriprasert v. US (All England Law Reports* 1990, vol. 2, 866 y ss., 877 y s.); a este respecto, JONES, *Jones on Extradition*, 1995, pp. 78 y s., 87 y s., 91. Cf. sec. 2 (1)(a) Extradition Act 1989 (nota 47): "conduct in the territory of a foreign State ...which, if it occured in the United Kingdom, would constitute an offence...". Instructi-

dad[49] —dominante en el ámbito jurídico angloamericano— a hechos extraterritoriales, puesto que —como en los delitos a distancia—[50] se finge una relación interna con el lugar del resultado del delito en cuestión.[51] Tratándose, como aquí, de hechos (completamente) *extraterritoriales*, en los que ni el lugar de la acción ni el del resultado están en el ámbito de soberanía del Estado requirente, la extradición presupone en todo caso la existencia de *alguna* competencia de Gran Bretaña.[52] Ésta puede derivarse del principio de personalidad activa[53] o del principio de justicia universal.[54] En el presente caso entran en consideración —sujetos al principio de justicia universal— como *extradition crimes* la tortura y la toma de rehenes.[55] Esto resulta también del art. 7° ap. 2 del CEDH.[56] Por el contrario, la competencia no puede fundamentarse respecto de delitos contra nacionales españoles, porque el principio de personalidad pasiva no es reconocido por el derecho británico.[57]

vo también sobre "jurisdiction and common law states", GILBERT, *Web Journal of Current Legal Issues* 1995 N° 2 <http://webjcli.ncl.ac.uk/articles2/gilb2.html>. De modo similar, según el derecho alemán, sólo importa la punibilidad material (cf. LAGODNY, en: SCHOMBURG/LAGODNY, [nota 45] § 3 IRG nms. 3 y ss.).

49 Cf. OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 1983, pp. 54 y ss., 161 y ss.; RINIO, *Zeitschrift für die gesemte Strafrechtwissenschaft (ZStW)*, 108 (1996), pp. 354 y ss. (367).

50 Cf. KLEINKNECHT/MEYER-GOSSNER, *Strafprozeßordnung*, 1997, § 153 c, nm. 13.

51 *Somchai Liangsiriprasert v. US* (nota 48), pp. 877 y s.: "...the inchoate crime is aimed at England with the consequent injury to English society... ". Sobre la ampliación del lugar del hecho en general y en especial en la "conspiracy", ya OEHLER (nota 49), pp. 250 y ss., 255 y ss. (257).

52 Cf. MULLAN, *Criminal Law Review (CLR)* 1997, 27, que propone sin embargo una regla de amplias miras, según la cual bastaría que el principio relativo al derecho penal aplicable, en el que el Estado requirente basa su competencia, estuviera reconocido por Gran Bretaña *(ibidem*, 28).

53 Cf. Sect. 2 (1)(b)(ii), en relación con (3)(a) *Extradition Act* 1989 (nota 47), que reconoce el principio de personalidad activa. Cf. por todos MULLAN (nota 52), pp. 17 y ss., 22, 24.

54 Cf. Sect. 2 (1)(b)(i), en relación con (2) *Extradition Act* 1989 (nota 47): " ...in corresponding circumstances equivalent conduct would constitute an extra-territorial offence against the law of the United Kingdom...". Acerca del progresivo reconocimiento en Gran Bretaña del principio de personalidad, cf. MULLAN (nota 52), pp. 19 y s.

55 Cf. ya *High Court,* nota 2, par. 7 y ss. (34, 40); asimismo, de acuerdo, *House of Lords* (nota 1), V 2 *(Lloyd),* VIII 2 *(Nicholls).* Según esto, se toman en consideración como base legal británica la Criminal Justice Act 1988 (sect. 134) y la Taking of Hostages Act 1982, que han incorporado al derecho británico las Convenciones de las Naciones Unidas contra la tortura y contra la toma de rehenes.

56 Según el cual, el Estado requerido podrá denegar la extradición respecto de un hecho extraterritorial, cuando su legislación no autorice la persecución de un delito del mismo género cometido fuera de su territorio o exista un impedimento para la extradición referido al hecho concreto que motiva la solicitud.

57 Por lo tanto, como con razón ha observado LORD LLOYD, los dos autos de procesamiento españoles "penden de un hilo" y la autorización de otros medios de prueba, en especial de la solicitud de extradición española, era extraordinariamente importante *(House of Lords* [nota 1], V 1 y s.).

En consecuencia, la *House of Lords*, en su segunda decisión del 24 de marzo de 1999, examinó si los cargos contenidos en la solicitud de extradición de España constituyen delitos perseguibles en Gran Bretaña. Puesto que el genocidio ya estaba excluido por la (primera) decisión del Ministro del Interior,[58] quedaban como delitos susceptibles de motivar la extradición, con base en el principio de justicia universal, solamente la tortura y la toma de rehenes.[59] El único cargo respeto de este último delito, sin embargo, no constituye delito según el derecho británico.[60] Así, quedaba solamente el delito de tortura, incorporado al derecho británico a través de la sección 134 de la *Criminal Justice Act* de 1988, que entró en vigor el 29 de setiembre de 1988. Solamente a partir de este momento, puede considerarse este delito como *extradition crime* en el sentido de la sección 2 (2) del *Extradition Act* 1989, es decir, un delito extraterritorial.[61] Por otra parte —con base en la decisión en *Somchai Liangsiriprasert*—,[62] la conspiración para cometer un delito perseguible por los tribunales británicos, en este caso la tortura, también constituye un delito que puede dar lugar a la extradición y extraterritorial, según la sección 2 (2) de la Extradition Act 1989. Así concluye *Lord Hope*, representando a la mayoría de los lores:

"Accordingly the courts of this country could try Senator Pinochet for acts of torture in Chile and elsewhere *after* 29 September 1988, because they are extra-territorial offences under section 134 of the Act of 1988. They could also try him here for conspiring in Chile or elsewhere *after* that date to commit torture, wherever the torture was to be committed, because torture after that date is an extra-territorial offence and the courts in England have jurisdiction over such a conspiracy at common law".[63]

En consecuencia, los cargos se reducen drásticamente y quedan solamente tres: dos de conspiración para tortura, que se refieren a acontecimientos posteriores al 29 de septiembre de 1988 (contenidos en los cargos 2 y 4),

58 Ver ya *supra* nota 18 y texto.

59 En cuanto a la conspiración para el asesinato y para la tentativa de asesinato, *Lord Hope* demuestra que estos hechos no son delitos respecto de los que quepa la extradición por falta de una competencia extraterritorial de los tribunales británicos con base en el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo de 1977, incorporado al derecho británico por la "Suppression of Terrorism Act 1978", ya que todos los hechos imputados ocurrieron antes de dicha incorporación —21/8/1978—. Por otro lado, los actos cometidos en Chile no son perseguibles en Gran Bretaña, ya que Chile no es parte del Convenio (nota 5, IV 6 y V 1 y s.). Los demás lores aceptaron este argumento (ver, por todos, BROWNE-WILKINSON, nota 5, I 6).

60 Cf. *House of Lords,* nota 5, IV 5 y s. *(Hope);* de acuerdo —como los demás—, *Browne-Wilkinson,* I 6.

61 Ver *supra* nota 54.

62 Ver *supra* notas 48 y 51.

63 *House of Lords,* nota 5, V 2 y s. (destacado del autor); de acuerdo, *Browne-Wilkinson,* I 6.

y un acto individual de tortura (cargo 30), posterior a esa fecha. Señala *Lord Hope:*

> "What is the effect of the qualification which I have just mentioned, as to the date on which these allegations of torture and conspiracy to torture first became offences for which, at the request of Spain, Senator Pinochet could be extradited? In the circumstances of this case its effect is a profound one. It is to *remove* from the proceedings the entire course of such conduct in which Senator Pinochet is said to have engaged from the moment he embarked on the alleged conspiracy to torture in *January 1972 until 29 September 1988*. The only offences of torture and conspiracy to torture which are punishable in this country as extra-territorial offences against the law of the United Kingdom within the meaning of section 2(2) of the Act of 1989 are those offences of torture and conspiracy to torture which he is alleged to have committed *on or after 29 September 1988*. But almost all the offences of torture and murder, of which there are alleged to have been about four thousand victims, were committed during the period of repression which was at its most intense in 1973 and 1974. The extradition request alleges that during the period from 1977 to 1990 only about 130 such offences were committed. Of that number *only three* have been identified in the extradition request as having taken place after 29 September 1988."[64]

Es importante señalar, sin embargo, que, pese a la restricción de la imputación, los cargos de conspiración evidencian que no se trata de actos aislados o individuales de tortura —como podría parecer a primera vista por la limitación al acto individual de tortura en el caso del cargo 30—, sino que se imputa y pide la extradición por una política estatal y sistemática de tortura contra los enemigos del régimen.[65] Esto condicionó la denegación de la inmunidad (ver más adelante, 3.) y la nueva decisión del Ministro del Interior.

Además, uno de los lores *(Millet)* abundó en su argumentación a favor del derecho penal internacional, señalando que el derecho consuetudinario internacional es parte del *common law* inglés y, por ello, la tortura ya era perseguible y punible antes de la entrada en vigor del *Criminal Justice Act 1988*. Así concluye: "that the courts of this country already possessed extra-territorial jurisdiction in respect of torture and conspiracy to torture on

[64] *Ibidem*, V 4 *(Hope)* (destacado del autor); para la mayoría, ver I 6 *(Browne-Wilkinson)*.

[65] Así, señala *Lord Hope* (V 4): "...the allegation is that he was a party to the use of torture as a systematic attack on all those who opposed or who might oppose his government". "The significance of charges 2 and 4 may be said to lie in the fact that they show that a policy of systematic torture was being pursued when those acts were perpetrated".

the scale of the charges in the present case and did not require the authority of statute to exercise it".[66]

2.2. **Derecho procesal**

Según el art. 16 CEEx, el Estado requirente puede, en caso de urgencia, solicitar la detención provisional al Estado requerido, que decidirá de acuerdo con su legislación.[67] En la solicitud de detención provisional se hará constar la intención de cursar una solicitud de extradición. Además, debe indicarse el delito que motiva la solicitud de extradición, el tiempo y lugar de su comisión y, en la medida de lo posible, la filiación de la persona buscada (art. 16 ap 2 CEEx).

En ese momento procesal, dado el carácter provisional de la detención, el gobierno en principio todavía no tiene que intervenir. Por lo tanto, para la detención provisional de *Pinochet*, el requerimiento español pudo plantearse directamente a la justicia británica —sin intervención del Ejecutivo—.[68] En cambio, la extradición definitiva debe ser aprobada por el Ministro del Interior británico, que en virtud de su poder discrecional de autorización puede atender a consideraciones políticas (véase art. 22 CEDH en relación con el derecho nacional, como el § 74, ley alemana, sobre cooperación jurídica internacional en materia penal (IRG) o la sección 9 (8)(i) y (ii) en relación con sect. 12 Extradition Act 1989).[69]

2.3. **Obstáculos a la extradición**

De acuerdo con el art. 3° CEEx no procede la extradición en caso de *delitos políticos*. El primer Protocolo Adicional al CEEx del 15 de octubre de

[66] *House of Lords*, nota 5, IX 1.

[67] Para el derecho británico, cf. sect. 7 ss. *Extradition Act* 1989 (nota 47), así como la *European Convention on Extradition Order 1990* (Statutory Instrument 1990/1507), que incorpora el CEEx (Halsbury's Statutory Instruments 8, 1996, p. 7). Según el art. 16 (4) CEEx, la detención provisional podrá concluir a los 18 días, si la solicitud de extradición no es presentada, y en ningún caso podrá superar los 40 días. Cf., igualmente, *High Court* (nota 2), par. 19 y ss.

[68] Sin embargo, el juez competente, una vez que acuerde la detención provisional, debe informar al Ministro del Interior, que no obstante podrá revocar la orden de detención o impedir la continuación del procedimiento (sect. 8 (4) Extradition Act 1989, [nota 47]). En el presente caso, el Ministro del Interior no hizo uso de estas atribuciones, pese a estar habilitado para ello, para lo que tenía, según la *High Court*, una facultad de carácter discrecional, que no obliga a ocuparse del control de legalidad [*High Court*, nota 2, par. 35; en igual sentido la *House of Lords*, nota 1, V 3 *(Lloyd)*].

[69] Cf. *High Court* (nota 2), par. 25 y ss.; *House of Lords* (nota 1), IV 3 *(Slynn)*, VII 6, VIII 1 *(Lloyd)*, IX 2 *(Nicholls)*, considerando por ello irrelevantes en el procedimiento judicial cualesquiera consideraciones políticas. Acerca del derecho alemán, cf. LAGODNY (nota 45), § 12 IRG, nm. 11 y ss..

1975 (PA I), determina a este respecto que el genocidio y las violaciones graves de las Convenciones de Ginebra, así como otras violaciones del Derecho de Guerra equiparables, no pueden ser consideradas como delitos políticos. Sin embargo, esta disposición no es aplicable al presente caso, porque el PA I no ha sido ratificado por Gran Bretaña[70] y porque los crímenes contra la humanidad, en especial la "desaparición", no están comprendidos en ella. Pero, esto no significa que tales hechos deban ser considerados como delitos políticos y, por lo tanto, como impedimento para la extradición. Más bien, atendiendo a la finalidad del PA I y a la tendencia general a la criminalización de los delitos contra la humanidad, debe prevalecer la opinión de que tales hechos punibles no pueden ser considerados como delitos políticos.

La *Amnistía* chilena promulgada en 1978[71] no impide una persecución penal basada en el *principio de personalidad pasiva*, pues ésta depende exclusivamente de la punibilidad material en el lugar del hecho, no de obstáculos procesales.[72] Ello se debe a que el principio de personalidad pasiva atribuye al país de origen una potestad punitiva propia, que se deriva del hecho cometido y que no puede ser anulada por preceptos (procesales) opuestos. Sucedería lo mismo si la persecución se basara en el *principio de justicia universal*, puesto que una autoamnistía general, como la chilena, va directamente en contra de la persecución (universal) de los crímenes internacionales más graves. Y, en consecuencia, es contraria al derecho internacional.[73] Esto mismo ha decidido la *Audiencia Nacional*[74] y, por otra parte, la *Corte Suprema de Justicia* chilena ha declarado inaplicable la amnistía en tanto el delincuente o la víctima no hayan sido todavía determinados.[75]

Podría discutirse, en este contexto, hasta qué punto cabe ignorar la amnistía en caso de otros principios del derecho penal aplicable. En lo que toca al *principio de la justicia supletoria*, esto ha sido cuestionado fundadamente

[70] Cf. SCHOMBURG/LAGODNY (nota 45) pp. 466 y s. *Vid.* también el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, *ibidem*, p. 499 [el Instrumento de Ratificación español del 20 de mayo de 1980 se publicó en el BOE del 8 de octubre de 1980, y la corrección de errores el 31 de agosto de 1982 (n.b.)].

[71] Dec. ley 2191. Cf. AMBOS (nota 17), pp. 101 y s.

[72] Cf. —para Alemania— *RGSt* 40, 402 y ss.; *BGH NJW* 1954, 1086; 1992, 2775; *BGHSt* 2, 161; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, (nota 17), § 7 marg. num. 11; ESER, *JZ* 1993, 875 (con más referencias en la p. 878); TRÖNDLE, en: *Leipziger Kommentar*, 1989, § 7 nm. 6. Cf. también, AMBOS, (nota 17), pp. 474 y ss.

[73] Cf. AMBOS (nota 17), pp. 209 y ss., con más referencias. Sobre la amnistía chilena, *ibidem*, pp. 238 y s., 239 y ss. Impreciso, *House of Lords* (nota 1), VII 1, 6 *(Lloyd)*.

[74] *Audiencia Nacional* (nota 9), 4/11/1998, pp. 14 y s.; 5/11/1998, pp. 14 y s., con más referencias sobre el principio de protección.

[75] Sentencia de 9/9/1998 en el caso *Poblete Córdova*. Sobre esta nueva jurisprudencia, ver *supra*, cap. III, 3.2.1.1.

por *Eser*, ya que entonces la persecución penal se lleva a cabo en lugar de otro Estado, es decir no se trata de la imposición de la propia competencia penal, y, por lo tanto, debe atenderse a la voluntad de persecución penal de ese otro Estado.[76]

3. *Inmunidad de un ex jefe de Estado*

3.1. Nota preliminar: inmunidad estatal e inmunidad diplomática

En principio, un jefe de Estado únicamente goza de inmunidad *estatal*, es decir de imunidad *personal* derivada del Estado —*ratione personae* (como se verá a continuación). Ésta debe distinguirse de la inmunidad *diplomática*, que se otorga sólo a los "agentes diplomáticos" acreditados (véanse arts. 29 y 31, en relación con el 1 e, todos de la CVRD).[77] Las misiones especiales requieren un acuerdo particular entre el Estado receptor y el Estado acreditante.[78] En el caso *Pinochet*, ante todo se descarta la inmunidad diplomática por razones *fácticas*, pues un pasaporte diplomático no puede fundamentar por sí sólo el *status* diplomático.[79] En cambio, tiene significación general para el régimen jurídico de la inmunidad el principio de derecho diplomático, conforme al cual, respecto de hechos realizados *vigente* el *status*, la inmunidad sigue desplegando sus efectos, incluso después de que aquél se hubiera extinguido —*ratione materiae* (art. 39.2 CVRD)—.[80] Esto pone de manifiesto, con relación a un jefe de Estado —que es de lo que se trata—, que la inmunidad *estatal* y la *diplomática* se relacionan, pues ambas se refieren en igual medida a las funciones soberanas que competen al jefe del Estado.[81]

Por lo que se refiere a la inmunidad *estatal*, rige el principio de derecho internacional consuetudinario de que un Estado no está sujeto a la jurisdicción de otro.[82] Esta inmunidad se extiende también a los órganos del Estado,

[76] Cf. ESER, *JZ* 1993, pp. 876 y ss.; críticamente, desde el punto de vista del derecho internacional, ver también PAPPAS, *Stellvertretende Strafrechtspflege*, 1996, pp. 69 y ss., 177 y ss. (192 y ss.).

[77] Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas del 18/4/1961, BGBl 1964 II 959 [para el Instrumento de adhesión español, BOE del 24 de enero de 1968 (n.b.)]. Cf. también §§ 18-20 GVG.

[78] Cf. VERDROSS/SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 1984, §§ 915 ss.; BOTHE, Zeitschrift für ausländisches öffentliches *Recht (ZaöRV)*, 31 (1971), pp. 264 y ss.; cf. también FASTENRATH, *Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)* de 20/10/1998, 9.

[79] De acuerdo a este respecto, *House of Lords* (nota 1), V 3 *(Lloyd)*.

[80] Cf. OEHLER (nota 49), p. 362. En principio, la persecución penal es admisible una vez se haya extinguido el *status*, cf. PFEIFFER, en: *Karlsruher Kommentar. Strafprozeßordnung (KK.StPO)*, 1993, § 18 GVG nm. 6; GORNIG, *Neue Justiz (NJ)* 1992, 4 y ss. (13).

[81] La conexión está particularmente clara cuando un jefe de Estado viaja al extranjero (cf. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, 1997, pp. 29 y ss., 30).

[82] VERDROSS/SIMMA (nota 78), §§ 1168 y ss.; BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 1998, pp. 325 y ss.; MALANCZUK, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 1997,

en especial al jefe del Estado,[83] respecto de acciones llevadas a cabo durante su mandato —*incluso una vez concluido éste* (análogamente, el art. 39 2 CVRD)—.[84] El principio está ampliamente codificado en el ámbito jurídico angloamericano,[85] mientras que en la Europa continental ha sido acogido esencialmente por la jurisprudencia.[86]

En derecho *alemán* el principio está reconocido mediante la remisión a las reglas del derecho internacional (§ 20 II de la *Gerichtsverfassungsgesetz* -GVG).[87] Esto significa además que también deben atenderse las limitaciones a la inmunidad resultantes de las reglas generales —es decir, del derecho internacional consuetudinario y los principios jurídicos generales (art. 25 *Grundgesetz* -GG)—.[88] La jurisprudencia de mayor rango había reconocido, antes de la reunificación, la inmunidad del antiguo jefe del Estado de la República Democrática de Alemania, *Erich Honecker*,[89] mientras que después ha rechazado en términos generales la inmunidad de los órganos del Estado de la antigua RDA, porque tal exención jurisdiccional no podía sobrevivir a la existencia del Estado.[90] Las resoluciones más recientes para determinar, de conformidad con el § 13 de la *Strafprozeßordnung* (StPO), el Tribunal competente en los procesos contra la cúpula militar y contra Pinochet,[91] muestran que ahora el *BGH* se inclina —también en casos de continuidad del Estado— por una consideración restrictiva de la inmunidad (a este respecto más detenidamente *infra*).

En el derecho *británico*, la inmunidad del jefe del Estado se infiere fundamentalmente de la sección 1, 14 de la State Immunity Act 1978 (SIA),[92] cuya Parte I, sin embargo, no es aplicable al proceso penal (sec. 16 [4]).[93] En cambio, la inmunidad respecto a la jurisdicción penal sólo resulta[94] de la sección 20 de la SIA en relación con los arts. 29, 31 y 39 CVRD.[95] La eficacia ulterior se desprende del ya citado art. 39.2 CVRD, que consecuentemente debe ser objeto de una lectura analógica: "with respect to official acts performed by a head of State in the exercise of his function as head of State, immunity shall *continue* to subsist".[96] De esta forma, en principio, un ex jefe de Estado disfruta igualmente de inmunidad. La *House of Lords* ha considerado a *Pinochet* como jefe del Estado en el momento de los hechos, y con ello también ha incluido en el ámbito de protección de la inmunidad su dominio, inicialmente *de facto*, como presidente de la Junta Militar concediéndole la inmunidad *ratione materiae* como ex jefe de Estado.[97]

pp. 118 y ss.; fundamental, BOTHE (nota 78), pp. 247 y ss.; BRÖHMER (nota 81), pp. 9 y ss. Cf. art. 6° del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (International Legal Materials = ILM 30, 1991, 1554; en lo sucesivo, "Proyecto ILC"), así como el art. 3° Proyecto de la Organización de Estados Americanos (ILM 22, 1983, 292; "Proyecto-OEA"); a este respecto también BRÖHMER (nota 81), pp. 125 y ss., 136 y ss.

83 Cf. OEHLER (nota 49), p. 361; SEIDL-HOHENVELDERN, *Völkerrecht*, 1994, pp. 316 y ss. (323). Inmunidad *personal* ilimitada (*ratione personae*) poseen —además del jefe del Estado— sólo los diplomáticos. En caso de cónsules y miembros del gobierno existen amplias excepciones (cf. DAHM, *Festschrift Nikisch*, 1958, pp. 153 y ss. [168, 170]; BOTHE, [nota 78], 264). La inmunidad *material (ratione materiae)* alcanza en cambio a todos los órganos del Estado, puesto que se refiere a la actividad soberana del Estado (cf. DAHM, op. cit., pp. 167 y ss.).

84 Cf. BOTHE (nota 78), p. 263, así como la nota 77, *infra* y el texto.

85 Cf. —por lo que hace al caso— la *State Immunity Act 1978* (SIA), en: *The Law Reports. Statutes* 1978 I, cap. 33, p. 715 = ILM 17 (1978), 1123 y ss. Cf. también la *US-Foreign Sovereign Immunities Act 1976* (FSIA), en: 28 U.S.C.A. §§ 1602 y ss. 1994, entregas adicionales de 1998. Al respecto, también, BRÖHMER (nota 81), pp. 51 y ss., 84 y ss.; PEPPER (nota 17), pp. 322 y ss., 332 y ss.; en favor de una modificación del FSIA para permitir reclamaciones por violaciones de *ius cogens*: LEVY, *The Georgetown Law Journal* 86 (1998), 2703 y ss. (2729 y ss).

86 Cf. un resumen en BRÖHMER (nota 81), pp. 51 y ss. Cf. también la European Convention on State Immunity (ECSI) del 16/5/1972, art. 15 (BGBl 1990 II 34 = *ILM* 11, 1972, pp. 470 y ss.).

87 PFEIFFER (nota 80), § 20 GVG nm. 2.

88 JARASS/PIEROTH, *Grund Gesetz (GG)*, 1997, art. 25 nm. 6.

89 *BGHSt* 33, 97 = *JZ* 1985, 299 (a este respecto, BLUMENWITZ, *JZ* 1985, 614): rehusó determinar la competencia jurisdiccional de conformidad con el § 13 a StPO a causa de la inmunidad de derecho internacional.

90 *BVerfG* DtZ 1992, 216. A este respecto es útil recordar que el § 20 I GVG (BGBl. 1984 I 990) fue introducido pensando fundamentalmente en los representantes de la antigua RDA (PFEIFFER [nota 80], § 20 GVG, nm. 1).

91 *BGH*, resolución del 17/6/1998 - 2 Ar 80/98; resolución del 18/11/1998 - 2 Ars 471/98 y 474/98.

92 Cf. *supra* nota 85. La FSIA (nota 85) regula sólo la inmunidad del Estado (§ 1604), en tanto que la inmunidad de los órganos del Estado, a lo sumo, puede tener cabida en el § 1603 (b) - "instrumentality of a foreign State". Sin embargo, además existe la "common law head-of-State immunity", vigente ya antes de 1976 [*Lafontante v. Aristide*, 844 p. Supp. 128 (136 ss.), 1994 US Dist. Lexis 641 (1994); a este respecto, críticamente DELLAPENNA, *American Journal of International Law*-AJIL 1994, pp. 528 y ss.; cf. también 28 U.S.C.A. § 1603, N° 7 y ss.].

93 De acuerdo a este respecto —en cambio, en contra, la defensa—, *House of Lords* (nota 1), I 6 p. *(Slynn)*, VII 2 p. *(Lloyd)*, VIII 3 *(Nicholls)*, IX 4 *(Steyn)*.

94 Cf., de acuerdo, *House of Lords* (nota 1), II 1 y ss., III 1 p. *(Slynn)*; VII 3 y ss. *(Lloyd)*; VIII 4 p. *(Nicholls)*; IX 4 p. *(Steyn)*. En los resultados, igualmente, *High Court* (nota 2), par. 45 y ss. (56), que sin embargo ha pasado por alto la sec. 16 (4) SIA (nota 85).

95 La CVRD fue incorporada al derecho británico por la Diplomatic Privileges Act 1964 (DPA, en: *The Law Reports Statutes*, 1964 II, cap. 81, p. 1261).

96 Así [con el destacado del autor], la formulación del representante de la acusación Alun Jones aceptada por la *House of Lords* y las partes (*House of Lords* [nota 1], VII 5 [*Lloyd*]; en las conclusiones, lo mismo III 1 p. [*Slynn*], VIII 4 p. [*Nicholls*], IX 4 p. [*Steyn*]). La SIA (nota 85) coincide en los resultados con el *common law*, que incorpora el derecho consuetudinario internacional al derecho interno, cf. *House of Lords* (nota 1), V 4 y ss., VI 1 y ss., VII 4 p. *(Lloyd)*; en los resultados, lo mismo IX 1 *(Nicholls)*.

97 *House of Lords* (nota 1), I 5 p. (*Slynn*, con referencia a la demanda de extradición española), IV 5 (*Lloyd*), VIII 2 p. (*Nicholls*); IX 3 (*Steyn*). Ver también *House of Lords*, nota 5, I 2 s (*Browne-Wilkinson*); V 5 s. (*Hope*); (*Saville*); X 3 s. (*Phillips*). Con ello se cuestiona también el momento de su reconocimiento formal como jefe del Estado, cf. *High Court* (nota 2), par. 4 (26/6/1974), de una parte, y *Baltasar Garzón* (nota 8), p. 6 (17/12/1974), de otra.

3.2. ¿Procede también la inmunidad estatal en caso de crímenes internacionales?

3.2.1. Las decisiones de la High Court y de la House of Lords

El asunto central es si, ante la jurisdicción penal *nacional* (no chilena), la inmunidad estatal de un (ex) jefe de Estado, tratándose de *crímenes internacionales*, tiene excepciones, y, en caso afirmativo, cómo pueden fundamentarse éstas. No se discute que tales excepciones existen en el ámbito *internacional*[98] y, por lo tanto, no podría impedirse la persecución penal internacional.[99] Tan sólo se cuestiona si esto, como expresión de la creciente protección de los derechos humanos por parte del derecho internacional penal, puede tener repercusiones en el régimen jurídico-nacional de la inmunidad. La *High Court* ha venido en resumen a negarlo, la *House of Lords* lo afirma en sus dos decisiones, aunque limitando temporalmente la excepción en la última.

En el proceso ante la *High Court*, Lord Chief Justice *Bingham*, pese a reconocerle "some attraction", rechazó la argumentación de que los crímenes internacionales en cuestión[100] quedan al margen de las funciones de un jefe de Estado, y por lo tanto no estarían amparados por la inmunidad. En síntesis se apoyó en dos razones. Por una parte, no "cualquier desviación de la correcta praxis democrática" (!) implicaría la exclusión de la inmunidad; por otra, sólo con dificultad podría delimitarse qué hechos estarían amparados por la inmunidad y cuáles no.[101] En todo caso, Lord *Bingham* tampoco se ha interesado especialmente por tal determinación.

[98] Cf. art. 7° del Estatuto del Tribunal Internacional Militar (TIM) de Nuremberg [UNTS 82 (1951), 280]; art. 6° del Estatuto del TIM de Tokyo (en: Bassiouni, *Crimes against Humanity*, 1992, p. 606); art. 7° (2) del Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia (UN-Doc. S/RES/827 (1993), en *HRLJ* 1993, pp. 197 y ss.); art. 6° (2) Estatuto del Tribunal para Ruanda (UN-Doc. S/RES/955); así como, recientemente, el art. 27 del Statute of the International Criminal Court, es decir, el llamado Estatuto de Roma (UN-Doc. A/Cf. 183/9, en: *ILM* 1998, pp. 999 y ss.). Sobre el Estatuto de Roma, cf. Ambos, *Neue Juristische Wochenschrift* 1998, pp. 3743 y ss.; el mismo, *ZStW* 1999, pp. 175 y ss.

[99] Incluso los lores favorables a la inmunidad (de conformidad con el derecho interno) tienen esta opinión, cf. la nota introductoria de *Slynn* (*House of Lords* [nota 1], I 1; también III 3): "If the question... were whether these allegations should be investigated by a Criminal Court in Chile or by an international tribunal, the answer, subject to the terms of any amnesty, would surely be yes" (ver asimismo p. 1473 y *Lloyd*, 1491).

[100] Cf. *High Court* (nota 2), par. 57, donde hace alusión al asesinato sistemático y torturas de la oposición política o *ibidem*, par. 64 y ss, respecto al genocidio, a las torturas y la toma de rehenes en el sentido de la correspondiente Convención.

[101] *High Court* (nota 2), par. 63: "But a former head of State is clearly entitled to immunity in relation to criminal acts performed in the course of exercising public functions. One cannot therefore hold that *any deviation from good democratic practice* is outside the pale of immunity. If the former sovereign is immune from process in respect of some crimes, where does one draw the line?" (destacado del autor).

Esto quedó reservado al proceso ante la *House of Lords*, donde esta cuestión jugó un papel decisivo. En la primera decisión, la mayoría de los lores *(Nicholls, Steyn, Hoffmann)* sostuvo que determinados hechos, en especial torturas y toma de rehenes (terrorista), no constituyen funciones de un jefe de Estado reconocidas por el derecho internacional[102] y, por lo tanto, tampoco podrían ser atribuidas al Estado para excluir la responsabilidad penal personal del primer mandatario.[103] Así pues —contrariamente a lo que plantea la *High Court*—, debería y podría trazarse un límite, de forma que determinados hechos no constituyen "official acts performed undertaken in the exercise of the functions of a head of State".[104] Sin embargo, el baremo no podría ser el derecho nacional —posiblemente arbitrario—, sino sólo el derecho internacional. Según esto, ya desde el momento del golpe en Chile (1973), el genocidio, la tortura, la toma de rehenes y los crímenes contra la humanidad, serían considerados punibles y, en consecuencia, no podrían incluirse entre las funciones de un jefe de Estado.[105] Por su parte, la defensa distinguió entre autores mediatos e inmediatos: si *Pinochet* hubiera cometido los hechos por sí mismo, entonces en principio no existiría inmunidad. Esta diferenciación es, sin embargo, insostenible.[106] En fin, la opinión minoritaria *(Slynn, Lloyd)* argumentó que ciertamente el derecho internacional no incluye entre las "specific funtions" de un jefe de Estado los crímenes internacionales, pero éstos deben ser considerados como acciones en el ejercicio del cargo, puesto que habrían sido cometidos por lo menos en relación con el ejercicio del cargo y serían "governmental in nature" *(Lloyd)*.[107] Desde luego, la inmunidad estatal estaría cada vez más limitada por el derecho internacional, pero estas limitaciones no podrían sin más ser incorporadas al derecho

[102] *House of Lords* (nota 1), VIII 6 (*Nicholls*): "...international law has made plain that certain types of conduct ... are not acceptable conduct on the part of anyone. This applies as much to heads of State... as it does to everyone else; the contrary conclusion would make a mockery of international law".

[103] *House of Lords* (nota 1), IX 2 (*Nicholls*): "Acts of torture and hostage-taking, outlawed as they are by international law, cannot be attributed to the State to the exclusion of personal liability".

[104] *House of Lords* (nota 1), IX 5 y s. (*Steyn*).

[105] *House of Lords* (nota 1), IX 6 (*Steyn*).

[106] *Ibidem*: "It is apparently conceded that if he personally tortured victims the position would be different. This distinction flies in the face of an elementary principle of law ...that there is no distinction to be drawn between the man who strikes, and a man who orders another to strike".

[107] *House of Lords* (nota 1), II 3 s. (*Slynn*): "under colour of or in ostensible exercise of the Head of State's public authority"; VI 3 s. *(Lloyd)*: "under colour of sovereign authority". *Lloyd* va más allá (4): "It is a regrettable fact that almost all leaders of revolutionary *(sic!)* movements are guilty of killing their political opponents... Yet it is not suggested (I think) that the crime of murder puts the succesful revolutionary beyond the pale of immunity...".

nacional.[108] En defecto de un convenio jurídico internacional general, habría que examinar para cada delito si tal posibilidad se contempla en un convenio específico de derecho internacional penal, que obligue a los Estados afectados, y limite la inmunidad. Los convenios que aquí interesan sobre la tortura, genocidio y toma de rehenes no contemplan —tal y como han sido incorporados al derecho británico— ninguna excepción a la inmunidad de un jefe de Estado.[109]

En su última decisión, la *House of Lords* siguió la tesis minoritaria de la primera, al estimar necesario un convenio internacional, concretamente la Convención de la ONU contra la Tortura, para fundamentar excepciones al principio de inmunidad estatal.[110] De este modo, la inmunidad de *Pinochet* solamente dejaría de existir con la ratificación de la Convención por los Estados afectados (Reino Unido, España y Chile), concretamente con la última ratificación, por parte del Reino Unido el 8 de diciembre de 1988.[111] En cuanto al efecto de la Convención sobre la inmunidad *ratione materiae*, la abrumadora mayoría de los lores (seis votos a uno) considera que la inmunidad estatal es incompatible con la *raison d'être* de la Convención. Puesto que este instrumento internacional establece un sistema de jurisdicción universal para casos de tortura por parte de funcionarios públicos (del jefe del Estado al simple subordinado), el reconocimiento de inmunidad estatal respecto de estos hechos supondría una incoherencia valorativa: "How can it be for international law purposes an official function to do something which international law itself prohibits and criminalises?".[112] Por otra parte, si al ex

[108] *House of Lords* (nota 1), 1473 (*Slynn*, refiriéndose a Sir Arthur Watts): "That international law crimes should be tried before international tribunals or in the perpetrator's own State is one thing; that they should be impleaded without regard to a long-established customary international law rule in the Court of other States is another".

[109] Cf. *House of Lords* (nota 1), III 4 y s., IV 1 ss. (*Slynn*), donde no incluye al jefe del Estado en el concepto de "public official" en el sentido de la sect. 134 Criminal Justice Act 1988 (nota 55) y, con relación a la Convención relativa al genocidio, indica que su art. 4° no ha sido incorporado al derecho británico (igual, *Lloyd*, op. cit., VI 4 y s.). Ésta es una —poco convincente— interpretación estrictamente dualista y hostil al derecho internacional que se aparta radicalmente de otras declaraciones del propio *Slynn*.

[110] En efecto, *Lord Browne-Wilkinson* "duda" que un crimen internacional de tortura cometido *antes* de la entrada en vigor de la Convención sea base suficiente para justificar, en atención a su naturaleza de *ius cogens*, excepciones a la inmunidad *(House of Lords, supra* nota 5, I 4).

[111] *House of Lords, supra* nota 5, I 4 *(Browne-Wilkinson);* VIII 2 (Saville). Incluso cabría haber tomado como fecha de caducidad de la inmunidad el 30 de octubre de 1988, día de la ratificación de Chile; España la ratificó ya el 21 de octubre de 1987, cf. *ibidem*, VI 3 *(Hope).*

[112] *House of Lords, supra* nota 5, I 4 *(Browne-Wilkinson);* ver también VI 1 y ss., 2 *(Hope):* "... it was no longer open to any state which was a signatory to the Convention to invoke the immunity *ratione materiae* in the event of allegations of systematic or widespread torture committed after that date being made in the courts of that State against its officials or any other person acting in an official capacity"; VII 4 *(Hutton):* "The Torture Convention makes it clear that no State is to tolerate torture by its public officials or by persons acting in an official capacity..."; IX 2 *(Millet):* "International law cannot be supposed to have established a crime having the character of a *jus cogens* and at the same time to have provided an immunity which is co-extensive with the obligation it seeks to impose"; X 3 *(Phillips):* "If Senator Pinochet behaved as Spain alleged, then the entirety of his conduct was a violation of the norms of international law. He can have no immunity against prosecution for any crime that formed part of that campaign".

jefe del Estado se le concediera inmunidad, el responsable máximo escaparía de persecución penal, mientras que los subordinados serían penalmente responsables.[113] Por ello, la organización de un sistema de tortura no puede ser entendida como *función* oficial pues viola el derecho internacional.[114] *Lord Goff* considera en solitario que la Convención contra la Tortura no excluye la inmunidad estatal, porque la derogación del principio requiere una norma explícita (un "waiver") que no existe.[115] Este argumento, sin embargo, justamente ignora la *raison d'être* de la Convención y supone que había algo que derogar. Lo que sucede no es esto, sino más bien que las obligaciones derivadas de la Convención son tan fuertes que suprimen la inmunidad *ratione materiae.*[116]

[113] *House of Lords, supra* nota 5, I 4 *(Browne-Wilkinson):* "Yet, if the former head of State has immunity, the man most responsible will escape liability while his inferiors (the chiefs of police, junior army officers) who carried out his orders will be liable. I find it impossible to accept that this was the intention".

[114] *House of Lords, supra* nota 5, I 4 *(Browne-Wilkinson):* "...if, as alleged, Senator Pinochet organised and authorised torture after 8 December 1988, he was not acting in any capacity which gives rise to immunity *ratione materiae* because such actions were contrary to international law,...". Esto, sin embargo, no quiere decir que los actos de Pinochet fueron actos privados, lo que no depende de su legalidad o ilegalidad (*ibidem*, VI 4, *Hutton;* X 1, Phillips), sino, sencillamente, que no correspondían a las funciones oficiales de un jefe de Estado: "...alleged acts of torture by Senator Pinochet were carried out under colour of his position as head of State, but they cannot be regarded as *functions* of a head of State under international law when international law expressly prohibits torture..." (*ibidem*, VII 4, *Hutton;* destacado del autor).

[115] Cf. *House of Lords, supra* nota 5, III 2 y ss. (IV 1): "...the fact that 116 states have become party to the Torture Convention reinforces the strong impression that none of them appreciated that, by signing the Convention, each of them would silently agree to the exclusion of state immunity *ratione materiae".*

[116] *House of Lords, supra* nota 5, VI 2 y s. *(Hope):* "It is just that the obligations which were recognised by customary international law in the case of such serious international crimes by the date when Chile ratified the Convention are so strong as to override any objection by it on the ground of immunity *ratione materiae* to the exercise of the jurisdiction..." Ver también *ibidem* VIII 2 *(Saville):* "I do not reach this conclusion by implying terms into the Torture Convention, but simply by applying its express terms. A former head of State who it is alleged resorted to torture for State purposes falls in my view fairly and squarely within those terms and on the face of it should be dealt with in accordance with them" (destacado del autor); *ibidem* IX 2 *(Millet):* "In my opinion there was no immunity to be waived. ...The international community had created an offence for which immunity *ratione materiae* could not possibly be available".

El principio *aut dedere aut judicare*, establecido en el art. 7° de la Convención, implica además que el Estado que quiere juzgar a un presunto responsable de un delito de tortura tiene que solicitar su extradición al Estado que lo tiene detenido. Chile no lo hizo, así que el Reino Unido tiene que juzgar a *Pinochet* o extraditarlo.[117]

3.2.2. Sobre la limitación de la inmunidad en base a consideraciones jurídico-comerciales

La opinión minoritaria de la primera decisión de los lores sostiene con razón que las excepciones a la inmunidad estatal reconocidas y codificadas no alcanzan —al menos explícitamente— al caso de la persecución penal de crímenes internacionales graves.[118] Los esfuerzos para limitar la inmunidad estatal, particularmente intensos desde la famosa "Tate Letter" del año 1952,[119] tenían esencialmente como finalidad someter mediante determinadas excepciones-tipo las crecientes relaciones comerciales ("commercial transactions") que traspasan las fronteras —más allá de la tradicional diferenciación entre *iure gestionis/iure imperii*—,[120] a un control jurisdiccional civil.[121] Tampoco la excepción en caso de hechos delictivos con consecuencias mortales o para la integridad física ("torts exception") podría aplicarse a los crímenes internacionales, porque normalmente se presupone que el delito en cuestión se habría cometido en el Estado del foro (el requisito denominado "territorial nexus").[122]

[117] Cf. *House of Lords*, *supra* nota 5, IX 2 *(Millet):* "Chile insists on the exclusive right to prosecute him. The Torture Convention, however, gives it only the primary right. If it does not seek his extradition (and it does not) then the United Kingdom is obliged to extradite him to another requesting state or prosecute him itself".

[118] Cf. *High Court* (nota 2), par. 72, que, invocando el caso *Al-Adsani v. Government of Kuwait* (1996), argumenta que la SIA (nota 85) no prevé excepción alguna para crímenes internacionales, cosa que habría sido conscientemente omitida por el legislador.

[119] Jack B. Tate fue asesor jurídico del Ministro de Exterior norteamericano (cf. Dahm [nota 83], p. 157 y s.; Bröhmer [nota 81], p. 18, nota 76; Ress, "The changing relationship between State immunity and human rights", en: De Salvia/Villiger (eds.), *The Birth of European Human Rights Law,* 1998, pp. 175 y ss, 179 y s.).

[120] Sobre su difícil delimitación, cf. Lauterpacht, *British Yearbook of International Law* 28 (1951), pp. 220 y ss. (222 ss.); Dahm (nota 83) pp. 163 y ss.; Verdross/Simma (nota 78), §§ 1169 y ss.; Brownlie (nota 82), pp. 330 y ss., 335 y ss. Debido a la falta de claridad, los recientes esfuerzos de codificación (nota 82) no siguen aferrados a esta distinción (cf. Geiger, *NJW* 1987, 1125).

[121] Cf. sect. 3-11 SIA (nota 85) y §§ 1605-1607 FSIA (nota 85). Cf. —en el ámbito internacional— art. 10-17 Proyecto ILC (nota 82) y art. 1-14 ECSI (nota 86). Cf. también Bröhmer (nota 81), pp. 17 y ss., 138 y ss.; Geiger, nota 120, 1124 y s.

[122] Cf. sec. 5 SIA (nota 85) y § 1605(a)(5) FSIA (nota 85). Cf. también art. 11 ECSI (nota 85) y art. 12 Proyecto ILC (nota 82), que exigen —junto con la producción del resultado en el Estado del foro— la presencia del delincuente en el momento del hecho en el Estado del foro. Aún más restrictivo es el art. 6° (e) del Proyecto OEA (nota 82), que expresamente se refiere sólo a los delitos en el ámbito del tráfico comercial. Críticamente sobre el conjunto, Bröhmer (nota 81), pp. 60 y ss., 88 y ss., 121, 137 y s., 127 y s.; ver también Ress, *supra* nota 119, pp. 182 y ss.

Incluso si se admitiera la no inmunidad también respecto de los delitos a distancia —en caso de producción del resultado en el Estado al que corresponde la competencia del lugar—, esto serviría de poco, porque las violaciones de los derechos humanos realizadas dentro de los límites de un Estado no tienen precisamente un efecto a distancia. Ciertamente, el § 1605(a)(7) FSIA,[123] introducido en 1996, como consecuencia de la Torture Victim Protection Act 1991,[124] excluye la inmunidad en caso de tortura, ejecución ilegal y otros hechos llevados a cabo fuera de los Estados Unidos, pero sólo hace posible las reclamaciones por daños y perjuicios contra el Estado responsable, no la persecución penal individual.[125]

3.2.3. Limitaciones basadas en los derechos humanos

Con todo, la mayoría de los lores en ambas decisiones coincide *en los resultados*. El otorgamiento de inmunidad absoluta en base al concepto tradicional de soberanía estatal *(par in parem non habet imperium)* aparta la vista de la creciente protección penal internacional de los derechos humanos,[126] como el propio *Lord Slynn* ha reconocido.[127] Inmunidad absoluta significa la renuncia al intento de conciliación de intereses: por una parte, el legítimo derecho del Estado al ejercicio, en lo posible sin injerencias, de su actividad soberana (soberanía *funcional)* y, por otra, el derecho igualmente legítimo y garantizado jurídicamente del ciudadano a la protección efectiva de sus derechos humanos. La inmunidad absoluta sacrifica los derechos humanos en el altar del tradicional principio *groziano* de la soberanía del Estado.

Ya en los años cincuenta se alzó la voz para limitar la inmunidad estatal. El ius-internacionalista británico *Lauterpacht* criticó que a propósito de la inmunidad del Estado estuviera en juego no tanto la independencia e igualdad de los Estados, como más bien el arcaico principio de la "dignity of the sovereign State" y el tradicional derecho a "to be above the law". Sin embargo, el principio de la inmunidad absoluta del Estado habría sido en gran medida abandonado por la práctica judicial y carecería de fundamento en el derecho internacional. El "rule of law" exige más bien la restricción de la inmunidad a casos excepcionales regulados con precisión.[128] Dahm ***identifica*** un "proceso de re-

[123] Cf. *supra* nota 85.

[124] 28 U.S.C.A. § 1350.

[125] Sobre esta consecuencia sancionadora "civil-penal" por graves violaciones de los derechos humanos en el derecho norteamericano, cf. más detalladamente Walther, en: Arnold/Burkhardt/Gropp/Koch (Hrsg.), *Grenzüberschreitungen.* Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser, 1995, pp. 229 y ss. (231 y ss.).

[126] Cf. *supra* nota 98.

[127] Cf. *supra* nota 108 y el texto.

[128] Lauterpacht (nota 120), pp. 220 y ss. (230, 236 y s.).

ducción" de la inmunidad extranjera frente a la jurisdicción penal *interna*.[129] *Bothe* ha puesto de manifiesto que, con motivo de los procesos por crímenes de guerra tras la segunda contienda mundial, se cuestionaron, pero también se admitieron, las excepciones al principio de la inmunidad estatal respecto a los delitos de Nuremberg (crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad y la paz).[130] Asimismo, ha llamado la atención sobre la creciente importancia de los derechos humanos, derivando de ello "una precisa limitación" de la inmunidad del Estado.[131] *Bröhmer* ha pulido este criterio y llega a la convincente conclusión de que la necesaria ponderación de intereses entre protección individual y soberanía colectiva debe conducir a la limitación de la inmunidad estatal.[132] Así, pues, la "soberanía funcional" del Estado en cuestión no se verá puesta en peligro cuando se trate de la persecución de violaciones "individualizadas" de los derechos humanos, en todo caso no más que en las excepciones tipo ya reconocidas, por razones jurídico-comerciales o por la naturaleza del delito. En este supuesto, normalmente el Estado tiene incluso menos control que si se trata de violaciones a los derechos humanos. Ciertamente, sería problemático que se cometieran masivas violaciones de los derechos humanos de manera "individualizada", aunque en estos casos límite cabría admitir excepcionalmente el argumento de una violación de la soberanía funcional.

Estas reflexiones desarrolladas preferentemente sobre la efectividad de reclamaciones jurídico-civiles de daños y perjuicios contra el Estado infractor, y normalmente contra el país de origen —es decir, en el contexto de la responsabilidad de los Estados— se ven confirmadas y concretadas por otros intentos de fundamentación orientados a los derechos humanos. El punto de partida es la aceptación de los derechos humanos básicos como *ius cogens*.[133]

[129] DAHM (nota 83), pp. 113, 170, 182

[130] BOTHE (nota 78), pp. 252 y ss. (254, 257). Sobre la inaplicabilidad de la doctrina del *act of State* a los crímenes de guerra, ya JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, 1952, pp. 164 y ss. Ahora bien, en el caso de la doctrina del *act of State*, se trata —al contrario que en la inmunidad— de un principio jurídico material que impide el examen del acto de soberanía estatal por parte de tribunales extranjeros (a este respecto, BRÖHMER [nota 81], pp. 41 y ss.; PEPPER [nota 17], pp. 339 y ss.; asimismo la *House of Lords* [nota 1] IV 3 y ss. *[Slynn]*). En la práctica, no obstante, en el presente caso conduce a los mismos resultados, por lo que es innecesaria una discusión más profunda [cf. *ibidem*, IV 5 *(Slynn)*, V 4, VII 5 p. *(Lloyd)*, VIII 4 *(Nicholls)*, IX 7 p. *(Steyn)]*.

[131] BOTHE (nota 78), p. 256.

[132] Cf. BRÖHMER [nota 81], pp. 94 y s., 96 y ss. (205 y ss., 211 y ss.); a favor de una ponderación con los "interests of justice", DELLAPENNA (nota 92), 531 s.

[133] Acerca del *ius cogens*, *supra* nota 11. El criterio de considerar a los derechos humanos básicos, entre ellos las prohibiciones de tortura, ejecuciones ilegales, y "desapariciones", como *ius cogens*, se remonta a la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el "Barcelona Traction Case" (ICJ *Reports* 1970, pp. 3, 32), en la que se reconocieron los "basic rights of the human person" como obligaciones *erga omnes* (cf., con más referencias, AMBOS, nota 17, p. 176 en nota 60 y s.). Sobre el *ius cogens* y el "Restatement (Third) of the Foreign Relations Law" de USA, PEPPER (nota 17), pp. 366 y ss.

De ello resulta un derecho del individuo a la protección ante la comunidad de Estados *en su conjunto (obligatio erga omnes)*, que inexorablemente entra en conflicto con el tradicional derecho a la inmunidad absoluta del Estado, vinculado con la idea de que un Estado no puede quedar sujeto a otra jurisdicción sin su consentimiento. Pero el *ius cogens* impulsa a una caracterización desvinculada de la voluntad estatal, y con ello a la limitación de la inmunidad en caso de violaciones de los derechos humanos que caen bajo su protección.[134] En esencia, esta idea fundamenta una interpretación orientada al *ius cogens* relativo a los derechos humanos, según la cual estas violaciones no pueden quedar sin respuesta.[135] Se consagra así la opinión de que un Estado que viola reglas de *ius cogens* relativas a los derechos humanos comete un delito de derecho internacional, respecto del que otros Estados pueden tomar represalias, como la denegación de la inmunidad.[136] O bien que tal Estado se hace indigno de su derecho a la soberanía.[137] Otros ven en la violación o el reconocimiento de las normas de *ius cogens* relativas a los derechos humanos una renuncia implícita a la inmunidad,[138] o quieren fundamentar en ello el principio general de "non-immunity".[139] El reconocimiento del *ius cogens* referido a los derechos humanos con un efecto obligatorio *erga omnes*, impone también la universalización del clásico concepto de la protección diplomática —caracterizada a través de la reclamación penal *inter*estatal del propio Estado o del Estado protector, frente al Estado territorial o al Estado infractor—, de

[134] Cf. PEPPER (nota 17), p. 349. En la misma línea, las declaraciones de *Lord Wilberforce*, criticando que el principio de la inmunidad del Estado sea utilizado hoy "as a technique for denying compliance with obligations" (en: *International Law Association*, Report of the 58. Conference, 1980, pp. 513 y ss., 515). Ver también la decisión del Tribunal de Leivadia (Grecia) del 30/10/1997 *(AJIL* 1998, pp. 765 y ss.); RESS, *supra* nota 119, pp. 186 y ss. (197); LEVY, *supra* nota 85, pp. 2729 y ss.

[135] A favor del mantenimiento de la inmunidad en estos casos, pero en relación con reclamaciones por daños y perjuicios contra la República Federal de Alemania a causa de los abusos durante el régimen nazi (caso *Princz*; al respecto, REIMANN, *IPRax* 1995, pp. 123 y ss.; BRÖHMER [nota 81], pp. 76 y ss.; LEVY, *supra* nota 85, pp. 2703 y ss.): ZIMMERMANN, *Michigan Journal of International Law* 16 (1995), pp. 433 y ss. (437 y ss.) —en contra, REIMANN, *Michigan J. of Intern. Law* 16 (1995), 403 ss.

[136] Cf. BOTHE (nota 78), p. 252, 259 y s.; BRÖHMER (nota 81), pp. 158, 192 y ss., los dos con más referencias.

[137] KOKOTT, en: *Festschrift Bernhardt*, 1995, pp. 135 y ss. (141 y ss., 148 y s.).

[138] Cf. sobre la posibilidad de una "explicit" o "implied waiver", por ejemplo, sec. 2 SIA (nota 85), § 1605(a)(1) FSIA (nota 85) art. 7-10 Proyecto ILC (nota 82). A este respecto, por ejemplo, PEPPER (nota 17), pp. 313 y ss. (320, 332, 369, 382), que, sin embargo, no considera en absoluto necesaria la renuncia a la inmunidad en caso de violaciones al *ius cogens* (369); conforme con la renuncia KOKOTT (nota 137), p. 148. Críticamente, BRÖHMER (nota 81), p. 75 y s., 190 y ss.; REIMANN (nota 135), pp. 126 y s.

[139] Cf. PAUST, *Virginia Journal of International Law*, 23 (1983), pp. 191 y ss. (221 y ss.).

forma que cualquier Estado puede intervenir en interés de quien haya visto violado su *ius cogens*.[140] Esta idea muestra cuán intensamente están unidos *ius cogens*, principio de justicia universal y protección diplomática (universal).[141]

Desde el punto de vista *europeo*, aún debe aludirse al art. 3° del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH),[142] que brinda protección jurídica a violaciones del Convenio, "incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones". La concesión de inmunidad podría suponer denegación de protección jurídica, cuando con ello la víctima de violaciones de los derechos humanos se ve privada del derecho a recurrir en el sentido del art. 13 del CEDH.[143] Además podría lesionar el derecho a la tutela y a un proceso justo de acuerdo con el art. 6° del CEDH.[144]

Sin embargo, todos estos criterios presuponen que cabría el derecho a la inmunidad aún en casos de violaciones del *ius cogens*. Más convincente resulta la opinión de que tales violaciones impiden que aquel derecho surja, pues no caen en modo alguno en el ámbito de protección de la inmunidad. El Estado del foro no está obligado, ni siquiera autorizado, a respetar semejante acto de soberanía contrario al derecho internacional, pues, de lo contrario, participaría en una conducta contraria al mismo.[145] A este respecto, resulta útil el criterio propuesto por *Dahm* en 1958 —y acogido por la mayoría de los lores—,[146] según el cual la comisión o autorización de crímenes internacionales no constituye, con relación al régimen jurídico de la inmunidad acto alguno en ejercicio del cargo, pues los actos gravemente contrarios al derecho internacional carecen completamente de validez y no entran en consideración como presupuesto para la imputación de la conducta estatal.[147]

[140] Bröhmer (nota 81), pp. 143 y ss., 158.

[141] Sobre la relación entre el principio de justicia universal y el *ius cogens* referido a los derechos humanos, cf. Pepper (nota 17), pp. 366, 370 y ss.

[142] Versión original del 4/11/1950, modificado mediante los Protocolos 3, 5, 8 y 9 (U.N.T.S. 213, 221). <www.coe.fr>

[143] Cf. Bröhmer (nota 81), pp. 163 y ss., 171 y ss. (177, 186 y s.); también Dellapenna (nota 92), p. 531; Ress, *supra* nota 119, pp. 199 y s. Acerca de la "denial of justice" mediante la inmunidad absoluta; además, ya Lauterpacht (nota 120), pp. 236, 240. Para una amplia fundamentación del deber de sanción en base a los arts. 1° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cf. Ambos, nota 17, pp. 166 y ss.

[144] Cf. Bröhmer (nota 81), pp. 163 y ss., 178 y ss. (186 y s.).

[145] Cf. Dahm (nota 83), p. 180. En la conclusión, también Pepper (nota 17), pp. 368, 382.

[146] Cf. *supra* notas 83 y ss. y el texto.

[147] Dahm (nota 83), p. 170. Críticamente con relación a la doctrina del *Act of State*, Bothe (nota 78), p. 255, pero de acuerdo en las conclusiones (249). También de acuerdo, Gornig, *NJ* 1992, 13; Pepper (nota 17), pp. 368, 378; Verdross/Simma (nota 78), § 1177, nota 51; igualmente, Fastenrath, *FAZ* de 10/11/1998, 6. Cf. además *Trajano v. Marcos and Marcos-Manotoc*, 978 y s. 2d 493 (498), 1992 US *Appeals Lexis* 26680.

Ciertamente, como han observado correctamente algunos lores,[148] apenas puede cuestionarse que también y precisamente se cometen crímenes internacionales en ejercicio del cargo o con abuso de la función pública, con lo que tienen carácter estatal y de soberanía. La criminalidad estatal en cuestión, como su propio nombre indica, es conocida, tolerada, amparada o bien ordenada por el Estado.[149] Quien lo niegue, cierra los ojos ante la realidad del terrorismo de Estado y asume la dificultad de querer cortar un pelo en el aire. Por el contrario, está justificado objetar —como hace la mayoría de los lores—[150] que las acciones criminales no forman parte de las funciones o tareas propias que corresponden según el derecho internacional a un jefe de Estado. Ahora bien, con ello no se niega su carácter de actividad en el ejercicio del cargo —posiblemente sólo fáctico—, sino que, atendiendo a razones referidas a los derechos humanos, se defiende una limitación —justificada en los resultados— de la inmunidad (también) en caso de acciones *en el ejercicio del cargo*.

Además, una significativa objeción a la "privatización" es que con ella se suprime —en cualquier caso en base a un hacer positivo— la condición de la responsabilidad estatal.[151] Esto, sin embargo, se debe a la lógica de la responsabilidad personal penal, pues ésta se diferencia, incluso estructuralmente, de la responsabilidad y de la inmunidad del Estado. Si la inmunidad se restringe a la determinación de la responsabilidad penal personal, entonces la renuncia a la consiguiente responsabilidad estatal es consecuente, pues se trata precisamente de la identificación de los individuos responsables, no de la sanción pecuniaria de un colectivo abstracto: "los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entes abstractos, y sólo mediante el castigo de las personas individuales que cometan tales delitos, podrá alcanzarse la vigencia de las determinaciones del derecho internacional".[152] Finalmente: si cuantiosas reclamaciones de reparación de daños y perjuicios contra el Estado infractor no ponen en peligro su soberanía funcional, entonces esto es válido con más razón para la persecución de un ex jefe del Estado, que ya no desempeña ninguna función estatal. No obstante, de ello se desprende asimismo que la inmunidad de quien todavía desempeña

[148] Cf. *supra* nota 107, 114 y el texto.

[149] Sobre la *macrocriminalidad*, en el sentido utilizado por Jäger, cf. Ambos, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KriV)*, 1996, pp. 355 y ss. (362 y s.), con más referencias; recientemente, Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*, vol. III, 1998, *passim*.

[150] Cf. *supra* notas 102 y s., 114 y el texto.

[151] Por eso, Bothe (nota 78), pp. 255, 262 y s. quiere reconocer como actos en ejercicio del cargo también acciones reprobables; escéptico, Reimann (nota 135), 124.

[152] Internationaler Militärgerichtshof, Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher (1947), vol I, p. 249.

las funciones de jefe del Estado será normalmente absoluta.[153] Esto, que se considera contradictorio,[154] resulta sin embargo obligado, atendiendo a la finalidad de la inmunidad, que según el criterio aquí defendido consiste en asegurar la soberanía funcional del Estado correspondiente. En el caso concreto, habrá que ponderar también si la naturaleza y gravedad de los hechos hacen necesaria la persecución penal y si ésta supone un grave peligro para la soberanía. Pero esto podría ser incluso lo normal en los más graves delitos en el caso de un jefe de Estado que actúa aún en ejercicio de sus funciones.

3.2.4. Repercusiones para el régimen jurídico nacional de la inmunidad

Las valoraciones jurídico penales internacionales precedentes no sólo deben ser objeto de consideración por el derecho nacional, sino parte del mismo. Las normas nacionales sobre la inmunidad o se limitan a trasladar reglas generales de derecho internacional o se remiten a éstas. Así el § 20 II de la GVG alemana amplía las exenciones de jurisdicción a las personas que ostenten este privilegio "según las reglas de derecho internacional".[155]

Las determinaciones del *Bundesgerichthof (BGH)* sobre la competencia jurisdiccional en aplicación del § 13 a StPO en los procesos contra la cúpula militar argentina y contra *Pinochet*[156] muestran un entendimiento restrictivo de la inmunidad, puesto que de haberse admitido ésta se habrían tenido que rechazar las correspondientes demandas —como en el caso *Honecker*—.[157] La inmunidad es un obstáculo procesal[158] que impide cualesquiera actos de intervención contra un sospechoso que goce de ella,[159] por lo que debe ser examinado ya en el marco de una resolución basada en el § 13 a StPO. Cuando el *BGH* admite dichas demandas, entonces, en cualquier caso, se está cuestionando la inmunidad del sospechoso. En su nota de prensa, el Tribunal manifestó: "sólo podría haberse prescindido de la determinación sobre la competencia en el caso de que estuviera fuera de duda que Pinochet, como antiguo jefe de Estado chileno, gozaba de inmunidad conforme al derecho internacional, con relación a una eventual participación en los hechos denunciados. Pero aquí no resulta ser así. Más bien cabe dudar si su inmunidad conforme al derecho internacional alcanzaba a los hechos enunciados".[160] Ciertamente el *BGH* quiere evitar que estas declaraciones sean valoradas como una resolución previa en contra de la inmunidad y dejar la decisión definitiva al Tribunal competente, pero las consideraciones contra la inmunidad absoluta del Estado en caso de crímenes internacionales son evidentes.

También en *Gran Bretaña* se reconoce que el SIA debe ser interpretado de conformidad con el derecho internacional, y efectivamente así lo hizo la *House of Lords*.[161] Ciertamente en los Estados "dualistas"[162] se plantea la discusión sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional,[163] con unas oportunidades para el primero en cualquier caso más desventajosas que en los sistemas jurídicos "monistas" amistosos para con el derecho internacional. Esto se pone de manifiesto de forma especialmente clara en la opinión minoritaria de *Lord Slynn*, que sólo atribuye validez a una limitación de la inmunidad que se fundamente en el derecho británico (es decir: derecho internacional incorporado).[164] Sin embargo, cabe lograr una limitación de la inmunidad sin recurrir al derecho internacional (inmediatamente aplicable), cuando se deniega el efecto de exención a un acto de soberanía extranjero porque contradice el "ordre public" *interior*.[165] Este principio se remite, sin embargo, implícitamente al concepto de un "ordre public" *internacional*, que será colmado mediante el *ius cogens* referido a los derechos humanos.[166]

4. *Conclusión*

Después del caso *Pinochet* los ex dictadores, cuando sus actuaciones no sean perseguidas por su propio país, corren el peligro de quedar expuestos a la persecución penal extranjera. En especial, la competencia penal de los estados europeos se basa en el principio de personalidad pasiva en caso de víctimas nacionales, o bien en el principio de justicia universal en relación con convenios de derecho penal internacional, como en particular la Convención contra la Tortura. La inmunidad (estatal) debe estar limitada por razón de los derechos humanos, con independencia de si los hechos correspondientes se consideran como acciones en ejercicio del cargo o no. El asunto radica en una

[153] Así, incluso, Lord *Steyn*, quien por lo demás postula una limitación de la inmunidad *(House of Lords,* [nota 1] , IX 4): "It is common ground that a head of State while in office has an absolute immunity...".

[154] Cf. Joffe, *Süddeutschezeitung*, 28/29/11/1998, 4.

[155] Cf. *supra* nota 87 y ss. y texto.

[156] *BGH*, resolución de 17/6/1998 - 2 Ar 80/98; resolución de 18/11/1998 - 2 Ars 471/98 y 474/98.

[157] *BGHSt* 33, 97 (nota 89).

[158] Pfeiffer (nota 80), § 18 GVG, nm. 7; Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 1998, p. 162; críticamente, Volk, *Prozeßvoraussetzungen*, 1978, pp. 221, 232.

[159] Pfeiffer (nota 80), § 18 GVG, nm. 5.

[160] *BGH,* Mitteilung der Pressestelle (comunicado del Gabinete de prensa), Nº 83 a del 19/11/1998.

[161] Cf. *supra* nota 96, así como el texto relacionado con las notas 102 y ss.

[162] Cf. Pepper (nota 17), pp. 356 y s.

[163] A este respecto en general, Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 1994, pp. 15 y ss.; en nuestro contexto, Pepper (nota 17), pp. 355 y ss.

[164] Cf. *supra* nota 108 y el texto.

[165] Cf., a este respecto, ya Dahm (nota 83), pp. 181 y s.

[166] Explícitamente, Pepper (nota 17), 369. Sobre el *ordre public* europeo: Föhlisch, *Der gemeineuropäische "ordre public"*, 1997, *passim.*

ponderación entre soberanía funcional y protección efectiva de los derechos humanos. En el caso concreto, lo que importa es la naturaleza y gravedad de los hechos y las repercusiones que la persecución tiene en la soberanía funcional del Estado en cuestión: normalmente cuando se trate de un antiguo jefe de Estado *ya* no será peligroso, pero si está en funciones *todavía* lo será bastante.

Capítulo VIII

Informes especiales sobre Perú y Uruguay

- La impunidad en el Perú.
- Elaboración jurídico-penal del pasado tras un cambio de sistema político en el Uruguay.

LA IMPUNIDAD EN EL PERÚ

IVÁN BAZÁN CHACÓN*

La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, entidad con estatuto consultivo ante las Naciones Unidas, que agrupa a cincuenta organizaciones de derechos humanos en todo el país, presenta el siguiente Informe, que intenta comprender sintéticamente, algunos de los aspectos más destacados de la compleja problemática de la impunidad.

1. *Situación fáctica*

En el Perú, el conflicto armado interno iniciado en 1980, a la fecha en declive pero no terminado, con un saldo doloroso de víctimas y de pérdidas materiales, se ha caracterizado por la violación en forma sistemática de los derechos humanos y su generalizada impunidad.

Ello se ha producido por, entre otros elementos, la abdicación de atribuciones judiciales, de control constitucional y del marco democrático general. Se ha consolidado la militarización del país, a través de la recurrencia renovada y ahora selectiva, de regímenes de excepción, en particular el Estado de emergencia, y a nuevas leyes denominadas de "seguridad nacional".

Con ello, la extensión inconstitucional de los tribunales militares para juzgar a civiles mediante decretos leyes emitidos en 1992, luego del "autogolpe" del 5 de abril, ahora prosigue con disposiciones previstas en el texto de la Constitución de 1993.

Se justificó la intervención de los tribunales militares para juzgar a civiles por una percepción de ineficacia del Poder Judicial. Se aducía que el Poder Judicial liberaba a los acusados de terrorismo en base a un supuestamente equivocado criterio de falta de pruebas. También aportó una fama de corrupción

* Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Lima, Perú.

generalizada y la situación de amenazas y presiones que enfrentaban los magistrados al investigar y procesar en estos casos. Ahora, en el contexto de combatir las nuevas formas de delincuencia, tema propio de la seguridad ciudadana, se han expedido decretos legislativos de "seguridad nacional". Otra vez se critica al Poder Judicial (supuestamente reformado por leyes del Congreso de mayoría gubernamental) enrostrándole una alegada ineficacia en investigar y sancionar ejemplarmente a los delincuentes considerados más peligrosos.

El crecimiento de la competencia de los tribunales militares en el Perú ha llevado a situaciones absurdas como servir de herramienta de control político de los ciudadanos que ejercían su derecho de opinión, por ser militares en retiro, no pudiendo gozar de la plenitud de sus derechos constitucionales. Ello se ha comprobado en diversos casos en los últimos años que incluso condujeron a la reclusión de los disidentes de las posiciones oficiales. Actualmente, se mantiene en prisión militar a otro oficial retirado a pesar que fue beneficiado por un *habeas corpus* resuelto por juzgársele por un delito común ante los tribunales militares. Por esos hechos, el caso se encuentra ventilando ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[1]

En los poquísimos casos que en estos años se llegaron a investigar e iniciar procesos se ha repetido el patrón cíclico de emprenderse una investigación simultánea por las autoridades judiciales militares, entablarse contienda de competencia o solicitud de inhibición al Poder Judicial y finalmente, decidirse por ceder el conocimiento del asunto a los tribunales militares.

Así ha sucedido, por ejemplo, en el crimen de *Santa Bárbara*, en 1991, en el caso *La Cantuta*, en 1992, en el caso *Barrios Altos* en 1991 y, recientemente, en el caso de *Leonor La Rosa Bustamante* (1997). Salvo el primero de los casos, ocurrido en una zona rural de Huancavelica, los otros acaecieron en la ciudad y las autoridades judiciales pudieron intervenir sin que existan circunstancias objetivas como la distancia, la lejanía, las dificultades materiales para acopiar las pruebas.

Todos ellos se han conocido por haber sido públicamente notorios, como el secuestro de nueve estudiantes y un profesor de la residencia en la Universidad Nacional de Educación, "*La Cantuta*", cuando dicho recinto se encontraba bajo control militar, o el homicidio múltiple de *Barrios Altos*, a pocas calles del Congreso de la República y a unos metros de la sede de la Inteligencia Policial y con empleo de vehículos oficiales.

Ante cualquier crimen de estas características lo normal hubiera sido que la policía se acerque al lugar de los hechos e inicie una investigación que debe ser guiada por el fiscal provincial. Ello no sucedió así. En el caso *La Cantuta*, producido a los pocos meses del "autogolpe" del 5 de abril, la investigación se emprendió porque desde los propios aparatos del Estado se filtró información a congresistas de la República y a periodistas independientes que sustituyeron la labor de las autoridades fiscales y judiciales, en un primer momento, y cuya exactitud luego fue simplemente corroborada por una sentencia de un tribunal militar. Anteriormente, las primeras acciones emprendidas por los familiares, como un *habeas corpus*, fueron ineficaces.

[1] Caso de *Gustavo Cesti Hurtado*.

En el caso de *Barrios Altos*, una primera investigación parlamentaria se frustró con el cierre del Congreso en abril de 1992. Luego, una prolongada pero silenciosa labor de la fiscalía provincial de Lima llevó a que se determinen presuntos responsables desde el Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional hasta algunos de los autores materiales que estuvieron involucrado en el caso *La Cantuta*. Ese esfuerzo se intentó abortar con la sorpresiva aprobación en el Congreso de la Ley de Amnistía 26.479. Como la fiscal y la jueza declararon que no era aplicable al caso por incompatibilidad con la Constitución, ejerciendo el control difuso de constitucionalidad, el Congreso se vio obligado a expedir una segunda ley 26.492 dirigida precisamente contra los magistrados que osaron interpretar la Ley de Amnistía 26.479.

Es decir, ya no era suficiente que se utilizara el mecanismo de iniciar una investigación similar en un tribunal militar. Esto se aplicó en el caso *Barrios Altos*, interfiriendo en la investigación judicial, pues los procesados no concurrían a declarar por estar bajo supuesta jurisdicción militar. Además, ya el Poder Judicial y el Ministerio Público se encontraban intervenidos. Dicho de otra manera, habían sido "reformados" desde el 5 de abril de 1992 y con un alto porcentaje de magistrados provisionales. Actualmente, según declaraciones del Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, un 82,5 % de los magistrados son provisionales.

A la conocida renuncia de atribuciones jurisdiccionales en casos de violación a los derechos humanos que llegan al Ministerio Público y al Poder Judicial a favor de los tribunales militares se añade desde el "autogolpe" una compleja intervención política del Poder Ejecutivo y los servicios de inteligencia que tornan muy improbable que pueda ejercerse algún control ante el abuso de poder.

Los pasos positivos para hacer más eficiente el sistema de justicia penal con la expedición de ciertas normas como el Código Penal de 1991 y el Código Procesal Penal de 1991, se ven limitados por la no vigencia del Código Procesal Penal y el conjunto de leyes penales de excepción emitidas posteriormente, que han desnaturalizado el sentido garantista del Código Penal.

La creación de las llamadas Comisiones Ejecutivas del Ministerio Público y del Poder Judicial, en apariencia conformadas por los propios magistrados, pero en su conducción real con notoria influencia gubernamental, ha sido el marco ahora renovado para mediatizar cualquier intento de actuación autónoma de las autoridades jurisdiccionales. El argumento de tratarse de únicamente medidas administrativas sin interferencia en lo jurisdiccional se

ha desmentido con la práctica de los últimos años en la que se han instalado y descompuesto juzgados y salas de acuerdo a la gravedad e importancia del caso. Inclusive, se ha pretendido sancionar a una jueza por actuar defendiendo sus atribuciones.

Este mismo Poder Judicial intervenido es el que en el caso más reciente de las torturas contra la agente del Servicio de Inteligencia del Ejército, *Leonor La Rosa Bustamante,* en 1997 ha renunciado asumir la jurisdicción declinando su competencia a favor del Consejo Supremo de Justicia Militar. Dicho de otro modo, se han seguido remitiendo los casos de violación a los derechos humanos cometidos por militares a la justicia de sus camaradas de armas.

El único argumento sostenido fue en este caso la calidad de los agentes activos y pasivos, dentro de una calificación legal de delitos de lesiones y abuso de autoridad. Así la sentencia consideró que

> "(...) en el caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidas al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar; que frente a estos hechos, se tiene en cuenta que las personas procesadas y agraviadas son militares (...)."[2]

En el caso del homicidio de la también agente del mismo cuerpo de seguridad, Mariela Luz Barreto Riofano, cuyo cuerpo fue encontrado desmembrado y ocultado en dos bolsas de polietileno, pese a los indicios que llevan a pensar que se trataría de un crimen cometido desde las mismas esferas de los cuerpos de seguridad, no hay ningún avance en las investigaciones que ha iniciado una fiscalía provincial del cono norte de Lima.[3]

Otro caso es el proceso judicial seguido contra miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército que intervinieron para dinamitar la estación de la repetidora de televisión de la empresa Global en la ciudad de Puno.[4] Aquí se les está juzgando por delito de terrorismo en la justicia común y recientemente la Corte Suprema de Justicia de la República ha anulado el proceso por razones formales. Los encausados están en libertad sin que comparezcan ante los magistrados, obstaculizando la justicia.

En este balance, la percepción sobre el Ministerio Público intervenido es semejante, salvo honrosas excepciones.

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal "C". Contienda de competencia N° 12-97, dirimida a favor del Consejo Supremo de Justicia Militar, Lima, 18 de julio de 1997, sobre la causa seguida contra el coronel Carlos Sánchez Noriega y otros por delito de abuso de autoridad y otro en agravio de Leonor La Rosa Bustamante.

[3] *Informe de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.* "Situación de los derechos humanos en el Perú en 1997", pp. 30-31.

[4] *Informe de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Ibid.,* pp. 80-81.

La impunidad ya estaba institucionalizada en el país pero en 1995 se adoptaron nuevas medidas legales nunca antes vistas.

2. *La situación jurídica de la impunidad*

Con las leyes de amnistía de 1995 la impunidad se ha consolidado como política de Estado en el Perú. El Estado ha reconocido, en primer lugar, que cometió violaciones a los derechos humanos, que éstas fueron masivas o considerables en número, pero finalmente, las reconoce solamente para autoexonerarse de cualquier responsabilidad en ellas.

Desde un análisis constitucional, siendo la amnistía una atribución del Congreso, también es cierto que no se trata de una facultad ilimitada. Existen límites a la amnistía provenientes del deber general del Estado de promover y proteger los derechos humanos (art. 44 de la Constitución de 1993), del principio de separación de poderes y del respeto a los principios y derechos de la función jurisdiccional (art. 139 de la Constitución), en particular la tutela jurisdiccional (inc. 3° del art. 139 constitucional).

El ejercicio ilimitado del poder ha llevado a que matar, desaparecer y torturar esté permitido sin que nada ocurra, pues sus autores o representantes se autoperdonan.

Una de las consecuencias más serias de la aprobación de las leyes de amnistía, en verdad de impunidad, es que se ha alentado la comisión de nuevas violaciones a los derechos humanos, como las cometidas contra miembros de los mismos cuerpos de seguridad, mencionadas anteriormente.

Han sido muy pocos los casos en que los magistrados rehusaron aplicar las disposiciones de amnistía. Así, en Puno, el Juzgado y la Sala Mixta declararon la Ley de Amnistía incompatible con la Constitución, ordenando que se prosiga un proceso contra el teniente del Ejército Mario Ortiz Gómez por el asalto a un vehículo con pasajeros, en que el citado oficial comandó a seis soldados. La causa quedó para resolverse en la Corte Suprema de Justicia de la República.

En el caso del teniente del Ejército peruano Edman Rodríguez Vásquez, quien asesinó estando embriagado al profesor Féliz Carrillo Céspedes el 7 de octubre de 1993, el Juzgado y la Sala Mixta de Puno declararon improcedente la solicitud de amnistía del inculpado. La causa quedó pendiente de resolver en la Corte Suprema de Justicia de la República.

También en el caso del asesinato de los hermanos Emilio y Rafael Gómez Paquiyauri y del estudiante de medicina Freddy Rodríguez Pighi por obra de policías, el 27 de junio de 1991, el Juzgado y la Sala Penal del Callao declararon improcedente la petición de amnistía.[5] Esta decisión fue definitiva y se

[5] *Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.* "Informe sobre la situación de derechos humanos en el Perú en 1995", pp. 26-27.

condenó a los ejecutores materiales del crimen a penas de entre 18 y 15 años de prisión, y a sus cómplices a penas de 5 y 6 años de prisión.

A contracorriente, entre las pocas medidas adoptadas para contrarrestar la impunidad se encuentra la promulgación de la Ley de Delitos contra la Humanidad 26.926 en febrero de 1998. Por primera vez se tipifica el delito de tortura. Se reubican dentro del Código Penal las figuras de la desaparición forzada y del genocidio, que ya existían por otras normas penales. Sin embargo, la tipificación del delito de tortura sigue en parte la definición contenida en la Convención Contra la Tortura de las Naciones Unidas que exige la existencia de dolores o sufrimientos graves.

Las dificultades probatorias que ofrece la utilización de un concepto tan restringido puede llevar a nuevas situaciones de impunidad al bloquearse en los hechos que la práctica de la tortura sea investigada y sancionada. Al respecto, los últimos casos ocurridos en el país reafirman que las dificultades técnicas y la ausencia de voluntad política para castigar a los responsables configuran una nueva situación de impunidad. La inhibición de agencias como el Ministerio Público, demuestra las nuevas formas de impunidad.

3. *Acciones desde el movimiento de derechos humanos*

Una de las primeras reacciones, además del rechazo a la promulgación de las normas de amnistía, fue iniciar un proceso de recolección de firmas para convocar a un referéndum desaprobatorio de estas leyes.

Poco tiempo después, el Congreso de la República aprueba una nueva ley 26.592 que altera el referéndum y obliga a que para pronunciarse en desaprobar leyes primero debe existir una iniciativa legislativa rechazada en el Congreso y con una votación mínima de dos quintas partes del número legal de congresistas (48 representantes). Tal medida desnaturaliza completamente el referéndum y sumado al hecho de existir lentitud para la recolección de firmas llevó a que se paralice esta actividad.

Otra gestión importante fue la de motivar a que se presentara una acción de inconstitucionalidad contra los arts. 1° y 6° de la ley 26.479 y la ley 26.492. En un primer momento se inició otro proceso de recolección de firmas pero por el plazo para accionar se optó porque sean 35 congresistas quienes interpusieran la acción ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal admitió la demanda, le dio trámite y la declaró improcedente por seis votos contra uno en abril de 1997.[6]

[6] Sentencia del 28 de abril de 1997, expediente N° 013-96-I/TC. Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de mayo de 1997, *Normas Legales*, pp. 149096 a 149099. Semanas después, se produciría la destitución por el Congreso de tres de sus magistrados, bloqueándose la atribución de control de constitucionalidad de las leyes, situación que subsiste hasta la fecha de redactarse este documento.

El Tribunal Constitucional consideró que en relación al derecho a la integridad física "no puede considerarse que queden efectos pendientes", que sobre el derecho a la verdad, que se han agotado los efectos que puedan conducir a la determinación de la verdad. Respecto a la reparación civil, se deja a salvo este derecho invocándose el art. 58 del Código de Justicia Militar y la responsabilidad subsidiaria del Estado.

El mencionado Tribunal razonó diciendo que "(...) la amnistía concedida es de obligatoria aplicación por los órganos jurisdiccionales (...)." y concluyó que han quedado agotados "todos los efectos derivados de los actos delictuales (sic) objeto de la amnistía prescrita por las leyes 26.479 y 26.492", con lo cual "no tiene facultades para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de esas leyes". El Tribunal declaró improcedente la demanda de inconstitucionalidad de las leyes 24.679 y 24.692 "porque sus efectos quedaron agotados antes del veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y seis, fecha en que se instaló el Tribunal (...)". En otras palabras, según las reglas de juego vigentes, las normas impugnadas han sido convalidadas en su supuesta constitucionalidad.

El voto singular del magistrado Aguirre Roca sopesó que hubo contradicción entre los fundamentos utilizados por la mayoría de jueces para expedir su sentencia. Opinó que la supresión de la facultad de los jueces de ejercer el control difuso constitucional sólo puede emprenderse a través de una reforma constitucional. Consideró que la ley bajo examen no ha agotado todos sus efectos en cuanto permanecen los derechos al conocimiento de la verdad, a la tutela jurídica y a la reparación civil o indemnización. Asimismo, subsiste el derecho de denunciar a quienes no han sido todavía investigados. En estos criterios le da la razón a los demandantes.

Desde las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano, subsisten sus deberes de investigar y sancionar a los violadores de los derechos humanos, de conceder adecuadas y justas reparaciones a las víctimas y de conocer la verdad de lo sucedido. Entre ellas, pues no se afecta por el texto de la Ley de Amnistía, el considerar a las desapariciones forzadas como delitos permanentes que escapan al límite temporal de la amnistía autoconcedida.

Una de las consecuencias de las movilizaciones ciudadanas es que se conformaron grupos estables de lucha contra la impunidad como el Movimiento Cívico contra la impunidad. Asimismo, los organismos de derechos humanos de Perú han denunciado las leyes de impunidad y participado en diversos foros internacionales en el mismo sentido.

4. *Intervención de la comunidad internacional*

Los principales órganos intergubernamentales de protección han condenado las leyes de amnistía de 1995. Primero un grupo de los expertos de la

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

En el caso de los expertos de la Comisión, los Relatores sobre la Tortura, Ejecuciones Arbitrarias o Sumarias, el de Independencia de Jueces y Abogados y el Presidente del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas remitieron una carta conjunta al gobierno peruano expresando su preocupación por la dación de las mencionadas leyes. Posteriormente, la Subcomisión de Prevención de Discriminación de Minorías emitió una Declaración en la que se adhiere a lo expresado por los citados expertos.

El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas ha consignado la aprobación de las leyes de amnistía:

> "(...) Fomenta un clima de impunidad que promueve nuevos actos de desaparición y otras violaciones similares de los derechos humanos."[7]

El Comité de Derechos Humanos al respecto ha prescrito que:

> "La amnistía señalada impide la investigación y el castigo apropiados de los autores de violaciones de los derechos humanos cometidas en el pasado, erosiona los esfuerzos por lograr el respeto de los derechos humanos, contribuye a crear una atmósfera de impunidad entre los autores de esas violaciones y constituye un muy grave obstáculo a los esfuerzos por consolidar la democracia y promover el respeto de los derechos humanos y, por lo tanto, viola el art. 2° del Pacto (...).
>
> (...) el Comité subraya que la legislación nacional no puede modificar las obligaciones internacionales contraídas por un Estado parte en virtud del Pacto."[8]

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el mismo sentido ha recomendado:

> "(...) al Estado del Perú que deje sin efecto la Ley de Amnistía (26.479) y de interpretación judicial (26.492), porque son incompatibles con la Convención Americana, y que proceda a investigar, enjuiciar y sancionar a los agentes estatales acusados de violaciones a los derechos humanos, en especial las violaciones que impliquen crímenes internacionales."[9]

[7] Documento ONU E/CN.4/1997/34, párr. 281.

[8] Documento ONU CCPR/C/79/Add.67, párrs. 8, 9 y 10.

[9] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual de 1996, Recomendación 6, p. 781.

También en ciertas decisiones de la Comisión Interamericana se ha hecho caso omiso a las disposiciones de amnistía. Así sucedió en los Informes N° 1/96 (caso 10.559 Perú) del 1° de marzo de 1996, relativo a la masacre de Chumbivilcas y en el Informe N° 5/96 (caso 10.970 Perú) de la misma fecha sobre violaciones al derecho a la vida y otros en agravio de Fernando Mejía Egocheaga y violaciones al derecho a la integridad personal y derecho a la privacidad en agravio de Raquel Mejía.

En las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Neira Alegría y otros,* tanto la sentencia de fondo del 19 de enero de 1995 como la de Reparaciones del 19 de septiembre de 1996 omiten referirse explícitamente a la Ley de Amnistía, pero ordenan una indemnización económica y una reparación moral consistente en "hacer todo el esfuerzo posible para localizar e identificar los restos de las víctimas y entregarlos a sus familiares".

En el caso *Loayza Tamayo,* la sentencia de Reparaciones del 27 de noviembre de 1998 prescribe que:

> "(...) el Estado tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos, procesar a los responsables y evitar la impunidad. La Corte ha definido la impunidad como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana" (...)
>
> 171. El Estado tiene la obligación de investigar los hechos del presente caso, identificar a sus responsables y sancionarlos y adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación (art 2° de la Convención Americana)."[10]

En el caso *Castillo Páez* (desaparición forzada), la sentencia de 3 de noviembre de 1997 razona que

> "En relación con las violaciones a la Convención Americana anteriormente citadas, la Corte considera que el Estado peruano está obligado a investigar los hechos que las produjeron. Inclusive, en el supuesto de que dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza, subsiste 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. A ese deber de investigar se suma el de prevenir la posible comisión de

[10] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de noviembre de 1998, Reparaciones, caso *Loayza Tamayo,* párr. 170-171.

desapariciones forzadas y de sancionar a los responsables de las mismas. Tales obligaciones a cargo del Perú se mantendrán hasta su total cumplimiento."[11]

En este ámbito el gobierno peruano no puede eludir su responsabilidad internacional con los órganos de supervisión de los derechos humanos. Ello explica que siga respondiendo a los requerimientos de los órganos de las Naciones Unidas que supervisan los derechos humanos tales como el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas. Es decir, para el ámbito internacional no operan las leyes de amnistía, por más que se ha intentado justificarlas desde un proceso de pacificación y como una medida tendiente a la reconciliación nacional. Las recomendaciones o sentencias van pronunciándose, caso por caso, revirtiendo la impunidad local.

En el caso *Neira Alegría* por primera vez el Estado peruano en acatamiento de una sentencia internacional ha pagado una indemnización económica a los familiares de las víctimas pero ha dilatado la ejecución de una reparación moral consistente en hacer todo el esfuerzo posible para ubicar e identificar a las víctimas y entregárselas a sus familiares.

En el caso *Castillo Páez,* la Corte Interamericana ha formulado expresamente que no surten efecto las leyes de amnistía y ordena que se investigue la desaparición forzada y se identifique, procese y sancione a los responsables.

En el caso *Loayza Tamayo,* dice algo parecido, aunque aquí se trata de detención arbitraria, doble procesamiento por los mismos hechos y tratos inhumanos, crueles o degradantes.

5. *Programa actualizado sobre Perú*

La experiencia peruana arroja que aquí no se ha logrado la verdad, ni justicia, ni reparación. Hay conciencia de la ausencia de condiciones políticas para conformar una Comisión de la Verdad. Entre esos elementos se encuentra el franco retroceso en la suscripción del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Subsiste como una demanda fundamental del movimiento de derechos humanos de Perú el conseguir la derogación de las leyes de amnistía 26.479 y 26.492, el que las víctimas o sus familiares sean efectivamente reparados, conozcan la verdad de lo sucedido y que se juzgue y sancione a todos los autores de crímenes de lesa humanidad.

[11] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia en el caso *Castillo Páez* del 3 de noviembre de 1997, párrafo XVI.

ELABORACIÓN JURÍDICO-PENAL DEL PASADO TRAS UN CAMBIO DE SISTEMA POLÍTICO EN EL URUGUAY

GONZALO D. FERNÁNDEZ*

1. *Evolución histórica*

Durante el siglo XX, salvo las excepciones que se indicarán, el Uruguay mantuvo una relativa estabilidad democrática, sin padecer mayores alteraciones en la normalidad constitucional. Hasta la década de los años treinta, el país —conocido como *la Suiza de América*— parecía inmunizado contra las dictaduras o los gobiernos de fuerza, merced a una democracia resplandeciente. Sin embargo, no es casual que la primera fractura significativa de la legalidad democrática haya ocurrido, precisamente, en la década del treinta. En ese período histórico, aproximadamente entre 1930 y 1936, América latina se ve sacudida por no menos de doce golpes de Estado, que determinan la ruptura de la democracia constitucional y el surgimiento de gobiernos militares de reemplazo en Argentina, Bolivia, República Dominicana, Chile, Ecuador, Venezuela, El Salvador, Panamá, Nicaragua, Perú, Cuba y Paraguay.[1]

Dentro de ese convulsionado contexto regional, en medio de la oleada de militarismo que se expande por todo el continente, le llega su turno al Uruguay el 31 de marzo de 1933, fecha en que tiene lugar la primera ruptura de la legalidad democrática de la época contemporánea, a través de un golpe de Estado *sui generis*, encabezado por el propio presidente constitucional, Gabriel Terra. Esta dictadura, aún cuando utiliza a las fuerzas policiales como su principal instrumento de acción,[2] cuenta también con el consenso indiscutible del sector militar, el cual se mantiene impasible ante la quiebra institu-

* Catedrático de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Montevideo, Uruguay.

[1] MACHADO, pp. 310-312.

[2] CAETANO JACOB, I, pp. 179.

cional. En realidad, esta actitud de sospechosa pasividad responde a un fenómeno político. Debe interpretarse atendiendo al rol protagónico de los ejércitos latinoamericanos que, a partir de entonces, comienzan a jugar un nuevo rol en la sociedad.[3]

No obstante, la dictadura tiene breve duración. Terra promueve de inmediato una reforma constitucional, aprobada en 1934, y convoca a nuevas elecciones. Ese acto electoral espurio le permite volver a asumir la Presidencia de la República y continuar gobernando hasta 1938.

Durante el *terrismo*, como se suele llamar a ese gobierno de fuerza instaurado por el presidente Terra, ocurren notorias violaciones a los derechos humanos, básicamente a causa de episodios de tortura policial, prisión ilegítima de disidentes políticos, exilio forzoso de dirigentes opositores, así como algún homicidio aislado —pero sobre un dirigente democrático de primera línea— cometido por las fuerzas policiales.[4] De todas maneras, mirada aquella dictadura en perspectiva histórica y, sobre todo, comparándola con el cruento golpe militar ocurrido en 1973, es notorio que acarreó mucho menos violencia represiva.

Pocos años más tarde, el 21 de febrero de 1942, el nuevo presidente —general Alfredo Baldomir— lidera el segundo golpe de Estado de la época contemporánea. Apenas a cinco semanas de las elecciones, Baldomir disuelve el Parlamento sustituyéndolo por un Consejo de Estado, destituye al Vicepresidente y posterga el acto electoral hasta noviembre de ese año.[5] Sin embargo, fuera de las medidas políticas que acaban de referirse, este gobierno de fuerza resultó de duración muy breve y, en cuanto aquí interesa, no produjo hechos significativos de violencia que hayan tenido relevancia jurídico-penal.

En realidad, la elaboración jurídico-penal del pasado es un tema que sólo tiene sentido estudiar, al menos dentro de la cronología histórica uruguaya, a partir de la dictadura militar de la década del setenta. Éste es un gobierno autoritario de larga duración, que se extiende desde el 27 de junio de 1973 hasta el 1° de marzo de 1985, fecha en que el Uruguay recupera nuevamente el acceso a la legalidad democrática. En efecto, el 27 de junio de 1973, nuevamente con el Presidente constitucional (electo en 1971) a la cabeza del movimiento golpista, los militares toman el poder, disuelven el Parlamento e inauguran un gobierno *de facto* que, merced a la represión feroz, se mantiene hasta el 28 de febrero de 1985. El 1° de marzo siguiente asume el nuevo gobierno democrático, electo en los comicios de noviembre de 1984.[6]

[3] MACHADO, pp. 310-311.
[4] PORRINI, pp. 47-71.
[5] MACHADO, pp. 337-338.
[6] BRUSCHERA, pp. 93 y ss.; LESSA.

Tampoco esta vez la situación uruguaya constituye un caso aislado o excepcional. Muy por el contrario, en la década del setenta las dictaduras militares irrumpen dentro del Cono Sur (Uruguay, 1973; Chile 1973; Argentina, 1976; sumadas a Brasil, 1964 y Paraguay 1954) y derriban los regímenes democráticos. Coincidentemente, al promediar los años 80 se inicia la restauración democrática en todos los países de la región, que recuperan —merced a procesos casi simultáneos— la legalidad institucional. El nivel de violencia política y los actos de terrorismo de Estado cometidos por los gobiernos militares son también muy similares en toda la región,[7] donde funcionaba una auténtica coordinación represiva de los ejércitos de cada país, para la persecución nacional y extraterritorial de los opositores políticos.

En ese marco, las diversas dictaduras militares desarrollaron una acción continuada de terror penal, inspirada en la llamada *doctrina de la seguridad nacional*.[8] Esa escalada inusitada de violencia se conoce vulgarmente como la *guerra sucia*, pues sin respetar límite alguno y arrasando con todas las garantías legales, condujo a gravísimas violaciones de derechos humanos; en especial la tortura sistemática, el homicidio y la desaparición forzada.

2. *Criminalidad política y terrorismo de Estado*

Para abordar el análisis de la elaboración jurídico-penal del pasado, deben examinarse con carácter previo:

a) la caracterización del cambio de sistema político ocurrido en el país; y

b) la determinación de los fenómenos de criminalidad política ocurridos en el pasado, bajo la vigencia del sistema depuesto.

2.1. Caracterización del cambio de sistema político ocurrido en el país

La primera interrogante se refiere a la comprensión previa histórico-política. En ese sentido, según lo hemos expresado con anterioridad,[9] el cambio político ocurrido en el Uruguay a partir del 1° de marzo de 1985 implica la caída de una dictadura militar, de corte totalitarista —igual a todas las demás de la región—, que se ha visto reemplazada por un régimen democrático-constitucional, ajustado a la tradición histórica republicana del país, vigente desde la primera Constitución, aprobada en 1830.

[7] GARCÍA MÉNDEZ, 246; *Nunca más*, Uruguay, pp. 329 y ss.
[8] GARCÍA MÉNDEZ, pp. 93 y ss.
[9] *Supra*, punto 1.

A pesar de que los militares se preocuparon, durante todo su gobierno, de preservar una cierta fachada de legalidad y utilizaron, a esos fines, los servicios de muchos civiles complacientes para cubrir los cargos institucionales (por ejemplo, mantuvieron tres presidentes civiles consecutivos), no cabe duda alguna de que el régimen significó una dictadura militar, la cual suprimió al Estado de derecho e incurrió en terribles violaciones de derechos humanos.[10] Los militares concentraron en sus manos todo el monopolio del poder y el uso de la fuerza, justificando la ruptura de la democracia mediante la invocación de un supuesto *estado de necesidad constitucional*. Entonces, junto con la disolución del Parlamento y su reemplazo por un Consejo de Estado designado *ad hoc* —medida clásica de un golpe de Estado—, prohibieron también el funcionamiento de los partidos políticos y encarcelaron a varios miles de ciudadanos (dirigentes políticos, líderes sindicales y estudiantiles, simples militantes, etc.), hasta aplastar cualquier intento de resistencia.

Desde el punto de vista ideológico, la dictadura militar pretendió legitimarse argumentando una especie de *salvataje* de la Nación, erosionada por la crisis política y económica. La apelación a la *patria*, a la *orientalidad* como expresión del ser nacional, siempre en el contexto de un fuerte discurso nacionalista, se convirtieron en un mensaje cotidiano, tendiente a fundamentar el soporte ideológico del régimen.

Entre los civiles que colaboraron con la dictadura militar también se incluyeron juristas penales, junto con especialistas en derecho constitucional, quienes se encargaron de elaborar una justificación dogmática de la represión militar. Así, toda la oposición al régimen —desde los agónicos intentos de resistencia armada ensayada por el Movimiento de Liberación Nacional "Tupamaros", hasta la propia militancia clandestina en los partidos políticos declarados ilegales— pasó a ser calificada como un acto *subversivo* y punible, por atentar contra los intereses superiores de la Nación.[11]

Esto tiene importancia, porque corrobora una actitud permanente de la dictadura militar. Tanto en el terreno político, cuanto en el plano jurídico-penal estricto, el gobierno autoritario se empeñó en legitimar cada uno de sus actos, empleando siempre una cobertura jurídica e intentando disfrazarlos, indefectiblemente, con una fachada de ficticia legalidad. Aún cuando tenía el poder de hecho para encarcelar a las personas sin expresión de causa, sin la obligación de rendir cuentas de ello, el régimen militar —presumiblemente, en el interés de cuidar su imagen internacional— apeló sin embargo a la Justicia militar y al

[10] Vid. *Nunca más*, Uruguay, Montevideo, 1989.
[11] BAYARDO BENGOA, p. 28.

Código Penal Militar, para llevar a cabo la criminalización de opositores políticos. Con la dudosa legitimidad emergente de un pronunciamiento dictado por un tribunal militar, la dictadura trataba de justificar, previo simulacro de un proceso judicial, la prisión arbitraria de civiles, considerados delincuentes subversivos y peligrosos para el Estado. Esto es, buscaba de la justicia militar una coartada de legalidad.

Del mismo modo, aún admitiendo las múltiples críticas que cabe formular al actual régimen político uruguayo respecto del grado de realización del Estado material de derecho, no cabe duda tampoco de que éste constituye una democracia republicana, ajustada al modelo constitucional. Sólo que los tres sucesivos gobiernos democráticos habidos en el país desde el 1° de marzo de 1985, todos de centro-derecha, optaron por la política del olvido como vía de elaborar el pasado dictatorial.

2.2. **Determinación de los fenómenos de criminalidad política ocurridos en el pasado**

La segunda variable, vinculada a la explicación previa histórico-política, se refiere al tipo de criminalidad cometida por los agentes públicos, durante la vigencia del régimen militar.

En general, salvo excepciones aisladas de delitos económicos cometidos con propósito de lucro personal, la gran mayoría de los ilícitos fueron delitos contra la vida, la integridad corporal y la libertad personal, ejecutados en la dinámica de una amplia acción represiva, orientada a perpetuar al régimen, neutralizando los focos de contestación social. Desde luego, el golpe de Estado en sí mismo y la subsecuente toma del poder constituyen un injusto penal, tipificado en el delito de rebelión (art. 141 Código Penal). De ahí en adelante, el régimen militar llevó a cabo una campaña de exterminio de opositores políticos, que incluyó gravísimas violaciones a los derechos humanos: homicidios, desapariciones forzadas, secuestros, violaciones, ejecuciones extrajudiciales, torturas y malos tratos carcelarios, detenciones arbitrarias y privación ilegítima de libertad, violación del secreto de la correspondencia, abusos policiales y expropiaciones coactivas.[13]

La nómina de delitos precedentes es bien ilustrativa sobre el nivel de sometimiento y de violencia política que impuso la dictadura. Fue bastante más que un modelo penal autoritario de control duro y, por ello, dado que instauró una política de terror, suele hablarse con acierto de *terrorismo de Estado*. La expresión indica que los agentes públicos encargados de la repre-

[12] *Nunca más*, Uruguay, pp. 109 y ss.
[13] *Nunca más*, Uruguay, p. 331.

sión no reconocían límite alguno y tanto actuaban amparados por el simulacro de justicia que impartía la justicia militar —esencialmente, para imponer la prisión ilegítima—, cuanto en forma enteramente libre de control, como en el caso de las ejecuciones extrajudiciales o las desapariciones forzadas de personas, cometidas por *escuadrones de la muerte* o grupos especiales de acción.[14]

Por supuesto, las violaciones de derechos humanos antes enumeradas eran punibles dentro de la legislación penal uruguaya a la fecha de su comisión, a través de múltiples figuras delictivas: homicidio, lesiones, privación de libertad, abuso de autoridad contra los detenidos, violación, etc. Ello significa, en suma, que no existía ni antes, ni ahora, una laguna o vacío de punibilidad que permitiera ejecutar impunemente los abusos enumerados. Su realización se explica, sencillamente, por el monopolio de la fuerza y la ausencia de controles judiciales con que operaban los cuerpos militares, valiéndose además de la complicidad de la justicia militar, donde —como lo sostenía Martínez Moreno— los procesos no son procesos y la justicia no es justicia, sino venganza.[15]

3. *La persecución penal bajo el régimen democrático*

En el año 1980, el gobierno militar somete a plebiscito un proyecto de reforma constitucional, que resulta rechazado en las urnas. Ese acontecimiento inicia el declive de la dictadura, el principio del fin del régimen, ante un renacimiento cada vez más fuerte de la oposición, que demanda el retorno a la legalidad constitucional. Desestabilizada por esa derrota electoral imprevista y por los crecientes problemas económicos que tampoco logra solucionar, la dictadura comienza progresivamente a declinar, habiendo perdido además todo apoyo externo.

Ya en su último año en el poder, durante 1984, en un clima político de enorme efervescencia y viéndose que la caída del régimen era ya un proceso político irreversible, comienzan a plantearse denuncias penales ante la justicia penal ordinaria, cuyo número se multiplica luego de instalado el gobierno democrático. Los familiares de los ciudadanos desaparecidos y muchos prisioneros liberados, patrocinados por diversas organizaciones de derechos humanos, promueven denuncias tendientes a lograr la persecución penal de los delitos más graves cometidos durante la dictadura, en especial los homicidios, desapariciones forzadas y torturas.

Por lo tanto, a la fecha de asunción del gobierno democrático, éste enfrenta dos problemas prioritarios:

[14] MARTÍNEZ MORENO, p. 348.
[15] MARTÍNEZ MORENO, pp. 29 y ss.

a) la liberación de los últimos presos políticos que aún permanecían detenidos en las cárceles militares; y
b) la persecución penal, ya iniciada, de las violaciones de derechos humanos cometidos por los agentes públicos durante la dictadura.

Al primer problema lo resuelve mediante la urgente sanción de una ley de amnistía o *pacificación nacional,* la ley15.737, aprobada el 8 de marzo de 1985. Esta ley decretó la amnistía de todos los delitos políticos, comunes y militares conexos con éstos, cometidos a partir del 1° de enero de 1962. La amnistía se hizo retroactiva a esa fecha, que marcaba el comienzo de las acciones armadas del Movimiento de Liberación Nacional Tupamaros. A su vez, la amnistía comprende los delitos militares, pues desde poco antes de instaurada la dictadura, la ley 14.068 —aprobada el 10 de julio de 1972— había incorporado a todos los delitos políticos como delitos militares, trasladando su regulación normativa al Código Penal Militar y sometiendo a los autores de los mismos ante la justicia militar; solución cuya constitucionalidad había sido cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia inicial de la Suprema Corte de Justicia.[16]

Al decretar la amnistía para los presos políticos, la ley 15.737 dispuso:
a) la inmediata liberación de los reclusos;
b) el cese inmediato de todas las órdenes de captura, investigaciones y regímenes de vigilancia de presos ya liberados;
c) la cancelación inmediata de los embargos y medidas cautelares trabadas sobre las personas amnistiadas, así como la restitución —en un plazo de ciento veinte días— de los bienes que se les hubieran confiscado al momento de la detención, o bien la compensación en dinero cuando ello no fuera posible.

No obstante, la ley15.737 contenía dos importantes excepciones. Respecto de las personas imputadas de delitos de homicidio intencional, la amnistía tenía por consecuencia también la liberación inmediata, pero no operaba su natural efecto extintivo del delito, sino que imponía un proceso atípico de revisión de los fallos ya ejecutoriados (dictados por la justicia militar) a cargo de los Tribunales de Apelaciones en lo Penal de la justicia ordinaria, los cuales debían proceder al reexamen de la sentencia, debiendo dictar una nueva, de absolución o condena.

La segunda excepción venía dada por el art. 5° de la ley 15.737, que excluía de la amnistía a los delitos cometidos por funcionarios policiales o militares, autores de tratamientos inhumanos, crueles o degradantes o de la detención de personas luego desaparecidas, así como excluía también a quienes *hubieran*

[16] *Nunca más,* Uruguay, pp. 228-238.

actuado amparadas por el poder del Estado en cualquier forma o desde cargos de gobierno.

De esa manera, a la salida de la dictadura militar, los presos fueron casi todos amnistiados, tras años de durísima reclusión carcelaria. Y aún en los casos en que se habilitaba la revisión de la sentencia (imputaciones por el delito de homicidio intencional), un nuevo pronunciamiento de condena no significaba el reintegro a la cárcel del imputado, que continuaba en libertad ambulatoria, si bien no era alcanzado por la amnistía. La solución era justa, puesto que los militares habían desbaratado hacia fines de 1973 a la organización tupamara, de modo que sus integrantes llevaban ya, a la fecha de aprobación de la amnistía casi doce años de prisión ininterrumpida y bajo condiciones de inconcebible severidad penitenciaria.[17] Paralelamente, las investigaciones judiciales contra funcionarios militares y policiales seguían su curso, dado que éstos no quedaban alcanzados por la amnistía, sorteando múltiples dificultades probatorias; entre ellas, la reiterada incomparecencia de los militares denunciados a las diversas citaciones judiciales.

4. *La impunidad*

Entre tanto, el gobierno daba señales altamente saludables para la restauración democrática, aunque luego se vería que tenían carácter puramente simbólico.

Por ejemplo, art. 15 de la ley 15.737 aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica), reconociendo la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Poco después, la ley 15.798 del 27 de diciembre de 1985 aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Sin embargo, hacia fines de 1986 las investigaciones judiciales iban tocando a su fin, produciéndose las primeras imputaciones contra militares por parte del Ministerio Público. Vale decir, era inminente el enjuiciamiento penal de éstos. Entonces, bajo fuerte presión militar y habiendo trascendido que existía un pacto, negociado con ellos en secreto por los partidos políticos mayoritarios, se dictó la ley 15.848 del 22 de diciembre de 1986.

Esta ley instituye una amnistía encubierta, a la que otorga otra denominación, pues los militares se resistían a ser amnistiados, desde que ello implicaba —tácticamente— reconocer que habían cometido delitos. Por lo tanto, dicha ley adoptó una curiosa fórmula que, probablemente, no tiene parangón

[17] Sentencia 184/988 del 2 de mayo de 1988.

en todo el derecho comparado. Su art. 1° opta por un lenguaje declarativo y *reconoce* que *como consecuencia de la lógica de los hechos* originados por el acuerdo celebrado entre los partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y *a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado*, respecto de los delitos cometidos hasta el 1° de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos.

El texto de la ley mueve a la perplejidad. Por un lado, porque *reconoce* o constata un fenómeno jurídico —la caducidad de la pretensión punitiva—, en lugar de decretarlo. En segundo lugar, porque esa caducidad es *consecuencia de la lógica de los hechos* que, así, queda convertida en inaudita fuente material de derecho. Además, la ley 15.848 establece —para el caso concreto— un instituto novedoso y hasta entonces inexistente en el derecho uruguayo, que es la llamada *caducidad de la pretensión punitiva.*

Por otra parte, el art. 3° de la ley 15.848, obligaba al juez interviniente a requerir un informe al Poder Ejecutivo sobre cada causa, siendo el Poder Ejecutivo el encargado de dictaminar si el hecho investigado estaba o no comprendido por la ley. En el primer caso, el juez quedaba obligado a disponer la clausura y archivo de la investigación judicial.

Ante el dictado de la ley 15.848, la reacción no se hizo esperar. Todos los denunciantes e incluso varios jueces, de oficio, elevaron una impugnación de inconstitucionalidad de la ley a la Suprema Corte de Justicia, de acuerdo a lo previsto en el art. 257 de la Constitución. Desgraciadamente, la Suprema Corte de Justicia en un fallo adoptado por mayoría de tres votos contra dos, declaró la constitucionalidad de la ley, obligando a los jueces a aplicarla.[18] Esta decisión de la Corte fue un fallo político, pues la ley 15.848 era insostenible desde el punto de vista constitucional; entre otras razones, porque implicaba una usurpación flagrante de las potestades jurisdiccionales por parte del Poder Ejecutivo. No obstante, luego del fallo de la Corte, repetido en todos los procesos, los jueces debieron cumplir la norma del art. 3° y consultar en cada caso al Poder Ejecutivo, sobre las investigaciones que tenían en trámite. El Poder Ejecutivo, en todos los casos, declaró que la investigación estaba comprendida dentro de las previsiones de la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, forzando así la clausura y archivo de aquélla.

Como consecuencia de todo ello, se constituyó un movimiento popular tendiente a obtener la derogación de la ley15.848 —una ley de impunidad—,

[18] SANCINETTI, p. 91.

nucleado en torno a la Comisión Nacional pro Referéndum. Esta Comisión llevó adelante el recurso de referéndum, establecido en el art. 79 de la Constitución, mediante el cual el 25 % del total de ciudadanos inscriptos, habilitados para votar, puede interponerlo contra las leyes.

El referéndum prosperó y se tuvo que convocar a un plebiscito contra la ley, que por desgracia resultó desfavorable, pues por aproximadamente 800.000 votos —contra 700.000 emitidos a favor de la derogación—, la ciudadanía votó por la ratificación de la vigencia de la ley 15.848.

Luego de la homologación plebiscitaria, dado que la ley declaraba la caducidad de los delitos cometidos por agentes públicos *en ocasión de acciones ordenadas por los mandos*, lo que recuerda las leyes de obediencia debida,[19] algunos denunciantes intentaron proseguir las acciones penales directamente contra los comandantes, como sujetos que habían impartidos tales órdenes. Ese intento se fundaba, dogmáticamente, en la autoría de escritorio (Schreibtischtäter) y en el dominio de aparatos organizados de poder, que hubiera permitido atrapar penalmente al emisor de la orden, como lo manejó en su momento la justicia argentina, siguiendo las ideas de *Roxin*.[20] Pero esta iniciativa también se vio condenada al fracaso, porque los jueces elevaron los planteos al Poder Ejecutivo, quien volvió a declarar que los hechos, aún en relación a los comandantes militares, estaban alcanzados por la caducidad de la pretensión punitiva.

Por lo tanto, a la fecha se ha consolidado la impunidad de los autores de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura, a raíz de la caducidad de la acción impuesta por la ley 15.848, que ya es jurídicamente inatacable, sin perjuicio de que, de acuerdo a las normas corrientes del Código Penal, también han prescripto casi todos los delitos. Es de destacar, en este sentido, que el Poder Legislativo nunca aprobó un proyecto de ley presentado por el Colegio de Abogados del Uruguay, que definía los delitos de lesa humanidad, declarándolos imprescriptibles. Se han agotado así los recursos de derecho interno y algunos denunciantes han acudido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero el pronunciamiento de ese tribunal no tiene eficacia penal. También ha sido denunciado el gobierno ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mas ésta tampoco posee jurisdicción penal alguna.

Corresponde destacar, asimismo, que las solicitudes cursadas por la Audiencia Nacional de Madrid, para interrogar a militares uruguayos involucrados en la desaparición forzada de ciudadanos españoles, denunciados ante la justicia española, tampoco han prosperado, habiéndose remitido los exhortos —por indicación del Ministerio Público— al Poder Ejecutivo,

[19] SANCINETTI, p. 27; ROXIN, pp. 242-251.
[20] AMBOS, p. 437.

para que éste emita el pronunciamiento de clausura previsto en el art. 3° de la ley 15.848.

Por último, la referida ley obliga al Poder Ejecutivo a investigar, sin efectos penales, la suerte corrida por los desaparecidos y los menores secuestrados (art. 4°), lo que éste tampoco ha cumplido en forma. En primera instancia, el Poder Ejecutivo encomendó esa investigación administrativa a un fiscal militar *ad hoc* que, como era de presumirlo, dictaminó que nada había podido esclarecerse al respecto. Cuando los familiares, en ejercicio del derecho de petición consagrado en el art. 30 de la Constitución, solicitaron la reapertura de esas investigaciones administrativas, el Poder Ejecutivo lo denegó y, en la actualidad, se halla en trámite una acción de nulidad contra el acto administrativo denegatorio del Poder Ejecutivo, sustanciada ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

5. *Conclusiones*

Del panorama precedentemente expuesto resulta la lamentable consolidación de la impunidad de los agentes públicos que incurrieron en violaciones de derechos humanos durante la pasada dictadura militar uruguaya.

Por razones políticas, absolutamente discutibles por cierto, los sucesivos gobiernos civiles uruguayos instalados desde el 1° de marzo de 1985, han apostado al olvido y a una amnistía encubierta, so pretexto de lograr la pacificación nacional y el afianzamiento del régimen democrático. Para ello apelaron a una ley de impunidad que resulta violatoria de la propia Constitución de la República, de las normas de derecho penal internacional y de numerosos tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Uruguay. Sin embargo, la campaña de resistencia contra la impunidad, habiendo agotado todos los recursos jurídicos disponibles a nivel de derecho interno, no logró obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley, ni tampoco consiguió su derogación.

Es cierto, como lo sostiene *Ambos*, que la impunidad tiene componentes normativos fácticos.[21] Estos últimos se neutralizan mediante la acción política, el control y la adecuada inserción de las Fuerzas Armadas en el plano institucional. En cambio, desde el punto de vista normativo y jurídico, para combatir hacia el futuro la impunidad —porque hacia el pasado el proceso es virtualmente irreversible—, se requerirían:

a) El perfeccionamiento de algunas fórmulas delictivas del derecho penal interno, a través de la tipificación de ciertos delitos como la tortu-

[21] AMBOS, p. 450.

ra, la desaparición forzada y los delitos contra la humanidad, ausentes de la legislación uruguaya.

b) La consagración de un régimen de imprescriptibilidad para los delitos contra la humanidad, así como la prohibición de que éstos sean amnistiados, ni beneficiados sus autores con el indulto.

En lo procesal, entendemos imprescindible también el establecimiento de una justicia penal internacional, con facultades de determinar la responsabilidad individual de los autores de delitos contra la humanidad, para sustraer el tema —aún pese a las objeciones de inefectividad que quepa formularle—[22] a las vicisitudes e intereses políticos internos de los Estados, habilitando la vía de la persecución penal extraterritorial.

Continuando con la línea inaugurada en los juicios de Nuremberg y obviando la fundada queja de que aquélla fue una justicia de los vencedores sobre los vencidos, las últimas experiencias a nivel de las Naciones Unidas (v. gr.: Tribunales Penales Internacionales para los casos de Ruanda y la ex Yugoslavia, creación de la Corte Penal Internacional), confirman un fuerte movimiento hacia la instauración efectiva de la jurisdicción penal internacional.

Creemos, en definitiva, que la lucha contra la impunidad no constituye sólo un deber jurídico, sino también una postura ética. No es el olvido y el perdón anticipado sino por el contrario, la persecución y enjuiciamiento penal de los sujetos responsables, el instrumento que permite hacer realidad el *Nunca más*, contra los crímenes perpetrados por las dictaduras militares en el Cono Sur de América Latina, que arrasaron con los derechos humanos y pulverizaron el Estado de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai: *Impunidad y derecho penal internacional,* CIEDLA-Instituto Max-Planck, Medellín, 1997.

BAYARDO BENGOA, Fernando: *Protección penal de la Nación,* Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1975.

BRUSCHERA, Oscar H.: *Las décadas infames,* Linardi y Risso, Montevideo, 1986.

CAETANO, Gerardo; JACOB, Raúl: *El nacimiento del terrorismo,* vol. I, Ediciones de la Banda Oriental, Montevideo, 1989,

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio: *Autoritarismo y control social,* Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de derecho penal,* t. II, Losada, Buenos Aires, 1958.

[22] JIMÉNEZ DE ASÚA, II, 1286.

MACHADO, Carlos: *Historia de los orientales,* Ediciones de la Banda Oriental, Montevideo, 1972.

MARTÍNEZ MORENO, Carlos: *Obras. Los días que vivimos,* Cámara de Senadores, Montevideo, 1994.

PORRINI, Rodolfo: *Derechos humanos y dictadura terrorista,* Vintén, Montevideo, 1994.

ROXIN, Claus: *Täterschaft und Tatherrschaft,* de Gruyter, Berlín, 1990.

SANCINETTI, Marcelo A.: *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial,* Lerner, Buenos Aires, 1988.

SERPAJ (Servicio Paz y Justicia), Uruguay, *Nunca Más,* Montevideo, 1989.

Anexos documentales

I. Lista de disposiciones contempladas en los instrumentos internacionales que prohíben la impunidad.

II. Proyecto de Convención Internacional sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas

III. Tipificación nacional de crímenes de lesa humanidad.

IV. Proyecto de Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas contra la impunidad.

V. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1998/53 sobre "impunidad".

VI. Mensaje del jefe del Estado Mayor General del Ejército, teniente general Martín Antonio Balza.

VII. Registro de los casos de derechos humanos analizados.

ANEXO I

LISTA DE DISPOSICIONES CONTEMPLADAS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE PROHÍBEN LA IMPUNIDAD

1. *Notas introductorias*

La siguiente lista de disposiciones complementa el capítulo II. Contiene dos tipos de disposiciones. De una parte, las disposiciones que prevén una obligación *directa* de persecución penal; de otra parte, las disposiciones que (sólo) establecen determinadas reglas para prevenir la "impunidad" y en este sentido contienen una obligación *indirecta* de persecución. Debido a las restricciones espaciales no fue posible un análisis más profundo del valor legal y la exacta redacción de los diferentes tipos de disposiciones; sin embargo, éste se puede encontrar en parte en el capítulo II. Al preparar la lista se hizo una distinción entre la *hard law,* esto es, las convenciones, interpretadas en parte por la jurisprudencia de los órganos correspondientes, y el *soft law,* o sea, las resoluciones y declaraciones de los cuerpos internacionales. La última incluye las resoluciones de la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, la Comisión de Derechos Humanos (desde la 48ª sesión) y las Declaraciones de las Conferencias de las Naciones Unidas.

No se incluyeron otras declaraciones de los cuerpos especiales de la ONU, tales como los grupos de trabajo o de relaciones especiales. Éstos no reflejan la opinión general de los gobiernos y pertenecen más al campo de la jurisprudencia de los derechos humanos que —aparte de la interpretación de los tratados en materia de derechos humanos— no se encuentran cubiertas aquí. Las resoluciones de la Asamblea General, incorporadas posteriormente a las Convenciones, simplemente se mencionaran en las notas de pie de página correspondientes.

Sobra decir que esta lista no es definitiva y requiere ser actualizada constantemente. Por tanto, toda crítica y comentario será siempre bienvenida. Sin embargo, esperamos que pueda servir como "guía" o "manual" práctico para las personas que se encuentren relacionadas con el problema de la impunidad.

2. *Instrumentos internacionales*

2.1. **Convenciones (fecha de adopción/fecha de entrada en vigor)**

2.1.1. Instrumentos Generales

• *Carta de las Naciones Unidas* (26 de junio de 1945/24 de octubre de 1945)

Art. 55: c) el respeto universal y la observancia de los derechos humanos;

Art. 56: la cooperación para el cumplimiento de los propósitos previstos en el art. 55.[1]

• *Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos* (16 de diciembre de 1966/3 de enero de 1976)

Art. 2°. I: disposición sobre respeto y garantía;[2]

Art. 2°. III: derecho a un recurso efectivo;[3]

Art. 9°. V: derecho a compensación en caso de detención ilegal;

[1] Interpretado como una obligación legal para los Estados miembros de la ONU por los órganos de la ONU y varios estudiosos, por ejemplo, la *Comisión de Derechos Humanos*, Resol. 1988/50, par. 4 y 1988/51, par. 4 (44 sesión), en relación con los principios de la Carta los Estados tienen "la obligación de proteger y promover los derechos humanos... no sólo mediante medidas que garanticen la protección de derechos humanos... sino también mediante medidas tendientes a prevenir cualquier violación de estos derechos". Ver también el art. 1° N° 3, 13 (1) b), 62, 68 y 76.

[2] De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos "el Estado parte tiene que garantizar el goce de esos derechos a todos los individuos bajo su jurisdicción" (Comentario General N° 3, al art. 2°, Doc-ONU CCPR/C/21/Rev.1 del 19 de mayo de 1989, p. 3).

[3] De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos del *Art.* 2 III (referido en el art.7°) "esos Estados deben asegurar una protección *efectiva* mediante alguna maquinaria de control. Las quejas por tratamientos de enfermos deben ser investigadas *efectivamente* por las autoridades competentes. Quienes sean encontrados culpables deben responsabilizarse, y las víctimas mismas deben poder contar con recursos *efectivos*, incluyendo el derecho a obtener una compensación" (Comentario General, N° 7, Doc-ONU. CCPR/C/21/Rev.1 del 19 de mayo de 1989, p. 6; ver también, el Comentario General N° 20, par. 13 y s., CCPR/C/21/Rev.1/Add.3 del 7 abril de 1992). Ver también las decisiones en un número sobre casos individuales, "Delgado Páez v. Colombia" (Comunicación 195/1985, puntos de vista adoptados el 12 de julio de 1990), "C. Orihuela Valenzuela v. Perú" (Comunicación 309/1988, puntos de vista adoptados el 14 de julio de 1993); "S.E. v. Argentina" (Comunicación 275/1988, declarada inadmisible el 26 de marzo de 1990).

Art. 15. II: juzgamiento y castigo de actos u omisiones criminales de conformidad con los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.

2.1.2. Convenciones Específicas (listadas en orden cronológico)

• *Convención sobre la Esclavitud* (25 de septiembre de 1926/9 de marzo de 1927)

Art. 6°: medidas sobre castigos y penas severas.

• *Convención para la Supresión del Tráfico de Personas, y Trata de Blancas* (2 de diciembre de 1949/25 de julio de 1951)

Art. 1°: para castigar la inducción y explotación de la prostitución;

Art. 2°: para castigar los burdeles y el uso de establecimientos para la prostitución de otros;

Art. 3°: para castigar la tentativa y preparación de los actos referidos en los arts 1° y 2°;

Art. 4°: para castigar la participación (internacional) como ofensas separadas cuando sea necesario para prevenir la impunidad(!), en la medida permitida por el derecho interno.[4]

Arts. 8°/9°: la extradición o el castigo por las cortes nacionales *(aut dedere aut judicare).*

• *Convención Suplementaria para la Abolición de la Esclavitud, el Tráfico de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Similares a la Esclavitud* (30 de abril de 1956/30 de abril de 1957)

Art. 3° par. 1: El conducir o el intento de conducción de esclavos de un país a otro, como un delito penal que genera severa responsabilidad penal;

Art. 5°: el marcar esclavos como delito penal y la consecuente responsabilidad penal;

Art. 6°: el acto de esclavizar como delito penal y la consecuente responsabilidad penal.

• *Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (21 de diciembre de 1965/4 de enero de 1969)

Art. 4°: (a) declara como hechos punibles la diseminación de actos e ideas raciales; (b) declara como ilegales y prohíbe las organizaciones de contenido racista;

[4] Ver también el art. 12: "la presente Convención no afecta el principio de que los delitos allí referidos ...deben ser definidos, perseguidos y sancionados de conformidad con el derecho nacional".

Art. 6°: garantiza la protección efectiva y los recursos, así como la del derecho a una reparación adecuada;

• *Convención Internacional para la Supresión y Castigo del Crimen de Apartheid* (30 de noviembre de 1973/18 de julio de 1976)

Art. IV: (a) la legislación y las medidas necesarias para suprimir y prevenir el *apartheid* y las políticas similares, el castigo de las personas culpables de esto; (b) medidas para perseguir, enjuiciar y castigar a las personas responsables de haber cometido actos prohibidos;

Art. V: juicio ante un tribunal nacional o internacional competente.

• *Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer* (18 de diciembre de 1979/3 de septiembre de 1981)[5]

Art. 6°: medidas apropiadas, incluyendo la legislación, en contra del tráfico y prostitución de mujeres.

• *Convención en Contra de la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes* (10 de diciembre de 1984/26 de junio de1987)[6]

Art. 4°: instituye la tortura como un delito;

Art. 5°: establece la jurisdicción universal;

Art. 6° par. 1, 2L: la obligación de poner bajo custodia a los sospechosos e investigar los hechos;

Art. 7° par.1: la extradición o la obligación de someter un caso a las autoridades competentes para su persecución;

Art. 8°: los delitos del art. 4° como delitos susceptibles de aplicar la extradición;

Art. 9°: la cooperación, especialmente la de suministrar toda evidencia de que disponga el Estado que está siendo investigado;

Art. 12: la investigación pronta e imparcial por parte de las autoridades competentes;

Art. 13: el derecho de las víctimas a reclamar y a un examen imparcial, así como a la adecuada protección de las víctimas y los testigos;

Art. 14 par.1: la imposición del derecho de compensación;

Art. 16 par.1: la aplicación a otras formas de tratamiento inhumano.

[5] Ver también la *Convención para la Eliminación de la Discriminación en contra de las Mujeres*, Resol. de la Asamblea General 2263 (XXII) del 7 de noviembre de 1967, art. 8°.

[6] Ver también la *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas que hayan sido Sujetas a Torturas y otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Denigrantes*, Resol. de la Asamblea General 3452 (XXX) del 9 de diciembre de 1975, arts. 7°-11.

• *Convención en Contra del Reclutamiento, Uso, Financiamiento, y Entrenamiento de Mercenarios* (4 de diciembre de 1989/ -)

Art. 5° par. 3°: castigar los delitos con penas apropiadas, teniendo en cuenta la grave naturaleza de estas ofensas;

Art. 9°: medidas estatales para establecer la jurisdicción;

Art. 10 par. 1: medidas para asegurar la presencia de los delincuentes a efectos de asegurar su presencia por el tiempo necesario para someterlos a un procedimiento criminal o extraditarlos;

Art. 12: la extradición o sometimiento de un caso a las autoridades competentes con el propósito de perseguirlos;

Art. 15 par. 1: delitos definidos como extraditables.

• *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (17 de julio de 1998)[7]

Arts. 5°- 10: crímenes internacionales (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra; definición de la agresión todavía pendiente;

Art. 25: responsabilidad individual penal;

Art. 27: improcedencia del cargo oficial;

Art. 28: responsabilidad de los jefes y otros superiores;

Art. 29: imprescriptibilidad de crímenes del Estatuto;

Art. 33: ninguna exención de responsabilidad por orden superior en caso de genocidio y crímenes de lesa humanidad; bajo estrictas condiciones en caso de crímenes de guerra.

2.1.3. Derecho Humanitario (incluyendo los crímenes de guerra y los crímenes en contra de la humanidad)

• *Cuatro Convenciones de Ginebra*[8] (12 de agosto de 1949/21 de octubre de 1950)

Art. 49 (I), *Art.* 50 (II), *Art.* 129 (III), *Art.* 146 (IV): prevé una sanción penal efectiva respecto de las "graves infracciones", la búsqueda de los perpetradores, el llevarlos ante las propias cortes o el enviarlos a otro Estado parte;

Art. 51 (I), *Art. 52* (II), *Art. 131* (III), *Art. 148* (IV): prohibición para el Estado de absolverse a sí mismo de responsabilidad;

Art. 52 (I), *Art. 53* (II), *Art. 132* (III), *Art. 149* (IV): investigar toda violación que se alegue.

[7] Doc. ONU A/CF.183/9; <http://www.un.org/icc>.

[8] Adoptada bajo los auspicios del Comité Internacional de la Cruz Roja. Aplicable a conflictos armados *internacionales* (art. 2° común); sólo un estándar mínimo para los conflictos no *internacionales* en el art. 3° común.

• *Protocolos adicionales a las Convenciones de Ginebra*[9] (8 de junio de 1977/7 de diciembre de 1978)

Protocolo I, Art. 91: la responsabilidad de pagar compensación en caso de violación a las Convenciones o a este Protocolo;

Protocolo II, Art. 19: difusión del Protocolo II.

• *Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio* (9 de diciembre de 1948/12 de enero de 1951)

Art. I: prevención y castigo del genocidio como "crimen de derecho internacional";

Art. III: actos punibles;

Art. IV: castigo de los delincuentes, incluyendo los oficiales;

Art. V: prevé penas efectivas para los criminales;

Art. VI: juicio por un tribunal nacional o internacional competente;

Art. VII: la no consideración del genocidio como crimen político.

• *Convención para la No Aplicación de las Limitaciones Estatutarias a los Crímenes de Guerra, Crímenes en Contra de la Humanidad* (26 de noviembre de 1968/11 de noviembre de 1970)

Art. I: la no limitación estatutaria de los crímenes de guerra, especialmente las "graves infracciones" contempladas en las Convenciones de Ginebra, y los crímenes en contra de la humanidad;

Art. II: la aplicación a los funcionarios estatales y a los privados, que tomen parte en los crímenes listados;

Art. III: la extradición;

Art. IV: la no aplicabilidad o la abolición de las limitaciones a la persecución y castigo.

2.2. "Soft Law" (Resoluciones, Convenciones en proyecto)

2.2.1. Resoluciones de la Asamblea General de la ONU (listadas en orden cronológico)[10]

• *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (Resol. 217/III v. del 10 de diciembre de 1948)

Art. 8°: derecho a un recurso efectivo

[9] Adoptados bajo los auspicios del Comité Internacional de la Cruz Roja. Protocolo I aplicable a los conflictos armados *internacionales* (art. 1° N° 3 referente al art. 2° común), incluyendo las guerras de liberación (art. 1° N° 4). Protocolo II, art. 3° común suplementario, aplicable a los conflictos *internacionales* entre las fuerzas gubernamentales y los grupos armados *organizados* (art. 1° N° 1), explícitamente excluyendo los disturbios internos y las tensiones de menor carácter (art. 1° N° 2°).

[10] Para otras resoluciones de la Asamblea General, ver Bassiouni, 1992, pp. 391 y ss.

• *Principios de Cooperación Internacional en la detención, arresto, extradición y castigo de personas culpables de crímenes de guerra y crímenes en contra de la humanidad* (Resol. 3074/XXVIII del 3 de diciembre de 1973)

Princ. 1°: la investigación y rastreo, arresto, juzgamiento, y castigo de los perpetradores;

Princ. 4°: asistencia en la detección, arresto y juzgamiento de los perpetradores;

Princ. 5°: juzgamiento y castigo como "una regla general" en el país donde se comete el crimen, y la cooperación para extraditar;

Princ. 6°: cooperación en la consecución de información y evidencia;

Princ. 7°: el no asilo para los perpetradores.

• *Código de Conducta para el Juzgamiento de Oficiales* (Resol. 34/169 del 17 de diciembre de 1979)

Art. 5°: la orden del superior no es causal de justificación para tortura o tratos similares;

Art. 8°: la obligación de reportar las posibles violaciones del Código a las autoridades superiores, y cuando sea necesario, a otras autoridades apropiadas u órganos investidos con poder de revisión o para absolver recursos.

• *Principios de Ética Médica relevantes al rol de la salud personal, particularmente médicos, en la protección de prisioneros y detenidos en contra de torturas y otros tratos crueles inhumanos o tratamientos o castigos degradantes* (Resol. 37/194 del 18 de diciembre de 1982)

Princ. 2: la participación en torturas o tratamientos similares como "grave contravención" a la ética médica y como "delito sometido a la aplicación de los instrumentos internacionales".

• *Declaración de Principios Básicos de Justicia para las Víctimas de Crímenes o Abuso de Poder* (Resol. 40/34 del 29 de noviembre de 1985)

N° 4: acceso a los mecanismos de justicia y pronta compensación;

N° 5: el establecimiento y fortalecimiento de mecanismos administrativos y judiciales que posibiliten a las víctimas la obtención de una compensación;

N° 8: la indemnización a las víctimas, familiares y personas a cargo;

N°12: compensación estatal;

N° 21: expedición y puesta en vigencia de legislación que proscriba actos que constituyan serios abusos, y el desarrollo de recursos.

• *Cuerpo de Principios para la protección de todas las personas que se encuentren sometidas a cualquier forma de detención o prisión* (Resol. 43/173 del 9 de diciembre de 1988)

Princ. 7: prohibición, sanción e investigación de actos contrarios a los principios que sean objeto de queja;

Princ. 33: derecho a una reclamación o queja con relación al trato ante autoridad investida con facultades para resolver recursos;

Princ. 34: investigación judicial o de otra autoridad por la muerte y desaparición durante la detención o prisión;

Princ. 35: derecho a compensación.

• *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de jóvenes privados de su libertad* (Resol. 45/113 del 14 de diciembre de 1990)

Nº 7: incorporar las reglas en la legislación doméstica y proveer los recursos efectivos en caso de su infracción;

Nº 56: la familia o los curadores deben ser informados del estado de salud de los jóvenes;

Nº 57: en caso de muerte permitirle a los parientes ver el cuerpo e investigar de manera independiente las causas de la muerte, permitir el acceso de los parientes a los reportes;

Nº 75-77: derecho a recurrir a la autoridad judicial, investigación.

• *Tratado Modelo para la transferencia de procedimientos en materia criminal* (Resol. 45/118 del 14 de diciembre de 1990)[11]

Preámbulo: fortalecimiento de la cooperación internacional y la asistencia mutua de la justicia penal;

Art. 1º (1): Una Parte contratante puede solicitar a otra la apertura de un proceso por los delitos cometido en su territorio "si así se requiere en interés de la administración de justicia";

Art. 6º: principio de la criminalidad dual;

Art. 9º: el derecho de las víctimas a que no se afecte la transferencia de una indemnización o compensación.

• *Declaración sobre la Protección de todas las Personas de Desapariciones Forzadas* (Resol. 47/133 del 18 de diciembre de 1992)

Art. 3º: legislación efectiva, administrativa, judicial u otras medidas;

Art. 4º: garantía de la desaparición forzada como delito del derecho penal;

Art. 5º: responsabilidad penal estatal;

[11] Ver también el *Tratado Modelo sobre la transferencia de la supervisión de los criminales sentenciados condicionalmente o exonerados condicionalmente*, Resol. 45 de la Asamblea General/119 del 14 de diciembre de 1990.

Art. 6º: (1) ninguna orden o instrucción será invocada como justificación; la previsión del derecho y el deber de no obedecer órdenes; (2) la prohibición de impartir este tipo de órdenes o instrucciones;

Art. 7º: la no posibilidad de invocar circunstancias;

Art. 9º: derecho a un recurso efectivo, acceso a los cuerpos nacionales e internacionales a los lugares de detención;

Art. 10: (1) centros de detención reconocidos oficialmente; la pronta asistencia de una autoridad judicial; (2) información de los miembros de la familia; (3) registro de detención;

Art. 13: (1) investigación imparcial de la posible desaparición conducida por una autoridad estatal competente e independiente; (4) puesta a disposición de los hallazgos

Art. 14: la persecución de los sospechosos y su enjuiciamiento;

Art. 16: (1) los sospechosos deben ser suspendidos de sus deberes; (2) el juicio debe ser ante las cortes ordinarias y no ante las cortes militares;

Art. 17: (1) se aclara el delito continuado hasta la desaparición, (2) la suspensión de las limitaciones estatutarias cuando los recursos previstos en el art. 2º ICPR no son suficientemente efectivos, (3) los estatutos de las limitaciones deben ser conmensurados con la seriedad del delito;

Art. 18: los delincuentes no podrán alegar la amnistía o medidas similares;

Art. 19: el pago de una compensación adecuada a la víctima y a la familia.

2.2.2. Otras Resoluciones, Declaraciones (en orden cronológico)

• *Carta del Tribunal de Nuremberg* (1949)

Art. 6º (b): los crímenes de guerra, especialmente las violaciones de las leyes o costumbres de guerra (el homicidio *inter alia,* el trato a los enfermos);

Art. 6º (c): crímenes en contra de la humanidad, especialmente el homicidio, la exterminación, la esclavitud, y otros actos inhumanos en contra de la población civil; la responsabilidad de los líderes, organizadores, instigadores y cómplices.

• *Principios de Derecho Internacional reconocidos en la Carta y en el Juicio del Tribunal de Nuremberg* (Comisión de Derecho Internacional, segunda sesión, 1950)

I.: la responsabilidad y castigo individuales por la comisión y participación en "crímenes previstos en el derecho internacional";

II.: responsabilidad en el marco del derecho internacional, independientemente de la no existencia de una sanción interna;

III.: la capacidad como jefe de Estado o servidor público no excluye la responsabilidad o mitiga la sanción;

IV.: la orden de un superior no excluye la responsabilidad, pero puede ser considerada a efectos de mitigar la sanción "si la justicia así lo requiere";

V.: derecho a un juicio imparcial.

• *Estándar Mínimo de Reglas para el tratamiento de los prisioneros* (ECOSOC resols. 663 C/XXIV del 31 de julio de 1957 y 2076/LXII del 13 de mayo de 1977)

Num. 35 (3): a todo prisionero se le debe permitir elevar solicitudes y quejas ante la administración de la prisión, el órgano judicial u otras autoridades.

• *Principios para la prevención efectiva e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias* (ECOSOC Resol. 1989/65 del 24 de mayo de 1989)[12]

Princ. 1: la criminalización del delito en la ley nacional y sancionable de manera adecuada;

Princ. 3: la prohibición de las órdenes del superior autorizando, incitando a las ejecuciones; el derecho a rechazarlas;

Princ. 9: la pronta e imparcial investigación de todos los casos sospechosos, determinando la causa, modo y tiempo de la muerte, autopsia;

Princ. 10: el cuerpo de investigación debe poder obtener toda la información necesaria;

Princ. 11: la existencia de una comisión independiente o procedimiento similar si la investigación es inadecuada;

Princs. 12-14: autopsia imparcial e independiente realizada por un experto forense con acceso a todos los datos para obtener información o identificación, causa y manera de la muerte;

Princ. 15: protección de personas envueltas en la investigación;

Princ. 16: acceso de la familia y del apoderado, incluyendo el derecho a presentar otras evidencias;

Princ. 17: reporte público y escrito respecto de la respuesta o pasos practicados por el gobierno;

Princ. 18: enjuiciamiento de todos los presuntos perpetradores o su extradición;

[12] Resoluciones similares han sido adoptadas por los Sexto y Séptimo Congresos de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y Tratamiento de los Criminales (1980 y 1985).

Princ. 19: la orden del superior no es justificación, los superiores son responsables si hubieran podido prever los actos cometidos por sus subordinados;

Princ. 20: adecuada compensación para las familias y dependientes de las víctimas.

• *Principios Básicos para el uso de la fuerza y armas de fuego por parte de oficiales* (Resol. del Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento de Criminales, 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990)

Princ. 6: reporte inmediato a los superiores de las heridas o las muertes ocasionadas;

Princ. 7: el uso arbitrario o abusivo de la fuerza o armas de fuego debe ser sancionado como un delito penal en el derecho nacional;

Princ. 8: las circunstancias excepcionales no justifican el no cumplimiento de los principios;

Princ. 22: reporte efectivo y revisión de procedimientos, judicialización y reporte detallado en caso de delitos;

Princ. 23: proceso (judicial) independiente para las personas afectadas por el uso de la fuerza;

Princ. 24: la responsabilidad de los superiores si hubieren conocido de las violaciones;

Princ. 26: la orden del superior no sirve de defensa si el oficial sabía que la orden era "manifiestamente ilegal" y tuvo una "oportunidad razonable" para rechazarla.

• *Directrices sobre el Rol de los Demandantes* (Resol. del Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Criminales, 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990)

Nº 2: selección imparcial y objetiva;

Nº 4: ejercicio sin obstáculos de los deberes profesionales;

Nº 5: protección de los demandantes y sus familias;

Nº 13 (a): ejercicio imparcial de las funciones;

Nº 20: cooperación con la policía, cortes, etc. para asegurar la efectiva persecución.

• *Manual para la Prevención Efectiva y la Investigación de las Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias* (Centro de la ONU para el Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios, 1991)

– *Protocolo Modelo para la Investigación Legal de las Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias* (pp. 15 y ss.);

- *Protocolo de Modelo de Autopsia* (pp. 24 y ss.);

- *Protocolo Modelo para la Exhumación y Análisis de Restos de Esqueletos* (pp. 34 y ss.).

• *Proyecto del ILC de Código de Crímenes en Contra de la Paz y Seguridad de la Humanidad* (como fue adoptado en 44 Sesión, 29/4 -19/7/1991)

Art. 3°: responsabilidad criminal individual y responsabilidad por la sanción de la comisión e intento y participación en crímenes en contra de la paz y seguridad de la humanidad;[13]

Art. 5°: responsabilidad de los Estados;

Art. 6°: obligación de juzgar o extraditar;

Art. 7°: no aplicabilidad de los límites estatutarios;

Arts. 11/12: la orden del superior no excluye la responsabilidad del subordinado si ésta era posible no cumplirla, ni la responsabilidad del superior si a pesar de conocer el crimen no tomó las medidas necesarias para prevenirlo;

Art. 13: la posición oficial no excluye la responsabilidad criminal.

• *Resoluciones del Consejo de Seguridad referentes a la antigua Yugoslavia*[14] (1992/1993)

Resol. 764 (13/7/1992): responsabilidad individual por "graves infracciones" a las Convenciones de Ginebra;

Resol. 808 (22/2/1993), par. 1: "...se debe establecer un tribunal internacional para la persecución de los responsables de serias violaciones al derecho humanitario...";

Resol. 820 (17/3/1993): responsabilidad individual por violaciones al derecho humanitario.

• *Estatuto del Tribunal Internacional establecido de conformidad con la Resol. 808 del Consejo de Seguridad* (22 de febrero de 1993)

Art. 7° par. 1: responsabilidad criminal por la comisión, intento o participación en los crímenes previstos en los arts. 2°-5°;[15] par. 2°: la

[13] Esto incluye genocidio (art. 19), violaciones sistemáticas de los derechos humanos como por ejemplo el homicidio y la tortura (art. 21) y excepcionalmente los serios crímenes de guerra como actos de inhumanidad o crueldad dirigida en contra de la vida, la dignidad o la integridad física o mental de las personas (art. 22).

[14] Existen otras resoluciones similares (cf. por ejemplo, las Resoluciones 771 del 13 agosto de 1992 y 780 del 6 de octubre de 1992).

[15] La competencia *ratione materiae* del Tribunal incluye las graves infracciones a las Convenciones de Ginebra, violaciones de las leyes o costumbres de guerra, el genocidio y los crímenes en contra de la humanidad (arts. 2°-5° del Estatuto, cf. Doc-ONU S/25704, Anexo).

posición oficial no excluye la responsabilidad criminal ni mitiga el castigo; par. 3°: la comisión por un subordinado no excluye la responsabilidad del superior si éste conociendo del crimen no tomó las medidas pertinentes a efectos de prevenirlo y castigar a los perpetradores; par. 4°: la orden del superior no releva al subordinado de la responsabilidad, pero puede considerarse a efectos de mitigar la pena;

Art. 9°: jurisdicción concurrente del tribunal y las cortes nacionales, pero con primacía del tribunal.

• *Comisión de la ONU para Derechos Humanos,*[16] Resol. 1993/35 sobre "Desapariciones forzadas o involuntarias" (49ª Sesión)[17]

par. 5: "invita a todo los gobiernos a tomar las medidas legislativas apropiadas u otras para prevenir y sancionar la práctica de las desapariciones forzadas...;

par. 13: "recuerda a los gobiernos la necesidad de garantizar que sus autoridades competentes conduzcan sus investigaciones en forma pronta e imparcial...".

• *Comisión de la ONU sobre Derechos Humanos*, Resol. 1993/40 so-bre "Torturas y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o denigrantes" (49ª Sesión)

par. 10: quienes promuevan, ordenen, toleren o perpetren torturas o actos similares en el sentido del art. 7° ICCPR será considerado responsable y severamente sancionado, en especial, el oficial a cargo del centro de detención en el cual se llevaron a cabo los actos.

• *Comisión de la ONU sobre Derechos Humanos,* Resol. 1993/71 sobre "Ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias" (49ª Sesión)[18]

par. 12: reitera la obligación de todos los gobiernos de velar para que todas las violaciones a los derechos humanos sean investigadas adecuadamente... con miras a someter a la justicia a los responsables de tales violaciones... con el apoyo de los instrumentos internacionales pertinentes.

• *Declaración de Viena y Programa de Acción* (adoptado el 25 de junio de 1993 por la Conferencia Mundial de la ONU para Derechos Humanos)

par. 13: "...la necesidad... de garantizar el goce pleno y efectivo de los derechos humanos...";

[16] Las Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos se incluyen. Las siguientes tres resoluciones se repiten sistemáticamente.

[17] Ver también la Resol. 1992/30 (48ª Sesión) par. 13, 16 y la Resol. 1993/33 (49ª Sesión) sobre "Derechos humanos y ciencia forense" (énfasis en el original).

[18] Ver también la Resol. 1992/72 (48ª Sesión) y la Resol. 1993/33 (49ª Sesión) sobre "Derechos humanos y ciencia forense".

par. 27: "cada Estado deberá prever un marco efectivo de recursos para remediar los agravios o violaciones a los derechos humanos...".

par. 59: "...la asistencia a las víctimas de tortura y la garantía de recursos más efectivos para su rehabilitación..."

par. 60: "...abrogar la legislación que conduzca a la impunidad respecto de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, tales como torturas, y la persecución de tales violaciones...";

par. 62: "...tomar las medidas legislativas, administrativas, judiciales y cualquier otro tipo de medida para prevenir, terminar, y sancionar los actos de desapariciones forzadas... para investigar en donde haya lugar para creer que se presentó una desaparición forzada ...para perseguir a sus perpetradores".

• *Comisión de Derechos Humanos de la ONU* (Resol. de Rwanda de 25/5/1994; 3ª Sesión Especial)

§ 17: afirma que toda persona que comete o autoriza violaciones a los derechos humanos o al derecho humanitario internacional es responsable individualmente por estas violaciones, y que la comunidad internacional esta obligada a poner todo su esfuerzo para llevar ante la justicia a los responsables, afirmando además que la responsabilidad primaria de someter ante la justicia a los perpetradores corresponde a los sistemas judiciales nacionales.

• *Estatutos del Tribunal de Ruanda establecidos de conformidad con la Resol. 955 del Consejo de Seguridad* (8 de noviembre de 1994)

Art. 6° par. 1: responsabilidad criminal individual por la participación en crímenes previstos en los arts. 2°-4°;[19] par. 2: la posición oficial no excluye la responsabilidad criminal ni mitiga la sanción; par. 3: la comisión por un subordinado no excluye la responsabilidad del superior y él habiendo conocido el crimen no tomó las medidas necesarias para prevenirlo y castigar a los perpetradores; par. 4: la orden del superior no releva al subordinado de responsabilidad, pero puede ser considerada a efectos de mitigar la sanción;

Art. 8°: la jurisdicción concurrente del tribunal y las cortes nacionales, pero con la primacía del tribunal.

[19] La competencia *ratione materiae* del Tribunal incluye genocidio, crímenes en contra de la humanidad y las violaciones al art. 3° común de las Convenciones de Ginebra y el Protocolo II Adicional (arts. 2°-4° del Estatuto).

• *Proyecto del ILC de Estatuto para una Corte Criminal Internacional* (como fue adoptada en su Sesión 46, 2/5-22/7/1994)

Art. 20: jurisdicción para conocer de delitos de genocidio, agresión, serias violaciones de las leyes y costumbre en conflictos armados, crímenes en contra de la humanidad y crímenes constitutivos de serios crímenes, de conformidad con lo previsto en un Anexo.

• *Proyecto de una Convención Contra Desaparición Forzada* (1998, ver anexo II)

3. *Instrumentos regionales*

3.1. Organización de los Estados Americanos

3.1.1. Convenciones

• *Convención Americana de Derechos Humanos* (22 de noviembre de 1969/18 de julio de 1978)

Art. 1 1: provisión de respeto y garantía;[20]
Art. 25: derecho a un recurso efectivo;[21]
Art. 10: derecho a compensación.

• *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* (9 de diciembre de 1985/28 de febrero de 1987)

Art. 3°: establecimiento de la comisión, ordenamiento, instigamiento, inducción u omisión en la prevención de la tortura como delito, por un servidor público y la participación de civiles;
Art. 4°: la orden del superior no exceptúa de responsabilidad;
Art. 6°: actos e intento de tortura en el derecho penal, severa penalización;
Art. 8°: investigación imparcial de acusaciones de tortura;
Art. 9°: derecho a compensación;
Art. 11: extradición de acusados o sentenciados por torturas;
Art. 12: jurisdicción universal;

[20] De conformidad con al jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velázquez Rodríguez* este artículo implica el deber del Estado de " llevar a cabo las acciones razonables para prevenir las violaciones a los derechos humanos... de realizar investigaciones serias..., de identificar a los responsables, de imponer el castigo apropiado y de asegurarle a la víctima una adecuada compensación" (*Series C*, Decisions and Judgements 1-8, N° 4, juicio del 29 de julio de 1988, par. 174, ver también pars. 162-167 y 177).

[21] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos basa sus recomendaciones de "llevar a cabo una investigación exhaustiva... en orden a clarificar las circunstancias..., de determinar el paradero de la víctima y de identificar a los responsables y someterlos a la justicia para que puedan recibir el castigo que merecen" normalmente en el art. 25 (*Annual Report* 1992/93, p. 141).

Art. 14: en caso de no extradición, existe la obligación de someter el caso a las autoridades nacionales competentes.

• *Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas* (9 de junio de 1994/ -)

Art. I: b) sanción de las personas y sus cómplices, que cometan o intenten cometer el crimen de desaparición forzada; *c)* cooperación para prevenir, sancionar y eliminar la desaparición forzada; *d)* la toma de medidas legislativas, judiciales y de otro tipo para llevar a cabo el procesamiento;

Art. III: hacer de la desaparición un delito y prever la sanción apropiada en la ley nacional;

Art. IV: jurisdicción universal;

Art. V/VI: la extradición o la obligación de someter el caso a las autoridades competentes;

Art. VII: la no existencia de un estatuto de limitaciones, excepcionalmente a los más graves crímenes previstos en al legislación doméstica;

Art. VIII: exclusión de la causal de debida obediencia a las órdenes del superior;

Art. IX: competencia de la jurisdicción ordinaria, excluyendo la jurisdicción militar;

Art. X: el derecho a un procedimiento judicial efectivo aún en circunstancias excepcionales como en caso de estado de guerra u otra emergencia pública; libre acceso de las autoridades judiciales a los centros de detención en donde se encontraban las personas que desaparecieron.

• *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia en contra de las Mujeres - "Convención Belem Do Para"* (9 de junio de1994/ -)

Art. 7°: ...b) prevenir, investigar y sancionar la violencia en contra de las mujeres; *c)* incluye las normas criminales previstas en el derecho nacional para tal propósito; *d)* adoptar las medidas jurídicas para disuadir a los agresores de actos violentos en contra de las mujeres; *e)* tomar las medidas adecuadas para modificar y abolir las leyes y disposiciones que dan lugar a la persistencia y tolerancia de la violencia en contra de la mujer; *f)* establecer procedimientos legales eficientes, incluyendo medidas de protección, una sentencia oportuna y el acceso efectivo a estos procedimientos; *g)* establecer mecanismos judiciales y administrativos efectivos que garanticen el acceso efectivo a una reparación y otras formas de compensación.

3.1.2. "SOFT LAW"

• *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* (Novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos, 2 de mayo de 1948)

Art. XVIII: derecho a recurrir ante las cortes para asegurar el respeto a los derechos legales; procedimiento simple para obtener protección frente a actos de autoridad violatorios de los derechos fundamentales.

3.2. **Organización de la Unidad Africana**

• *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* (27 de junio de 1981/21 de octubre de 1986)

Art. 1°: disposición de reconocimiento y otorgamiento;

Art. 7° N°*1 (a):* derecho a apelar ante los órganos nacionales competentes los actos violatorios de los derechos reconocidos;

Art. 25: deber de promover y garantizar los derechos;

Art. 26: independencia de las cortes y el establecimiento de instituciones para la promoción y protección de derechos.

3.3. **Consejo de Europa**

• *Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* (4 de noviembre de 1950/3 de septiembre de 1953)[22]

Art. 1°: disposición de garantía;

Art. 13: recurso efectivo no obstante el *status* oficial alegado por el autor de la violación;

Art. 50: la justa satisfacción de la víctima mediante decisión de la Corte Europea;

• *Convención Europea sobre la No Aplicabilidad de los Límites Estatutarios a los Crímenes en contra de la Humanidad y a los Crímenes de Guerra* (25 de enero de 1974)

Art. 1°: la no existencia de limites estatutarios para el genocidio (con el significado dado por la Convención sobre Genocidio), críme-

[22] Texto modificado de acuerdo con las disposiciones del Protocolo N° 3 (entró en vigor el 21 de septiembre de 1970), Protocolo N° 5 (20 de diciembre de 1971), Protocolo N° 8 (1 de enero de 1990) y comprendiendo también el texto del Protocolo N° 2, que hace parte integrante de la Convención desde su entrada en vigencia el 21 de septiembre de 1970. La *Convención Europea para la Prevención de la Tortura y los Tratos y Castigos Inhumanos o Denigrantes* (26 de noviembre de 1987/1 de febrero de 1989) estableció un Comité para el monitoreo de la prohibición de la tortura y tratos similares en los términos del art. 3° de la Convención Europea de Derechos Humanos.

nes de guerra, especialmente las "graves infracciones" de las Convenciones de Ginebra, y cualquier otra violación de una regla o costumbre de similar naturaleza, prevista en el derecho internacional.

• *Resol. 828 de la Asamblea (1984) sobre Desapariciones Forzadas* (26 de septiembre de 1984)

13. Llamado a los gobiernos de los Estados miembros...

a. Para que sirvan de soporte a la preparación y adopción por al ONU de una declaración se prevén los siguientes principios: *i.* La desaparición forzada es un crimen en contra de la humanidad, que *1.* no puede ser considerado como un delito político y se encuentra por tanto sujeto las leyes de extradición; *2.* no se encuentra sujeto a limitaciones; *3.* no puede ser cubierto por leyes de amnistía; *ii.* Las personas responsables deben ser juzgadas en el país en el que sean arrestadas;

b. Para adaptar su sistema legal a los anteriores principios, a efectos de otorgarles fuerza vinculante.

3.4. **Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE)**

• *Acta Final* (Helsinki, 1 de agosto de 1975)

VII.: promover y fomentar el ejercicio efectivo de los derechos y libertades civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, promover el respeto universal de ellos.

• *Documento de Conclusiones del encuentro en Viena para el seguimiento de la Conferencia* (15 de enero de 1989)

par. 12: garantía efectiva del ejercicio de los derechos humanos;

par. 13.1.: desarrollo de la leyes nacionales en orden a garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos;

par. 13.9.: garantía de recursos efectivos para aquellos que reclaman por una violación a sus derechos, *inter alia,* el derecho a apelar ante el ejecutivo, legislativo, o ante los órganos jurisdiccionales o administrativos, a ser oído públicamente y a ser informado de las decisiones tomadas;

par. 23.4.: prohibición de torturas y otros tratos crueles, así como la prevención de tales prácticas.

• *Documento del encuentro de Copenhague de la Conferencia sobre la Dimensión Humana de la CSCE* (Copenhague, 29 de junio de 1990)

par. 5.10.: medidas efectivas de contradicción en contra de las decisiones de la administración, en orden a garantizar el respeto por los derechos fundamentales y asegurar la integridad legal;

par. 16.1: reafirmación del deber de prohibir la tortura y otros tratos crueles, así como las prácticas médicas o psiquiátricas, y la prevención y sanción de tales prácticas;

par. 16.3.: en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales como justificación a la tortura.

• *Carta de París para una nueva Europa* (París, 21 de noviembre de1990)

• *Derechos humanos, democracia y primacía de la ley:* garantiza que toda persona gozará de un recurso efectivo, nacional o internacional, en contra de una violación de sus derechos, otorgándoles poder vinculante.

Anexo II

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZADAS*

Preámbulo

Los Estados partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales, el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo,

Teniendo presente la obligación impuesta a los Estados por la Carta, en particular por el art. 55, de promover el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales,

Teniendo en cuenta que todo acto de desaparición forzada de una persona constituye un ultraje a la dignidad humana, es una negación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y una violación grave y manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales pertinentes,

Constatando que todo acto de desaparición forzada de una persona constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica; el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el

* *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission,* 1998 (Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1998/19).

derecho a no ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,

Considerando que las desapariciones forzadas afectan los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y que su práctica sistemática o general constituye un crimen contra la humanidad,

Reconociendo que la desaparición forzada viola el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro y sustrae a las personas de la protección de la ley,

Teniendo en cuenta la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas,

Recordando la protección que otorgan a las víctimas de conflictos armados los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977,

Teniendo en cuenta especialmente los artículos pertinentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que garantizan a toda persona el derecho a la vida, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona, el derecho a no ser sometido a torturas y el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica,

Teniendo en cuenta además la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que dispone que los Estados partes deben tomar medidas eficaces para prevenir y reprimir los actos de tortura,

Teniendo presente el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos y los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad,

Afirmando que para impedir los actos que contribuyen a las desapariciones forzadas es necesario asegurar el estricto respeto del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, adoptados por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1988, así como de los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, que la Asamblea General hizo suyos el 15 de diciembre de 1989,

Teniendo en cuenta asimismo la Declaración y el Programa de Acción de Viena adoptados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993,

Deseando hacer más eficaz la lucha contra las desapariciones forzadas de personas en todo el mundo,

Han convenido en lo siguiente,

Parte I

Artículo 1°

1. A los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de libertad de una persona, cualquiera fueren su forma o motivación, causada 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 denegación de información o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance, en particular en lo referente a las desapariciones forzadas causadas por grupos o individuos no comprendidos en el párr. 1° del presente artículo.

Artículo 2°

1. Se castigará al autor y demás partícipes del delito de desaparición forzada o de cualquier elemento constitutivo de ese delito, tal como se define en el art. 1° de la presente Convención. Los autores y demás partícipes de un elemento constitutivo del delito, tal como se define en el art. 1° de la presente Convención, serán castigados por el delito de desaparición forzada siempre que supieran o hubieran debido saber que el delito estaba por cometerse o se estaba cometiendo. Se castigará también al autor y demás partícipes de los actos siguientes:

a) La instigación, la incitación o el estímulo a la comisión del delito de desaparición forzada;

b) La conspiración o la colusión para cometer un delito de desaparición forzada;

c) La tentativa de cometer un delito de desaparición forzada;

d) El encubrimiento de un delito de desaparición forzada.

2. Se castigará asimismo la omisión del deber jurídico de actuar para impedir una desaparición forzada.

Artículo 3°

1. La práctica sistemática o masiva de la desaparición forzada constituye un crimen contra la humanidad.

2. Los presuntos autores o partícipes de un delito, tal como se definen en los arts. 1° y 2° de la presente Convención, serán acusados de la comisión de un crimen contra la humanidad siempre que supieran o hubieran debido saber que su acto era parte de una práctica sistemática o masiva de desapariciones forzadas, aunque su participación haya sido de carácter limitado.

Artículo 4°

1. Los Estados partes se comprometen a:

a) No practicar, ni permitir ni tolerar la desaparición forzada;

b) Investigar inmediata y prontamente toda denuncia por desaparición forzada e informar a la familia de la persona desaparecida sobre el destino y el paradero de ésta;

c) Imponer sanciones, en el ámbito de su jurisdicción, por el delito de desaparición forzada y los actos u omisiones a que se refiere el art. 2° de la presente Convención;

d) Cooperar con los demás Estados y con las Naciones Unidas para contribuir a prevenir, investigar, sancionar y erradicar la desaparición forzada;

e) Otorgar reparación pronta y adecuada por el daño causado a las víctimas de una desaparición forzada, con arreglo a lo dispuesto en el art. 24 de la presente Convención.

2. En ningún caso se podrán invocar circunstancias como inestabilidad política interna, amenaza de guerra, estado de guerra, cualquier estado de excepción o suspensión de garantías individuales, para no dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en la presente Convención.

3. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole necesarias para cumplir los compromisos asumidos en virtud de la presente Convención.

Artículo 5°

1. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para tipificar como delitos separados la desaparición forzada tal como se define en el art. 1° de la presente Convención, y el crimen contra la humanidad, tal como se define en el art. 3° de la presente Convención, y a imponer una pena apropiada que tenga en cuenta su gravedad extrema. En ningún caso se impondrá la pena de muerte. Estos delitos serán de carácter continuado y permanente mientras no se establezca con certeza la suerte o el paradero de la persona desaparecida.

2. Los Estados partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que habiendo sido partícipes en los actos a que se refiere el art. 2° de la presente Convención contribuyan efectivamente a la reaparición con vida de la persona desaparecida o den voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada o identificar a los responsables de un delito de desaparición forzada.

Artículo 6°

1. La desaparición forzada y los demás actos a que se refiere el art. 2° de la presente Convención serán considerados delitos en todo Estado parte. En consecuencia, cada Estado parte adoptará las medidas necesarias para instituir su jurisdicción en los siguientes casos:

a) Cuando el delito de desaparición forzada haya sido cometido en cualquier: territorio bajo su jurisdicción;

b) Cuando el presunto autor y demás partícipes del delito de desaparición forzada o los demás actos a que se refiere el art. 2° de la presente Convención se halle en el territorio del Estado parte, independientemente de la nacionalidad del presunto autor o demás partícipes y de la nacionalidad de la persona desaparecida así como del lugar o territorio donde se haya cometido el delito, a menos que proceda a su extradición o a su transferencia a un tribunal penal internacional.

2. La presente Convención no excluye en modo alguno el ejercicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional.

Artículo 7°

1. El Estado parte en cuyo territorio se encuentre una persona de la que se supone que ha cometido un delito de desaparición forzada o cualquiera de los actos a que se refiere el art. 2° de la presente Convención, si tras examinar la información de que dispone considera que las circunstancias lo justifican, deberá tomar todas las medidas necesarias para asegurar la presencia continua de esa persona en dicho territorio y, de ser necesario, proceder a su detención. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición.

2. Tal Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos.

3. Cuando un Estado, en virtud del presente artículo, reúna indicios que hagan presumir la responsabilidad de una persona, si no ejerce su jurisdicción, notificará inmediatamente esa circunstancia, así como las demás que justifiquen dicha presunción, al Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito a los efectos de darle la oportunidad de solicitar la extradición.

Artículo 8°

1. Los Estados partes se prestarán todo el auxilio posible en lo que respecta a cualquier investigación o procedimiento penales relativos al delito de desaparición forzada, inclusive el suministro de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en su poder.

2. Los Estados partes cooperarán entre sí y se prestarán todo el auxilio posible en la búsqueda, localización, liberación y rescate de las personas desaparecidas o, en caso de fallecimiento, en la restitución de sus restos.

3. Los Estados partes cumplirán las obligaciones que les incumban en virtud de los párrafos 1 y 2 del presente artículo sin perjuicio de las obligaciones que les impongan los tratados de auxilio judicial mutuo que existan entre ellos.

Artículo 9°

1. Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, podrá ser invocada para justificar una desaparición forzada. Toda persona que reciba tal orden o instrucción tendrá el derecho y el deber de no obedecerla. Los Estados prohibirán las órdenes o instrucciones que dispongan, autoricen o alienten las desapariciones forzadas.

2. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que tengan razones para creer que se ha producido o está por producirse una desaparición forzada comunicarán la cuestión a sus superiores y, cuando sea necesario, a las autoridades u órganos competentes que tengan atribuciones de control o correctivas.

3. El delito de desaparición forzada cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad penal si éstos han omitido ejercer la autoridad de la que están investidos para prevenir la comisión del delito o hacerlo cesar, siempre que tuvieran información que les permitiera saber que el delito se estaba cometiendo o estaba por cometerse.

Artículo 10

1. Los presuntos autores y demás partícipes del delito de desaparición forzada de los demás actos a que se refiere el art. 2° de la presente Convención

sólo podrán ser juzgados por los tribunales de la jurisdicción de derecho común de cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción de excepción o especial y en particular la militar.

2. No se admitirán privilegios, inmunidades, ni dispensas especiales en tales procesos, a reserva de las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

3. Los autores y demás partícipes del delito de desaparición forzada o de los demás actos a que se refiere el art. 2° de la presente Convención no serán en ningún caso exonerados de responsabilidad penal aun cuando se alegare que tales delitos y conductas fueron cometidos en el ejercicio de funciones militares o policiales o en ocasión del servicio.

4. Los Estados partes garantizarán una amplia legitimación procesal en el procedimiento judicial al ofendido o a cualquier persona u organización nacional e internacional que tenga un interés legítimo.

Artículo 11

1. Los Estados partes asegurarán a toda persona que sostenga que alguien ha sido objeto de desaparición forzada el derecho a denunciar los hechos ante una autoridad estatal competente e independiente, la cual procederá de inmediato a hacer una investigación exhaustiva e imparcial.

2. Toda vez que existan motivos para creer que una persona ha sido objeto de desaparición forzada, el Estado remitirá sin demora el asunto a dicha autoridad para que inicie una investigación, aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal. Esa investigación no podrá ser limitada u obstaculizada de manera alguna.

3. Los Estados partes velarán porque la autoridad competente disponga de las facultades y los recursos necesarios para llevar a cabo la investigación, incluidas las facultades necesarias para exigir la comparecencia de los presuntos autores y demás partícipes del delito de desaparición forzada o de los demás actos a que se refiere el art. 2° de la presente Convención, la comparecencia de testigos y la presentación de pruebas pertinentes. Los Estados permitirán el acceso inmediato y directo a toda documentación que requiera la autoridad competente, sin excepción alguna.

4. Los Estados partes asegurarán a la autoridad competente el acceso, sin dilación o notificación previa, a cualquier lugar, incluidos los clasificados como de seguridad nacional o de acceso restringido, donde se sospeche la presencia de una persona desaparecida.

5. Los Estados partes tomarán disposiciones para que todos los que participen en la investigación, incluidos el denunciante, los familiares de la persona desaparecida, el abogado, los testigos y los que realizan la investigación, estén protegidos de todo maltrato y todo acto de intimidación o represalia, como consecuencia de tal denuncia o investigación. Los responsables de estos actos serán sancionados penalmente.

6. Los resultados de la investigación se comunicarán a todas las personas interesadas, a su solicitud, a menos que con ello se obstaculice en forma grave una investigación en curso. Sin embargo, la autoridad competente comunicará sin dilación y con regularidad a los familiares de la persona desaparecida los resultados de la investigación sobre su suerte y paradero.

7. Deberá poderse hacer una investigación, con arreglo a las modalidades descritas en los párrafos que anteceden, mientras la suerte o el paradero de la persona desaparecida no hayan sido establecidos con certeza.

8. Los presuntos autores y demás partícipes del delito de desaparición forzada o de los demás actos a que se refiere el art. 2° de la presente Convención serán suspendidos de toda función oficial durante la investigación.

Artículo 12

1. La desaparición forzada no será considerada delito político a los efectos de la extradición.

2. La desaparición forzada se considerará incluida entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados partes.

3. Los Estados partes se comprometen a incluir la desaparición forzada en los delitos susceptibles de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí.

4. Todo Estado parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado, si recibe de otro Estado parte con el que no tiene tratado al respecto una solicitud de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente al delito de desaparición forzada.

5. Los Estados partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán dicho delito como susceptible de extradición.

6. La extradición estará sujeta a las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

Artículo 13

Cuando un Estado parte no conceda la extradición o ésta no se le solicite, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiere

cometido en el ámbito de su jurisdicción, a los efectos de la investigación y, cuando corresponda, del procedimiento penal, de conformidad con su legislación nacional. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado que hubiere solicitado la extradición.

Artículo 14

La desaparición forzada no será considerada delito político o conexo con éste, a los efectos del asilo y refugio. Los Estados partes en la presente Convención no otorgarán asilo diplomático ni territorial ni concederán la condición de refugiado a personas contra las cuales existan razones fundadas para creer que han participado en una desaparición forzada.

Artículo 15

1. Ningún Estado parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones para creer que corre el riesgo de ser objeto de una desaparición forzada o de otra grave violación de los derechos humanos.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de una situación de violaciones graves, sistemáticas o masivas de los derechos humanos.

Artículo 16

1. La acción penal y la pena derivadas de la desaparición forzada serán imprescriptibles cuando dicha desaparición forzada constituya un crimen contra la humanidad, con arreglo al art. 3° de la presente Convención.

2. Cuando la desaparición forzada no constituya un crimen contra la humanidad con arreglo al art. 3° de la presente Convención, el plazo de prescripción del delito y la acción penal será el más extenso contemplado en la legislación de cada Estado parte y se contará a partir del momento en que la suerte o el paradero de la persona desaparecida hayan sido aclarados con certeza. Cuando los recursos previstos en el art. 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no sean efectivos, se suspenderá la prescripción hasta que estos recursos recobren efectividad.

3. Los Estados partes adoptarán las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para adaptar su legislación a lo establecido en los párrafos anteriores.

Artículo 17

1. Los autores o presuntos autores y demás partícipes del delito de desaparición forzada o de los actos a que se refiere el art. 2° de la presente Conven-

ción no se beneficiarán, antes de ser juzgados y, cuando corresponda, condenados, de ninguna medida de amnistía u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal.

2. En el otorgamiento de la gracia deberá tenerse en cuenta la gravedad extrema de la desaparición forzada.

Artículo 18

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 2° y 5° de la presente Convención, los Estados partes impedirán y reprimirán la apropiación de hijos de personas víctimas de desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de madres víctimas de desaparición forzada y buscarán e identificarán a esos niños. Como norma general, el niño será restituido a su familia de origen. A esos efectos, se tendrá en cuenta el interés superior del niño y su opinión será escuchada y valorada en función de su edad y madurez.

2. Los Estados partes se prestarán asistencia en la búsqueda, identificación, localización y restitución de esos niños cuando hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste. Para tal fin, los Estados concertarán, según proceda, acuerdos bilaterales o multilaterales.

3. Los Estados partes en cuyo sistema legislativo está prevista la adopción deberán establecer en su legislación nacional la posibilidad de revisar la adopción y en particular de anular toda adopción que tenga origen en una desaparición forzada. No obstante, tal adopción podrá mantener sus efectos si los parientes más próximos del niño dieran su consentimiento al examinarse la validez de dicha adopción. En cualquier caso, se tendrá en cuenta el interés superior del niño y su opinión será escuchada y valorada en función de su edad y madurez.

4. Los Estados partes castigarán en su legislación penal la apropiación de hijos de padres víctimas de desaparición forzada o de hijos nacidos durante el cautiverio de una madre víctima de desaparición forzada, así como la falsificación o supresión de documentos que atestigüen la verdadera identidad del niño. Las penas tendrán en cuenta la gravedad extrema de estos delitos.

Artículo 19

Los Estados partes velarán, en la formación del personal y de los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley, porque se imparta la educación necesaria sobre las disposiciones de la presente Convención.

Artículo 20

1. Sin perjuicio de los recursos legales para impugnar la legalidad de una privación de libertad, los Estados partes garantizarán el derecho a un recurso judicial rápido, sencillo y eficaz como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad y aquella que la hizo efectiva. Este recurso, así como el de hábeas corpus y similares, no podrá ser suspendido o limitado ni aún en las circunstancias descritas en el párr. 2° del art. 4° de la presente Convención.

2. En el marco de este recurso y sin perjuicio de las facultades inherentes a la autoridad judicial, los magistrados que actúen en esas causas gozarán del poder de convocar testigos, disponer la obtención de pruebas y tener acceso ilimitado a los lugares donde se presume pueda encontrarse una persona privada de libertad.

3. Las dilaciones o la obstrucción de este recurso serán sancionadas penalmente.

Artículo 21

1. Los Estados partes establecerán en su legislación nacional normas que permitan designar a los agentes del Estado facultados para ordenar privaciones de libertad, fijen las condiciones en las cuales tales órdenes pueden ser dadas, y prevean las penas que serán imponibles a los agentes del Estado que no proporcionen información sobre una privación de libertad o se nieguen a hacerlo.

2. Los Estados partes velarán igualmente porque se establezca un control estricto, de acuerdo con una clara jerarquía de mando, sobre todos los responsables de aprehensiones, arrestos, detenciones, prisión preventiva, traslados y encarcelamientos, así como sobre los demás funcionarios encargados de aplicar la ley.

3. El arresto, la detención o el encarcelamiento sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios habilitados o debidamente autorizados para ese fin.

4. No se restringirá ni menoscabará ninguno de los derechos reconocidos u obligatorios vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, de las personas sometidas a cualquier forma de privación de libertad so pretexto de que la presente Convención no reconoce estos derechos o los reconoce en menor grado.

5. Toda forma de privación de libertad y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de privación de libertad deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad competente, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad competente.

6. Las autoridades competentes tendrán acceso a todos los lugares donde haya razones para creer que se encuentran personas privadas de libertad.

Artículo 22

1. Los Estados partes garantizarán que toda persona privada de libertad sea mantenida únicamente en lugares oficialmente reconocidos y controlados y pase sin demora a disposición judicial o de otra autoridad competente, la cual será además informada del lugar donde la persona se halla detenida.

2. Se deberá proporcionar inmediatamente información exacta sobre la privación de libertad de toda persona y sobre su paradero, en particular sobre los traslados y la identidad de los responsables de la privación de libertad y la autoridad a disposición de la cual se ha puesto a la persona, a su abogado o cualquier otra persona que tenga interés legítimo en esa información.

3. Los Estados partes mantendrán, en todo lugar donde se encuentren personas privadas de libertad, un registro oficial actualizado de las personas allí retenidas. Además, los Estados partes mantendrán registros centralizados análogos. La información que figure en esos registros estará a disposición de las personas y autoridades mencionadas en el párrafo precedente.

4. Los Estados partes publicarán periódicamente listas con la identificación de los lugares de privación de la libertad. Dichos lugares serán visitados regularmente por personas calificadas y experimentadas nombradas por una autoridad competente distinta a la autoridad directamente encargada de la administración del lugar.

5. Los Estados partes determinarán quién es el responsable, en virtud de la legislación nacional, de la integridad y exactitud del expediente de la detención. Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 1°, 2° y 3° de la Convención, los Estados partes tipificarán como delito penal el hecho de que la persona responsable, según se define en las leyes del país, no inscriba en el registro a la persona privada de libertad o consigne información falsa y cuya falsedad debería conocer.

Artículo 23

Los Estados partes garantizarán que la puesta en libertad de toda persona privada de libertad se haga con arreglo a las modalidades que permitan verificar con certeza que ha sido efectivamente puesta en libertad y, además, que lo ha sido en condiciones tales que estén aseguradas su integridad física y su facultad de ejercitar plenamente sus derechos.

Artículo 24

1. Los Estados partes garantizarán, en toda circunstancia, el derecho a la reparación por el daño causado a las víctimas de la desaparición forzada.

2. A los efectos de la presente Convención, el derecho a la reparación comprenderá la restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y restablecimiento de la dignidad y reputación de las víctimas del delito de desaparición forzada. La rehabilitación de las víctimas de desaparición forzada será tanto física y psicológica como profesional y jurídica.

3. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por víctima del delito de desaparición forzada, a la persona desaparecida, sus familiares próximos y toda persona a cargo del desaparecido y que tenga relación inmediata con él, así como cualquiera que haya sufrido daños al intervenir para evitar su desaparición forzada o para elucidar su destino o paradero.

4. Los actos descritos en los arts. 2° y 3° de la presente Convención, además de las sanciones penales aplicables, comprometerán la responsabilidad civil del Estado, el cual podrá entablar un proceso contra los responsables para recuperar las sumas que ha tenido que pagar, sin perjuicio de la responsabilidad internacional de ese Estado conforme a los principios del derecho internacional.

PARTE II

Artículo 25

1. Se constituirá un Comité contra la Desaparición Forzada (denominado en lo sucesivo el Comité), el cual desempeñará las funciones que se señalan más adelante. El Comité estará integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos, que ejercerán sus funciones a título personal y de manera independiente. La función de miembro del Comité es incompatible con cualquier cargo o función que estén integrados en la estructura jerárquica del Poder Ejecutivo de un Estado parte. Los expertos serán elegidos por los Estados partes teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa y la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica.

2. Los miembros del Comité serán elegidos en votación secreta de una lista de personas propuestas por los Estados partes. Cada uno de los Estados partes podrá designar no más de dos personas entre sus propios nacionales.

3. Los miembros del Comité serán elegidos en reuniones bienales de los Estados partes convocadas por el Secretario General de las Naciones Unidas. En estas reuniones, para las cuales formarán quórum dos tercios de los Estados

partes, se considerarán elegidos al Comité los candidatos que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados partes presentes y votantes.

4. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. Al menos ocho meses antes de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados partes invitándoles a que presenten candidaturas en un plazo de tres meses. El Secretario General de las Naciones Unidas preparará una lista por orden alfabético de todas las personas propuestas de este modo, indicando los Estados partes que las han designado, y la comunicará a los Estados partes, a las organizaciones intergubernamentales pertinentes y a las organizaciones no gubernamentales, reconocidas como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social.

5. Los miembros del Comité serán elegidos por cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. No obstante, el mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de la primera elección, el presidente de la reunión a que se hace referencia en el párr. 3° del presente artículo designará por sorteo los nombres de esos cinco miembros.

6. Si un miembro del Comité muere o renuncia o por cualquier otra causa no puede ya desempeñar sus funciones en el Comité, el Estado parte que presentó su candidatura designará entre sus nacionales a otro experto para que desempeñe sus funciones durante el resto de su mandato, a reserva de la aprobación de la mayoría de los Estados partes. Se considerará otorgada dicha aprobación a menos que la mitad de los Estados partes respondan negativamente dentro de un plazo de seis semanas a contar del momento en que el Secretario General de las Naciones Unidas les comunique la candidatura propuesta.

7. Los gastos que ocasione la aplicación de la presente Convención serán sufragados por las Naciones Unidas.

Artículo 26

1. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años. Los miembros de la mesa podrán ser reelegidos.

2. El Comité establecerá su propio reglamento, en el cual se dispondrá, entre otras cosas, que:

a) Seis miembros constituirán quórum;

b) Las decisiones del Comité se tomarán por mayoría de votos de los miembros presentes.

3. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité en virtud de la presente Convención.

4. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la primera reunión del Comité. Después de su primera reunión, el Comité se reunirá en las ocasiones que se prevean en su reglamento.

5. Los miembros del Comité, previa aprobación de la Asamblea general, percibirán emolumentos de los fondos de las Naciones Unidas en la forma y condiciones que la Asamblea determine, teniendo en cuenta la importancia de las funciones del Comité.

Artículo 27

1. Los Estados partes presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, los informes relativos a las medidas que hayan adoptado para dar efecto a las obligaciones que han contraído en virtud de la presente Convención, dentro del plazo del año siguiente a la entrada en vigor de la Convención en el Estado parte de que se trate. A la presentación del primer informe de cada Estado parte interesado el Comité podrá efectuar una visita al territorio controlado por el Estado parte. El Estado parte interesado ofrecerá todas las facilidades para esa visita, en particular la entrada en el país y el acceso a los lugares y a las personas que sea necesario para cumplir la misión pertinente. A partir de entonces, los Estados partes presentarán informes suplementarios cada vez que lo solicite el Comité.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá los informes a todos los Estados partes.

3. Cada informe será examinado por el Comité, el cual podrá hacer los comentarios generales, las observaciones y las recomendaciones que considere oportunos y los transmitirá al Estado parte interesado. El Estado parte podrá responder al Comité con las observaciones que desee formular.

4. El Comité podrá, a su discreción, tomar la decisión de incluir cualquier comentario, observación y recomendación que haya formulado de conformidad con el párr. 3° del presente artículo, junto con las observaciones recibidas del Estado parte interesado, en su informe anual presentado de conformidad con el art. 33. Si lo solicitara el Estado parte interesado, el Comité podrá también incluir copia del informe presentado en virtud del párr. 1° del presente artículo.

Artículo 28

1. Si el Comité recibe información fiable que a su juicio parezca indicar de forma fundamentada que se practica sistemáticamente o masivamente la

desaparición forzada en el territorio controlado por un Estado parte, invitará a ese Estado parte a cooperar en el examen de la información y a tal fin presentar observaciones con respecto a la información de que se trate.

2. Teniendo en cuenta todas las observaciones que haya presentado el Estado parte, así como cualquier otra información pertinente de que disponga, el Comité podrá, si decide que está justificado, designar a uno o varios de sus miembros para que procedan a una investigación e informen urgentemente al Comité.

3. Si se hace una investigación conforme al párr. 2° del presente artículo, el Comité recabará la cooperación del Estado parte involucrado. De acuerdo con ese Estado parte, tal investigación podrá incluir una visita al territorio que controla. Las misiones que incluyan visitas al territorio controlado por el Estado parte estarán a cargo de por lo menos un miembro del Comité, quien podrá estar acompañado, si fuera necesario, por intérpretes, personal de secretaría y expertos. Ningún miembro de la delegación, con excepción de los intérpretes, podrán ser nacionales del Estado que se vaya a visitar.

4. El Comité notificará por escrito al gobierno del Estado parte de que se trate su intención de organizar una misión e indicará la composición de la delegación. Durante la misión el Comité podrá visitar los lugares que considere necesarios para el cumplimiento de su cometido. Antes de llevar a cabo una misión, el Comité y el Estado parte de que se trate, si así lo solicita uno de ellos, celebrarán consultas con miras a acordar sin demora las disposiciones prácticas para la misión. Las consultas sobre disposiciones prácticas para la misión no podrán incluir negociaciones sobre las obligaciones que incumben al Estado parte en virtud de la presente Convención.

5. Después de examinar el informe presentado por el miembro o miembros conforme al párr. 2° del presente artículo, el Comité transmitirá su informe al Estado parte de que se trate, junto con sus conclusiones, observaciones y recomendaciones.

6. Cuando se hayan concluido las actuaciones relacionadas con una investigación hecha conforme al párr. 2°, el Comité podrá incluir los resultados de la investigación junto con las conclusiones, observaciones y recomendaciones en el informe anual que presente conforme al art. 33, previa consulta con el Estado parte involucrado.

Artículo 29

Todo Estado parte en la presente Convención podrá presentar al Comité comunicaciones en el sentido de que otro Estado parte no cumple las obligaciones que le impone la Convención. Las comunicaciones recibidas en virtud

del presente artículo se tramitarán de conformidad con el procedimiento siguiente:

a) Si un Estado parte considera que otro Estado parte no cumple las disposiciones de la presente Convención podrá señalar el asunto a la atención de dicho Estado mediante una comunicación escrita. Dentro de un plazo de tres meses, contado desde la fecha de recibo de la comunicación, el Estado destinatario proporcionará al Estado que haya enviado la comunicación una explicación o cualquier otra declaración por escrito que aclare el asunto, la cual hará referencia, hasta donde sea posible y pertinente, a los procedimientos nacionales y a los recursos interpuestos, en trámite o que puedan utilizarse al respecto;

b) Si el asunto no se resuelve a satisfacción de los dos Estados partes interesados en un plazo de seis meses contado desde la fecha en que el Estado destinatario haya recibido la primera comunicación, cualquiera de los Estados partes interesados tendrá derecho a someterlo al Comité, mediante notificación dirigida al Comité y al otro Estado;

c) El Comité conocerá de todo asunto que se le someta en virtud del presente artículo después de haberse cerciorado de que se han 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 reconocidos. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que mejore realmente la situación de la persona que sea víctima de la violación de la presente Convención;

d) El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente artículo;

e) A reserva de las disposiciones del apartado c), el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados partes interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto de las obligaciones establecidas en la presente Convención. A tal efecto el Comité podrá designar, cuando proceda, una comisión especial de conciliación;

f) En todo asunto que se le someta en virtud del presente artículo, el Comité podrá pedir a los Estados partes interesados a que se hace referencia en el apartado b) que faciliten cualquier información pertinente;

g) Los Estados partes interesados a que se hace referencia en el apartado b) tendrán derecho a estar representados cuando el asunto se examine en el Comité y a presentar exposiciones verbalmente o por escrito, o de ambas maneras;

h) El Comité, dentro de los 12 meses siguientes a la fecha de recibo de la notificación mencionada en el apartado b), presentará un informe en el cual:

i) Si se ha llegado a una solución con arreglo a lo dispuesto en el apartado e), se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada;

ii) Si no se ha llegado a ninguna solución con arreglo a lo dispuesto en el apartado e), se limitará a una breve exposición de los hechos y agregará las exposiciones escritas y las actas de las exposiciones verbales que hayan hecho los Estados partes interesados. En cada asunto, se enviará el informe a los Estados partes interesados.

Artículo 30

1. Cualquier persona o grupo de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte, u organización no gubernamental, pueden presentar al Comité comunicaciones relacionadas con la violación de las disposiciones de la presente Convención por un Estado parte.

2. El Comité considerará inadmisible toda comunicación recibida de conformidad con el presente artículo que sea anónima, o que, a su juicio, constituya un abuso del derecho a presentar dichas comunicaciones o que sea incompatible con las disposiciones de la presente Convención.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párr. 2°, el Comité señalará las comunicaciones que se presenten de conformidad con este artículo a la atención del Estado parte respecto del cual se alegue que ha violado cualquier disposición de la Convención. Dentro de un plazo de seis meses, el Estado destinatario proporcionará al Comité explicaciones o declaraciones por escrito que aclaren el asunto y expongan la medida para remediar la situación que ese Estado haya podido adoptar al respecto.

4. El Comité examinará las comunicaciones recibidas de conformidad con el presente artículo a la luz de toda información puesta a su disposición por el autor de la comunicación de que trata el párr. 1° o en su nombre, y por el Estado parte interesado. El Comité podrá, cuando lo estime conveniente, celebrar audiencias y efectuar misiones de investigación. A estos efectos, el Comité se regirá por los párrs. 3° y 4° del art. 28.

5. El Comité no examinará ninguna comunicación presentada de conformidad con este artículo, a menos que se haya cerciorado de que:

a) La misma cuestión no ha sido, ni está siendo, examinada según otro procedimiento de investigación o solución internacional;

b) El autor de la comunicación ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando no existan en la legislación interna del Estado parte recursos efectivos para la protección del derecho que se alegue violado, no se haya permitido el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente, o cuando no sea probable que a consecuencia del recurso mejore la situación de la persona que sea víctima de la violación.

6. El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente artículo.

7. En casos de urgencia, el Comité podrá pedir al Estado parte interesado tomar las medidas cautelares que considere pertinentes, cuando se haga necesario evitar daños irreparables. Cuando el Comité ejerza esta función en el marco de las comunicaciones que esté examinando, la solicitud de tomar tales medidas y su adopción no prejuzgarán su decisión final.

8. El Comité comunicará sus observaciones al Estado parte interesado y al autor de la comunicación.

Artículo 31

1. El Comité podrá realizar todo procedimiento eficaz para la búsqueda y hallazgo de personas desaparecidas en el sentido de esta Convención, por iniciativa propia, a solicitud de un Estado parte, de una persona, de un grupo de personas o de una organización no gubernamental.

2. El Comité considerará inadmisible toda solicitud recibida de conformidad con el presente artículo que sea anónima, o que, a su juicio, constituya un abuso del derecho a presentar dichas solicitudes o que sea incompatible con las disposiciones de la presente Convención. En ningún caso se requerirá el agotamiento de los recursos internos.

3. El Comité podrá, si decide que está justificado, designar a uno o varios de sus miembros para que procedan a una misión de investigación e informen urgentemente al Comité. El Comité se regirá por lo dispuesto en los párrs. 3° y 4° del art. 28 de la presente Convención.

4. El Comité desempeñará esta función a título estrictamente neutral y humanitario.

Artículo 32

Los miembros del Comité y quienes los acompañen en las misiones en territorio de los Estados partes a que se refieren los arts. 28, 29 y 31, tendrán derecho a las facilidades, prerrogativas e inmunidades que se conceden a los expertos que desempeñen misiones para las Naciones Unidas, con arreglo a lo

dispuesto en las secciones pertinentes de la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas.

Artículo 33

1. El Comité presentará un informe anual sobre sus actividades en virtud de la presente Convención a los Estados partes y a la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2. Para asegurar el seguimiento de sus observaciones y de sus recomendaciones, el Comité incluirá en el informe de que trata el párr. 1° del presente artículo, las medidas tomadas por los Estados partes para asegurar el cumplimiento efectivo de las observaciones y recomendaciones hechas en virtud de los arts. 27, 28, 29, 30 y 31 de la presente Convención.

PARTE III

Artículo 34

1. La presente Convención está abierta a la firma de todos los Estados.

2. La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 35

La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 36

1. En el momento de la firma o de la ratificación de la Convención o adhesión a ella, ningún Estado podrá formular reservas con respecto a los arts. 1° a 24 y 31 de esta Convención, ni formular una reserva cuyo efecto fuera impedir el funcionamiento de cualquiera de los órganos establecidos por la presente Convención.

2. Todo Estado que haya formulado una reserva con arreglo al párr. 1° del presente artículo podrá retirarla en cualquier momento mediante comunicación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 37

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 38

El Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas y a todos los Estados que hayan firmado la presente Convención o se hayan adherido a ella:

a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones con arreglo a los arts. 34 y 35;

b) La fecha de entrada en vigor de la presente Convención con arreglo al art. 37.

Artículo 39

1. La presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas remitirá copias certificadas de la presente Convención a todos los Estados.

Anexo III

TIPIFICACIÓN NACIONAL DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

1. *Colombia: Proyecto de Ley sobre Delitos de Lesa Humanidad, aprobado en Comisión Primera del Senado de la República, 11/11/1998*

Artículo 1°: Créase un Título I A dentro del Libro Segundo del Código Penal, que quedará así:

Título I A

DELITOS DE LESA HUMANIDAD

Art. 124A - Sin perjuicio de otros comportamientos definidos en el derecho internacional como delitos de lesa humanidad se consideran, entre otros los siguientes:

Capítulo Primero

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

Art. 124B - *Desaparición forzada.* El que perteneciendo o actuando en relación con una organización criminal o grupo político armado, prive de la libertad, en cualquier forma, a una persona, con ocultamiento de ésta, eluda o impida suministrar información sobre su actuación y el lugar donde se encuentra, incurrirá en prisión de cuarenta y cinco (45) a sesenta (60) años, y multa de quinientos (500) a dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

En las mismas penas incurrirá el que cometa la conducta descrita por instigación, aquiescencia o determinación de un servidor público.

Art. 124C - *Desaparición forzada por servidor público.* El servidor público que prive de la libertad, en cualquier forma, a una persona, con ocultamiento de ésta, eluda, impida o suministre información falsa sobre su situación y el lugar donde se encuentra, incurrirá en prisión de cincuenta (50) a sesenta (60) años, en multa de quinientos (500) a dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

A las mismas penas quedará sujeto el servidor público que determine a otra persona en cualquier forma o tolere la comisión de las conductas descritas en los artículos anteriores.

Art. 124D - *Circunstancias de agravación punitiva.* La pena mínima prevista en los artículos anteriores se aumentará en cinco (5) años, en los siguientes casos:

1. Cuando se cometa en persona cabeza de familia, o discapacitada, o en menor de dieciocho (18) años, o mayor de sesenta (60) o mujer embarazada.

2. Cuando se cometa por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, periodistas, comunicadores sociales, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos o víctimas de hechos punibles o faltas disciplinarias; o contra el cónyuge, o compañero o compañera permanente de las personas antes mencionadas, o contra sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

3. Cuando se cometa utilizando bienes del Estado; invocando calidad de servidor público, o empleando uniformes, insignias o medios de identificación de uso privativo de la Fuerza Pública o de los organismos de seguridad del Estado o de Policía Judicial.

4. Cuando se cometa para preparar, facilitar, ocultar o asegurar el producto o la impunidad de otro delito; o para impedir que la persona intervenga en actuaciones judiciales o disciplinarias.

5. Cuando por causa o con ocasión de la desaparición forzada le sobrevenga a la víctima la muerte natural o sufra serios quebrantos de salud.

6. Cuando se realicen actos sobre la víctima o sobre su cadáver que impidan o dificulten su identificación posterior.

Art. 124E - *Circunstancias de atenuación punitiva.* Las penas previstas en los artículos 124B y 124C de la presente ley se atenuarán en los siguientes casos:

1. La pena se reducirá hasta la mitad (1/2) a las cinco sextas (5/6) partes cuando en un término no superior a quince (15) días, los autores o partícipes liberen a la víctima voluntariamente en similares condiciones físicas y psíquicas a las que se encontraba en el momento de ser privado de la libertad, o suministren información que conduzca a su recuperación inmediata, en similares condiciones físicas y psíquicas.

2. La pena se reducirá de una tercera parte (1/3) hasta la mitad (1/2) cuando en un término mayor a quince (15) días y no superior a treinta (30) días calendario, los autores o partícipes liberen a la víctima en las mismas condiciones previstas en el numeral anterior.

3. Si los autores o partícipes suministran información que conduzca a la recuperación del cadáver de la persona desaparecida, la pena se reducirá hasta en una octava (1/8) parte.

Parágrafo: Las reducciones de penas previstas en este artículo se aplicarán únicamente al autor o partícipe que libere voluntariamente a la víctima o suministre la información.

Capítulo Segundo

GENOCIDIO

Art. 124F - *Genocidio.* El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de cuarenta y cinco (45) a sesenta (60) años, en multa de quinientos (500) a dos mil (2000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

Cuando con el mismo propósito solamente se causaren lesiones, o se separare a menores de edad de su grupo, o se establecieren medidas tendientes a impedir el nacimiento de niños dentro de él, o se embarazare forzadamente a mujeres del grupo, la pena será prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años.

La pena mínima prevista en los incisos anteriores, se aumentará en cinco (5) años, cuando el hecho sea cometido por servidor público.

Capítulo Tercero

TORTURA

Art. 124G - *Tortura.* El que ocasionare a una persona dolores, o sufrimientos graves, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información, o de castigarla por un acto cometido o que se considere ha cometido, o de intimidarla para que haga, acepte, admita u omita alguan conducta u

hecho, o coaccionarla por razón de cualquier tipo de discriminación, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años, en multa de doscientos (200) a mil (1000) salarios mínimos mensuales legales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por cinco (5) años.

La pena establecida en el inciso anterior se aumentará en la mitad (1/2), cuando el hecho sea cometido por servidor público.

Capítulo Cuarto

MASACRE

Art. 124H - *Masacre.* El que con el fin de intimidar a un sector de la población o generar zozobra, de muerte bajo un mismo contexto de acción, a varias personas que se encuentren en estado de indefensión o inferioridad o que hayan sido puestas en tales circunstancias incurrirá en prisión de cuarenta y cinco (45) a sesenta (60) años, multa de quinientos (500) a dos mil (2000) salarios mínimos mensuales legales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

La pena mínima establecida en el inciso anterior se aumentará en cinco años cuando el hecho sea cometido por servidor público.

Capítulo Quinto

DESPLAZAMIENTO FORZADO

Art. 124I - *Desplazamiento forzado.* El que mediante actos de violencia, intimidaciones o amenazas dirigidas contra un sector de la población, logre que varios de sus miembros abandonen el lugar donde residen o habitualmente desarrolen sus actividades, incurrirá en prisión de quince (15) a treinta (30) años, en multa de quinientos (500) a dos mil (2000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

La pena establecida en el inciso anterior se aumentará en la mitad (1/2), cuando cualquiera de dichos comportamientos sea realizado por servidor público.

Capítulo Sexto

DISPOSICIONES COMUNES

Art. 124J - *Circunstancias de agravación punitiva.* La pena mínima prevista en los capítulos segundo, tercero, cuarto y quinto se aumentará en cinco (5) años, en los siguientes casos:

1. Cuando se cometa en persona discapacitada, o en menor de dieciocho (18) años, o mayor de sesenta (60) o mujer embarazada.

2. Cuando se cometa por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, periodistas, comunicadores sociales, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, étnicos, sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos o víctimas de hechos punibles o faltas disciplinarias; o contra el cónyuge, o compañero o compañera permanente de las personas antes mencionadas, o contra sus parientes hasta el tercer grado de consaguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

3. Cuando se cometa utilizando bienes del Estado

4. Cuando se cometa para preparar, facilitar, ocultar o asegurar el producto o la impunidad de otro delito; o para impedir que la persona intervenga en actuaciones judiciales o disciplinarias.

Art. 2° - El art. 176 del Código Penal *[favorecimiento]* quedará así:

...

Si la conducta se realiza respecto de los punibles de desaparición forzada, genocidio, tortura, masacre, desplazamiento forzado, homicidio, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la pena será de cuatro (4) a doce (12) años de prisión.

Art. 3° - El art. 186 del Código Penal *[concierto para delinquir]* quedará así:

....

Si la conducta se realiza para cometer delitos de desaparición forzada, genocidio, tortura, masacre, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios, la pena será de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de dos mil (2000) hasta cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

....

Art. 4° - El art. 188 del Código Penal *[instigación a delinquir]* quedará así:

...

Si la conducta se realiza para cometer delitos de desaparición forzada, genocidio, tortura, masacre, desplazamiento forzado u homicidio, la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión y multa de quinientos (500) a mil (1000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Art. 5° - El *Código de Procedimiento Penal* tendrá unos artículos nuevos del siguiente tenor:

Art. 320A - *Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas.* Créase una Comisión Nacional y Permanente de Búsqueda de Personas Desaparecidas con el fin de apoyar y promover la investigación del delito de desaparición forzada, con pleno respeto de las competencias institucionales y de las facultades de los sujetos procesales.

Esta Comisión diseñará, evaluará y apoyará la ejecución de los planes de búsqueda de personas desaparecidas y conformará grupos de trabajo para casos específicos.

La Comisión estará integrada por las siguientes personas:

El Fiscal General de la Nación o su delegado permanente.

El Procurador General de la Nación o su delegado permanente.

El Defensor del Pueblo o su delegado permanente.

El Ministro de Defensa o su delegado permanente.

El Consejero Presidencial para los Derechos Humanos o su delegado permanente.

El Director del Programa Presidencial para la Defensa de la Libertad o su delegado permanente.

El Director del Instituto Nacional de Medicina Legal o su delegado permanente.

Un representante de la Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos —ASFADDES.

Un representante de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos.

Los personeros municipales y las autoridades locales formarán parte de los grupos de trabajo en los casos ocurridos dentro de su jurisdicción, así como los familiares de las víctimas y las organizaciones no gubernamentales que se ocupen directamente del caso.

Parágrafo. Las labores de búsqueda se extenderán incluso a los casos acaecidos con anterioridad a la expedición de esta ley.

Art. 335A - *Registro Nacional de Desaparecidos.* La Procuraduría General de la Nación y el Instituto Nacional de Medicina Legal diseñarán y pondrán en marcha un Registro Nacional de Desaparecidos y en el que se incluirán todos los datos de identificación de las personas desaparecidas y de exhumación de cadáveres de personas no identificadas, el cual deberá contener como mínimo los siguientes datos:

1. Identidad de las personas desaparecidas.

2. Lugar y fecha de los hechos.

3. Relación de los cadáveres, restos exhumados de personas no identificadas, con indicación del lugar y fecha del hallazgo, condiciones características, evidencias, resultados de estudios técnicos, científicos o testimoniales y cualquier dato que conduzca a su identificación.

El Registro Nacional de Desaparecidos será coordinado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y funcionará en su sede.

En la resolución que dé inicio a la investigación previa o a la instrucción en el proceso penal, o a la indagación preliminar o a la investigación en el proceso disciplinario, el fiscal o el funcionario competente de la Procuraduría General de la Nación, según el caso, ordenará enviar todos los datos de la víctima al Registro y solicitará la información necesaria para localizarla.

Art. 341A - *Administración de los bienes de las personas víctimas del delito de desaparición forzada.* La autoridad judicial que conoce o dirige el proceso por el delito de desaparición forzada, podrá autorizar al cónyuge, compañero o compañera permanente, a alguno de los padres o de los hijos del desaparecido para que provisionalmente asuman la disposición y administración de todos o parte de sus bienes, en cuanto fueren de su manejo exclusivo. Quien sea autorizado, actuará como curador de conformidad con las leyes civiles sobre la materia.

El funcionario judicial remitirá estas diligencias a la autoridad competente, quien adoptará en forma definitiva las decisiones que considere pertinentes.

Art. 341C - *Obligaciones del Estado.* Sin perjuicio de la extinción de la acción penal o terminación del proceso por cualquier causa, en los delitos de desaparición forzada, el Estado tiene la obligación permanente de realizar todas las acciones necesarias tendientes a establecer el paradero de la víctima, conocer sobre las razones de su desaparición e informar sobre ello a sus familiares.

Art. 384A - *Registro de Personas Capturadas y Detenidas.* Las personas privadas de la libertad sólo podrán permanecer recluidas en los establecimientos e instituciones autorizadas para el efecto en los términos consagrados en la Constitución Nacional y la ley.

Los Organismos de Seguridad del Estado y de Policía Judicial y las Instituciones Carcelarias llevarán un registro oficial debidamente foliado de personas capturadas o detenidas, con indicación de la fecha y hora de ingreso, motivo de la aprehensión o detención, trámite dado a su situación y autoridad ante la cual fue puesto o se encuentra a disposición. Este Registro estará a disposición inmediata de cualquier persona.

Aquellas entidades dispondrán de una línea telefónica gratuita permanente a disposición de la ciudadanía para suministrar la información a la que se refiere el inciso anterior.

Art. 437A - *Mecanismo de búsqueda urgente.* Si alguien es privado de la libertad y se desconoce su paradero, cualquier persona, sin necesidad

de mandato alguno, podrá solicitar ante el juez penal, que se disponga una búsqueda urgente y en el mismo auto solicitará la colaboración de la fiscalía del respectivo lugar, quien, para lograr el objetivo de este mecanismo, deberá desplegar todas las acciones pertinentes, tanto en relación con autoridades y dependencias públicas como con particulares y lugares de carácter privado.

El juez deberá comisionar a las autoridades competentes, si dichas diligencias o algunas de ellas deben practicarse en lugar distinto al de la competencia territorial.

Si se logra ubicar el paradero de la persona y ésta ha sido privada de la libertad por servidor público con violación de las garantías constitucionales y legales, el funcionario judicial ordenará de inmediato su libertad y trasladará las diligencias a la autoridad competente para el inicio de las investigaciones a que haya lugar.

Si la persona se encuentra retenida por particulares o en un sitio que no sea dependencia pública, se dispondrá lo necesario para proceder a su liberación, e inmediatamente se iniciará la investigación penal correspondiente.

Transcurridos cinco (5) días contados a partir del día de la solicitud, sin que se logre ubicar el paradero de la persona privada de la libertad, el juez declarará agotado el mecanismo de búsqueda urgente y de inmediato trasladará las diligencias al funcionario competente, incluyendo un informe detallado sobre las gestiones realizadas. Inmediatamente se iniciarán las investigaciones penales o disciplinarias a que hubiere lugar y se continuarán realizando las indagaciones necesarias para procurar el hallazgo de la persona privada de la libertad.

Parágrafo 1°. La autoridad judicial deberá informar al Ministerio Público de la solicitud de búsqueda urgente, que deberá garantizar el cumplimiento de lo establecido en el presente artículo, sin perjuicio de las demás atribuciones que le correspondan con la constitución y la ley.

Parágrafo 2°. Los servidores públicos tienen la obligación de prestar toda su colaboración y apoyo para el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo.

...

Art. 12 - *Destrucción y eliminación de grupos políticos.* El que con el propósito de destruir y eliminar total o parcialmente un grupo político o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, por razón de su pertenencia al mismo, diere muerte a sus miembros, incurrirá en prisión de cuarenta y cinco (45) a sesenta (60) años, en multa de quinientos (500) a dos (2000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

La pena mínima prevista en los incisos anteriores se aumentará en cinco (5) años, cuando el hecho sea cometido por servidor público.

...

2. *Perú: Ley 26.926, extractos**

Art. 1°– Incorporación del Título XIV-A.

Incorpórase el Título XIV-A al Código Penal, el mismo tendrá la siguiente composición:

Título XIV-A

DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD

Capítulo I

GENOCIDIO

Art. 319 - Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que, con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, social o religioso, realiza cualquiera de los actos siguientes:

1. Matanza de miembros del grupo.

2. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.

3. Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial.

4. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.

5. Transferencia forzada de niños a otro grupo.

Capítulo II

DESAPARICIÓN FORZADA

Art. 320 - El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tenga por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al art. 36 incs. 1° y 2°.

Capítulo III

TORTURA

Art. 321 - El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquel que inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor

* "Ley que modifica diversos artículos del Código Penal e incorpora el Título XIV-A, referido a los delitos contra la humanidad", en: *El Peruano*, 21 de febrero de 1998, pp. 157575-157576; también: *Normas Legales*, 261 (febrero de 1998), § 129, pp. 269 y s.

físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si la tortura causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de ocho ni mayor de veinte años, ni menor de seis ni mayor de doce años.

Art. 322 - El médico o cualquier profesional sanitario que cooperara en la perpetración del delito señalado en el artículo anterior, será reprimido con la misma pena de los autores.

...

Art. 4º – *Examen médico de la persona agraviada*

Cualquier persona puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad

Los médicos legistas deberán concurrir de inmediato para el reconocimiento de quien resulte víctima de la tortura, sin perjuicio del derecho del denunciante de acudir a cualquier médico para su verificación.

Art. 5º - *Trámite de los procesos por delitos contra la humanidad*

Los delitos a que se refiere el Título XIV-A se tramitarán en la vía ordinaria y ante el fuero común.

(...)

Anexo IV

PROYECTO DE RESOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA IMPUNIDAD

Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*

Preámbulo

Recordando el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad,

Consciente de que es posible que vuelvan a repetirse esos actos,

Reafirmando el compromiso adoptado por los Estados miembros en el art. 56 de la Carta de las Naciones Unidas de tomar medidas conjuntas o separadamente, concediendo toda la importancia que merece el fomento de una cooperación internacional eficaz para la realización de los propósitos consignados en el art. 55 de la Carta, relativo al respeto universal y efectivo a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos,

Considerando que el deber que, según el derecho internacional, tiene todo Estado de respetar y hacer respetar los derechos humanos, exige que se adopten medidas eficaces para luchar contra la impunidad,

Consciente de que no existe reconciliación justa y duradera si no se satisface efectivamente la necesidad de justicia,

Consciente también de que el perdón, que puede ser un factor importante de reconciliación, supone, como acto privado, que la víctima o sus derechoha-

* *UN-ECOSOC-CHR-Subcommission*, 1997b (Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev. 1), pp. 18 y ss. (Anexo II).

bientes conozcan al autor de las violaciones y que éste haya reconocido los hechos y manifestado su arrepentimiento.

Recordando la recomendación que figura en el párrafo 91 de la Parte II de la Declaración y Programa de Acción de Viena, en la que la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (junio de 1993) manifestó su preocupación por la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos y apoyó los esfuerzos de la Comisión de Derechos Humanos y de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías por examinar todos los aspectos de esta cuestión,

Convencida, 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 que entraña el derecho a la verdad, 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,

la Asamblea General,

DECIDE, sobre la base de la Declaración y Programa de Acción de Viena, proclamar solemnemente los siguientes principios, por los que se regirán los Estados en su lucha contra la impunidad.

Definiciones

A. *Impunidad*

Por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, 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.

B. *Delitos graves conforme al derecho internacional*

A los efectos de estos principios, esta calificación se aplica a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad, incluido el genocidio, y las infracciones graves al derecho internacional humanitario.

C. *Proceso para el 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 se entienden para tomar, en ese momento, medidas contra la impunidad y la repetición de las violaciones de los derechos humanos.

I. DERECHO A SABER

A. *Principios generales*

Principio 1 - *El 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.

Principio 2 - *El deber de recordar*

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. Esas medidas tienen por objeto preservar del olvido la memoria colectiva, entre otras cosas para evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas.

Principio 3 - *El derecho de las víctimas a saber*

Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas, así como sus familias y allegados, 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.

Principio 4 - *Garantías para hacer efectivo el derecho a saber*

Incumbe a los Estados adoptar las medidas adecuadas para hacer efectivo el derecho a saber. Cuando las instituciones judiciales no funcionan correctamente, se debe dar prioridad, en una primera fase, a las medidas encaminadas, por una parte, a la creación de comisiones extrajudiciales de investigación y, por otra, a la conservación y consulta de los archivos correspondientes.

B. *Las comisiones extrajudiciales de investigación*

Principio 5 - *Función de las comisiones extrajudiciales de investigación*

Las comisiones extrajudiciales de investigación tendrán por misión determinar los hechos, con objeto de descubrir la verdad, en particular para evitar la desaparición de pruebas.

Para que las víctimas, las familias y los defensores de los derechos humanos recuperen su dignidad, esas investigaciones deberán guiarse por el afán de hacer reconocer la parte de verdad que hasta entonces se negó constantemente.

Principio 6 - *Garantías de independencia e imparcialidad*

Para poder basar su legitimidad en garantías irrebatibles de independencia e imparcialidad, las comisiones, incluso las de carácter internacional, deben tener en cuenta, en sus reglamentos los principios siguientes:

a) Deberán crearse por ley. Cuando se inicia un proceso para el restablecimiento de la democracia y/o de la paz o de transición hacia ellas, las comisiones pueden crearse mediante un instrumento reglamentario o convencional resultante de un proceso de diálogo nacional o un acuerdo de paz.

b) Deberán estar formadas conforme a criterios que demuestren a la opinión pública la competencia en materia de derechos humanos, la imparcialidad de sus miembros y según modalidades que aseguren su independencia, entre otras medidas por su inamovilidad durante su mandato.

c) Sus miembros se benefician de los privilegios e inmunidades necesarios para su protección, incluso cuando ha cesado su misión, especialmente con respecto a toda acción en difamación o cualquier otra acción civil o penal que se les pudiera intentar sobre la base de hechos o de apreciaciones mencionadas en el informe.

Principio 7 - *Delimitación del mandato de las comisiones*

Para evitar los conflictos de competencia, se debe definir claramente el mandato de las comisiones. Con ese fin, se darán como mínimo las precisiones y limitaciones siguientes:

a) La finalidad de las comisiones no consistirá en reemplazar a la justicia, tanto civil o administrativa como penal, que seguirá siendo la única competente para determinar la responsabilidad individual, y, en particular, la penal, a fin de pronunciarse, llegado el caso, sobre la culpabilidad y seguidamente sobre la pena.

b) Las modalidades según las cuales pueden estar habilitadas, cuando sea necesario, a solicitar la asistencia de la fuerza pública, incluso, bajo reserva del principio 9 a) para hacer proceder a comparecencias, efectuar visitas en todos los lugares de interés para sus investigaciones, y para obtener la producción de pruebas pertinentes.

c) Cuando las comisiones tienen razones para creer que está amenazada la vida, la salud o la seguridad de una persona de interés para sus investigaciones o hay riesgo de que se pierda un elemento de prueba, se pueden dirigir a un tribunal, con miras a obtener, de acuerdo con un procedimiento de urgencia, una medida apropiada para poner fin a esa amenaza o a ese riesgo.

d) Sus investigaciones se referirán a todas las personas acusadas de presuntas violaciones de los derechos humanos, tanto si las ordenaron como si las cometieron, si fueron autores o cómplices, y tanto si se trata de agentes del Estado o de grupos armados paraestatales o privados relacionados de algún modo con el Estado, como de movimientos armados no estatales considerados beligerantes. Sus investigaciones podrán abordar asimismo presuntos delitos cometidos por todos los demás grupos armados organizados no estatales.

e) Las comisiones estarán facultadas para investigar todas las formas de violación de los derechos humanos; sus investigaciones se referirán prioritariamente a las que constituyan delitos graves según el derecho internacional, y en ellas se prestará especial atención a las violaciones de los derechos fundamentales de la mujer. Las comisiones se consagrarán:

i) a analizar y describir los mecanismos estatales del régimen infractor y a identificar, por una parte, a los grupos de víctimas y, por otra, a las administraciones, organismos y entidades privadas implicados, reconstituyendo el papel que hubieren desempeñado;

ii) a preservar las pruebas en interés de la justicia.

Principio 8 - *Garantías relativas a las personas acusadas*

Cuando, en ocasión de la determinación de los hechos, se acuse a alguna persona, especialmente si en el mandato de la comisión correspondiente está previsto que estará facultada para divulgar su nombre, se asegurarán las siguientes garantías, basadas en el principio de contradicción:

a) La comisión deberá tratar de corroborar la información recogida por otras fuentes.

b) La persona implicada deberá haber sido escuchada o, al menos, convocada con tal fin, y tener la posibilidad de exponer su versión de los hechos en una declaración o de incorporar al expediente, en un plazo fijo previsto por el acta de creación de la comisión, un documento equivalente a un derecho de réplica. Se aplicarán las reglas de la práctica de la prueba previstas en el apart. c) del principio 16.

Principio 9 - *Garantías relativas a las víctimas y a los testigos que declaran a su favor*

Habrá que adoptar medidas para garantizar la seguridad y la protección de las víctimas y de los testigos que declaren a su favor.

a) Sólo podrán ser llamados a declarar ante la comisión con carácter estrictamente voluntario.

b) Cuando, en interés suyo, se deba aplicar el anonimato, sólo se podrá hacer si se cumplen las tres condiciones siguientes:

i) que la medida sea excepcional, salvo si se trata de víctimas de agresiones o de violencias sexuales;

ii) que el Presidente y un miembro de la comisión estén habilitados para verificar la legitimidad de la solicitud de anonimato y, confidencialmente, la identidad del testigo, a fin de que puedan avalarlo ante los restantes miembros de la comisión;

iii) que en el informe se mencione, en principio, el contenido del testimonio, si la comisión decidiere tomarlo en consideración.

c) En la medida de lo posible, los asistentes sociales y los profesionales de la atención de salud mental estarán facultados para prestar asistencia a las víctimas, de preferencia en su propio idioma, tanto durante su declaración, como después de la misma, en especial cuando se trata de agresiones o de violencias sexuales.

d) El Estado deberá asumir los gastos efectuados por los autores de esos testimonios.

Principio 10 - *Funcionamiento de las comisiones*

Las comisiones dispondrán:

a) de medios financieros transparentes para evitar que se pueda dudar de su independencia;

b) de una dotación suficiente de material y personal para que no se pueda impugnar su credibilidad.

Principio 11 - *Función de asesoramiento de las comisiones*

El mandato de las comisiones incluirá disposiciones en que se las invitará a formular recomendaciones en su informe final para luchar contra la impunidad.

Dichas recomendaciones contendrán propuestas que tengan por finalidad:

- basándose en los hechos y en las responsabilidades que se hubieren determinado, incitar a los autores a que reconozcan sus violaciones;
- invitar al gobierno a que se adhiera a los instrumentos internacionales pertinentes no ratificados aún;
- proponer medidas legislativas o de otra índole destinadas a poner en práctica estos principios e impedir la repetición de dichas violaciones. Esas medidas se referirán prioritariamente al ejército, la policía y la justicia, así como al fortalecimiento de las instituciones democráticas, así como, en caso necesario, a las modalidades de reparación de las violaciones de los derechos fundamentales de la mujer y de prevención de su repetición.

Principio 12 - *Publicidad del informe de las comisiones*

Por motivos de seguridad, o para evitar que se haga presión sobre los testigos y los miembros de las comisiones, en los mandatos de estas últimas se podrá disponer que la investigación se efectúe confidencialmente. En cambio, el informe final deberá hacerse público en su integridad, y ser difundido lo más ampliamente posible.

C. *Preservación y consulta de los archivos a fin de determinar las violaciones*

Principio 13 - *Medidas de preservación de los archivos*

El derecho a saber implica la necesidad de preservar los archivos. Se deberán adoptar medidas técnicas y sanciones penales para impedir la sustracción, la destrucción, la disimulación o la falsificación de los archivos, entre otras cosas con el fin de que queden impunes los autores de violaciones de derechos humanos.

Principio 14 - *Medidas para facilitar la consulta de los archivos*

Se deberá facilitar la consulta de los archivos en interés de las víctimas y de sus allegados para hacer velar sus derechos.

En caso necesario, también se facilitará a las personas acusadas que lo soliciten para defenderse.

Cuando la consulta persiga favorecer la investigación histórica, en principio, las formalidades de autorización tendrán por única finalidad permitir el control de la consulta y no podrán aplicarse con fines de censura.

Principio 15 - *Cooperación de los servicios de archivo con los tribunales y las comisiones extrajudiciales de investigación*

Los tribunales y las comisiones extrajudiciales de investigación, así como los investigadores que trabajen bajo su responsabilidad, deberán poder consultar libremente los archivos. No se podrá invocar la confidencialidad por razones de defensa. Sin embargo, en virtud de su poder soberano de apreciación, los tribunales y las comisiones extrajudiciales de investigación podrán decidir, a título excepcional, no hacer públicas ciertas informaciones que puedan comprometer el proceso de preservación o de restablecimiento del Estado de derecho al que contribuyen estas comisiones.

Principio 16 - *Medidas específicas relativas a los archivos de carácter nominativo*

a) Se considerarán nominativos a los efectos del presente principio los archivos que contengan información que permita, de la manera que sea, directa o indirectamente, identificar a las personas a las que se refieren, cualquiera que sea el material utilizado para archivar la información, ya se trate de legajos o de ficheros manuales o informatizados.

b) Toda persona tendrá derecho a saber si figura en dichos archivos y, llegado el caso, después de ejercer su derecho de consulta, a impugnar la legitimidad de las informaciones que le conciernan ejerciendo el derecho de réplica. El documento en que exponga su propia versión deberá adjuntarse al documento impugnado.

c) Salvo cuando tales informaciones se refieran a sus responsables o a colaboradores permanentes de los servicios de seguridad e información, las informaciones nominativas que figuren en los archivos de esos servicios no podrán ser las únicas pruebas de cargo, a menos que sean corroboradas por otras fuentes fidedignas y diversificadas.

Principio 17 - *Medidas específicas relativas a los procesos de restablecimiento de la democracia y/o de la paz o de transición hacia ellas*

a) Se adoptarán medidas para que cada centro de archivo esté bajo la responsabilidad de una persona nombrada al efecto. Si esa persona ya estaba a cargo del centro, deberá ser expresamente confirmada en su cargo por decisión especial, con sujeción a las modalidades y garantías previstas en el principio 41.

b) Al comienzo se dará prioridad al inventario de los archivos almacenados, y a la verificación de la fiabilidad de los inventarios existentes. Deberá prestarse especial atención a los archivos de los lugares de detención, en especial si oficialmente no se reconocía su existencia.

c) Este inventario concierne además a los archivos pertinentes de terceros países que deben cooperar con miras a su comunicación o restitución para establecer la verdad.

II. DERECHO A LA JUSTICIA

A. *Principios generales*

Principio 18 - *Deberes de los Estados en materia de administración de la justicia*

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 sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación del perjuicio sufrido y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones.

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 puedan tomar esa iniciativa, individual o colectivamente, cuando las autoridades no cumplan su deber, en particular constituyéndose en parte civil. Esta facultad se hará extensiva a las organizaciones no gubernamentales que justifiquen una acción reconocida en defensa de las víctimas interesadas.

B. *Delimitación de competencias entre las jurisdicciones nacionales, extranjeras e internacionales*

Principio 19 - *Competencia de los tribunales penales internacionales*

La competencia territorial de los tribunales nacionales en principio seguirá siendo la norma. Podrá admitirse la competencia concurrente de un tribunal penal internacional cuando los tribunales nacionales no ofrezcan aún garantías suficientes de independencia e imparcialidad o cuando les resulte materialmente imposible desempeñar sus funciones.

Con tal fin, el tribunal penal internacional, en todas las etapas del procedimiento, puede pedir al tribunal nacional —que debe allanarse a este requerimiento— que decline su competencia en su favor.

Principio 20 - *Competencia de los tribunales extranjeros*

Los tribunales extranjeros ejercerán su competencia en el marco de una cláusula de competencia universal prevista en un tratado vigente, o de una disposición legal interna en que se establezca una norma de competencia extraterritorial para los delitos graves conforme al derecho internacional.

Principio 21 - *Medidas para reforzar la eficacia de las cláusulas convencionales de competencia universal*

a) En todos los instrumentos internacionales de derechos humanos debería figurar una cláusula de competencia universal apropiada.

b) Al ratificar esos instrumentos los Estados se comprometerán por esa cláusula, a buscar, hacer buscar y perseguir, con miras a su enjuiciamiento o extradición, a las personas sobre las cuales pesan acusaciones precisas y concordantes de que habrían podido violar los principios relativos a los derechos humanos previstos en dichos instrumentos.

Por consiguiente, tendrán la obligación de adoptar las medidas legislativas u otras medidas de derecho interno que permitan aplicar efectivamente la cláusula de competencia universal.

Principio 22 - *Medidas para establecer la competencia extraterritorial en el derecho interno*

A falta de una ratificación que permita oponer una cláusula de competencia universal de ese tipo al país en el que se cometió la violación, los Estados pueden adoptar, en aras de la eficacia, medidas legislativas internas para establecer su competencia extraterritorial sobre los delitos graves conforme al derecho internacional que se hayan cometido fuera de su territorio y que, por su naturaleza, no estén previstos únicamente en el derecho penal interno sino asimismo en el ordenamiento represivo internacional al que no se aplica la noción de frontera.

C. *Medidas restrictivas incorporadas a determinadas normas del derecho que se justifican por la lucha contra la impunidad*

Principio 23 - *Carácter de las medidas que deberán adoptarse*

Se incorporarán garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de la prescripción, la amnistía, el derecho de asilo, la denegación de la extradición, la inexistencia de procesos en rebeldía, la obediencia debida, las leyes sobre "arrepentidos", la competencia de los tribunales militares, así como el principio de la inamovilidad de los jueces con el fin de promover la impunidad.

Principio 24 - *Restricciones a la prescripción*

La prescripción de una infracción penal, tanto en lo que respecta a las diligencias como a las penas, no podrá correr durante el período en que no existan recursos eficaces contra esa infracción.

La prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme al derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles.

Cuando se aplica, la prescripción no podrá invocarse en las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para obtener reparación.

Principio 25 - *Restricciones y otras medidas relativas a la amnistía*

Incluso cuando tengan 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 18.

b) Las medidas no afectan al derecho de las víctimas a reparación previsto en los principios 33 a 36.

c) Como la amnistía puede interponerse como un reconocimiento de culpa, no podrá imponerse a las personas enjuiciadas o condenadas por hechos acaecidos durante el ejercicio pacífico del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Cuando esas personas no hayan hecho más que ejercer ese derecho legítimo, garantizado por los arts. 18 a 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 18, 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, una ley deberá considerar nula y sin valor respecto de ellas toda decisión judicial o de otro tipo que les concierna; se pondrá fin a su reclusión sin condiciones ni plazos.

d) Toda persona condenada por infracciones que no sean las previstas en el apart. c) del presente principio y que entren en el ámbito de aplicación de la amnistía podrá rechazar la amnistía y solicitar que se revise su proceso si no ha tenido un juicio imparcial y con las debidas garantías, previstas en los arts. 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en los arts. 9°, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o si ha sido sometida a interrogatorios inhumanos o degradantes, especialmente bajo la tortura.

Principio 26 - *Restricciones al derecho de asilo*

En aplicación del párr. 2 del art. 1° de la Declaración sobre el Asilo Territorial, adoptada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1967, así como del párr. F del art. 1° de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, los Estados no podrán permitir que se beneficien de esos estatutos protectores, incluido el asilo diplomático, las personas respecto de las cuales haya motivos fundados para creer que son autoras de delitos graves conforme al derecho internacional.

Principio 27 - *Restriccionees a la extradición*

Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán, para evitar su extradición, ampararse en las disposiciones favorables que suelen aplicarse a los delitos políticos ni al principio de no extradición de los nacionales. De todas maneras, la solicitud de extradición deberá ser rechazada, en particular por los países abolicionistas, cuando exista el peligro de que en el Estado requirente se condene a muerte a la persona afectada.

Principio 28 - *Restricciones a la exclusión de los procesos en rebeldía*

Salvo que constituya una garantía de impunidad, el no reconocimiento de los procesos en rebeldía por el ordenamiento jurídico debería limitarse a la

etapa del proceso, para que se puedan llevar a cabo las investigaciones necesarias, incluida la audición de los testigos y las víctimas, y permitir así que se dicte el auto de acusación y la orden, busca y captura y detención, eventualmente internacional, que se ejecutaría según los procedimientos previstos en el estatuto de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL).

Principio 29 - *Restricciones a las justificaciones que pueden vincularse a la obediencia debida*

a) En cuanto al autor de las violaciones, el hecho de que haya actuado obedeciendo órdenes del gobierno o de un superior jerárquico no lo eximirá de la responsabilidad, en particular penal, pero podrá considerarse causa de reducción de la pena si ello es conforme a derecho.

b) El hecho de que las violaciones hayan sido cometidas por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad, en particular penal, si éstos sabían o tenían motivos para saber, en unas circunstancias determinadas, que dicho subordinado estaba cometiendo o iba a cometer dicho delito y si no tomaron todas las medidas necesarias para impedir o reprimir el delito. El hecho de que el autor de un delito conforme al derecho internacional, desempeñe funciones oficiales, incluso si se trata de un Jefe de Estado o de Gobierno, no lo eximirá de responsabilidad penal ni será causa de reducción de la pena.

Principio 30 - *Restricciones a los efectos de las leyes sobre arrepentidos vinculadas a los procesos de restablecimiento de la democracia y/o de la paz o de transición hacia ellas*

El hecho de que el autor, después del período de investigación y busca y captura, revele las violaciones cometidas por él mismo o por otros para beneficiarse de las disposiciones favorables de las leyes relativas al arrepentimiento, no lo eximirá de responsabilidad, en particular penal. Ese hecho sólo puede ser causa de reducción de la pena por contribuir a la manifestación de la verdad.

Cuando las revelaciones se hayan hecho durante el período de investigación y busca y captura, la atenuación podrá incluso traducirse en una medida de exención de la pena debido a los riesgos a los que el interesado hubiera estado expuesto en su momento. En ese caso, como excepción al principio 26, podrá concederse asilo —y no el estatuto de refugiado— al autor de las revelaciones por contribuir a la manifestación de la verdad.

Principio 31 - *Restricciones a la competencia de los tribunales militares*

Para evitar que, en los países en que aún no se hayan suprimido, los tribunales militares contribuyan a perpetuar la impunidad por su insuficiente independencia, resultante de la subordinación jerárquica a la que están sometidos

todos o parte de sus miembros, su competencia deberá limitarse a las infracciones de carácter específicamente militar cometidas por militares, con exclusión de las violaciones de los derechos humanos, las cuales son competencia de los tribunales nacionales ordinarios o, en su caso, cuando se trate de delitos graves conforme al derecho internacional, de un tribunal penal internacional.

Principio 32 - *Restricciones al principio de inamovilidad de los jueces*

El principio de inamovilidad, garantía fundamental de su independencia, deberá respetarse en el caso de los magistrados que hayan sido nombrados según un procedimiento normal en un Estado de derecho. En cambio, los que hayan sido nombrados legítimamente o hayan obtenido sus facultades jurisdiccionales mediante un acto de adhesión, podrán ser destituidos en virtud de la ley, en aplicación del principio del paralelismo de las formas. Podrán solicitar que se les permita beneficiarse de las garantías enunciadas en los principios 41 y 42, en especial para solicitar, eventualmente, su reincorporación.

III. DERECHO A OBTENER REPARACIÓN

A. *Principios generales*

Principio 33 - *Derechos y deberes dimanantes de la obligación de reparar*

Toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor.

Principio 34 - *Procedimientos de recurso en solicitud de reparación*

Tanto por la vía penal como por la civil, administrativa o disciplinaria, toda víctima debe tener la posibilidad de ejercer un recurso accesible, rápido y eficaz, que incluirá las restricciones que a la prescripción impone el principio 24; en el ejercicio de dicho recurso, debe beneficiarse de una protección contra actos de intimidación y represalias.

El ejercicio del derecho a obtener reparación comprende el acceso a los procedimientos internacionales aplicables.

Principio 35 - *Publicidad de los procedimientos de reparación*

Los procedimientos especiales que permitan a las víctimas ejercer su derecho a obtener reparación serán objeto de la más amplia publicidad posible, incluso por los medios de comunicación privados. Se deberá asegurar esa difusión tanto en el interior del país como en el extranjero, incluso por la vía consular, especialmente en los países a los que hayan debido exiliarse muchas víctimas.

Principio 36 - *Ámbito de aplicación del derecho a obtener reparación*

El derecho a obtener reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima; comprenderá, por una parte, medidas individuales de reparación relativas al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación y, por otra, medidas de satisfacción de alcance general, como las previstas en el conjunto de principios y directrices fundamentales sobre el derecho a obtener reparación (véase el párr. 41 *supra).*

En los casos de desapariciones forzadas, una vez aclarada la suerte de la persona desaparecida, su familia tiene el derecho imprescriptible a ser informada y, en caso de fallecimiento, se le debe restituir el cuerpo en cuanto se identifique, independientemente de que se haya establecido o no la identidad de los autores y se los haya o no encausado y juzgado.

B. *Garantías de no repetición de las violaciones*

Principio 37 - *Ámbitos a que se refieren las garantías de no repetición*

El Estado deberá adoptar medidas adecuadas para que las víctimas no puedan volver a ser objeto de violaciones que vulneren su dignidad. Habrá que considerar prioritariamente:

a) las medidas encaminadas a disolver los grupos armados paraestatales;
b) las medidas de derogación de las disposiciones de excepción, legislativas o de otra índole, que favorezcan las violaciones;
c) las medidas administrativas o de otra índole que deberán tomarse respecto de los agentes del Estado implicados en violaciones graves de los derechos humanos.

Principio 38 - *Disolución de los grupos armados no oficiales vinculados directa o indirectamente al Estado y de los grupos privados que se beneficien de su pasividad*

A fin de lograr la disolución de estos grupos, especialmente cuando se inicia un proceso de restablecimiento de la democracia y/o de la paz o de transición hacia ellas, las medidas deberán referirse prioritariamente a los siguientes aspectos:

a) Reconstituir su organigrama, identificando a los ejecutores, a fin de poner de manifiesto, llegado el caso, su función en la administración, en particular en el ejército y en la policía, y además determinando las conexiones ocultas que hayan mantenido con sus mandatarios activos o pasivos, en particular los pertenecientes a los servicios de información y de seguridad o, en su caso, a grupos de presión. Las informaciones obtenidas por este conducto se harán públicas.

b) Investigar a fondo los servicios de información y de seguridad con objeto de reorientar sus misiones.
c) Obtener la cooperación de terceros países que hayan podido contribuir a la creación o el desarrollo de esos grupos, en particular mediante un apoyo financiero o logístico.
d) Elaborar un plan de reconversión para evitar que las personas que hayan pertenecido a esos grupos caigan en la tentación de pasar a la delincuencia organizada de derecho común.

Principio 39 - *Derogación de las leyes y jurisdicciones de excepción*

Deberán derogarse las disposiciones de las leyes y jurisdicciones de excepción, sea cual fuere su denominación, que vulneren las libertades y los derechos fundamentales garantizados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos.

El hábeas corpus, fuera cual fuese su denominación, deberá ser considerado un derecho fundamental de la persona y, como tal, deberá formar parte de la categoría de derechos inderogables.

Principio 40 - *Medidas administrativas o de otra índole relativas a los agentes del Estado implicados en violaciones graves de los derechos humanos*

Estas medidas tendrán carácter preventivo, no represivo y, por consiguiente, podrán ser adoptadas mediante decisiones administrativas, a condición de que la ley contemple las modalidades de su aplicación. Cuando se inicia un proceso de restablecimiento de la democracia y/o de la paz o de transición hacia ellas, estas medidas podrán adoptarse mediante un instrumento reglamentario o convencional; tendrán por finalidad evitar que la administración dificulte o impida el proceso que se ha puesto en marcha.

Así pues, se diferenciarán en toda circunstancia de las medidas de índole punitiva y judicial a que se refieren los principios 18 y siguientes, aplicables por los tribunales a las personas encausadas y juzgadas por haber violado los derechos humanos.

Principio 41 - *Modalidades de aplicación de las medidas administrativas*

Una vez iniciado ese proceso, la aplicación de las medidas administrativas irá precedida de un inventario de los cargos de responsabilidad que conlleven un poder de decisión influyente y, por lo tanto, el deber de lealtad al proceso iniciado. En ese inventario se incluirán con prioridad los cargos de responsabilidad del ejército, la policía y la justicia.

Para apreciar la situación de cada titular en funciones se tendrán en cuenta:

a) sus antecedentes, en el ámbito de los derechos humanos, en particular durante el período de investigación y busca;

b) su no implicación en actos de corrupción;
c) su competencia profesional;
d) su aptitud para promover el proceso de paz o democratización, en particular respetando las garantías constitucionales y los derechos humanos.

La decisión será adoptada por el Jefe de Gobierno o, bajo su responsabilidad, por el ministro del que dependa el agente del Estado, quien, tras haber sido informado de los hechos de que se le acusa, deberá ser oído o convocado a esos efectos.

El agente deberá poder recurrir a la jurisdicción contenciosa competente respecto de los actos de la administración.

Ahora bien, teniendo en cuenta las circunstancias particulares propias de todo proceso de transición, en ese caso se podrá formular el recurso ante una comisión *ad hoc,* que será la única competente, a condición de que responda a los criterios de independencia, imparcialidad y funcionamiento a que se refieren los principios 6 a) y b), 7 a), 8 y 10.

Principio 42 - *Índole de las medidas que se podrán adoptar respecto de los agentes del Estado*

Salvo que fuere confirmado en sus funciones, el agente podrá ser objeto de una medida de:

a) inhabilitación para ciertas funciones;
b) suspensión, en espera de una eventual confirmación en sus funciones o de su nombramiento para otro cargo;
c) cambio de destino;
d) retrogradación;
e) jubilación anticipada;
f) destitución.

En cuanto a los magistrados, la decisión se adoptará teniendo en cuenta las garantías del principio 32.

Anexo V

RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS 1998/53 SOBRE "IMPUNIDAD"*

La Comisión de Derechos Humanos,

Guiada por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los pactos internacionales de derechos humanos y otros instrumentos de derechos humanos pertinentes, y la Declaración y Programa de Acción de Viena,

Recordando la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales,

Recordando también su Resolución 1994/44, de 5 de marzo de 1994, y tomando nota de la Resolución 1997/28 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, de 28 de agosto de 1997, así como del párr. 91 de la segunda parte de la Declaración y Programa de Acción de Viena,

Convencida de que la expectativa de impunidad respecto de las violaciones de los derechos humanos o del derecho humanitario internacional alienta esas violaciones y es uno de los obstáculos fundamentales para la observancia de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional y para la plena aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario,

Convencida además de que la denuncia de las violaciones de los derechos humanos, la entrega de sus autores a la justicia, la obtención de justicia para las víctimas, así como el mantenimiento de archivos históricos de esas violaciones

* 52ª sesión, 17 de abril de 1998. Aprobada sin votación. <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu4/chrres/1998.res/53_sp.htm>

orientarán a las sociedades futuras, y de que todo ello es parte integrante de la promoción y la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de la prevención de futuras violaciones.

Reconociendo que exigir responsabilidades a los autores de violaciones graves de los derechos humanos es uno de los elementos esenciales de toda reparación eficaz para las víctimas de violaciones de los derechos humanos y un factor clave para conseguir un sistema de justicia justo y equitativo y, en definitiva, la reconciliación y la estabilidad en un Estado,

Acogiendo con agrado el establecimiento, por parte de varios Estados en los que han ocurrido violaciones de los derechos humanos en el pasado, de mecanismos para denunciar esas violaciones, en particular comisiones investigadoras o comisiones de averiguación de la verdad y reconciliación,

Destacando la importancia de establecer un tribunal penal internacional permanente como medida para luchar contra la impunidad, y reconociendo al mismo tiempo la labor de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para Rwanda,

1. Subraya la importancia de luchar contra la impunidad para prevenir violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional e insta a los Estados a que presten la necesaria atención a la cuestión de la impunidad respecto de las violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional, en particular las cometidas contra mujeres, y a que adopten medidas apropiadas para hacer frente a esta importante cuestión;

2. Reconoce que para las víctimas de violaciones de los derechos humanos el conocimiento público de su sufrimiento y de la verdad acerca de los autores de esas violaciones es esencial para la rehabilitación y la reconciliación, e insta a los Estados a que redoblen los esfuerzos para ofrecer a las víctimas de violaciones de los derechos humanos un proceso justo y equitativo mediante el cual puedan investigarse y hacerse públicas esas violaciones, y a que alienten a las víctimas a participar en dicho proceso;

3. Subraya la importancia de adoptar todas las medidas posibles y necesarias para que respondan ante la justicia los autores de violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional; e insta a los Estados a que actúen respetando las debidas garantías procesales;

4. Exhorta a los Estados y a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos a que consideren la posibilidad de prestar a los Estados, cuando lo soliciten, asistencia y cooperación concretas y prácticas con miras a alcanzar los objetivos establecidos en la presente Resolución;

5. Toma nota del informe presentado por el Sr. Louis Joinet de conformidad con la Decisión 1996/119 de la Subcomisión (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1) y del conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, que figura en su Anexo, y pide al Secretario General que invite a los Estados, a las organizaciones internacionales y a las organizaciones no gubernamentales a que le comuniquen sus opiniones y observaciones al respecto;

6. Pide al Secretario General que invite a los Estados a que proporcionen información sobre las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para combatir la impunidad respecto de las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y sobre los recursos que pueden ejercitar las víctimas de esas violaciones;

7. Pide también al Secretario General que reúna la información y las observaciones recibidas en cumplimiento de la presente resolución, y que presente un informe a la Comisión de Derechos Humanos en su 55º período de sesiones;

8. Invita a los relatores especiales y demás mecanismos de la Comisión de Derechos Humanos a que consideren debidamente la cuestión de la impunidad en el cumplimiento de sus mandatos;

9. Decide seguir examinando la presente cuestión en su 55º período de sesiones, dentro del tema del programa titulado "Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales".

Anexo VI

MENSAJE DEL JEFE DEL ESTADO MAYOR GENERAL DEL EJÉRCITO, TENIENTE GENERAL MARTÍN ANTONIO BALZA*

El difícil y dramático mensaje que deseo hacer llegar a la comunidad argentina busca iniciar un diálogo doloroso sobre el pasado, que nunca fue sostenido y que se agita como un fantasma sobre la conciencia colectiva, volviendo, como en estos días, irremediablemente de las sombras donde ocasionalmente se esconde.

Nuestro país vivió una década, la del 70, signada por la violencia, por el mesianismo y por la ideología. Una violencia que se inició con el terrorismo, que no se detuvo siquiera en la democracia que vivimos entre 1973 y 1976 y que desató una represión que hoy estremece.

En la historia de todos los pueblos, aun los más cultos, existen épocas duras, oscuras, casi inexplicables. No fuimos ajenos a ese destino, que tantas veces parece alejar a los pueblos, de lo digno, de lo justificable.

Ese pasado de lucha entre argentinos, de muerte fratricida, nos trae a víctimas y victimarios desde el ayer, intercambiando su rol en forma recurrente, según la época, según la óptica, según la opinión dolida de quienes quedaron con las manos vacías por la ausencia irremediable, inexplicable.

Esta espiral de violencia creó una crisis sin precedentes en nuestro joven país, las Fuerzas Armadas, dentro de ellas el Ejército, por quien tengo la responsabilidad de hablar, *creyó erróneamente que el cuerpo social no tenía anticuerpos necesarios para enfrentar el flagelo y, con la anuencia de muchos, tomó el poder.* El Ejército, instruido y adiestrado para la guerra clásica, no supo cómo enfrentar desde la ley plena al terrorismo demencial.

Este error llevó a privilegiar la individualización del adversario, su ubicación por encima de la dignidad, mediante la obtención, en algunos casos, de esa información por métodos ilegítimos, llegando incluso a la supresión de la

* Publicado en *Página 12* del 26/4/1995, p. 43.

vida, confundiendo el camino que lleva a todo fin justo y que pasa por el empleo de medios justos. Una vez más reitero: el fin nunca justifica los medios.

Algunos, muy pocos, usaron las armas para su provecho personal.

Sería sencillo encontrar las causas que explicaron éstos y otros errores de conducción, porque siempre el responsable es quien conduce, pero creo con sinceridad que ese momento ha pasado y es la hora de asumir las responsabilidades que correspondan.

El que algunos de sus integrantes deshonraran un uniforme que eran indignos de vestir no invalida el desempeño, abnegado y silencioso, de los hombres y mujeres del Ejército de entonces.

Han pasado casi veinte años de hechos tristes y dolorosos, sin duda ha llegado la hora de empezar a mirarlos con ambos ojos. Al hacerlo, reconoceremos no sólo lo malo de quien fue nuestro adversario en el pasado, sino también nuestras propias fallas.

Siendo justos, miraremos y nos miraremos, siendo justos reconoceremos sus errores, y nuestros errores. *Siendo justos veremos que del enfrentamiento entre argentinos somos casi todos culpables, por acción u omisión, por ausencia o por exceso, por anuencia o por consejo.*

Cuando un cuerpo social se compromete seriamente, llegando a sembrar la muerte entre compatriotas, *es ingenuo intentar encontrar un solo culpable, de uno u otro signo*, ya que la culpa en el fondo está en el inconsciente colectivo de la Nación toda, aunque resulte fácil depositarla entre unos pocos, para liberarnos de ella.

Somos realistas y a pesar de los esfuerzos realizados por la dirigencia política argentina *creemos que aún no ha llegado el ansiado momento de la reconciliación.* Lavar la sangre del hijo, del padre, del esposo, de la madre, del amigo, es un duro ejercicio de lágrimas, de desconsuelo, de vivir con la mirada vacía, de preguntarse por qué... por qué a mí... y así volver a empezar cada día. Quienes en este trance doloroso perdieron a los suyos, en cualquier posición y bajo cualquier circunstancia, necesitarán generaciones para aliviar la pérdida, para encontrarle sentido a la reconciliación sincera.

Para ellos no son estas palabras, porque no tengo palabras, sólo puedo ofrecerles respeto, silencio ante el dolor y el compromiso de todo mi esfuerzo para un futuro que no repita el pasado.

Para el resto, para quienes tuvimos la suerte de no perder lo más querido en la lucha entre argentinos es que me dirijo pidiéndoles, a todos y cada uno, en la posición en que se encuentren ante este drama de toda la sociedad, responsabilidad y respeto.

Responsabilidad para no hacer del dolor la bandera circunstancial de nadie. Responsabilidad para que asumamos las culpas que nos toquen en el hacer o en el dejar de hacer de esa hora.

Respeto por todos los muertos, dejar de acompañarlos con los adjetivos que arrastraron, unos u otros, durante tanto tiempo. Todos ellos ya han rendido sus cuentas, allí donde sólo cuenta la verdad.

Las listas de desaparecidos no existen en la Fuerza que comando, si es verdad que existieron en el pasado no han llegado a nuestros días.

Ninguna lista traerá a la mesa vacía de cada familia el rostro querido, ninguna lista permitirá enterrar a los muertos que no están, ni ayudar a sus deudos a encontrar un lugar donde rendirles un homenaje.

Sin embargo, sin poder ordenar su reconstrucción, por estar ante un hecho de conciencia individual, si existiera en el Ejército alguien que dispusiera de listados o, a través de su memoria, la capacidad de reconstruir el pasado, le aseguro, públicamente, la reserva correspondiente y la difusión de las mismas, bajo mi exclusiva responsabilidad.

Este paso no tiene más pretensión que iniciar un largo camino, es apenas un aporte menor de una obra que sólo puede ser construida entre todos. Una obra que algún día culmine con la reconciliación entre los argentinos.

Estas palabras las he meditado largamente y sé que al pronunciarlas siempre dejaré a sectores disconformes.

Asumo ese costo, convencido de que la obligación de la hora y el cargo que tengo el honor de ostentar me lo imponen.

Sin embargo, de poco serviría un mínimo sinceramiento, si al empeñarnos en revisar el pasado no aprendiéramos para no repetirlo en el futuro.

Sin buscar palabras innovadoras, sino apelando a los viejos reglamentos militares, ordeno, una vez más, al Ejército Argentino, en presencia de toda la sociedad argentina, que:

- *Nadie está obligado a cumplir una orden inmoral o que se aparte de las leyes y reglamentos militares. Quien lo hiciera incurre en una inconducta viciosa, digna de la sanción que su gravedad requiera.*

Sin eufemismos digo claramente:

- *Delinque quien vulnera la Constitución Nacional.*
- Delinque quien imparte órdenes inmorales.
- Delinque quien cumple órdenes inmorales.
- *Delinque quien, para cumplir un fin que cree justo, emplea medios injustos, inmorales.*

La comprensión de estos aspectos esenciales hace a la vida republicana de un Estado y cuando ese Estado peligra, *no es el Ejército la única reserva de la Patria, palabras dichas a los oídos militares por muchos, muchas veces.*

Por el contrario, las reservas que tiene una Nación nacen de los núcleos dirigenciales de todas sus instituciones, de sus claustros universitarios, de su cultura, de su pueblo, de sus instituciones políticas, religiosas, sindicales, empresarias y también de sus dirigentes militares.

Comprender esto, abandonar definitivamente la visión apocalíptica, la soberbia, aceptar el disenso y respetar la voluntad soberana, es el primer paso que estamos transitando desde hace años, para dejar atrás el pasado, para ayudar a construir la Argentina del futuro, una Argentina madurada en el dolor, que pueda llegar algún día al abrazo fraterno.

Si no logramos elaborar el duelo y cerrar las heridas no tendremos futuro, no debemos negar más el horror vivido y así poder pensar en nuestra vida como sociedad hacia adelante, superando la pena y el sufrimiento.

En estas horas cruciales para nuestra sociedad, quiero decirles como jefe del Ejército que, asegurando su continuidad histórica como Institución de la Nación, *asumo nuestra parte de la responsabilidad de los errores de esta lucha entre argentinos que hoy nos vuelve a conmover.*

Soy consciente de los esfuerzos que realizamos todos con vistas al futuro. Por ello agradezco a los hombres y mujeres que tengo el orgullo de comandar, ellos representan la realidad de un Ejército que trabaja en condiciones muy duras, respetuoso de las instituciones republicanas y poniendo lo mejor de sí al servicio de la sociedad.

Pido la ayuda de Dios, como yo lo entiendo o como lo entienda cada uno, y pido la ayuda de todos los hombres y mujeres de nuestro amado país, para iniciar el tránsito del diálogo que restaure la concordia en la herida familia argentina.

Anexo VII

REGISTRO DE LOS CASOS DE DERECHOS HUMANOS ANALIZADOS*

- Accomarca (Perú)
- Altos de Portal (Colombia)
- Andronico Brüder (Chile)
- Arhuaco Indianer (Colombia)
- Barrios Altos (Perú)
- Bautista (Colombia)
- Berger (Chile)
- Buenos Aires Polizei/Camps (Argentina)
- Bustios (Perú)
- Carmelo Soria (Chile)
- Cayara (Perú)
- Cerda bzw. der Fall der 13 (Chile)
- Degollados (Chile)
- El Frontón (Perú)
- ESMA/Massera (Argentina)
- Evaristo Salazar (Bolivia)
- Fall der 70 (Chile)
- Fusagasugá (Colombia)
- García Meza (Bolivia)
- Chanfreau (Chile), 4. Cap.
- Gómez (Colombia)
- Granja de Espejos (Bolivia)
- Isidro Caballero (Colombia)
- Jacobo Timerman (Argentina)
- Jaime Ayala Sulca (Perú)

* Cf. Ambos, 1997d, pp. 49 y ss.

- La Cantuta (Perú)
- La Perla (Argentina)
- La Rochela (Colombia)
- La Tablada (Argentina)
- Lalinde (Colombia)
- Letelier/Moffitt (Chile)
- Lonsdale/CNPZ (Bolivia)
- Los Uvos (Colombia)
- Lumi Videla (Chile), 4. Cap.
- Lurigancho (Perú)
- Macaravita (Colombia)
- Menéndez (Argentina)
- Parcco Alto (Perú)
- Patti/Soledad (Argentina)
- Peralta E. (Bolivia)
- Pisagua (Chile)
- Quintana/Rojas (Chile)
- Sabana de Torres (Colombia)
- Santa Barbara (Perú)
- Soccos (Perú)
- Suárez Mason/causa 450 (Argentina)
- Trujillo (Colombia)
- Urabá (Colombia)

BIBLIOGRAFÍA

1. *Publicaciones**

ABREGÚ, Martín: "La Tutela Judicial del Derecho a la Verdad en la Argentina", en: *Revista IIDH* Nº 24, (julio-diciembre 1996), pp. 11-47.

ALBA, Carlos H.: *Estudio comparado entre el derecho azteca y el derecho positivo mexicano,* México D.F., 1949.

ALBRECHT, Hans-Jörg; FIJNAUT, Cyrille; AMBOS, Kai (eds.), *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, special issue International Criminal Court* Nº 4 (1998).

ALLAIN, Jean; JONES, John R.W.D.: A Patchwork of Norms "A Commentary on the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind", en: *European Journal of International Law* 8 (1997), pp. 100-117.

ALMEIDA, Iris: "Compensation and Reparations for Gross Violations of Human Rights", Joyner (comp.), 1998, pp. 399-414.

ÁLVAREZ, José E.: "Nuremberg revisited: The Tadic case", *European Journal of International Law* 7 (1996), pp. 245-264.

Amadeo, José Luis: "Ley 22.924 de pacificación nacional", *Revista Jurídica Argentina La Ley,* 1984-A, pp. 534-544.

AMBOS, Kai: (1992a), "¿Una 'Ley de Punto Final' en Colombia?", *Nuevo Foro Penal,* Medellín, Nº 57 (julio/septiembre 1992), pp. 311-315.

AMBOS, Kai: (1992b), "Volksmilizen in Medellín", *Lateinamerika Nachrichten* 211, enero de 1992, pp. 72-77.

AMBOS, Kai: (1993), "Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Colombia, Peru und Bolivia - eine kriminologische Untersuchung aus Sicht der Anbauländer", unter besonderer Berücksichtigung der Drogengesetzgebung. Friburgo Br.,1993.

AMBOS, Kai: (1994a), "Drogenkrieg in den Anden. Rahmenbedingungen und Wirksamkeit der Drogenpolitik", *Anbauländern mit Alternativen.* Munich (AG Spak), octubre 1994.

AMBOS, Kai: (1994b), "Die vorläufige Festnahme in Colombia, Peru und Bolivia, unter besonderer Berücksichtigung der Terrorismus- und Drogengesetzgebung", en:

* *Informes de Derechos Humanos* se encuentran en punto 3.

Dünkel, Frieder/Vaag, Jon (comp.), *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug - Waiting for Trial.* Friburgo, 1994, pp. 375-410.

Ambos, Kai: (1995), "Straflosigkeit (impunity) von schweren Menschenrechtsverletzungen und die Rolle des Völkerstrafrechts", en: Arnold, Jörg Burkhardt, Björn/Gropp, Walter/Koch, Hans-Georg (comp.), *Grenzüberschreitungen. Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser,* Friburgo, 1995, pp. 249-277.

Ambos, Kai (1996), "Drogenbekämpfung in den Anden. Von 'Kartellen', narco-guerrilla, illegalen Märkten, Formen der staatlichen Intervention, mangelnder Wirksamkeit und (unerwünschten) Nebeneffekten", en: Labrousse, Alain/Wallon, Alain (comp.), *Der Planet der Drogen. Analyse einer kriminellen Weltmacht.* Francfort del Meno 1996, pp. 23-44.

Ambos, Kai (1996a), "Rechtsberatung in Lateinamerika als Aufgabe der Strafrechtswissenschaft", en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 108 (1996), pp. 445-456.

Ambos, Kai (1996b), "Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code", en: *European Journal of International Law* 7 (1996), pp. 519-544; en castellano: "Hacia el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional permanente y un Código Penal Internacional", en: *Ciencias Penales,* N° 13 (1997), San José, Costa Rica, pp. 53-68; *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal,* N° 6, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 853-887.

Ambos, Kai (1996c), 'Impunidad', Makrokriminalität und Völkerstrafrecht. Zu Ausmaß, Ursachen und Grenzen der weltweiten Straflosigkeit von Menschen-rechtsverletzungen", en: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 79 (1996), pp. 355-370.

Ambos, Kai (1997a), "Nuremberg revisited. Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot", en: *Strafverteidiger* 17, 1997, pp. 39-43.

Ambos, Kai (1997b), "De la estructura 'jurídica' de la represión y de la superación del pasado en Argentina por el derecho penal. Un comentario desde el punto de vista jurídico", en: *Revista de Ciencias Penales,* Montevideo, Uruguay, N° 3, 1997, pp. 21-35; *Jueces para la Democracia.* Información y Debate, N° 30, España, noviembre, 1997, pp. 90-96; *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal,* N° 7, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 947-960.

Ambos, Kai (1997c): "Impunity and International Criminal Law. A case study on Colombia, Perú, Bolivia, Chile and Argentina", en: *Human Rights Law Journal* 18, 1997, pp. 1-15.

Ambos, Kai (1997d): "Zur Rechtswidrigkeit der Todesschüsse an der Mauer", en: *Juristische Arbeitsblätter* 29 ,1997, pp. 983-990.

Ambos, Kai (1997e): *Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empírico legal sobre Colombia, Perú, Bolivia, Chile y Argentina.* Medellín (Diké)/Lima, (Comisión Andina de Juristas)/Buenos Aires (CIEDLA), 1997.

Ambos, Kai (1998): *El proceso penal alemán y la reforma en América latina,* Bogotá, 1998.

Ambos, Kai (1998a): "Anmerkung zu BayObLG 3 St 20/96 = NJW 1998, 392 ff.", en: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 18, 1998, pp. 138-140.

Ambos, Kai (1998b): "Sobre las bases jurídicas de la detención de presuntos criminales de guerra por la SFOR en la antigua Yugoslavia", en: *Contribuciones* , N° 1, KAS/CIEDLA, Buenos Aires, 1998, pp. 119-127.

Ambos, Kai (1998c): "Defensa Penal ante el Tribunal de la ONU para la antigua Yugoslavia", en: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos,* N° 25, 1997, (publicado 1998), pp. 11-28; *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía,* N° 19 (29/7/1998), pp. 1-5; *Nueva Doctrina Penal,* 1998 A, pp. 333-350.

Ambos, Kai (1998d): *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho, 1998 (original más corto en alemán: "Tatherrschaft durch Willens-herrschaft kraft organisatorischer Machtapparate - Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze", en: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 145 (1998), pp. 226-245).

Ambos, Kai (1998e): "Zur strafbefreienden Wirkung des 'Handelns auf Befehl' aus deutscher und völkerstrafrechtlicher Sicht", en: *Juristische Rundschau,* 1998, pp. 221-226.

Ambos, Kai (1998f): "Zur Bekämpfung der Makrokriminalität durch eine supranationale Strafgerichtsbarkeit - Historische Hintergründe und erste Urteile", en: Lüderssen, Klaus (ed.), *Aufgeklärte criminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz,* Francfort del Meno, 1998, pp. 377-410.

Ambos, Kai (1998g): "La Corte Penal Internacional. El difícil equilibrio entre una eficiente persecución penal y la 'realpolitik'", en: *Desarrollo y Cooperación,* 5/1998, pp. 4-5; en: *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía,* 19 (18/9/1998), pp. 1, 15.

Ambos, Kai (1998h): *Control de Drogas. Política y legislación en América latina, EE.UU. y Europa. Eficacia y Alternativas,* (con anexo legislativo de normas interamericanas y nacionales de América latina, EE.UU. y Europa). Bogotá, 1998 (Prologó Prof. Fernando Velásquez V.).

Ambos, Kai (1998i): "Der neue Internationale Strafgerichtshof - ein Überblick", en: *Neue Juristische Wochenschrift,* 51, 1998, pp. 3743-3746.

Ambos, Kai (1999a), "Der Fall Pinochet und das anwendbare Recht", en: *Juristenzeitung,* 54, 1999, pp. 16-24.

Ambos, Kai (1999b): "Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Analyse des Rom-Statuts", en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 111, 1999, pp. 175-211.

Ambos, Kai (con la colaboración de Guido Ruegenberg y Jan Woischnik), "Straflosigkeit in Argentinien für während der Militärdiktatur (1976-1983) begangene Taten des 'Verschwindenlassens'? Gutachten für Opfer mit deutscher oder anderer Staatsangehörigkeit", en: *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 25 (1998), pp. 468-479; en castellano: "Posibilidades de enjuiciamiento a los miembros de las Fuerzas Armadas Argentinas por crímenes contra ciudadanos alemanes durante el período 1976-1983", Santa Fe, Entre Ríos, Argentina, 1998; en: *Plataforma Argentina contra la impunidad* (ed.), *Contra la impunidad* (Simposio contra la impunidad y en defensa de los derechos humanos), Barcelona 1998, pp. 266-290; Iter Criminis, *Revista de*

Derecho y Ciencias Penales, Instituto Nacional de Ciencias Penales, N° 1, México 1998, pp. 11-52.

AMBOS, Kai; RUEGEMBERG, Guido: "Internationale Rechtsprechung zum Straf- und Strafverfahrensrecht", en: *Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungs-Report*, 3 (1998), pp. 161-170.

AMBOS, Kai; RUEGEMBERG, Guido; WOISCHNIK, Jan: "Posibilidad de persecución en Alemania de violaciones a los derechos humanos cometidos en Sudamérica", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 8, t. c, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 441-483.

APRODEH, "Civiles no pueden ser juzgados por tribunales militares", en: APRODEH (comp.), *Derechos Humanos* (Boletín de información y análisis), IV., trimestre 89 bis I., trimestre 90, pp. 6-11.

ARBUET VIGNALI, Heber; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo; PUCEIRO RIPOLL, Roberto: *Derecho Internacional Público*, 2ª ed., t. I, Montevideo, 1996.

ARNOLD, Jörg: "Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR", en: *Neue Justiz* 46, 1992, pp. 254-256.

ARNOLD, Jörg: "Strafrechtsprobleme der deutschen Vereinigung", en: Eser, Albin/ Huber, Barbara (eds.), *Strafrechtsentwicklung in Europa*, 5.1. Landesberichte 1993/1996 über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur. Friburgo, 1997, pp. 157-252.

ARSLANIAN, León Carlos: "La jurisdicción militar en la opinión de la Corte Interamericana de Justicia", en: *Revista IIDH* 25,1997, pp. 101-107.

ARTUCIO, Alejandro: "Impunity and international law", en: International Commission of Jurists/Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (ICJ/CNCDH) (comp.), *Justice. Not impunity*, Genf, 1993, pp. 183-199.

"Asamblea Permanente de los Derechos Humanos de Argentina, Examen de nulidad e inconstitucionalidad de los decretos de indulto conforme a las disposiciones de la Constitución, leyes y tratados de la Nación Argentina", en: *Boletín CAJ*, N° 24 (marzo 1990), pp. 72-100.

ASTROSA HERRERA, Renato: *Derecho penal militar*, 2ª ed., Santiago de Chile, 1974.

AYALA CORAO, Carlos M.: *La jerarquía de los tratados de Derechos Humanos*, en: Méndez/Cox (eds.), 1998, pp. 137-154.

BAEHR, Peter: *How to Deal with the Past*, en: Joyner (comp.), 1998, pp. 415-430.

BAIGÚN, David: "La Obediencia Debida en el art. 514 del Código de Justicia Militar", en: *Doctrina Penal*, Impunidad N° 35 (julio - septiembre 1986), pp. 377-395.

BANK, Roland: *Die internationale Bekämpfung von Folter und unmenschlicher Behandlung auf den Ebenen der UNO und des Europarats*. Friburgo, 1996.

BARBERO S. , Marino: "Los derechos humanos en la legislación y en la realidad chilena", en: *Derecho Penal y Criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología, Universidad Externado, Bogotá, vol. X, N° 35 (mayo/agosto 1988), pp. 117-129.

BARCO, Virgilio: *El restablecimiento del Orden Público: Una utilización innovadora del estado de sitio*. Bogotá, 1990 (selección de Decretos del Gobierno Barco 1986-1990 en 2 tomos, con decisiones de la CSJ).

BARCROFT, Peter A.: "Chile-criminal jurisdiction-prosecution of officials of secret service for assassination of former Ambassador to United States", en: *American Journal of International Law* 90 (1996), pp. 290-296.

BARREDA CARBONELL: Antonio, La labor de la Corte Constitucional en Colombia, en: CAJ, 1997c, pp. 275-282.

BASSIOUNI, Cherif M.: *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*. Dordrecht, 1987.

BASSIOUNI, Cherif M.: "A Functional Approach to General Principles of Law", en: *Michigan Journal of International Law*, 11 (1990), pp. 768-782.

BASSIOUNI, Cherif M.: *Crimes against humanity in International Criminal Law*. Dordrecht, 1992.

BASSIOUNI, Cherif M.: "Human rights in the context of criminal justice: identifying international procedural protection and equivalent protections in national constitutions", en: *Duke Journal of Comparative and International Law* 3 (1993), pp. 235-297.

BASSIOUNI, Cherif M.: "International Crimes: *Jus cogens* and *obligatio erga omnes*", en: *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, N° 4 (1996), pp. 63-74; también en: Joyner (comp.), pp. 133-148.

BASSIOUNI, Cherif: "From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to establish a Permanent International Criminal Court", en: *Harvard Human Rights Journal*, 10, 1997, pp. 11-62.

BECKER, Astrid: *Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit*, Berlín, 1996.

BERNHARDT, Rudolf: "Customary International Law", en: Bernhardt, Rudolf (comp.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I. Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law. Amsterdam *et al.* 1992, pp. 898-905.

BEIGBEDER, Yves: *Judging War Criminals. The Politics of International Justice*, Londres, 1999.

BIDART CAMPOS, Germán J.: "El indulto a procesados", en: *El Derecho*, Buenos Aires, 12/2/1990, (14. Jg.), pp. 1 y ss.

BLANC ALTEMIR, Antonio: *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona, 1990.

BLEWITT, Graham T.: "International and National Prosecutions", en: Joyner (comp.), 1998, pp. 155-160.

BLOY, René: "Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung", en: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 143, 1996, pp. 424-442.

BLUMENWITZ, Dieter: "Genießt der Vorsitzende des Staatsrats der DDR in der Bundesrepublik Immunität nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts? Anmerkungen zum Urteil des 2. Strafsenats des BGH vom 14/12/1984", en: *Juristenzeitung* 40 (1985), pp. 614-618.

BOTHE, Michael: "Die strafrechtliche Immunität fremder Staatsorgane", en: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 31, 1971, pp. 246-270.

BOTHE, Michael: "Kriegsbegriff", en: Seidl-Hohenveldern, Ignaz (comp.), *Lexikon des Rechts, Völkerrecht*, 2ª ed. Neuwied - Kriftel - Berlín 1992, pp. 186-187.

BOULESBAA, Ahcene: "The Nature of the Obligations Incurred by States Under Article 2 of the UN Convention Against Torture", en: *Human Rights Quarterly*, 12, 1990, pp. 53-93.

BOWRING, Bill: "Redress for Survivors of Torture", en: Joyner (comp.), 1998, pp. 431-444.

BREMS, Eva: "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", en: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 56, 1996, pp. 240-314.

BRÖHMER, Jürgen: *State immunity and the violation of human rights,* La Haya, Boston, Londres, 1997.

BROWNLIE, Ian: *Principles of Public International Law*, 5ª ed., Oxford, 1998.

BRUNA CONTRERAS, Guillermo: "La amnistía en la Constitución", en: *Revista Chilena de Derecho,* vol. 18, Nº 1 (1991), pp. 101-113.

BUCHNER, Silke: "Die Rechtswidrigkeit der Taten von Mauerschützen im Lichte von Art. 103 II GG" unter besonderer Berücksichtigung des Völkerrechts. Francfort del Meno, 1996.

BUERGENTHAL, Thomas: "State obligations and permissible derogations", en: Henkin, Louis (comp.), *The international bill of rights*, Nueva York, 1981, pp. 72-91.

BUERGENTHAL, Thomas; MAYOER, Harold G.: *Public International Law,* 2ª ed., St. Paul, Minn, 1990.

BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah: *Protecting human rights in the Americas. Cases and Materials,* 4ª ed., Kehl *et al.,* 1995.

BURGERS, Herman J.; DANELIUS, Hans: *The United Nations Convention against Torture. A Handbook on the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.* Dordrecht, Boston, Londres, 1988.

BUSTOS, Isidoro: *Die Verfassung der Diktatur,* Berlín (FDCL), 1987.

CAJIAS K., Huascar; MIGUEL, Benjamín: *Apuntes de Derecho Penal Boliviano,* 2ª ed., La Paz, 1966.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Agosto: "La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", en: IIDH (comp.), *Estudios básicos de derechos humanos VI,* San José, 1996, pp. 39-62.

CANETTI, Elias: *Masse und Macht,* Francfort del Meno, 1980.

CARRANZA, E.: "Situación y perspectivas penitenciarias en América latina y el Caribe", en: *Alternativas a la Prisión en América latina y el Caribe,* Costa Rica (ILANUD), 1990.

CASSEL, Douglas: "Lessons from the United Nations Truth Commission for El Salvador", en: Joyner (comp.), 1998, pp. 225-230.

CASSEL, Douglass: "Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities", en: *Law and Contemporary Problems,* vol. 59, Nº 4, 1996, pp. 197-230.

CASSESE, Antonio: "On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law", en: *European Journal of International Law,* 9, 1998, pp. 2-17.

CHICHIZOLA, Mario I.: *Historia del Derecho Penal Argentino,* Buenos Aires, 1965.

CIURLIZZA, Javier: "Evaluación de los tribunales penales internacionales para Yugoslavia y Rwanda", en: *CAJ,* 1997c, pp. 169-184.

Colegio de Abogados de Chile, *Justicia Militar en Chile,* Santiago de Chile 1990.

Comisión Andina de Juristas - Seccional Colombiana (CAJ-SC 1990), *Sistema judicial y derechos humanos en Colombia,* Bogotá, 1990.

Comisión Andina de Juristas - Seccional Colombiana (CAJ-SC 1991), "Una peligrosa democracia en peligro", en: GALLÓN, Gustavo (comp.), *Guerra y Constituyente,* Bogotá, 1991, pp. 43-50.

Comisión Andina de Juristas - Seccional Colombiana (CAJ-SC 1994a), *El caso Caballero y Santana, Colombia en la Corte Interamericana,* Bogotá, 1994.

Comisión Andina de Juristas - Seccional Colombiana (CAJ-SC 1994b), *Entre el dicho y el hecho. Panorama de derechos humanos y derecho humanitario en Colombia,* 1994, Bogotá, 1994.

Comisión Andina de Juristas - Seccional Colombiana (CAJ-SC 1995), "Por qué un relator para Colombia nombrado por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas". Conferencia de Gustavo Gallón, Director de la CAJ-SC, en la Conferencia sobre Derechos Humanos en Colombia, Bruselas, 9-10/2/1995.

Comisión Andina de Juristas (1988a), *Bolivia: Neoliberalismo y Derechos Humanos,* Lima, 1988.

Comisión Andina de Juristas (1988b), *Colombia: El derecho a la justicia,* Lima, 1988.

Comisión Andina de Juristas (1988c), *Normas internacionales sobre derechos humanos,* Lima, 1988.

Comisión Andina de Juristas (1992), "Análisis de los decretos legislativos dictados por el gobierno peruano en materia de pacificación nacional" (documento de trabajo), Lima, 1992.

Comisión Andina de Juristas (1993), *Bolivia: Administración de Justicia y Derechos Humanos,* Lima, 1993.

Comisión Andina de Juristas (1994), *Democracia, Derechos Humanos y Administración de Justicia en la Región Andina,* Lima, 1994.

Comisión Andina de Juristas (1995a), *Chile: Sistema Judicial y Derechos Humanos,* Lima, 1995.

Comisión Andina de Juristas (1995b), *La Defensoría del Pueblo: retos y posibilidades,* Lima, 1995.

Comisión Andina de Juristas (1996), Región Andina, 1995. *Modernización e inestabilidad,* Lima, 1996.

Comisión Andina de Juristas (1997a), *Derechos fundamentales e interpretación constitucional (Ensayos-jurisprudencia),* Lima, 1997.

Comision Andina de Juristas (1997b), *Los Andes: ¿emergentes o en emergencia?,* Lima, 1997.

Comision Andina de Juristas (1997c), *Los Derechos Humanos en el Umbral del Tercer Milenio: Retos y Proyecciones,* Lima, 1997.

Comisión Andina de Juristas (1998a), *Deletreando Democracia,* Lima, 1998.

Comisión Andina de Juristas (1998b), *Desafíos de la Democracia en la Región Andina. Ensayos sobre nuestra realidad,* Lima, 1998.

Comisión Andina de Juristas (1998c), *Los sistemas de Defensa Pública en Bolivia, Colombia y Perú. Un análisis comparado,* Lima, 1998.

Comisión Andina de Juristas (1999), *A paso lento,* Lima, 1999.

Comisión Andina de Juristas/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (CAJ/Alto Comisionado), *Justicia en los Andes. Datos y Cifras,* Lima, 1998.

Comisión Andina de Juristas/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (CAJ/Alto Comisionado), *Formación de Magistrados y Derechos Humanos,* Lima, 1999.

Comisión Chilena de Derechos Humanos, "El derecho humano a la justicia ante las violaciones criminales de derechos humanos, un deber del Estado en Chile", en: *Boletín CAJ,* Nº 30 (septiembre 1991), pp. 53-57.

Comisión Especial de Investigación y Estudio sobre la violencia y Alternativas de Pacificación (Comisión Especial 1990), *La violencia en el Perú. Informe 1989,* Lima, enero 1990.

Comisión Especial de Investigación y Estudio sobre la violencia y Alternativas de Pacificación (Comisión Especial 1991), *10 años de violencia en el Perú, Informe 1990,* Lima, enero 1991.

Comisión Internacional de Juristas/Comisión Andina de Juristas (CIJ/CAJ), *Violencia en Colombia,* Lima, 1990.

Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), Informe *Nunca Más,* 9ª ed., Buenos Aires, 1985.

Comités de Solidarité de l'Argentine, Chili, Colombie, Guatemala, Uruguay, *L'impunité des crimes de Lèse-Humanité en Amérique Latine.* Sin lugar, 1991 (edición para una conferencia de prensa).

Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, *Justicia, Derechos Humanos e Impunidad,* 2ª ed. revisada Bogotá, 1991.

Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, en 1995,* Lima, 1996.

Córdoba Trivino, Jaime: "Sin Derechos Humanos no hay paz", en: *Su Defensor,* Nº 15, octubre 1994, pp. 16-21.

Cornils, Karin/Greve, Vagn: *Das dänische Strafgesetz – Straffeloven (vom 15/4/1930 nach dem Stand vom* 1/1/1997). Friburgo, 1997.

Cornils, Karin; Jareborg, Nils: *Das schwedische Kriminalgesetzbuch – Brottsbalken.* Friburgo, 1999 (en preparación).

Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, *Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política,* Santiago, 1996.

Cotler, Irwin: *National Prosecutions-International Lessons,* en: Joyner (comp.), 1998, pp. 161-174.

Cousiño Mac Iver, Luis: *Derecho Penal Chileno.* t. II, Santiago de Chile, 1979.

Crahan, Margaret E.: "The Salvadorean Truth Commission in comparative perspective", en: IIDH (comp.), *The modern world of human rights. Essays in honor of Thomas Buergenthal,* San José, 1996, pp. 473-491.

Crawford, James: "The ILC adopts a Statute for an International Criminal Court", en: *American Journal of International Law 89,* 1995, pp. 404-416.

Crawford, James: "The ILC's Draft Statute for an International Criminal Tribunal", en: *American Journal of International Law* 88, 1994, pp. 140-152.

Crawford, Kathryn L.: "Due Obedience and the rights of victims: Argentina transition to democracy", en: *Human Rights Quarterly,* 12 (1990), pp. 17-52.

Cury Urzúa, Enrique: *Derecho Penal, Parte General.* t. II, 2ª ed., Santiago de Chile, 1992.

Cuya, Esteban: "Las Comisiones de la Verdad en América Latina. Parte I. Los procesos en Argentina, Chile y El Salvador", en: *Memoria* (revista del DIML) 7/1995, pp. 5-19; 8/1996, pp. 24-39; abreviado en Nolte (comp.), 1996, pp. 33-66.

Daes, Erica-Irene: "Status of the individual and contemporary international law: Promotion, protection and restoration of human rights at national, regional and international levels". Nueva York (UN) 1992.

Dahm, Georg: "Völkerrechtliche Grenzen der inländischen Gerichtsbarkeit gegenüber ausländischen Staaten", en: *Festschrift für Arthur Nikisch,* Tubinga, 1958, pp. 153-183.

Dannecker, Gerhard: *Das intertemporale Strafrecht.* Tubinga, 1993.

David, Eric: "L'actualité Juridique de Nuremberg", en: Université Libre de Bruxelles (ed.), *Le Procès de Nuremberg. Conséquences et actualisation,* Bruselas, 1988, pp. 89-176.

De Rivacoba y Rivacoba, Manuel: "Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida", en: *Doctrina Penal,* Buenos Aires, vol. 10, Nº 39, 1987, pp. 525-537.

Defensoría del Pueblo (Jaime Córdoba Triviño, Defensor del Pueblo), Segundo Informe Anual del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia, Bogotá, 1995.

Defensoría del Pueblo (Jaime Córdoba Triviño, Defensor del Pueblo), Primer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia: "Los Derechos Humanos en Colombia", en: *Boletín CAJ,* Nº 42, septiembre 1994, pp. 22-34.

Defensoría del Pueblo, *La fortaleza de la persuasión,* 2ª ed., Lima, 1997.

Defensoría del Pueblo, *Lineamientos para la Reforma de la Justicia Militar en el Perú.* Serie Informes Defensoriales. Informe Nº 6, Lima, 1998.

Degregori, Carlos Iván: *Sendero-Luminoso.* Lima, (IEP) 1990.

Del Busto Duthurburu, José Antonio: *Compendio de Historia del Perú,* Lima, 1983.

Del Granado, Juan: "Juicio contra García Meza", en: *Boletín CAJ,* Nº 16, noviembre 1987, pp. 52-66.

Dellapenna, Joseph W.: "Head-of-state immunity – Foreign Sovereign Immunities Act – suggestion by the Department of State", en: *American Journal of International Law 88,* 1994, pp. 528-532.

Drost, Pieter N.: *The Crime of State II. Genocide,* Leyden, 1959.

Edelenbos, Carla: "Human rights violations: a duty to prosecute?", en: *Leiden Journal of International Law,* vol. 7, Nº 2, otoño de 1994, pp. 5-21.

Eguiguren, Francisco: "¿Puede sindicarse a los grupos terroristas como responsables de violaciones de derechos humanos?", en: *Boletín CAJ,* Nº 33 (junio 1992), pp. 33-42.

Eguiguren, Francisco; Azabache, César: "Análisis de la constitucionalidad de la ley 26.291 y de la decisión judicial que remitió el juzgamiento del caso 'La Cantuta' al fuero militar", en: *Boletín CAJ,* Nº 40, marzo 1994, pp. 33-41.

Endemann, Harald: "Kollektive Zwangsmaßnahmen zur Durchsetzung humanitärer Normen": en *Beitrag zum Recht der humanitären Intervention,* Francfort del Meno, 1997.

Eser, Albin: "'Defences' in war crime trials", en: *Israel Yearbook on Human Rights,* 24 (1995), pp. 201-222.

Eser, Albin: "Deutsche Einheit: Übergangsprobleme im Strafrecht", en: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* 138 (1991), pp. 241-268.

Eser, Albin: "Grundlagen und Grenzen 'stellvertretender Strafrechtspflege' (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB). Zur Problematik der 'identischen Tatortnorm' bei Auslandstaten, insbesondere bei Amnestierung am Tatort", en: *Juristenzeitung,* 48 (1993), pp. 875-884.

Eser, Albin; Ambos, Kai: "The power of national courts to compel the production of evidence and its limits. An *amicus curiae* brief to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", en: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice,* 6, 1998, pp. 3-20.

ETCHEBERRY, Alfredo: *Derecho Penal,* 2ª ed., Santiago de Chile, 1976.
EUGSTER, J.: "Die Anwendbarkeit schweizerischen Rechtes auf im Ausland begangene Straftaten", en: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht,* 73 (1958), pp. 141-154.
FASIC, Chile, *Derechos Humanos 1995,* Santiago, 1996.
FASIC, Chile, *Derechos Humanos 1997,* Santiago, 1997.
FASIC, Chile, *Derechos Humanos 1998,* Santiago, 1998.
FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales,* San José, 1996.
FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor: *La independencia e imparcialidad de los miembros de la Comisión y de la Corte: Paradojas y Desafíos* en: Méndez/Cox (eds.), 1998, pp. 185-210.
FEDEFAM, *Encuentro regional contra la impunidad,* Santiago, Chile, 1987, Caracas, 1987.
FERENCZ, Benjamin B.: "Crimes against Humanity", en: Bernhardt, Rudolf (ed.), *Encyclopedia of Public International Law,* vol. I, Amsterdam, Londres, Nueva York, Tokyo, 1992, pp. 869-871.
FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: *Derecho Penal Fundamental.* vol. II: *Teoría General del Delito y Punibilidad,* 2ª ed., Bogotá, 1989.
FIEDLER, Wilfried: "Anmerkung zu BGHSt 39", 1, en: *Juristenzeitung 48* (1993), pp. 206-208.
FIERRO, Guillermo: *La Obediencia Debida en el Ámbito Penal y Militar,* 2ª ed., Buenos Aires, 1984.
FIGUEROA E., Hernán: *Nuevo Código de Justicia Militar, concordado, actualizado y comentado,* Lima, 1989.
FIGUEROA E., Hernán: *Nuevo Código Penal. D-Leg 635, analizado y comentado,* Lima, 1991.
FIX-ZAMUDIO, Héctor: "La Evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas", en: *Boletin da Sociedade Brasileira de Direito Internacional,* Nos. 84/86 (diciembre 1992/mayo 1993), pp. 35-45.
FÖHLISCH, Julia: *Der gemeineuropäische "ordre public",* Francfort del Meno, Berlín, Berna, Nueva York, París, Viena, 1997 (Diss. iur. Friburgo,1997).
FOREGGER, Egmont; KODEK, Gerhard: Con colaboración de FABRIZKY, Ernst Eugen. *Strafgesetzbuch (StGB) samt den wichtigsten Nebengesetzen. Kurzkommentar. Mit einer Einführung und Anmerkungen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes und des Schrifttums,* 6ª ed., Viena, 1997.
FORSYTHE, David PP.: "Politics and the International Tribunal for the Former Yugoslavia", en: *Criminal Law Forum 5,* 1994, pp. 401-422.
FRANCHIMONT, Michel; JACOBS, Ann; MASSET, Adrien: *Manuel de Procédure Pénale,* Lieja, 1989.
FROWEIN, Jochen Abr.: "Die Verpflichtungen *erga omnes* im Völkerrecht und ihre Durchsetzung", en: Bernhardt, Rudolf/Geck, Wilhelm K./Jaenicke, Günther/Steinberger, Helmut (comp.), *Festschrift für Mosler. Völkerrecht als Rechtsordnung - Internationale Gerichtsbarkeit - Menschenrechte,* Berlín *et al.,* 1983, pp. 241-262.
FROWEIN, Jochen; PEUKERT, Wolfgang: "Europäische Menschenrechtskonvention", *EMRK Kommentar,* 2ª ed., Kehl/Straßburg 1996.
FRUHLING, Hugo: "Stages of repression and legal strategy for the defense of human rights in Chile: 1973-80", en: *Human Rights Quarterly,* 5 (1983), pp. 510-533.
GALLÓN, Gustavo (1991b): *Un Estado en su sitio, versión preliminar,* Bogotá, (CINEP-informe de investigación 2), 1991.

GALLÓN, Gustavo (1991c): *Del estado de sitio al estado de excepción,* Bogotá, (CAJ-SC), octubre, 1991.
GALLÓN, Gustavo (1991a): "Violaciones a los derechos humanos realizadas por agentes estatales: un tipo especial de impunidad", en: *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, Justicia, Derechos Humanos e Impunidad,* 2ª ed., revisada y mejorada, Bogotá, 1991, pp. 49-56.
GALLÓN, Gustavo: "La experiencia colombiana en estados de emergencia y la viabilidad de su control internacional", en: GARCÍA-SAYÁN, Diego: *Estados de emergencia en la región andina.* (CAJ), Lima, 1987, pp. 79-92.
GAMARRA, Ronald: *Terrorismo. Tratamiento jurídico,* Lima, (IDL), 1995.
GAMARRA, Ronald; Meza, Robert: *Ley de amnistía (impunidad). Constitución y derechos humanos,* documento de trabajo, Lima, IDL, 1995.
GARCÍA V., Mauricio: "Eficacia simbólica y narcotráfico en Colombia", en: Bagley/Fergusson/García/Peralta/Tokatlian, *Las drogas bajo tres nuevos enfoques analíticos: De la narcodiplomacia y la simbología jurídica a la industria del placer,* Bogotá, 1991, pp. 18-39.
GARCÍA-SAYÁN, Diego: "Impunidad, ley y derechos humanos", *Derechos Humanos,* Nos. 23/24, Madrid, 1989 (citado en DIML, memoria 1-2/1990, pp. 45-47).
GARCÍA-SAYÁN, Diego: *Responsabilidad Política y Jurídica de los Gobernantes,* en: González Volio, 1998, pp. 33-51.
GARRETÓN M., Roberto: "Los estados de excepción al servicio de la Doctrina de la Seguridad Nacional. La experiencia chilena", en: García-Sayán, Diego, *Estados de Emergencia en la región andina.* (CAJ), Lima, 1987, pp. 129-157.
GARRETÓN M., Roberto: "Política de Derechos Humanos en la Transición: La situación en Chile", en: *Boletin da sociedade brasileira de direito internacional,* Nos. 84/86 (diciembre 1992/mayo 1993, pp. 139-149.
GARRETÓN, Manuel A.: "Un debate mal planteado. Reconciliación, amnistía, relaciones cívico-militares", en: *Mensaje,* Santiago (agosto 1995), pp. 5-9.
GARRO, Alejandro M.; DAHL, Henry: "Legal accountability for human rights violations in Argentina: one step forward and two steps backward", en: *Human Rights Law Journal,* 8, 1987, pp. 283-344.
GASSER, Hans-Peter: "Das Humanitäre Völkerrecht", en: Haug, Hans, *Menschlichkeit für alle. Die Weltbewegung des Roten Kreuzes und des Roten Halbmondes.* Berna, Stuttgart, 1993, pp. 499-599.
GEIGER, Rudolf: *Grundgesetz und Völkerrecht,* 2ª ed., Munich, 1994.
GEIGER, Rudolf: "Staatenimmunität: Grundsatz und Ausnahmen", en: *Neue Juristische Wochenschrift,* 40, 1987, pp. 1124-1126.
GILBERT, Geoff: *Aspects of Extradition Law,* Dordrecht, 1991.
GILBERT, Geoff: "Who has Jurisdiction for Cross-Frontier Financial Crimes?", en: *Web Journal of Current Legal Issues,* Nº 2, 1995.
GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, Álvaro: "El Defensor del Pueblo y su impacto en España y América Latina", en: *Revista de la Asociación Iberoamericana del Ombudsman,* Nº 3, 1994, pp. 53-84.
GOLDMANN, Robert K.: "Amnesty Laws and International Law", en: International Commission of Jurists/Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (ICJ/CNCDH), *Justice. Not impunity,* Genf, 1993, pp. 209-222.

GOLDMANN, Robert K.: "Derecho Internacional Humanitario y actores no gubernamentales", en: IIDH (comp.), *Estudios de derechos humanos,* t. I. San José, 1994, pp. 87-116.

GOLDMANN, Robert K.: "International Law and Amnesty Laws", en: *Human Rights Internet Reporter,* vol. 12, N° 2 (invierno 1988), pp. 9-11.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas,* Barcelona, 1985.

GONZÁLEZ POBLETE, Alejandro: *La Superación de la Impunidad como Requisito del Estado de Derecho,* González Volio, (ed.) 1998, pp. 53-72.

GONZÁLEZ R., Jorge A.; FERNÁNDEZ, Luis M.: *Manual de Legislación Militar,* Buenos Aires, 1986.

GONZÁLEZ VOLIO, Lorena (ed.): *Presente y Futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez,* San José, (IIDH), 1998.

GONZÁLEZ, Felipe: "El sistema interamericano de derechos humanos y su eficacia: evaluación y perspectivas futuras", en: IIDH (comp.), *Estudios básicos de derechos humanos VI,* San José, 1996, pp. 435-445.

GONZÁLEZ, Raúl: "El Huallaga: todos los conflictos", en: *Quehacer,* Lima, N° 71 (mayo-junio 1991), pp. 46-52.

GORDILLO, Agustín: "La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno", en: *Revista Jurídica Argentina La Ley,* 1992-B, pp. 1292-1300.

GORNIG, Gilbert: "Die Verantwortlichkeit politischer Funktionsträger nach völkerrechtlichem Strafrecht", en: *Neue Justiz,* 46, 1992, pp. 4-14.

GORRITI, Gustavo (1990b): *Sendero Luminoso,* Lima, 1990.

GREENWOOD, Christopher: "International Humanitarian Law and the Tadíc case", en: *European Journal of International Law,* 7, 1996, pp. 265-283.

GREER, Desmond, (comp.): *Compensating Crime Victims. A European survey,* Friburgo, 1996.

GROPENGIESSER, Helmut: "Die neue argentinische Bundesstrafprozeßordnung (Código Procesal Penal de la Nación)", en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 105, 1993, pp. 169-203.

Grupo de Estudios del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad de Medellín, "El sistema penal contravencional en la ley 23 de 1991" (ley de descongestión de despachos judiciales), en: *Nuevo Foro Penal,* 57 (julio-agosto 1992), pp. 369-407.

GUARIGLIA, Fabricio: "Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Estatuto para un Tribunal Penal International Permanente", en: *Revista IIDH,* N° 23 (enero-junio 1996), pp. 57-71.

GUTIÉRREZ T., Gabriel: "Reflexiones sobre la impunidad", en: *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, Justicia, Derechos Humanos e Impunidad,* 2ª ed. revisada, Bogotá, 1991, pp. 219-251.

GUZMÁN V., Manuel: "Decreto ley N° 2191, de 1978 sobre amnistía", en: *Revista Chilena de Derecho,* vol. 18, N° 1 (1991), pp. 115-123.

HALL, Christopher Keith: "The Fifth Session of the UN-Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court", en: *American Journal of International Law,* 92, 1998, pp. 331-339.

HALL, Christopher Keith: "The Sixth Session of the UN-Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court", en: *American Journal of International Law,* 92, 1998, pp. 548-556.

HAYNER, Priscilla B.: "International Guidelines for the Creation and Operation of Truth Commissions: A Preliminary Proposal", en: *Law and Contemporary Problems,* vol. 59, N° 4, 1996, pp. 173-180.

HEIN, Susanne: "Der Fall Priebke und die italienische Strafjustiz", en: *Deutsche Richterzeitung,* 29, 1996, pp. 476-484.

HEINZ, Wolfgang S.: "The military, torture and human rights: experiences from Argentina, Brazil, Chile and Uruguay", en: CRELINSTEN, Ronald D.; SCHMID, Alex PP.: *The politics of pain. Torturers and their masters,* Leiden, 1993, pp. 73-108.

HESS, Burkhard: "Staatenimmunität und völkerrechtlicher Rechtsschutz bei politischem Mord - Die Beilegung der Letelier-Affäre vor einer US-chilenischen Schiedskommission im Januar 1992", en: *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts,* 1993, pp. 110-114.

HOCHMAN, Isaac: "Gobernabilidad de la Democracia: rol e importancia de la Defensoría del Pueblo en un Estado de Derecho", en: *CAJ,* 1998b, pp. 363-383.

HOFMANN, Rainer: "Zur Unterscheidung Verbrechen und Delikt im Bereich der Staatenverantwortlichkeit", en: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 45 1985, pp. 195-231.

HOOG, André de: *Obligations* erga omnes *and international crimes. A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibilty of States,* La Haya, Londres, Boston, 1996.

HUHLE, Rainer: (1996a) "Menschenrechtsverbrechen vor Gericht. Zur aktuellen Bedeutung des Nürnberger Prozesses", en: Nürnberger Menschenrechtszentrum (comp.), *Von Nürnberg nach Den Haag. Menschenrechtsverbrechen vor Gericht - Zur Aktualität des Nürnberger Prozesses,* Hamburgo, 1996, pp. 13-45.

HUHLE, Rainer: "Demokratisierung mit Menschenrechtsverbrechern? Die Debatte um die Sanktion von Menschenrechtsverletzungen in den lateinamerikanischen Demokratien", en: Nolte, Detlef (comp.), *Lateinamerika im Umbruch? Hamburg,* 1991, pp. 75-108.

HUHLE, Rainer: "Ein Schritt vorwärts - und zwei zurück? Der 'Fall Letelier' im Prozeß der Rückgewinnung von Demokratie und Rechtstaatlichkeit in Chile", en: Nolte, Detlef (comp.), *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika,* Francfort del Meno, 1996, pp. 182-203.

HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho Penal. Parte General,* 2ª ed., Lima, 1987.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés: "La Impunidad no es Sólo Cuestión de Hecho sobre la Persecución en España de los Crímenes de la Dictadura Militar Argentina", en: *Revista IIDH,* N° 24, (julio-diciembre 1996), pp. 49-62.

Instituto de Defensa Legal (IDL), *Los inocentes requisitoriados. Una razón más para prorrogar el plazo de la Comisión ad hoc de Indultos,* Lima, noviembre de 1998.

IGOUNET, Oscar (h.); IGOUNET, Oscar: *Código de Justicia Militar,* Buenos Aires, 1985.

Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, 3 tomos (citado como "Informe"); también como edición especial de *La Nación* de 5/3/1991 (citado como "Informe- Edición especial"), Santiago, febrero de 1991.

Instituto de Defensa Legal (IDL), *177 casos de injusticia y error judicial en el Perú,* Lima, 1994.

Instituto de Defensa Legal (IDL), *Los inocentes indultados,* Lima, 1996.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), *Iudicium et Vita* (nº 4): Jurisprudencia Nacional de América Latina en Derechos Humanos, San José, 1996.

International Commission of Jurists, *Attacks on Justice - The harassment and persecution of judges and lawyers,* junio 1991, mayo 1992, Genf, 1992.

International Commission of Jurists/Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (ICJ/CNCDH), *Justice. Not impunity,* Genf, 1993.

JÄGER, Herbert: *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt,* 1989.

JÄGER, Herbert: "Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts", en: Hankel, Gerd; Stuby, Gerhard (comp.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen: Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen,* Hamburgo, 1995, pp. 325-354.

JAIME GIRALDO, A.: "La impunidad en Colombia y sus soluciones: desjudicialización, instrumento para combatir la impunidad", en: *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos: Justicia, Derechos Humanos e Impunidad,* 2ª ed., mejorada, Bogotá, 1991, pp. 115-136.

JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar,* 4ª ed., Munich,1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich: "Die Entwicklung des Völkerstrafrechts nach Nürnberg", en: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht,* 1957, pp. 217-248.

JESCHECK, Hans-Heinrich: "Die internationale Genocidium-Konvention vom 9. Dezember 1948 und die Lehre vom Völkerstrafrecht", en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 66, 1954, pp. 193-217.

JESCHECK, Hans-Heinrich: *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen.* Bonn, 1952.

JESCHECK, Hans-Heinrich; RUSS, Wolfgang; WILLMS, Günther: (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar. Erster Band: Einleitung, §§ 1 bis 31,* Berlín, Nueva York, 10ª ed., 1985, (zit.: LK-autor).

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil,* 5ª ed., Berlín, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich: (1985), "International Crimes", en: Bernhardt, Rudolf (ed.), *Encyclopedia of Public International Law, Instalment,* 8, Amsterdam, Nueva York, Oxford, 1985, pp. 332-336.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: "La Convención Americana como Derecho interno", en: *Normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano.* Uruguay, 1988, pp. 27-53.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de Derecho Penal,* t. I, Buenos Aires, 1950.

JONES, Alun: *Jones on Extradition,* Londres, 1995.

JOST, Stefan: "Verfassungsänderung in Bolivien", en: *Auslands-Info (Konrad Adenauer-Stiftung),* 12/94, pp. 78-98.

JOYNER, Christopher C.: (comp.), *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference 17-21 September 1998. Toulouse* (Association Internationale de Droit Pénal), 1998.

JOYNER, Christopher C.: "Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability", en: *Law and Contemporary Problems,* vol. 59, Nº 4 (1996), pp. 153-172.

KING, Faiza Patel; LA ROSA, Anne-Marie: "The jurisprudence of the Yugoslavia Tribunal: 1994-1996", en: *European Journal of International Law,* 8, 1997, pp. 123-179.

KING, Faiza Patel; LA ROSA, Anne-Marie: "The jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", en: *European Journal of International Law,* 9, 1998, pp. 757-760.

KINGSBURY, Benedict: "Sovereignity and Inequality", en: *European Journal of International Law,* 9, 1998, pp. 599-625

KLEINKNECHT, Theodor; MEYER-GOSSNER, Lutz: *Strafprozeßordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen: Kommentar,* 43ª ed., Munich, 1997.

KOKOTT, Juliane: "Mißbrauch und Verwirkung von Souveränitätsrechten bei gravierenden Völkerrechtsverstößen", en: Beyerlin, Ulrich/Bothe, Michael/Hofmann, Rainer/Petersmann, Ernst-Ulrich (eds.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Völkerrecht – Europarecht – Staatsrecht. Festschrift für Rudolf Bernhardt.* Berlín, Heidelberg, Nueva York, Londres, París, Hong Kong, Barcelona, Budapest, 1995, pp. 135-151.

KOKOTT, Juliane: "No impunity for human rights violations in the Americas", en: *Human Rights Law Journal,* 14, 1993, Nºs. 5-6, pp. 153-159.

KOKOTT, Juliane: "Völkerrechtliche Beurteilung des argentinischen Gesetzes Nº 23.521 über die Gehorsamspflicht", en: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 47, 1987, pp. 506-533.

KRESS, Claus: "Friedenssicherungs- und Konfliktvölkerrecht auf der Schwelle zur Postmoderne. Das Urteil des internationalen Straftribunals für das ehemalige Jugoslawien (Appeals Chamber) im Fall Tadic vom 2. Oktober 1995", en: *Europäische Grundrechte Zeitschrift,* 23, 1996, pp. 638-648.

KREUTER, Jens: *Staatskriminalität und die Grenzen des Strafrechts. Reaktionen auf Verbrechen aus Gehorsam aus rechtsethischer Sicht,* Gütersloh, 1997.

KRITZ, Neil J.: "Coming to Terms With Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights", en: *Law and Contemporary Problems,* vol. 59, Nº 4, 1996, pp. 127-152.

KRITZ, Neil J.: *Transitional Justice. How emerging democracies reckon with former regimes,* 3 tomos (t. I: Consideraciones generales; t. II: Estudios de países; t. III: Documentos), Washington D.C., 1995.

KÜHL, Kristian: "Der Einfluß der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland", en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 100 1988, pp. 406-443, 601-644.

KÜHNHARDT, Ludger: *Die Universalität der Menschenrechte,* Bonn, 1987.

LABATUT GLENA, Gustavo: *Derecho Penal,* t. I, 9ª ed., Santiago de Chile, 1992, actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas.

LAGODNY, Otto: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung,* Tubinga, 1996.

LANDA ARROYO, César, "Límites Constitucionales de la Ley de Amnistía Peruana", en: *Revista IIDH,* N° 24, julio-diciembre, 1996, pp. 63-132.

LANDSMAN, Stephan: "Alternative Responses to Serious Human Rights Abuses: of Prosecution and Truth Commissions", en: *Law and Contemporary Problems,* vol. 59, N° 4, 1996, pp. 81-92.

Latin American Bureau, *Perú: Paths to poverty,* Londres, 1985.

LAUTERPACHT, Hersch: "The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States", en: *The British Yearbook of International Law,* 28, 1951, pp. 220-272.

LAZZARINI, José Luis: "Indulto presidencial durante el proceso", en: *Revista Jurídica Argentina La Ley,* 1989-D, pp. 1116-1122.

LEARY, Virgina A.; WICKREMASINGHE, Suriya: *An introductory guide to human rights law and humanitarian law,* Colombo 1993.

LESS, Avner W.: (ed.), *Schuldig. Das Urteil gegen Adolf Eichmann,* Francfort del Meno, 1987.

Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos - Sección Colombiana, *Propuesta para la superación de la impunidad de crímenes de lesa humanidad,* Bogotá, 1992.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft,* Friburgo, 1995.

LÓPEZ DAWSON, Carlos: *Justicia y Derechos Humanos,* 2ª ed., Santiago de Chile, 1986.

LOZANO T., Carlos Eduardo: "La impunidad y las formas de combatirla", en: *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, Justicia, Derechos Humanos e Impunidad.*, 2ª ed. mejorada, Bogotá, 1991, pp. 201-211.

LOZANO, Luis F.: "¿Puede un presidente indultar a un procesado?", en: *Revista Jurídica Argentina La Ley,* 1990-B, pp. 1198-1212.

LÜDERSSEN, Klaus: (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz,* Baden-Baden, 1998.

LYSÉN, Göran: *State Responsibility and International Liability of States for Lawful Acts. A Discussion of Principles,* Upsala, 1997.

MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario: "El control defensorial en Colombia", en: *Revista de la Asociación Iberoamericana del Ombudsman,* 3, 1994, pp. 85-94.

MAIER, Julio B.: "Desobediencia debida (a propósito de la llamada ley de 'obediencia debida')", en: *Doctrina Penal,* Buenos Aires, vol. 10, N° 38, 1987, pp. 239-243.

MAIER, Julio B.: "Die strafrechtliche Aufarbeitung von staatlich gesteuertem Unrecht in Argentina", en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 107, 1995, pp. 143-156.

MAIER, Julio B.: "El proyecto de 'Punto Final'", en: *Doctrina Penal,* Buenos Aires, vol. 10, N° 37, 1987, pp. 141-155.

MAIER, Julio B.: *La Ordenanza Procesal Penal Alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos,* vol. II, Buenos Aires, 1982.

MALAMUD-GOTI, Jaime; ENTELMAN, Ricardo: "La 'Ley de Punto Final'. Respuesta al Profesor Julio Maier", en: *Doctrina Penal,* vol. 10, N° 38, Buenos Aires, 1987, pp. 339-346.

MALAMUD-GOTI, Jaime: "Transitional governments in the breach: Why punish State criminals?" en: Kritz (ed.), t. I, 1995, pp. 189-202.

MALANCZUK, Peter: *Akehurst's Modern Introduction to International Law,* 7ª ed., Londres, 1997.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M.: *Derecho Internacional Público. Parte General,* Madrid, 2ª ed., 1995.

MARXEN, Klaus: *Rechtliche Grenzen der Amnestie,* Heidelberg, 1984.

MATTAROLLO, Rodolfo: "Amnistías e indultos recientes en América latina a la luz del derecho internacional", en: *Tribunal Permanente de los Pueblos, proceso a la impunidad de crímenes de lesa humanidad en América latina,* 1989-1991, Bogotá, 1991, pp. 385-409.

MAZARRASA, Almudena: "La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Colombia", en: *CAJ,* 1997c, pp. 283-291.

MCCORMACK, Timothy L.H.; SIMPSON, Gerry J.: (eds.), *The Law of War Crimes. National and International Approaches,* La Haya, 1997.

MCCORMACK, Timothy L.H.; SIMPSON, Gerry J.: "The International Law Commission's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: An Appraisal of the Substantive Provisions", en: *Criminal Law Forum,* 5, 1994, pp. 1-55.

MEJÍA E., Carlos Eduardo: "La impunidad y el problema de la investigación criminal en Colombia", en: *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, Justicia, Derechos Humanos e Impunidad,* 2ª ed. revisada, Bogotá, 1991, pp. 253-275.

MEJÍA, Carlos Rodríguez: "Amnesty, pardons and other similar measures", en International Commission of Jurists/Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (ICJ/CNCDH), *Justice. Not impunity,* Genf, 1993, pp. 169-180.

MÉNDEZ, Juan E.: Responsabilidad por los Abusos del Pasado, en González Volio (ed.), 1998, pp. 73-104.

MÉNDEZ, Juan E.; COX, Francisco (eds.): *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos,* San José, (IIDH), 1998.

MENDIETA N., Lucio: *El Derecho Precolonial,* México D.F., 1937.

MERA F., Jorge: "El Decreto-Ley 2.191, de amnistía y los derechos humanos", en: *Revista Chilena de Derechos Humanos,* N° 11, 1989, pp. 70-76.

MERKEL, Reinhard: "Politik und Kriminalität. Über einige vernachlässigte Probleme der deutsch-deutschen Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht", en: Unseld, Sigfried (ed.), *Politik ohne Projekt?,* Francfort del Meno, 1993, pp. 298-332.

MERON, Theodor: (1998a), "Is International Law Moving towards Criminalization?", en: *European Journal of International Law,* 9, 1998, pp. 18-31.

MERON, Theodor: (1998b), "War Crimes Law Comes of Age", en: *American Journal of International Law,* 92, 1998, pp. 462-468.

MERON, Theodor: *Human Rights and Humanitarian Law as Customary Law,* Oxford, 1989.

MERON, Theodor: "International Criminalization of Internal Atrocities", en: *American Journal of International Law,* 89, 1995, pp. 554-577.

MERON, Theodor: "The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law", en: *American Journal of International Law,* 90, 1996, pp. 238-249.

MERON, Theodor: "War crimes in Yugoslavia and the development of international law", en: *American Journal of International Law,* 88, 1994, pp. 78-87.

MICHELINI, Felipe: "En Largo Camino de la Verdad", en: *Revista IIDH,* N° 24, julio-diciembre, 1996, pp. 157-172.

MIGUEL H., Benjamín: *Código Penal Boliviano,* 3ª ed., La Paz, 1987.
MINVIELLE, B.: "Convención Americana sobre Derechos Humanos", en: *Doctrina Penal*, Buenos Aires, N° 41, 1988, pp. 64 ss.
MOHR, Manfred: "Strafrechtliche Verantwortlichkeit und Staatenverantwortlichkeit für internationale Verbrechen. Wechselwirkung statt Konfusion", en: Hankel, Gerd/Stuby, Gerhard (comp.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen: Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen,* Hamburgo, 1995, pp. 401-428.
MOLINA, Gonzalo: "El estado de sitio en Bolivia", en: García-Sayan, Diego (comp.), *Estados de emergencia en la región andina,* Lima, (CAJ), 1987, pp. 161-181.
MONTEALEGRE K., Hernán: "Justicia y Derechos Humanos", *Pastoral Popular* N° 200, julio 1990, pp. 27-29.
MORRIS, Madeline H.: "International Guidelines Against Impunity: Facilitating Accountability", en: *Law and Contemporary Problems,* vol. 59, N° 4 (1996), pp. 29-39; también en: Joyner (comp.), 1998, pp. 359-372.
MORRIS, Virginia: Prosecutor v. Kanyabashi, Decision on Jurisdiction, Case N° ICTR-96-15-T, International Criminal Tribunal for Rwanda, en: *American Journal of International Law,* 92 (1998), pp. 66-70.
MOSLER, Hermann: "General Principles of Law", en: Bernhardt, Rudolf (ed.), *Encyclopedia of Public International Law,* Instalment 7, Amsterdam, Nueva York, Oxford, 1984, pp. 89-105.
MOYANO, María José: "The 'Dirty War' in Argentina: Was it a war and how dirty was it?", en: Tobler, Hans-Werner/Waldmann, Peter (comp.), *Staatliche und parastaatliche Gewalt in Lateinamerika,* Francfort del Meno, 1991, pp. 45-73.
MULLAN, Gráinne: "The Concept of Double Criminality in the Context of Extraterritorial Crimes", en: *Criminal Law Review,* 1997, pp. 17-29.
MUÑOZ G., Jesús Antonio: "Derecho e impunidad", en: *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle,* vol. XI, N° 19, 1988, pp. 209-227.
MURMANN, Uwe: "Tatherrschaft durch Weisungsmacht", en: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* 143, 1996, pp. 253-302.
NACIMIENTO, Grace: *Die Amerikanische Deklaration der Recht und Pflichten des Menschen,* Heidelberg, 1997.
NAUCKE, Wolfgang: *Die Strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität.* Francfort del Meno, 1996.
NIETO NAVIA, Rafael: "Los casos contra Honduras en la Corte Interamericano de Derechos Humanos", en: Rama-Montaldo, Manuel (comp.), *El Derecho internacional en un mundo en transformación.* Liber amicorum *en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga,* t. I, Montevideo 1994, pp. 397-421.
NILL-THEOBALD, Christiane: *"Defences" bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA. Uugleich ein Beitrag zu einem Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts.* Friburgo, 1998.
NINO, Carlos S.: "The duty to punish past abuses of Human Rights put into context: The case of Argentina", en: *The Yale Law Journal,* 100, 1991, pp. 2619-2640.
NOHLEN, Dieter; MAYORGA, René Antonio: "Bolivia", en: Nohlen, Dieter/Nuscheler, Franz (comp.), *Handbuch der Dritten Welt, Band 2 (Südamerika),* 3ª ed. Hamburgo, 1992, pp. 180-218.

NOLTE, Detlef: (1991a): "Menschenrechte in Chile: Ist die Politik der Aussöhnung gescheitert? Lateinamerika (Analysen, Daten, Dokumentation)", *Beiheft,* N° 10. Institut für Iberoamerikakunde, Hamburgo, julio 1991.
NOLTE, Detlef (1991b): "Staatsterrorismus in Chile", en: Tobler, Hans-Werner/Waldmann, Peter (comp.), *Staatliche und parastaatliche Gewalt in Lateinamerika.* Francfort del Meno, 1991, pp. 75-103.
NOLTE, Detlef: (comp.), *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika* Francfort del Meno, 1996.
NÚÑEZ, Ricardo C.: "¿Se puede fundar en el error la impunidad por obediencia debida?", en: *Doctrina Penal,* 1978, pp. 329-334.
NÚÑEZ, Ricardo C.: *Manual de Derecho Penal. Parte General,* 2ª ed., Buenos Aires, 1975.
OBERASCHER, Claudia: "Lateinamerika. Schatten der Vergangenheit", en: *ai-Journal,* 5/1996, pp. 6-16.
O'BRIEN, James C.: "The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia", en: *American Journal of International Law,* 87, 1993, pp. 639-659.
ODIO BENITO, Elizabeth: "El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia – Justicia para la Paz", en: *Revista IIDH,* N° 24 julio-diciembre 1996, pp. 133-155.
O'DONNELL, D.: *Protección internacional de los derechos humanos,* Lima *(CAJ),* 1988.
OEHLER, Dietrich: *Internationales Strafrecht,* 2ª ed., Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1983.
OELLERS-FRAHM, Karin: "Das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs zur Verfolgung von Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien", en: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 54 , 1994, pp. 416-445.
OETER, Stefan: "Kriegsverbrechen in den Konflikten um das Erbe Jugoslawiens. Ein Beitrag zu den Fragen der kollektiven und individuellen Verantwortlichkeit für Verletzungen des Humanitären Völkerrechts", en: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 53, 1993, pp. 2-48.
OLIVAR B., Leonel: *Derecho Procesal Penal Militar,* 4ª ed., Bogotá, 1987.
OPPERMANN, Thomas: *Europarecht,* Munich, 1991.
OPSAHL, Torkel: "The Human Rights Committee", en Alston, Philip, *The United Nations and Human Rights. A critical appraisal,* Oxford, 1992, pp. 369-443.
ORENTLICHER, Diane F.: "Settling accounts: the duty to prosecute human rights violations of a prior regime", en: *The Yale Law Journal,* 100 (1991), pp. 2537-2615.
OROZCO ABAD, Iván: "Derecho de gentes en Colombia: el estado de sitio, la amnistía y el juicio de los rebeldes", en Gallón, Gustavo (comp.), *Guerra y Constituyente,* Bogotá, 1991, pp. 135-160.
OROZCO Abad, Iván; GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel: *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal,* Bogotá, 1997.
ORTEGA T., Jorge: *Código Penal y Código de Procedimiento Penal,* 21ª ed., Bogotá, 1990.
ORTEGA T., Jorge: *Constitución Política de Colombia,* Bogotá, 1991.
ORTEGA, Eudoxio H.: *Manual de Historia General del Perú,* Lima, 1970.
ORTÚZAR L., Waldo: "La amnistía desde el punto de vista del derecho procesal penal", en: *Revista Chilena de Derecho,* vol. 18, N° 1, 1991, pp. 125-136.

OSOFSKY, Hari M.: "Domesticating International Criminal Law: Bringing Human Rights Violators to Justice", en: *Yale Law Journal,* 107 (1997), pp. 191-226.

PADILLA, Miguel M.: "Naturaleza de la ley 23.521", en: *Revista Jurídica Argentina La Ley,* 1987-D, pp. 1092-1097.

PALACIO, Germán; ROJAS, Fernando: "Empresarios de la Cocaína. Parainstitucionalidad y flexibilidad del régimen político colombiano: narcotráfico y contrainsurgencia en Colombia", en: Palacio, Germán (comp.), *La irrupción del paraestado (ensayos sobre la crisis colombiana)*, Bogotá (ILSA-CEREC), 1990, pp. 69-104.

PAPPAS, Claudia: *Stellvertretende Strafrechtspflege. Zugleich ein Beitrag zur Ausdehnung deutscher Strafgewalt nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB,* Friburgo Br., 1996.

PAUST, Jordan J.: "Aggression against Authority: the Crime of Oppression, Politicide and other Crimes against Human Rights", en: *Case Western Reserve Journal of International Law,* 18, 1986, pp. 283-306.

PAUST, Jordan J.: "Federal Jurisdiction over Extraterritorial Acts of Terrorism and Nonimmunity for Foreign Violators of International Law under the FSIA and the Act of State Doctrine", en: *Virginia Journal of International Law,* 23 1983, pp. 191-251.

PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho Penal,* vol. 1, Parte General, Lima, 1983.

PEÑA D., Héctor: "La impunidad: apenas la punta del *iceberg*", en: *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, Justicia, Derechos Humanos e Impunidad.* 2ª ed. revisada, Bogotá, 1991, pp. 9-24.

PEÑA, P.; ROGELIO, E.: *Constitución Política de Colombia, Bogotá,* 1986.

PEPPER, William F.: "Iraq's Crimes of State against Individuals, and Sovereign Immunity. A Comparative Analysis and a Way Forward", en: *Brooklyn Journal of International Law,* 18, 1992, pp. 313-384.

PÉREZ, Luis Carlos: *Derecho Penal. Partes General y Especial,* t. 1, Bogotá, 1981.

PERÉZ, Luis Guillermo: *Vortrag auf der Europäischen Konferenz über Menschenrechte in Colombia,* Bruselas, 9-10/2/1995.

PERRON, Walter: "Rechtsvergleichender Querschnitt", en: Perron, Walter (comp.), *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*, Friburgo, 1995, pp. 549-608.

PESSAGNO, Rodolfo G.; BERNARDI, Humberto P.: *Temas de Historia Penal,* Buenos Aires, 1953.

PESTALOZZA, Christian: "Die Selbstamnestie", en: *Juristenzeitung,* 39 (1984), pp. 559-561.

PFEIFFER, Gerd: (ed.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetzen,* 3ª ed. Munich 1993.

PINTO, Mónica: "Tribunales Penales Internacionales", en: *CAJ,* 1997c, pp. 161-168.

PION-BERLÍN, David: "To prosecute or to pardon? Human rights decisions in the Latin American Southern Cone", en: *Human Rights Quarterly,* 16, 1994, pp. 105-130 [también en: Kritz (ed.), 1995, t. I, pp. 82-103].

PLANZER, Antonio: *Le crime de Génocide,* St. Gallen, 1956 (Dissertation Fribourg, Schweiz).

PLATTNER, Denise: "Die Strafverfolgung von Verstößen gegen das in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten anwendbare humanitäre Völkerrecht", en: *Revue internationale de la Croix-Rouge,* septiembre-octubre 1990, pp. 236-249.

POPKIN, Margaret: "Guatemala's National Reconciliation Law: Combatting Impunity or Continuing it?", en: *Revista IIDH,* Nº 24, julio-diciembre 1996, pp. 173-184.

PORTALES, Felipe: "Reflexiones sobre Derechos Humanos y Terrorismo", en: *Boletín CAJ,* Nº 32, marzo 1992, pp. 33-36.

PRADEL, Jean: *Droit Pénal Général,* 11ª ed., París, 1996.

PRÉVOST, Ann Marie: "Race and War Crimes: The 1945 War Crimes Trial of General Tomoyuki Yamashita", en: *Human Rights Quarterly,* 1992, pp. 302-338.

Procuraduría General de la Nación, *Segundo informe sobre derechos humanos 1992,* Bogotá, 1993.

Procuraduría General de la Nación, *Tercer informe sobre derechos humanos 1993-94,* Bogotá, 1994.

QUINN, Robert J.: "Will the rule of law end? Challenging grants of amnesty for the human rights violations of a prior regime: Chile's new model", en: *Fordham Law Review,* 62, 1994, pp. 905-960.

QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario; ZÚNIGA URBINA, Francisco: "El control defensorial en Colombia", en: *Revista de la Asociación Iberoamericana del Ombudsman,* Nº 3, 1994, pp. 95-98.

RAMAYO, Raúl Alberto: "La Obediencia Debida como Causal de Inculpabilidad", en: *Revista Jurídica Argentina La Ley,* 115, julio-septiembre 1964, pp. 1092-1096.

RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason S.: *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy,* Oxford, 1997.

RAUCH, Elmar: "Kriegsrecht", en: Seidl-Hohenveldern, Ignaz (comp.), *Lexikon des Rechts, Völkerrecht,* 2ª ed., Neuwied, Kriftel, Berlín, 1992, pp. 192-196.

RAYFUSE, Rosemary: "The Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: Eating disorders at the International Law Commission", en: *Criminal Law Forum,* 8, 1997, pp. 43-86.

REIMANN, Mathias: "A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: some Thoughts on Princz v. Federal Republic of Germany", en: *Michigan Journal of International Law,*16, 1995, pp. 403-432.

REIMANN, Mathias: "Nazi-Verbrechen und Staatenimmunität: Kann die Bundesrepublik Deutschland von KZ-Opfern vor US-amerikanischen Gerichten verklagt werden?", en: *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts,* 15, 1995, pp. 123-128.

REISMAN, Michael; KOVEN LEVIT, Jane: "Reflections on the problem of individual responsibility for violations of human rights", en: IIDH (comp.), *The modern world of human rights. Essays in honor of Thomas Buergenthal,* San José, 1996, pp. 419-436.

REYES ECHANDÍA, Alfonso: "Legislación y seguridad nacional en América latina", en: *Nuevo Foro Penal,* Nº 32, abril-junio 1986, pp. 141-150.

REYES ECHANDÍA, Alfonso: "Los derechos humanos y la justicia punitiva durante el estado de sitio en Colombia", en: *Revista de Derecho Penal y Criminología,* (Universidad Externado), vol. 2, Nº 6, julio 1979, pp. 25-42.

RINIO, Carsten: "Die Auslieferung eigener Staatsangehöriger. Historische Entwicklung und neuere Tendenzen", en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 108, 1996, pp. 354-393.

RIZ, Roland; BOSCH, Johanna: *Italienisches Strafgesetzbuch. Codice penal italiano.* Bozen, 1995.

ROBERTSON, A.H.; MERRILLS, J.G.: *Human Rights in the world. An introduction to the study of international human rights,* 3ª ed., Manchester, 1989.

ROBINSON, Nehemiah: *The Genocide Convention. A commentary,* Nueva York, 1960.
ROGGEMANN, Herwig (1994a): "Strafverfolgung von Balkankriegsverbrechen aufgrund des Weltrechtsprinzips - ein Ausweg?", en: *Neue Juristische Wochenschrift,* 47, 1994, pp. 1436-1439.
ROGGEMANN, Herwig (1994b): "Der internationale Strafgerichtshof der Vereinten Nationen von 1993 und die Balkankriegsverbrechen", en: *Zeitschrift für Rechtspolitik,* 27, 1994, pp. 297-301.
ROHT-ARRIAZA, Naomi (comp.): *Impunity and Human Rights in International Law and Practice,* Nueva York, Oxford, 1995.
ROHT-ARRIAZA, Naomi: "Combating Impunity: Some Thoughts on the Way Forward", en: *Law and Contemporary Problems,* vol. 59, N° 4, 1996, pp. 93-102.
ROHT-ARRIAZA, Naomi: "State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law", en: *California Law Review,* 78, 1990, pp. 449-513.
ROHT-ARRIAZA, Naomi: *Truth Commissions as Part of a Social Process,* en: Joyner (comp.), 1998, pp. 279-284.
ROHT-ARRIAZA, Naomi; GIBSON, Lauren: "The developing jurisprudence on amnesty", en: *Human Rights Quarterly,* 20, 1998, pp. 843-885.
ROSABAL DE ROTH, Ana Lorena: "El sistema interamericano: de la unión política a la protección internacional de los derechos humanos", en: *Boletín CAJ,* N° 45, junio 1995, pp. 27-49.
ROSENSTOCK, Robert: "Current Developments. The forty-eight session of the International Law Commission", en: *American Journal of International Law,* 91, 1997, pp. 365-374.
ROULOT, Jean-François: "Compétence des juridictions française pour juger un étranger accusé de tortures au Rwanda", en: *La semaine Juridique Édition Générale (JCP),* N° 41, 1998, pp. 1758-1761.
ROWE, Peter: "The International Criminal Tribunal for Yugoslavia: The Decision of the Appeals Chamber on the Interlocutory Appeal on Jurisdiction in the Tadíc case", en: *International and Comparative Law Quarterly,* 45, 1996, pp. 691-701.
ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre.* 3ª ed., Munich, 1997.
ROXIN, Claus: *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch,* 25ª ed., Munich, 1998.
Roxin, Claus: *Täterschaft und Tatherrschaft,* 6ª ed., Berlín, Nueva York, 1994.
RÚA, Alejandro Luis: "Vigencia de la acción penal en el caso 'Jorge Rafael Videla'", en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal,* 8-A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 371-414.
RÜTER, Christiaan Frederik: "Die strafrechtliche Ahndung von Staatsverbrechen, begangen durch Militär und Polizei", en: Friedrich/Wollenberg (eds.), *Licht in den Schatten der Vergangenheit,* Francfort del Meno 1987, pp. 67-82.
SÁENZ DÁVALOS, Luis: "Jurisdicción común vs. jurisdicción militar (reflexiones sobre la controversia funcional)", en: CAJ, *Lecturas sobre temas constitucionales,* 5, Lima, 1990, pp. 49-71.
SALVIOLI, Fabián: *Derechos, acceso y rol de la víctimas,* en: Méndez/Cox (eds.), 1998, pp. 293-342.
SANCINETTI, Marcelo (1987a): "Validez y alcance del proyecto de 'Punto Final'", en: *Doctrina Penal,* vol. 10, Buenos Aires, N° 37, 1987, pp. 117-140.

SANCINETTI, Marcelo (1987b): "Obediencia Debida y Constitución Nacional", en: *Doctrina Penal,* vol. 10, Buenos Aires, N° 39, 1987, pp. 463-515.
SANCINETTI, Marcelo: "Entwicklung der Menschenrechte in Argentina nach der Diktatu" en: *Lateinamerika (Analysen, Daten, Dokumentation).* Hamburgo (Institut für Iberoamerikakunde), N° 6, 1989, pp. 47-57.
SANCINETTI, Marcelo: *Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial,* Buenos Aires, 1988.
SANCINETTI, Marcelo; FERRANTE, Marcelo: *Elaboración jurídico penal del pasado tras un cambio de sistema político en diversos países.* Investigación realizada a requerimiento del Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (Friburgo, RFA), Buenos Aires, 1998, (próximo a publicarse con Hammurabi).
SANDOZ, Yves; SWINARSKI, Christophe; ZIMMERMANN, Bruno: (comp.), *Commentaire des Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève de 1949,* Genf, 1986.
SANTISTEVAN, Jorge: "Defensoría del Pueblo, democracia y gobernabilidad", en: *CAJ,* 1998b, pp. 331-361.
SANTISTEVAN, Jorge: "La Defensoría del Pueblo del Perú: Alcances y perspectivas (Conferencia Inaugural)", en: *CAJ,* 1997c, pp. 41-62.
SCHABAS, William: *Compensation and Reparation,* en: Joyner (comp.), 1998, pp. 445-455.
SCHACHTER, Oscar: "The obligation to implement the Covenant in domestic law", en: Henkin, Louis (comp.), *The International Bill of Rights,* Nueva York 1981, pp. 311-331.
SCHARF, Michael P.: (1996a), "Swapping Amnesty for Peace: Was there a duty to in Haiti?", en: *Texas International Law Journal,* vol. 31, N° 1, invierno 1996, pp. 1-42.
SCHARF, Michael P. (1996b): "The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes", en: *Law and Contemporary Problems,* vol. 59, N° 4, 1996, pp. 41-61
SCHARF, Michael P.: "Report of Rapporteur", en: Joyner (comp.), 1998, pp. 127-131.
SCHÄTZLER, Johann-Georg: *Handbuch des Gnadenrechts,* 2ª ed., Munich, 1992.
SCHEERER, Sebastian: "Kriminalität der Mächtigen", en: Kaiser, Günther/Kerner, Hans-Jürgen/Sack, Fritz/Schellhoss, Hartmut (eds.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch,* 3ª ed., Heidelberg, 1993, pp. 246-249.
SCHIAPPA-PIETRA, Oscar: "Reflexiones sobre la guerra y los delitos de función dentro del régimen constitucional peruano", en: CAJ, *Lecturas sobre temas constitucionales,* 5, Lima, 1990, pp. 15-61.
SCHMID, Alex P.: *Research on gross human rights violations.* Leiden (Center for the study of social conflicts, University of Leiden), 1989.
SCHMIDT, Markus G.: "Kein stilles Dulden. Beschwerdeverfahren vor Menschenrechtsgremien der Vereinten Nationen", en: *Vereinte Nationen* 1/1994, pp. 7-10.
SCHOMBURG, Wolfgang; LAGODNY, Otto: *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (International Cooperation in Criminal Matters).* Kommentar zum Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG), 3ª ed., 1998.
SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst: (eds.), *Strafgesetzbuch: Kommentar,* 25ª ed., comentado de Lenckner, Theodor/Cramer, Peter/Eser, Albin/Stree, Walter, Munich, 1997.
SCHREIBER, Hans-Ludwig: *Gesetz und Richter: zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes* nullum crimen, nulla poena sine lege, Francfort del Meno, 1976.
SCHÜLER-SPRINGORUM, Horst: *Kriminalpolitik für Menschen,* Francfort del Meno, 1991.

SCHÜLER-SPRINGORUM, Horst: "Sind die Menschenrechte noch zu retten? Vorfragen zu einer Überlebensfrage", en: Kühne, Hans-Heiner (comp.), *Festschrift für Koichi Miyazawa,* Baden-Baden 1995, pp. 391-403.

SCHULTZ, Hans: "Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1973", en: *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins,* 110 (1974), pp. 377-412.

SCHÜNEMANN, Bernd: "Ungelöste Probleme bei der Bestrafung nationalsozialistischer Gewalttaten", en: Frisch, Wolfgang/Schmid, Werner (comp.), *Festschrift Hans-Jürgen Bruns,* Colonia, 1978, pp. 223-247.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz: *Völkerrecht*, 9ª ed., Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1997.

SELLE, Dirk von: "Prolog zu Nürnberg - Die Leipziger Kriegsverbrecherprozesse vor dem Reichsgericht", en: *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte,* 1997, pp. 193-209.

SHELTON, Dinah: "Remedies in the Inter-American System", en: *ASIL proceedings of the 92nd annual meeting,* abril 1-4, 1998, Washington D.C., 1998, pp. 202-206.

SHRAGA, Daphna; ZACKLIN, Ralph: "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", en: *European Journal of International Law,* 5, 1994, pp. 360-380.

SIEGHART, Paul: *The lawful rights of mankind,* Oxford, 1986.

SILVA, Carlos M.: *Manual de Derecho Militar,* 2ª ed., Cochabamba, 1989.

SIMMA, Bruno: "Fragen der zwischenstaatlichen Durchsetzung vertraglich vereinbarter Menschenrechte", en: v. Münch, Ingo (comp.), *Staatsrecht-Völkerrecht-Europarecht, Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer,* Berlín, 1981, pp. 635-648.

SIMMA, Bruno: "International human rights law and general international law: a comparative analysis", en: Academy of European Law (comp.), *Collected courses of the Academy of European Law,* vol. IV, (1995), Book 2, pp. 153-236.

SIMMA, Bruno; FASTENRATH, Ulrich: *Menschenrechte. Ihr internationaler Schutz,* 3ª ed., Munich, 1992.

SIMMA, Bruno; PAULUS, Andreas: "The 'International Community': Facing the Challenge of Globalization", en: *European Journal of International Law,* 9, 1998, pp. 266-277.

SINTURA V., Francisco José: "Proceso penal y normas de excepción: la experiencia colombiana", en: *Boletín CAJ,* N° 41, junio 1994, pp. 26-43.

SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino. Parte General,* t. 1, 4ª ed., Buenos Aires, 1978.

SOLF, Waldemar A.; CUMMINGS, Edward R.: "A Survey of Penal Sanctions under Protocol I to the Geneva Conventions of August 12, 1949", en: *Case Western Reserve Journal of International Law,* 9, 1977, pp. 205-251.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip: (comp.), *International Human Rights in Context. Law, Politics, Moral,* Oxford, 1996.

STERN, Brigitte: "Better Interpretation and Enforcement of Universal Jurisdiction", en: Joyner (comp.), 1998, pp. 175-191.

STORZ, Karl Alfred: *Die Rechtsprechung des OGH in Strafsachen,* Tubinga, 1969.

SUNGA, Lyal S.: *Individual responsibility in international law for serious human rights violations,* Dordrecht, 1992.

SUNGA, Lyal S.: *The Emerging System of International Criminal Law,* La Haya, 1997.

TAPPATÁ DE VALDEZ, Patricia: "Argentina: La legalidad burlada", en: *Boletín CAJ,* N° 27, diciembre, 1990, pp. 25-31.

TAYLER, Wilder: "La Problemática de la Impunidad y su Tratamiento en las Naciones Unidas – Notas para la Reflexión", en: *Revista IIDH,* N° 24, julio-diciembre 1996, pp. 185-213.

TERÁN LOMAS, Roberto A.A.: *Derecho penal. Parte General,* t. 2, Buenos Aires, 1980.

THUN, Konstantin: "Das 'Verschwindenlassen' von Menschen vor dem Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte". *Lateinamerika, Analysen-Daten-Dokumentation,* 6 (1989) 11/12, pp. 59-64.

THÜRER, Daniel: "Vom Nürnberger Tribunal zum Jugoslawien-Tribunal und weiter zu einem Weltstrafgerichtshof?", en: *Schweizer Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 4/1993,* pp. 491-516.

TOMUSCHAT, Christian: "Die Arbeit der ILC im Bereich des materiellen Völkerstrafrechts", en: Hankel, Gerd/Stuby, Gerhard (comp.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen: Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen,* Hamburgo 1995, pp. 270-294.

TOMUSCHAT, Christian: "International criminal prosecution: the precedent of Nuremberg confirmed", en: *Criminal Law Forum,* 5, 1994, pp. 237-247.

TRASSL, Michael: *Die Wiedergutmachung von Menschenrechtsverletzungen im Völkerrecht,* Berlín, 1994.

Trejos, G.: "La Convención Americana sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica", en: *Revista de Derecho Constitucional,* 1, San José (Corte Suprema de Justicia), 1991, pp. 65 y ss.

Tribunal Permanente de los Pueblos, *Proceso a la impunidad de crímenes de lesa humanidad,* Bogotá, 1989.

Tribunal Permanente de los Pueblos, *Proceso a la impunidad de crímenes de lesa humanidad en América Latina* 1989-1991, Bogotá, 1991.

TRIFFTERER, Otto: "Bestandsaufnahme zum Völkerstrafrecht", en: Hankel, Gerd/Stuby, Gerhard (comp.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen: Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen,* Hamburgo, 1995, pp. 169-269.

TRIFFTERER, Otto: "Die völkerrechtlichen Verbrechen und das staatliche Strafrecht", en: *Zeitschrift für Rechtsvergleichung,* 1989, pp. 83-128.

TRIFFTERER, Otto: *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg,* Friburgo Br., 1966.

TRIFFTERER, Otto: *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil,* Viena, Nueva York, 1985.

TRIFFTERER, Otto: "Österreichs Verpflichtungen zur Durchsetzung des Völkerstrafrechts", en: *Österreichische Jurtisten-Zeitung,* 1996, pp. 321-343.

TRIFFTERER, Otto: "Regierungskriminalität durch Machtmißbrauch", en: Kaiser/Jehle (eds.), *Kriminologische Opferforschung,* t. I, Heidelberg, 1994, pp. 137-169.

TRIFFTERER, Otto: "Was kann das Völkerstrafrecht zur Bewältigung der Regierungskriminalität in der DDR beitragen?" en: Lampe, Ernst-Joachim (comp.), *Deutsche Wiedervereinigung. Die Rechtseinheit. Arbeitskreis Strafrecht. Band II: Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung,* Colonia,1993, pp. 131-160.

TRIFFTERER, Otto (ed.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court.* Observers' Notes, Article by Article, Baden-Baden, 1999.

TRÖNDLE, Herbert: *Strafgesetzbuch: Kommentar,* 48ª ed., Munich, 1997.

TRONCOSO, Claudio: *Decreto Ley de Amnistía y causas pendientes por violación de derechos humanos 1973-1978.* Documento interno de discusión para el Ministerio de Justicia, Santiago de Chile, 1995. (Archivo del Autor.)

UPRIMNY, Rodrigo: "Estado de sitio y tratados internacionales", en: Gallón, Gustavo (comp.), *Guerra y Constituyente,* Bogotá, 1991, pp. 90-101.

UN-Centre for Social Development and Humanitarian Affairs, *Manual on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions,* Nueva York, 1991 (UN-Doc. ST/CS DHA/12).

United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals,* vol. I-XV, Londres, 1947-1949 (citado como UNWCC, tomo y página).

VAILLANT, George C.: *La civilización azteca,* 4ª ed., México D.F., 1965.

VALENCIA VILLA, Hernando: (1991a), "Impunidad, ilegitimidad e injusticia en Colombia", en: *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, Justicia, Derechos Humanos e Impunidad,* 2ª ed., Bogotá, 1991, pp. 41-48.

VALENCIA VILLA, Hernando (1991b): "*Status* de las Partes Contendientes en el conflicto armado interno de Colombia", en: *Boletín CAJ,* Nº 29, julio 1991, pp. 23-27.

VALIÑA, Liliana: "Normas y criterios aplicables a los estados de excepción en algunas constituciones de América Latina", en: *Boletín CAJ,* Nº 29, julio 1991, pp. 9-22.

VALLE J., Jesús-María: "Los nuevos decretos de estado de sitio desde el punto de vista procesal", en: Velásquez, Fernando/Valle, Jesús/Londoño, Hernando/Posada, John Jaime, *Regulación sobre armas y estupefacientes.* Colegas, Medellín 1986, pp. 111-127.

VAN BOVEN, Theo: *Accountability for International Crimes: The Victim's Perspective,* en: Joyner (comp.), 1998, pp. 349-357.

VAN DEN WYNGAERT, Christine: "Double Criminality as a Requirement to Jurisdiction", en: Jareborg, Nils (ed.), *Double Criminality: Studies in International Criminal Law,* Upsala, 1989, pp. 43-56.

VAN DYKE, John M.; BERKLEY, Gerald W.: "Redressing human rights abuses", en: *The Denver Journal of International Law and Policy,* 20, 1992, pp. 243-267.

VAN SCHAACK, Beth: "The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot", en: *The Yale Law Journal,* 106, 1997, pp. 2259-2291.

VARGAS, Juan Enrique; CORREA, Jorge: *Diagnóstico del Sistema Judicial Chileno,* Santiago (Centro de Desarollo Jurídico Judicial/Corporación de Promoción Universitaria), 1995.

VÁSQUEZ CHACÓN, Eduardo: *Código de Justicia Penal Militar,* Bogotá, 1979.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge: "Inconstitucionalidad del indulto a procesados", en: *Doctrina Penal,* Buenos Aires, vol. 13, Nº 49-52 (1990), pp. 399-430.

VELÁSQUEZ V., Fernando: *Derecho Penal. Parte General,* 3ª ed., Bogotá, 1997.

VELÁSQUEZ V., Fernando: *Las Drogas,* Medellín, 1989.

VERBITSKY, Horacio: *El vuelo,* Buenos Aires, 1995.

VERDROSS, Alfred; SIMMA, Bruno: *Universelles Völkerrecht,* 3ª ed., Berlín, 1984.

VERVAELE, John: "Impunidad: el Derecho Penal y la protección de los Derechos Humanos en Colombia", en: *Doctrina Penal,* vol. 12, Nº 46-47, Buenos Aires, 1989, pp. 331-351.

VOLK, Klaus: *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht,* Ebelsbach, 1978.

VON WEBER, Hellmuth: "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl", en: *Monatsschrift für Deutsches Recht,* 2, 1948, pp. 34-42.

VOYAME, Joseph: "La Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984", en: Cassese, Antonio (ed.), *The International Fight against Torture. La lutte international contre la torture,* Baden-Baden, 1991, pp. 43-55.

WALTHER, Susanne: "'Private' Ahndung schwerer Menschenrechtsverletzungen: Grenzüberschreitende Denkanstöße zum internationalen Strafrecht", en: Arnold, Jörg/Burkhardt, Björn/Gropp, Walter/Koch, Hans-Georg (comp.), *Grenzüberschreitungen. Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser,* Friburgo Br., 1995, pp. 229-247.

Weber, Hermann: "St. Helena oder Nürnberg? Die Grenzen der strafrechtlichen Verantwortung im Völkerrecht", en: *Vereinte Nationen,* 6/1990, pp. 205-211.

WEHRLE, Gerhard: "Without truth, no reconciliation. The South African Rechtsstaat and the Apartheid past", en: *VRÜ,* 1/1996, pp. 58-72.

WOLFRUM, Rüdiger: "The Decentralized Prosecution of International Offences through National Courts", en: *Israel Yearbook on Human Rights,* 24, 1994, pp. 183-199.

WOLFSLAST, Gabriele: *Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung,* Colonia, 1995.

WU, Yolanda S.: "Genocidal rape in Bosnia: redress in United States courts under the Alien Tort Claims Act", en: *UCLA Women's Law Journal,* vol. 4, Nº 1, otoño 1993, pp. 101-111.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge: "La equidad en el derecho penal a través del indulto y la conmutación de pena", en: *Revista Jurídica Argentina La Ley,* 1982-D, pp. 977-982.

YOUROW, Howard Charles: *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence,* La Haya, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho Penal. Parte General,* 4ª ed., Buenos Aires, 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: (Instituto Interamericano de Derechos Humanos), *Sistemas penales y derechos humanos en América latina,* Buenos Aires, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Tratado de Derecho Penal. Parte General,* t. V. Buenos Aires, 1983.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CAVALLERO, Ricardo Juan: *Derecho Penal Militar,* Buenos Aires, 1980.

ZALAQUETT, José: *Proceso de Transición a la Democracia y Política de Derechos Humanos en América Latina,* en: González Volio (ed.), 1998, pp. 105-132.

ZIMMERMANN, Andreas: "Die Schaffung eines ständigen internationalen Strafgerichtshofs. Perspektiven und Probleme vor der Staatenkonferenz von Rom", en: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 1998, pp. 47-108.

ZIMMERMANN, Andreas: "Sovereign immunity and violations of international *jus cogens* – some critical remarks", en: *Michigan Journal of International Law,* 16 (1995), pp. 433-440.

ZIMMERMANN, Stefan: *Strafrechtliche "Vergangenheitsbewältigung" und Verjährung. Eine rechtsdogmatische und -politische Analyse mit vergleichenden Ausblicken nach Tschechien,* Ungarn und Frankreich, Friburgo, 1997.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: "La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales", en: *Nuevo Foro Penal,* N° 53, julio 1991, pp. 331-349.

2. *Fuentes no publicadas*

Deutscher Bundestag, Unterausschuß für Menschenrechte und Humanitäre Hilfe, Öffentliche Anhörung zu dem Thema "Perú" (Wortprotokoll). Bonn, 5/10/1992 (AZ 712-UA2-2451).

RADSECK, Michael: Zivil-militärische Beziehungen und Demokratisierung in Chile (1990-1994). Wissenschaftliche Arbeit im Fach Politikwissenschaft, vorgelegt im Juli 1994. Friburgo,

República de Colombia - Ministerio de Justicia, *La acción del gobierno en la lucha contra la impunidad* (Ponencia: T. Ortega N. - Viceministro de Justicia), Bogotá, Septiembre 1988.

Sánchez, Miguel; GIRALDO, Catalina; GARCÍA, Ernesto, *Fundamentos ideológicos y teóricos para la formulación del plan nacional para la superación del problema de la droga.* Internes Arbeitspapier des DNE zur Vorlage beim CNE. Bogotá, marzo 1991 (archivo del Autor).

3. *Informes de Derechos Humanos*

3.1. United Nations (UN) *

3.1.1. UN

– (1990), *Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol,* vol. 2, seventeenth to thirty-second sessions (octubre 1982 - abril 1988), CCPR/C/OP/2, N.Y. 1990.
- (1995), *International Human Rights Instruments.* Core document forming part of the reports of States Parties. Colombia, Doc.-ONU HRI/CORE/1/Add.56, 30 junio 1995.
- (1995a), *International Human Rights Instruments.* Core document forming part of the reports of States Parties. Perú, Doc.-ONU HRI/CORE/1/Add.43/Rev. 1, 27 junio 1995.
- (1995b), *International Human Rights Instruments.* Core document forming part of the reports of States Parties. Bolivia, Doc.-ONU HRI/CORE/1/Add.54, 9 mayo 1995.
- (1996), *International Instruments.* Chart of Ratifications as at 30 junio 1996. Nueva York and Geneva 1996, Doc.-ONU ST/HR/4/Rev. 14.
- (1997), *International Human Rights Instruments.* Compilation of general comments and general recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies, Doc. HRI/GEN/1/Rev. 3, 15 agosto1997.

3.1.2. UN-ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL (ECOSOC)

- (1994), *Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.* Third periodic reports submitted by States Parties under articles 16 and 17 of the Covenant. Addendum, Colombia, Doc.-ONU/1994/104/add. 2, 15 Agosto 1994.

* Otros documentos de la ONU se encuentran en las notas del texto. Ver también internet: http://www.un.org.

3.1.3. UN-ECOSOC-COMISSION ON HUMAN RIGHTS (CHR)

- (1989), *Question of the human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment, torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.* Report of the Special Rapporteur, Mr. PP. Kooijmans, pursuant to CHR resolution 1989/33. Doc.-ONU/CN.4/1990/17, 18 diciembre 1989.
- (1991), *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearences.* Doc.-ONU/CN.4/1991/20, 17 enero 1991.
- (1992), *Special Report on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions.* Report by the Special Rapporteur, Mr. Bacre Waly Ndiaye, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1992/72. Doc.-ONU/CN.4/1993/46, 23 diciembre 1992.
- (1993), *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances.* Doc.-ONU/CN.4/1993/25, 7 enero 1993.
- (1993a), *Special Report on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions.* Report by the Special Rapporteur, Mr. Bacre Waly Ndiaye, on his mission to Perú from 24 may to 2 marzo 1993. Doc.-ONU/CN.4/1994/7/Add.2, 15 Noviembre 1993.
- (1993b), *Special report on extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions.* Report by the Special Rapporteur, Mr. Bacre Waly Ndiaye, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1993/71. Doc.-ONU/CN.4/1994/7, 7 diciembre 1993.
- (1993c), *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances.* Doc.-ONU/CN.4/1994/26, 22 diciembre 1993.
- (1994a), *Special Report on Extrajudicial, summary or arbitrary executions.* Report by the Special Rapporteur, Mr. Bacre Waly Ndiaye, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1994/82. Doc.-ONU/CN.4/1995/61, 14 diciembre 1994.
- (1994b), *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances.* Doc.-ONU/CN.4/1995/36, 30 diciembre 1994.
- (1994c), *Internally displaced persons.* Report of the representative of the Secretary-General, Mr. Francis Deng, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1993/95. Addendum, Profiles in displacement. Colombia, Doc.-ONU/CN.4/1995/50, 3 octubre 1994.
- (1994d), *Status of the International Covenants on Human Rights.* Doc.-ONU/CN.4/1995/79, 24 noviembre 1994.
- (1994e), *Status of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.* Doc.-ONU/CN.4/1995/35, 24 noviembre 1994.
- (1995a), Report of the Special Rapporteur, Mr. Nigel S. Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1992/32 on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Doc.-ONU/CN.4/1995/34, 12 enero 1995.
- (1995b), *Joint Report of the Special Rapporteur of Colombia on the question of torture, extrajudicial, summary or arbitrary executions.* Doc.-ONU/CN.4/1995/111, 16 enero 1995.

- (1995c), *Status of the International Covenants on Human Rights.* Doc.-ONU/CN. 4/1996/75, 24 noviembre 1995.
- (1995d), *Question of the human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment. Right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights and fundamental freedoms.* Report of the Secretary General prepared pursuant to Commission resolution 1995/34. Doc.-ONU/CN.4/1996/29, 27 noviembre 1995.
- (1996a), *Internally displaced persons.* Report of the representative of the Secretary-General, Mr. Francis Deng, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1995/57. Addendum, Profiles in displacement. Perú, Doc.-ONU/CN.4/ 1996/52, Add.1, 4 enero 1996.
- (1996b), *Questions of human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment, in particular: torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.* Report of the Special Rapporteur, Mr. Nigel S. Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1995/37. Doc.-ONU/CN.4/1996/35, 9 enero 1996.
- (1996c), *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearences.* Doc.-ONU/CN.4/1996/38, 15 enero 1996.
- (1996d), *Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions.* Report by the Special Rapporteur, Mr. Bacre Waly Ndiaye, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1995/73. Doc.-ONU/CN.4/1996/4, 25 enero 1996.
- (1996e), Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Dato'Param Cumaraswamy, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1995/36. Doc.-ONU/CN.4/1996/37, 1 marzo 1996.
- (1996f), *Questions of human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment, in particular: torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.* Report of the Special Rapporteur, Mr. Nigel S. Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1995/37. Addendum. Visit by the Special Rapporteur to Chile. Doc.-ONU/CN.4/1996/35/Add.2, 4 enero 1996.
- (1996g), *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearences.* Doc.-ONU E/CN.4/1997/34, 13 diciembre 1996.
- (1996h), *Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions.* Report by the Special Rapporteur, Mr. Bacre Waly Ndiaye, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1996/74. Addendum. Doc.-ONU E/CN.4/1997/60/Add. 1, 23 diciembre 1996.
- (1996/97), *Questions of human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment, in particular: torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.* Report of the Special Rapporteur, Mr. Nigel S. Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1995/37. Doc.-ONU E/CN.4/1997/7/Add. 1 (20 diciembre 1996) y E/CN.4/1997/7 (10 enero 1997).
- (1997a) *Report by Mr. Maurice Glèlè-Ahanhanzo,* Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance. Addendum. Mission to Colombia. Doc.-ONU E/CN.4/1997/71/Add. 1, 13 enero 1997.
- (1997b), Report of the United Nations High Comissioner for Human Rights on Colombia. Doc.-ONU E/CN.4/1997/11, 24 enero 1997.

- (1997c), *Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions.* Report by the Special Rapporteur, Mr. Bacre Waly Ndiaye, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1996/74. Addendum. Country Situations. Doc.-ONU E/CN.4/1998/ 68/Add. 1, 19 diciembre 1997.
- (1997d), *Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions.* Report by the Special Rapporteur, Mr. Bacre Waly Ndiaye, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1996/74. Doc.-ONU E/CN.4/1998/68, 23 diciembre 1997.
- (1997e), *Questions of human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment, in particular: torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.* Report of the Special Rapporteur, Mr. Nigel S. Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1995/37. Doc.-ONU E/CN.4/1998/38, 24 diciembre 1997.
- (1997f), *Questions of human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment, in particular: torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.* Report of the Special Rapporteur, Mr. Nigel S. Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1995/37. Addendum. Summary o Cases transmitted to Governments ans replies received. Doc.-ONU E/ CN.4/1998/38/Add. 1, 24 diciembre 1997.
- (1997g), *Questions of human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment. Views and comments received from States on the note and revised draft basic principles and guidelines on the right to reparation for victims of [gross] violations of human rights and international humanitarian law.* Report of the Secretary General. Doc.-ONU E/CN.4/1998/34, 22 diciembre 1997.
- (1998a), *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearences.* Doc.-ONU E/CN.4/1998/43, 12 enero 1998.
- (1998b), *Question of the human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment.* Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Mr. Param Cumaraswamy. Doc.-ONU E/CN.4/1998/39, 12 febrero 1998.
- (1998c), *Question of the human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment.* Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Mr. Param Cumaraswamy. Addendum: Report on the mission to Perú. Doc.-ONU E/CN.4/1998/39/Add.1, 19 febrero 1998.
- (1998d), *Organización de los trabajos del período de sesiones. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.* Doc.-ONU E/ CN.4/1998/16, 9 de marzo de 1998.
- (1998e), Letter dated 10 Marzo 1998 from the Deputy Minister for Foreign Affairs of Colombia addressed to the United Nations High Commissioner for Human Rights. Doc.-ONU E/CN.4/1998/135, 19 marzo 1998.
- (1998f), *Question of the human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment.* Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Mr. Param Cumaraswamy. Addendum: Report on the mission of the Special Rapporteur to Colombia. Doc.-ONU E/CN.4/1998/39/Add.2, 30 marzo 1998.

- (1998g), *Observaciones del Gobierno de Colombia al informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.* Doc.-ONU E/CN.4/1998/16, 1998.
- (1998h), *Promotion and Protection of Human Rights. Fundamental Standards of Humanity.* Report of the Secretary General submitted pursuant to Commission resolution 1998/29. Doc.-ONU E/CN.4/1999/92, 18 diciembre 1998.
- (1998i), *Civil and Political Rights, including questions of Torture and Detention.* Report of the Working Group on Arbitrary Detention. Doc.-ONU E/CN.4/1999/63, 18 diciembre 1998.
- (1998j), *Civil and Political Rights, including questions of: Disappearances and Summary Executions.* Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearences. Doc.-ONU E/CN.4/1999/62, 28 diciembre 1998.
- (1999a), *Civil and political rights, including Questions of: Independence of the Judiciary, Administration of Justice, Impunity.* Report of the Secretary General. Doc.-ONU E/CN.4/1999/57, 13 enero 1999.
- (1999b), *Civil and Political Rights, including questions of: disappearances and Summary Executions. Extrajudicial, summary or arbitrary executions.* Report of the Special Rapporteur, Ms. Asma Jahangir, submitted pursuant to Comission on Human Rights resolution 1998/68. Doc.-ONU E/CN.4/1999/39, 6 enero 1999.
- (1999c), *Civil and Political Rights, including questions of: Disappearances and Summary Executions. Extrajudicial, summary or arbitrary executions.* Report of the Special Rapporteur, Ms. Asma Jahangir, submitted pursuant to Comission on Human Rights resolution 1998/68. Addendum. Country Situations. Doc.-ONU E/CN.4/1999/39/Add.1, 6 enero 1999.
- (1999d), *Civil and Political Rights, including questions of Torture and Detention.* Report of the Working Group on Arbitrary Detention. Addendum. Report on the mission to Perú. Doc.-ONU E/CN.4/1999/63/Add.2, 11 enero 1999.
- (1999e), *Civil and political rights, including the Question of: Independence of the Judiciary, Administration of Justice, Impunity.* Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Mr. Param Cumaraswamy. Doc.-ONU E/CN.4/1999/60, 13 enero 1999.
- (1999f), *Civil and Political Rights, including questions of Torture and Detention.* Report of the Special Rapporteur, Mr. Nigel S. Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1998/38. Doc.-ONU E/CN.4/1999/61, 12 enero 1999.
- (1999g), *Civil and political rights, including the Question of: Independence of the Judiciary, Administration of Justice, Impunity.* Report of the independent expert on the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights and fundamental freedoms, Mr. M. Cherif Bassiouni, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1998/43. Doc.-ONU E/CN.4/1999/65, 8 febrero 1999.

3.1.4. UN-ECOSOC-CHR-Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (Subcommission)

- (1982), *Questions of the human rights of persons subjected to any form of detention or imprisonment. Study of the implications for human rights of recent developments concerning situations known as state of siege or emergency.* Special Rapporteur, Mrs. N. Questiaux. Doc.-ONU E/CN.4/Sub.2/1982/15, 27 julio 1982.
- (1985), *Study on amnesty laws and their role in the safeguard and promotion of human rights.* Doc.-ONU/CN.4/Sub.2/1985/16, 21 junio 1985.
- (1991), *Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms.* Progress report submitted by Mr. Theo van Boven, Special Rapporteur. Doc.-ONU/CN.4/Sub.2/1991/7, 25 julio 1991.
- (1992), *The administration of justice and the human rights of detainees. Question of human rights of persons subjected to any form of detention and imprisonment.* Working paper prepared by Mr. Guissé and Mr. Joinet. Doc.-ONU/CN.4/Sub.2/1992/18, 12 agosto 1992.
- (1992a), *Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms.* Second progress report submitted by Mr. Theo van Boven, Special Rapporteur. Doc.-ONU/CN.4/Sub.2/1992/8, 29 julio 1992.
- (1993), *The administration of justice and the human rights of detainees. Question of human rights of persons subjected to any form of detention and imprisonment.* Progress report on the question of the impunity of perpetrators of human rights violations, prepared by Mr. Guissé and Mr. Joinet, pursuant to Sub-Commission resolution 1992/23. Doc.-ONU/CN.4/Sub.2/1993/6, 19 julio 1993.
- (1994), *The administration of justice and the human rights of detainees. Question of human rights of persons subjected to any form of detention and imprisonment.* Preliminary report on opposition to the impunity of perpetrators of human rights violations (economic, social and cultural rights), prepared by Mr. Guissé and Mr. Joinet, pursuant to Sub-Commission resolution 1993/37. Doc.-ONU/CN.4/Sub.2/1994/11, 22 junio 1994.
- (1995), *The administration of justice and the human rights of detainees.* Progress report on the question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political rights), prepared by Mr. Joinet, pursuant to Sub-Commission resolution 1994/34. Doc.-ONU/CN.4/Sub.2/1995/18, 28 junio 1995.
- (1995a), *The administration of justice and the human rights of detainees.* Interim report on opposition to the impunity of perpetrators of human rights violations (economic, social and cultural rights), prepared by Mr. El Hadji Guissé, pursuant to Sub-Commission resolution 1994/34. Doc.-ONU/CN.4/Sub.2/1995/19, 27 junio 1995.
- (1996), *The administration of justice and the human rights of detainees. Question of the impunity of perpetrators of human rights (civil and political rights):* final report prepared by Mr. L. Joinet, pursuant to Sub-Commission resolution 1995/35, Doc.-ONU/CN.4/Sub.2/1996/18, 29 junio 1996.
- (1996a), *The realization of economic, social and cultural rights.* Second interim report on the question of the impunity of perpetrators of human rights violations, prepared by Mr. El Hadji Guissé, Special Rapporteur. Doc.-ONU/CN.4/Sub.2/1996/15, 3 julio 1996.
- (1996b), *The administration of Justice and Human Rights of Detainees: Question of Human Rights and States of Emergency.* Final report of the Special Rapporteur,

Mr. Leandro Despouy, appointed pursuant to Economic and Social Council resolution 1985/37. Addendum: Tenth annual list of States which, since 1 enero 1985, have proclaimed, extended or terminated a state of emergency. Doc.-ONU E/CN.4/Sub.2/1997/19/Add.1, 9 junio 1996.

- (1997a), *Informe final sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos económicos, sociales y culturales),* preparado por el Sr. El Hadji Guissé, Relator Especial, en cumplimiento de la resolución 1996/24 de la Subcomisión. Doc.-ONU E/CN.4/Sub.2/1997/8, 23 de junio de 1997.
- (1997b), *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos.* Informe final revisado acerca 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, Doc.-ONU E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev. 1, 2 de octubre de 1997.
- (1997c), *The administration of Justice and Human Rights of Detainees: Question of Human Rights and States of Emergency.* Tenth annual report and list of States which, since 1 Enero 1985, have proclaimed, extended or terminated a state of emergency, presented by Mr. Leandro Despouy, Special Rapporteur appointed pursuant to Economic and Social Council resolution 1985/37. Doc.-ONU E/CN.4/Sub.2/1997/19, 23 junio 1997.
- (1997d), *The administration of Justice and Human Rights:* written statement submitted by Service, Peace and Justice in Latin America, a non-governmental organization in special consultative status. Doc.-ONU E/CN.4/Sub.2/1997/NGO/36, 25 agosto 1997.
- (1998), *The administration of Justice and Human Rights.* Report of the sessional working group on the adminstration of justice. Doc.-ONU E/CN.4/Sub.2/1998/19, 19 agosto1998.

3.1.5. UN-Human Rights Committee (HRC)

- (1991), *Consideration of reports submitted by States Parties under article 40 of the Covenant.* Second periodic reports of States Parties due in 1988. Addendum, Perú, Doc.-ONU CCPR/C/51/Add.4, 26 agosto 1991.
- (1992a), *Consideration of reports submitted by States Parties under article 40 of the Covenant.* Second periodic reports of States Parties due in 1988. Addendum, Perú, Doc.-ONUCCPR/C/51/Add.5, 24 junio 1992.
- (1992b), *Consideration of reports submitted by States Parties under article 40 of the Covenant.* Second periodic reports of States Parties due in 1988. Addendum, Perú, Doc.-ONUCCPR/C/51/Add.6, 24 junio 1992.
- (1992c), *Consideration of reports submitted by States Parties under article 40 of the Covenant.* Comments of the Human Rights Committee. Perú, Doc.-ONUCCPR/C/79/Add.8, 25 septiembre 1992.
- (1994), *Consideration of reports submitted by States Parties under article 40 of the Covenant.* Second periodic reports of States Parties due in 1992. Addendum, Argentina, Doc.-ONUCCPR/C/75/Add.1, 23 febrero 1994.
- (1995), *Consideration of reports submitted by States Parties under article 40 of the Covenant.* Third periodical reports of States Parties due in 1993. Addendum, Perú, Doc.-ONUCCPR/C/83/Add.1, 21 marzo 1995.

3.1.6. UN-ECOSOC-Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR)

- (1995), *Consideration of reports submitted by States Parties under articles 16 and 17 of the Covenant.* Concluding observations of the CESCR. Colombia, Doc.-ONU/C.12/1995/12, 28 diciembre 1995.

3.1.7. UN-Committee against Torture (CAT)

- (1994), *Consideration of reports submitted by States Parties under article 19 of the Convention.* Initial reports of States Parties due in 1989. Addendum, Perú, Doc.-ONUCAT/C/7/Add.16, 31 mayo 1994.
- (1995), *Consideration of reports submitted by States Parties under article 19 of the Convention.* Second periodic reports of States Parties due in 1993. Addendum, Colombia, Doc.-ONUCAT/C/20/Add.4, 10 Agosto 1995, HRI/CORE/1/Add. 43.

3.1.8. UN-Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD)

- (1995), *Consideration of Reports submitted by States Parties under Article 9 of the Convention.* Thirteenth periodic report of States Parties due in 1995. Addendum. Bolivia, Doc.-ONUCERD/C/281/Add.1, 12 julio 1995.

3.2. Organization of American States (OAS)/Organización de los Estados Americanos (OEA)*

3.2.1. OAS-Inter-American Court of Human Rights (IA Court)

- (1992), *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1991.* Washington D.C. 1992.
- (1993), *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1992.* Washington D.C. 1993.
- (1994a), *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1990.* Washington D.C. 1994.
- (1994b), *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1993.* Washington D.C. 1994.
- (1996), *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1995.* Washington D.C. 1996.
- (1997), *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1996.* Washington D.C. 1997.

3.2.2. OEA-Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH)

- (1988a), *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987.* Washington D.C. 1988.
- (1988b), *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1988.* Washington D.C. 1988.

* Se trabajó con los informes en inglés o en castellano. Ver también internet: http://www.oas.org.

- (1989), *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1989.* Washington D.C. 1989.
- (1995), *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1994,* Washington D.C. 1995.
- (1997) *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano (actualizado a abril de 1997).* San José 1997.
- (1998), *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1997.* Washington D.C. 1998.

3.2.3. OAS-Inter-American Commission on Human Rights (IACHR)

- *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1991.* Washington D.C. 1991.
- *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1992.* Washington D.C. 1992.
- *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1992-1993.* Washington D.C. 1993.
- *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1993.* Washington D.C. 1994.

3.2.4. OEA-Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComIDH)

- *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina.* Washington D.C. 1980.
- *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Bolivia.* Washington D.C. 1981.
- *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988.* Washington D.C. 1988.
- *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1989.* Washington D.C. 1989.
- *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1989-1990.* Washington D.C. 1990.
- (1993), *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993.* Washington D.C. 1993.
- (1993a), *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia.* Washington D.C. 1993.
- (1993b), *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú.* Washington D.C. 1993.
- (1993c), *Demanda e Informes sobre el caso Cayara (Perú).* Washington D.C. 1993.
- *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994.* Washington D.C. 1995.
- *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996.* Washington D.C. 1997.

3.3. **Amnesty International (AI, internet: http://www.amnesty.org)**

- (1989a), *Perú. Human Rights in a state of Emergency.* Londres, agosto 1989.

- (1989b), *Perú. The Cayara Massacre.* Londres, septiembre 1989.
- (1989c), *Colombia. Human Rights developments - "death squads" on the defensive.* Londres, septiembre 1989.
- (1989d), *Caught between two fires.* Londres, noviembre 1989.
- (1989e), *Perú. Appeal cases.* Londres, octubre 1989.
- (1990a), *Bolivia: Torture and extrajudicial execution of detainees at the Granja de Espejos.* Londres, febrero 1990.
- (1990b), *Perú: The Cayara Massacre - recent developments.* Londres, marzo 1990.
- (1991a), *Report 1991.* Londres, 1991.
- (1991b), *Perú. Lima, des Terrors.* Bonn, noviembre 1991.
- (1992a), *Report 1992.* Londres, 1992.
- (1992b), *Human rights during the government of President Alberto Fujimori.* Londres, mayo 1992.
- (1992c), *Killings in Cauca Department - an update.* Londres, noviembre 1992.
- (1992d), *Killing of Arhuaco Indian leaders - an update.* Londres, octubre 1992.
- (1993a), *Perú. Army seeks a cover-up of summary killings.* Londres, abril 1993.
- (1993b), *Perú. Human rights since the suspension of constitutional government.* Londres, mayo 1993.
- (1993c), *Cases of torture and extrajudicial executions allegedly committed by the Bolivian Security Forces.* Londres, septiembre 1993.
- (1993d), *Chile. Torture and ill-treatment continue.* Londres, narzo 1993.
- (1993e), *Colombia. Killings in Cauca Department - Army official accused.* Londres, mayo 1993.
- (1993f), *Colombia. Extrajudicial execution and ill-treatment of Arsario Indians.* Londres, agosto 1993.
- (1994) *Americas. The continent in which we want to live. A message from Amnesty International to the People of the Americas.* Londres, noviembre 1994.
- (1994a), *Colombia. The Human Rights Movement under siege.* Londres, marzo 1994.
- (1994b), *Colombia. Children and minors: victims of political violence.* Londres, junio 1994.
- (1994c), *Colombia. Human Rights abuses against indigenous people.* Londres, junio 1994.
- (1994d), *Colombia. Political Violence in Colombia.* Londres, marzo 1994.
- (1994e), *Perú. Anti-terrorism laws continue to fall short of international human rights standards.* Londres, abril 1994.
- (1994f), *Perú. Amnesty International's concerns about torture and ill-treatment.* Londres, noviembre 1994.
- (1994g), *Rundbrief der Colombia-Koordinationsgruppe.* Berlín, octubre 1994.
- (1995a), *Report 1995.* Londres, 1995.
- (1995b), *Colombia. Trade Unionists in Colombia: a tenuous grip on life.* Londres, mayo 1995.
- (1995c), *Colombia. Political Violence in Norte de Santander and South of Cesar Department Escalates.* Londres, agosto 1995.
- (1995d), *Women in Colombia. Breaking the silence.* Londres, septiembre 1995.

- (1995e), *Argentina. The right to the full truth.* Londres, julio 1995.
- (1995f), *Perú. Reforms of anti-terrorism laws fail to match international human rights standards.* Londres, octubre 1995.
- (1995g), *Women in Perú. Rights in jeopardy.* Londres, noviembre 1995.
- (1996), *Latin America. Crime without punishment: Impunity in Latin America.* Londres, 1996.
- (1996a), *Rundbrief der Colombia-Koordinationsgruppe 1/96.* Berlín, 1996.
- (1996b), *Perú. Human rights in a time of impunity.* Londres, 1996.
- (1996c), *Perú: Prisoners of Conscience.* Londres, 1996.
- (1996d), *Colombia. Extrajudicial killings, "disappearances", death threats and other political violence in the Department of Sucre.* Londres, marzo 1996.
- (1996e), *Informe Anual 1996.* Londres, 1996.
- (1996f), *La defensa de los derechos humanos: una historia de represión y resistencia. Conferencia sobre los defensores de los derechos humanos en Latinoamérica.* Bogotá, 22-25 de mayo de 1996.
- (1996g), *Chile. Transition at the crossroads. Human Rights violations under Pinochet rule reMayon the crux.* Londres, 1996.
- (1996h), *Perú. Government persists in retaining unfair trial procedures.* Londres, 1996.
- (1996i), *Bolivia. Awaiting justice: Torture, extralegal executions and legal proceedings.* Londres, 1996.
- (1997a), *Report 1997.* Londres, 1997.
- (1997b), *Colombia. Hacienda Bellacruz: Land, Violence and Paramilitary Power.* Londres, 1997.
- (1997c), *Bolivia. Socavar el trabajo en favor de los Derechos Humanos.* Londres, 1997.
- (1997d), *Perú: Presos de Conciencia. Cada día en prisión es un día excesivo.* Londres, 1997 (AMR 46/33/97/s).
- (1998a), *Argentina y Chile. La responsabilidad de la comunidad internacional ante los crímenes contra la humanidad. Los juicios en España por los crímenes contra la humanidad de los regímenes militares en Argentina y Chile.* Londres, 1998 (AMR 3/1/98/s).
- (1998b), *Colombia. Human Rights Defenders Under Increasing Attack – Human Rights Defenders Network Update.* Londres, marzo 1998 (AMR 23/17/98).
- (1998c), *Colombia. Selected Cases for Campaigning Against Human Rights Violations.* Londres, marzo 1998 (AMR 23/18/98).
- (1998d), *Perú. High altitude prison puts prisoners' health at risk.* Londres, febrero 1998 (AMR 46/02/98).
- (1998e), Perú: *Torture and ill-treatment. The Government's response to recommendations by United Nations Committee against Torture.* Londres, 17 april 1998.

3.4. Americas Watch bzw. Human Rights Watch/Americas (internet: http://www.hrw.org)

3.4.1. Americas Watch (AW)

- Centro de Investigación y Educación Popular, *¿Colombia: otro país "centroamericanizado"?* Bogotá, 1986.

- Tolerating abuses. *Violations of human rights in Perú.* Nueva York, 1988.
- (1988a), *Chile. Human rights and the plebiscite.* Nueva York, 1988.
- *Chile in transition. Human rights since the plebiscite 1988-1989.* Nueva York, noviembre 1989.
- *The 'drug war' in Colombia. The neglected tragedy of political violence.* Nueva York, 1990.
- *Comisión Andina de Juristas, Una guerra desesperada: Los derechos humanos en el Perú despues de una década de democracia y violencia.* Lima, agosto 1990.
- (1991a), *Truth and partial justice in Argentina, an update.* Nueva York, abril 1991.
- (1991b), *Human Rights and the "Politics of Agreement". Chile during President Aylwin's first year.* Nueva York, julio 1991.
- (1992a), *Political murder and reform in Colombia.* Nueva York, abril 1992.
- (1992b), *Perú. Civil society and democracy under fire.* Nueva York, agosto 1992.
- (1992c), *Untold terror. Violence against women in Perú's armed conflict.* Nueva York, 1992.
- (1992d), *Chile. The struggle for truth and justice for past human rights violations.* Nueva York, julio 1992.
- (1992e), *Bolivia. Almost nine years and still no verdict in the "Trial of Responsibilities".* Nueva York, diciembre 1992.
- (1993a), *Human Rights in Perú. One year after Fujimori's Coupp.* Nueva York, abril 1993.
- (1993b), *Perú. Anatomy of a cover-upp. The disappearances at La Cantuta.* Nueva York, septiembre 1993.
- (1993c), Bolivia. The García Meza Tejada Trial. Nueva York, septiembre 1993.

3.4.2. Human Rights Watch/Americas (HRW/A)

- *Political Violence and Counterinsurgency in Colombia.* Nueva York, 1993.
- *Generation under Fire. Children and Violence in Colombia.* Nueva York, 1994.
- (1994a), *Chile, Unsettled Business. Human Rights in Chile at the Start of the Frei Presidency.* Nueva York, 1994.
- (1995), *Human Rights Watch World Report 1995. Events of 1994.* Nueva York 1995.
- (1995a), *Perú. The two faces of justice.* Nueva York, 1995.
- (1995b), *Bolivia. Human rights violations and the war on drugs. Nueva York,* julio 1995.
- (1996a), *Bolivia. Under pressure. Human rights violations and Coca erradication.* Nueva York, mayo 1996.
- (1996b), *Perú. Presumption of guilt. Human rights violations and the faceless courts in Perú.* Nueva York, agosto, 1996.
- (1996c), *Colombia's Killer Networks. The Military-Paramilitary Partnership and the United States.* Nueva York, noviembre 1996.
- (1997), *Human Rights Watch World Report 1997. Events of 1996.* Nueva York, 1997.
- (1998), The Limits of Tolerance: Freedom of Expression and the Public Debate in Chile. Nueva York - Washington - Londres - Bruselas, 1998.

3.4.3. US-Department of State
(internet: http://www.state.gov/global/human_rights/index.html)

- *Country reports on human rights practices for 1990.* Washington D.C. 1991.
- *Country reports on human rights practices for 1991.* Washington D.C. 1992.
- *Country reports on human rights practices for 1992.* Washington D.C. 1993.
- *Country reports on human rights practices for 1993.* Washington D.C., febrero 1994.
- *Country reports on human rights practices for 1994.* Washington D.C. 1995.
- *Country reports on human rights practices for 1995.* Washington D.C. 1996.
- *Country reports on human rights practices for 1996.* Washington D.C. 1997.
- *Country reports on human rights practices for 1997.* Washington D.C. 1998.
- *Country reports on human rights practices for 1998.* Washington D.C. 1999.

3.5. **Otros**

Centro de Estudios Legales y Sociales/Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires (CELS/Facultad), *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina.1994.* Buenos Aires, 1995.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina 1996,* Buenos Aires, 1997.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina 1997,* Buenos Aires, 1998.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)/Human Rights Watch, *La inseguridad policial. Violencia de las fuerzas de seguridad en la Argentina,* Buenos Aires, 1998.

Washington Office on Latin America (WOLA), *Losing Ground: Human Rights Advocates under Attack in Colombia,* Washington D.C., 1997.

4. ***Publicaciones periódicas***

4.1. **Colecciones de leyes o jurisprudencia**

Colección Textos Legales, mensual. Santiago de Chile (Editorial Jurídica).
Diario Oficial, Colombia, Perú, Chile y Argentina.
Fallos de la Corte Suprema, Buenos Aires, Argentina.
Gaceta Oficial de Bolivia.
International Legal Materials (ILM), mensual. Washington D.C., USA.
Legislación Argentina, Buenos Aires, Argentina.
Normas Legales, Revista de legislación y jurisprudencia, mensual, Trujillo, Perú.
Recopilación de Leyes (por orden numérico), Santiago de Chile (Contraloría de la República), Chile.
Régimen Penal Colombiano, Bogotá, Colombia.

4.2. **Revistas especializadas***

Boletín Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú.
Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, Argentina.

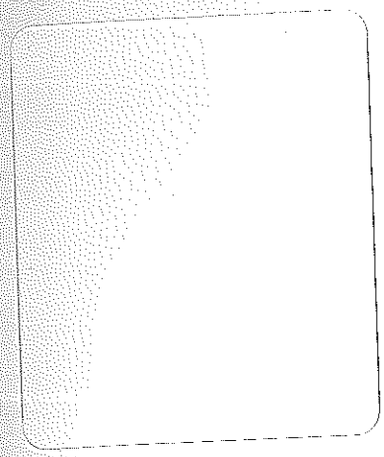
* Las revistas que tienen un asterisco (*) no se publican más. Se mencionan solamente las revistas que se consultaron sistemáticamente.

*Doctrina Penal**, Buenos Aires, Argentina.
Ideele, Instituto de Defensa Legal, Lima, Perú.
Jurisprudencia y Doctrina, Bogotá, (Legis), Colombia.
Lateinamerika, Analysen-Daten-Dokumentation, Institut für Iberoamerikakunde. Hamburgo, RFA.
Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, Argentina.
*Nuevo Foro Penal**, Medellín, Colombia.
Revista Chilena de Derecho, Santiago de Chile, Chile.
Revista de Ciencias Penales, Montevideo, Uruguay.
Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado, Bogotá, Colombia.
Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (RDJGT), Santiago de Chile, Chile.
Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, Perú
Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, Argentina.

4.3. **Otros**

Cambio 16, semanario. Bogotá, Colombia.
Caretas, semanario. Lima, Perú.
Die Tageszeitung (taz), diario nacional. Berlín, RFA.
El Espectador, diario. Bogotá, Colombia.
El Mercurio, diario. Santiago de Chile.
El Tiempo, diario. Bogotá, Colombia.
Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ), diario nacional. Frankfurt, RFA.
Frankfurter Rundschau (FR), diario nacional. Frankfurt, RFA.
Guardian Weekly (GW), semanario. Manchester, Gran Bretaña.
Informativo Andino (IA), mensual, Comisión Andina de Juristas. Lima, Perú.
La Nación, diario. Buenos Aires, Argentina.
La Razón, diario. La Paz, Bolivia.
La República, diario. Lima, Perú.
Latein Amerika Nachrichten, mensual. Berlín, RFA.
Latin American Regional Reports - Andean Group Report (LARR-AG), mensual. Londres, Gran Bretaña.
Latin American Regional Reports - Southern Cone Report (LARR-SC), mensual. Londres.
Noticias Aliadas (NA), boletín semanal, Lima, Perú.
Página 12, diario. Buenos Aires, Argentina.
Su Defensor, Bogotá, Colombia.
Süddeutsche Zeitung (SZ), diario nacional. Munich, RFA.
Última Hora, diario. La Paz, Bolivia.

Esta edición se terminó de imprimir en
Diciembre de 1999 en Gráfica Laf s.r.l.,
Loyola 1654 - (1414) Capital Federal



Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen