PERSPECTIVA IBEROAMERICANA SOBRE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

Volumen I, 2011

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

coladic mexico

Universiteit Utrecht

República de Colombia

Ministerio de Justicia y del Derecho

Con el apoyo institucional de

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE LA HAYA

IIH

PARA LA PAZ, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA INTERNACIONAL

PERSPECTIVA IBEROAMERICANA SOBRE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

Volumen I, 2011

Ponencias de los Programas Académicos de la "X Edición de 2011 de la Competencia Víctor Carlos García Moreno" sobre Procedimiento ante la Corte Penal Internacional

Coordinadores

Héctor Olásolo Alonso

Catedrático de Derecho penal y procesal internacional de la Universidad de Utrecht y Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la paz, los derechos humanos y la justicia internacional (IIH)

Salvador Cuenca Curbelo

Investigador visitante en el Instituto Iberoamericano de la Haya para la paz, los derechos humanos y la justicia internacional (IIH)

tirant lo blanch

Valencia, 2012

Copyright ® 2012

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com (http://www.tirant.com).

«La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de los autores que colaboran en esta obra colectiva y de sus coordinadores el Prof. dr. Héctor Olásolo y el Sr. Salvador Cuenca Cubelo y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea». Se prohibe la comercializacion de la presente versión digital.

© HÉCTOR OLÁSOLO ALONSO
SALVADOR CUENCA CURBELO

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-1229-2012
I.S.B.N.: 978-84-9004-922-8
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: *atencioncliente@tirant.com*. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en *www.tirant.net/ index.php/empresa/politicas-de-empresa* nuestro Procedimiento de quejas.

Agradecimientos

Nuestro más sincero agradecimiento por el apoyo recibido en todo momento de la Corte Penal Internacional, y especialmente, de su Presidencia, de los magistrados de la Corte pertenecientes a países iberoamericanos Silvia Fernández de Gurmendi, Elizabeth Odio Benito, Sylvia H. Steiner y René Blattman, del Fiscal de la Corte Penal Internacional Luis Moreno Ocampo, y del Presidente de la Asamblea de los Estados Partes Christian Wenaweser. Así mismo se quiere subrayar el patrocinio constante de la Secretaria de la Corte Silvana Arbia, y de la Secretaría de la Asamblea de los Estados Parte, así como de la Delegación de la Unión Europea en Colombia y Ecuador. Sin su decidida colaboración la obra que hoy presentamos no hubiera llegado a hacerse realidad.

Índice

Presentación
El aporte de Iberoamérica a la Corte Penal Internacional 15
Silvia A. Fernández de Gurmendi
Magistrada de la Corte Penal Internacional

Prólogo 19
Christian Wenaweser
Presidente de la Asamblea de Estados Partes de la Corte Penal Internacional

Prefacio
Décimo aniversario de la Competencia "Víctor Carlos García Moreno" 21
Ingmar Barrañon Rivera
Presidente, Coladic México

Introducción
Los programas académicos de la X Edición de la Competencia Víctor Carlos García Moreno sobre procedimiento ante la Corte Penal Internacional, y su publicación en el Volumen I de la serie "Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional" 25
Héctor Olásolo Alonso
Catedrático de Derecho Penal y Procesal Internacional de la Universidad de Utrecht y Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la paz, los Derechos Humanos y la justicia internacional

Comentario Preliminar
La Unión Europea y la Corte Penal Internacional: especial referencia a las nuevas modalidades de cooperación en el marco de la complementariedad positiva en el caso colombiano 31
Manuel de Rivera Lamo de Espinosa
Responsable del área de justicia y Derechos Humanos de la delegación de la Unión Europea para Colombia y Ecuador

Sección I
JURISDICCIÓN Y COMPLEMENTARIEDAD

Algunas reflexiones sobre el carácter complementario de la Corte Penal Internacional 43
Carmen Lamarca Pérez
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid, España

Aplicación práctica del análisis de admisibilidad de situaciones: la situación en la República de Kenia 51
Héctor Olásolo Alonso
Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal Internacional, Universidad de Utrecht, Holanda, y Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la paz, los Derechos Humanos y la justicia internacional
Enrique Carnero Rojo
Doctorando de la Universidad de Utrecht; ex letrado de la asesoría jurídica de la Fiscalía de la CPI entre 2004 y 2009, Holanda

Sección II
DELITOS

Sub-Sección 1
EL CRIMEN DE AGRESIÓN

La definición del crimen de agresión..... 77
Raúl Eduardo Sánchez Sánchez
Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad del Rosario; Delegado por Colombia en la Comisión Preparatoria para el Establecimiento de la Corte Penal Internacional, Colombia

Sub-Sección 2
LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Crímenes de Derecho Internacional. Crímenes contra la humanidad..... 89
José Ricardo de Prada Solaesa
Magistrado de la Audiencia Nacional, España

Los crímenes de lesa humanidad: Elementos definitorios 107
Isabel Lirola Delgado
Profesora de Derecho Internacional Público y relaciones internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela, España

Los crímenes de lesa humanidad: Su calificación en América Latina y algunos comentarios en el caso Colombiano 119
Alejandro Valencia Villa
Abogado y consultor en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos y justicia transicional, Colombia

El crimen contra la humanidad de desaparición forzada de personas en la Jurisprudencia Argentina: Algunos problemas en relación con el principio de legalidad penal..... 127
Ezequiel Malarino
Profesor de la Universidad Di Tella de Buenos Aires; Secretario Letrado, Procuración General de la Nación, Argentina

Problemas, y posibles soluciones, que presenta la aplicación por los Tribunales Mexicanos de la categoría de delitos de lesa humanidad..... 143
Dr. José A. Guevara
Secretario de Vinculación con Organismos de la Sociedad Civil, Comisión de Derechos Humanos de México D. F.; ex Vice-secretario de Gobernación para los Derechos Humanos, México

Sección III
PRINCIPIOS GENERALES DE RESPONSABILIDAD PENAL

La responsabilidad de los superiores jerárquicos militares y no militares a la luz de la Legislación Notarial del Estado de que se trate y de la experiencia internacional..... 157
José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, España

La responsabilidad por mando en el Código Penal Español..... 171
Patricia Faraldo Cabana
Catedrática de Derecho Penal, Universidade da Coruña, España

Sección IV
PROCEDIMIENTO PENAL

El papel de las víctimas en procedimientos internacionales..... 187
Paulina Vega González
Vice-presidenta, Federación Internacional de Derechos del Hombre, México

El papel de las víctimas ante el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos..... 211
Ximena Medellín
Profesora asociada-investigadora, Centro de Investigación y Docencia Económica, México

Sección V
REPARACIONES Y PROCEDIMIENTO DE REPARACIÓN

Régimen de reparaciones por atentados graves a los Derechos Humanos..... 231
Asdrúbal Aguiar
Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Católica Andrés Bello, Ex Magistrado de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos

Reparaciones a las víctimas en el Derecho Internacional..... 249
Christian G. Sommer
Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad Católica de Córdoba (UCC) y Universidad Nacional de Córdoba (UCN), Argentina

Reparaciones a las víctimas de violaciones graves de los Derechos Humanos constitutivas de delitos de genocidio, lesa humanidad y/o crímenes de guerra..... 267
Javier Dorado
Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España

Reparaciones a las víctimas de violaciones graves de los Derechos Humanos constitutivas de delitos de genocidio, lesa humanidad y/o crímenes de guerra..... 279
Manuel Ollé Sesé
Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos; Abogado; Vicepresidente de la asociación Pro Derechos Humanos (APDHE), España

El derecho a la reparación en el sistema universal de protección de los Derechos Humanos y su aplicación en el Derecho Penal Internacional 295
Diana Esther Guzmán
Investigadora Principal, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad —DeJuSticia—, Colombia

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus reparaciones centradas en la víctima 307
Thomas M. Antkowiak
Profesor Asociado de Derecho Internacional, Universidad de Seattle; ex abogado supervisor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, EEUU

El principio de reparación integral en Colombia a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos 319
Enrique Gil Botero
Abogado de la Universidad de Antioquia; Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Colombia

El esquema de reparación acogido por la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz de Bogotá en el caso de la masacre paramilitar de Mampuján 331
Uldi Teresa Jiménez
Magistrada de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz de Bogotá; Profesora Asociada de la Universidad de la Sabana, Colombia

Reparaciones por violaciones graves sistemáticas o generalizadas de Derechos Humanos en Brasil 343
Davi de Paiva Costa Tangerino
Profesor de Derecho Penal, Universidad Federal do Río de Janeiro, Brasil

Sección VI
MISCELÁNEOS

La conferencia de Revisión del Estatuto de Roma 355
Milagros Betancourt
Jefe de la Cátedra de Derecho Internacional Público de la Universidad Católica Andrés Bello; Embajadora retirada del Servicio Exterior de Venezuela; integrante de la Delegación de Venezuela en las negociaciones del Estatuto de Roma, Venezuela

La persecución penal en la búsqueda de justicia 367
Leonardo Filippini
Profesor de Derecho Penal Internacional, Universidad de Palermo de Buenos Aires, Argentina

El juzgamiento de crímenes de Estado en Argentina 389
Pablo F. Parenti
Coordinador de la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de Causas por violaciones a los Derechos Humanos durante el terrorismo de Estado, Procuración General de la Nación; Profesor de Derecho Penal Internacional, Universidad Palermo de Buenos Aires, Argentina

Bibliografía 397

Anexo I

Situación hipotética del certamen de simulación judicial de la Corte Penal Internacional en lengua española 407
Héctor Olásolo Alonso
Enrique Carnero Rojo
Diana Contreras Garduño
Clínica jurídica sobre conflicto armado, Derechos Humanos y justicia internacional, Universidad de Utrecht (Holanda)

Anexo II

Escritos premiados en el certamen de simulación judicial de la Corte Penal Internacional en lengua española, edición de 2011

Escrito de la Fiscalía presentado por el equipo de la Universidad de Madrid 423
Escrito del Estado de Almeres, presentado por el equipo de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) 445
Escrito de los Representantes de las Víctimas, presentado por el equipo de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) 470

Anexo III

Participantes y resultados de la competencia Víctor Carlos García Moreno sobre procedimiento ante la Corte Penal Internacional en sus díez ediciones (2002-2011) 501

Anexo IV

Comunicados de prensa de la Corte Penal Internacional sobre la Audiencia Final de la Edición 2011 507

Anexo V

Red de facultades de derecho, institutos y centros de investigación, clínicas jurídicas y organizaciones asociadas a la competencia Víctor Carlos García Moreno 511

Presentación

El Aporte de Iberoamérica a la Corte Penal Internacional

Silvia A. Fernández De Gurmendi
Magistrada de la Corte Penal Internacional

En 1967, el Presidente Charles de Gaulle se negó a acoger en suelo francés al Tribunal Russel, jurado no gubernamental presidido por Jean-Paul Sartre, creado para juzgar la intervención militar de los Estados Unidos en Vietnam. Al hacerlo argumentó que "la justicia de cualquier tipo, en principio y ejecución emana del Estado"[1].

Treinta años después, se adoptaba el Estatuto de Roma para establecer una institución internacional con competencia para investigar y juzgar a los autores individualmente responsables de crímenes internacionales. Adriaan Bos, conductor de los trabajos preparatorios para establecer la Corte Penal Internacional manifestaría, poco después de la Conferencia de Roma, que "*la adopción del Estatuto de Roma significa que, en lo que respecta a los crímenes más graves, la sociedad internacional se ha convertido en una comunidad internacional. Una comunidad que ya no acepta la impunidad por tales crímenes y que considera a sus perpetradores como individualmente responsables por sus acciones*"[2].

Desde la creación de la Corte Penal Internacional en 1998, otros autores se han también referido a la nueva institución como realización de un modelo de comunidad internacional con evocaciones implícitas o explícitas a enfoques del sistema internacional derivados del ideal cosmopolita. Desde esta perspectiva, la Corte significaría una gran innovación, una verdadera revolución, con potencialidad para aportar cambios importantes en el sistema internacional interestatal[3].

Efectivamente, la Corte Penal Internacional es una institución que tiene por vértice al individuo, sea como víctima o como perpetrador y ha sido creada para defender valores comunes de la humanidad con independencia de los Estados.

---

1 Citado por Adriaan BOS, "The International Criminal Court: Recent Developments", en HEBEL et al (eds.), *Reflections on the International Criminal Court,* TMC Asser Press, The Hague, April, 1999, p. 44.

2 *Ibíd.*

3 Ver, por ejemplo, A. CASSESSE, "A big step forward for international justice", *Crimes of War Project Magazine*, December 2003.

Sin embargo, lejos de poder prescindir de ellos, la Corte es una emanación de los Estados, el Derecho a ser aplicado por los jueces fue redactado y adoptado por sus representantes y la investigación y juzgamiento de los crímenes de su competencia depende de manera fundamental de la cooperación estatal. Por ello, la contribución sostenida de Estados y grupos de Estados es esencial para el funcionamiento eficaz de la Corte. El aporte de Iberoamérica fue muy importante en la etapa de gestación de la Corte y continúa siendo esencial en su fase operacional actual.

Cabe recordar que fue el Presidente de Trinidad y Tobago, Patrick Robinson, quien dio el puntapié inicial de creación del tribunal en 1989, al exhortar al Secretario General a establecer una corte para combatir el narcotráfico[4]. Comenzó así el derrotero que culminó ocho años después con la adopción del Estatuto de Roma.

Para liderar y promover el proceso a favor de una rápida creación de una corte penal internacional, se creó un grupo de países afines o *"like minded"* e integrado inicialmente por una veintena de países. Gradualmente, el grupo fue creciendo y diversificando su composición hasta quedar integrado en la Conferencia de Roma con más de 60 países de todas partes del mundo, incluyendo a España, Portugal, Argentina, Brasil, Costa Rica, Chile y Venezuela. Numerosos otros países de América Latina apoyaban la creación de la Corte aunque no integraran formalmente el grupo. Con el tiempo, casi todos los países de Iberoamérica decidieron unirse a la institución mediante la ratificación o adhesión del Estatuto de Roma, incluyendo España y Portugal y todos los países de América del Sur, buena parte de los países de América Central y México.

Más allá de la adhesión a la creación de la Corte, resultó claro desde un comienzo que, dada su vocación global, el marco legal de la institución no debía favorecer un sistema legal determinado sino que, por el contrario, debía tomar suficientemente en cuenta los sistemas de todos los países del mundo y combinarlos de manera adecuada en un sistema híbrido.

Por ello, durante el proceso de negociación del Estatuto de Roma y, en particular, durante el proceso posterior de elaboración de las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos de los Crímenes, los países de Iberoamérica procuraron coordinar posiciones de sustancia a fin de asegurar que sus sistemas y tradiciones jurídicas quedaran suficientemente reflejados.

La cuestión de los idiomas de la Corte fue central para los países de Iberoamérica, en el entendido que la promoción del español ayudaría a una mayor com-

---

[4] AGNU, 44 Período de sesiones, Anexo 44, Tema del Programa 152, UN Doc. A/44/195, 1989.

prensión de la institución por nuestros países, una mejor difusión de su jurisprudencia entre estudiantes y académicos y facilitaría el acceso de sus nacionales a funciones dentro de la institución. Países de Iberoamérica lideraron las discusiones para promover el multilingüismo en la Corte, del que da cuenta el artículo 50 del Estatuto y la Regla 41 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. El español, junto a los demás idiomas de las Naciones Unidas, es lengua oficial de la Corte Penal Internacional y los fallos y otras decisiones fundamentales de la Corte deben ser publicadas en todos los idiomas oficiales. El español y otros idiomas oficiales también podrían ser utilizados como lengua de trabajo en los casos y condiciones estipulados en las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Al concluir las negociaciones del marco legal y entrar en vigor el Estatuto, los países de Iberoamérica desplegaron esfuerzos para obtener una representación adecuada entre los primeros funcionarios electos. En marzo de 2003, tres de los dieciocho jueces seleccionados por la Asamblea de Estados Parte fueron de América Latina: Brasil, Bolivia y Costa Rica. En junio, un nacional de Argentina fue designado Fiscal general de la Corte Penal Internacional. Nacionales de nuestros países fueron gradualmente accediendo a cargos y funciones del sistema de la Corte. Entre ellos, un funcionario de Ecuador ocupa el cargo de Director de la Secretaría de la Asamblea de Estados Partes.

La participación dentro de la Corte es importante pero más importantes aún son los esfuerzos crecientes desplegados dentro de nuestros países por organizaciones no gubernamentales, asociaciones profesionales y numerosos académicos, practicantes del Derecho y estudiantes para promover el conocimiento de la institución, difundir sus decisiones y, contribuir con reflexiones críticas a su perfeccionamiento.

La Haya, 1 de noviembre de 2011

Prólogo

Christian Wenaweser
Embajador. Presidente de la Asamblea de los Estados Partes 2008-2011

Los países latinoamericanos comparten una larga historia de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario y de serios crímenes de trascendencia internacional como los tipificados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ("CPI").

El hecho de que una abrumadora mayoría de países de América Latina haya ratificado dicho instrumento denota su imperiosa necesidad de contar con un organismo complementario de las jurisdicciones nacionales a fin de determinar la responsabilidad penal individual, reforzar su determinación común de luchar contra la impunidad y, así, fortalecer la prevención de los delitos más graves para la comunidad internacional en su conjunto.

A casi 10 años de la entrada en vigor del Estatuto esta región ha desempeñado un rol destacado y ha contribuido de forma significativa a lograr una participación universal en el sistema del Estatuto. Hasta el momento un total de 119 Estados han ratificado el Estatuto de Roma, de los cuales veintiséis pertenecen al Grupo Latinoamericano y del Caribe. Queda, no obstante, camino por recorrer.

Me es grato referirme a la Conferencia de Revisión llevada a cabo en junio de 2010 en Kampala en donde los Estados, incluyendo Estados observadores, llegaron a un acuerdo histórico para definir el crimen de agresión y el ejercicio de la jurisdicción al respecto por parte de la CPI. Dicha enmienda, junto con la segunda enmienda relativa al artículo 8 del Estatuto, expanden el ámbito jurisdiccional de la CPI, fortaleciendo aún más la lucha contra la impunidad.

En Kampala los Estados resolvieron además, entre otros asuntos, continuar y aumentar sus esfuerzos por garantizar la plena cooperación con la Corte de conformidad con el Estatuto, especialmente en los ámbitos relativos a la legislación de aplicación, el cumplimiento de las decisiones de la Corte, la ejecución de las órdenes de detención, la celebración de acuerdos y la protección de las víctimas, y a reiterar su apoyo político y diplomático a la Corte[1].

---

[1] *Documentos oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Pernal Internacional. Conferencia de Revisión de Kampala, 31 de mayo - 11 de junio de 2010* (RC/11), parte II, declaración RC/Decl. 1, párrafo 7.

En la lucha contra la impunidad, el fortalecimiento de la justicia y la paz mundial, es esencial que los Estados Partes se comprometan asimismo a diseminar la importancia que reviste la ratificación e implementación de las disposiciones del Estatuto de Roma en los sistemas legales nacionales y promuevan el conocimiento sobre el rol de la Corte en la vigencia del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas, todo ello en el marco de un juicio justo.

Me complace mencionar a la Competencia "Víctor Carlos García Moreno" sobre procedimiento ante la CPI, que lleva más de un decenio de fructíferas actividades como un ejemplo tangible de difusión y extensión sobre las actividades de la CPI y el Derecho Penal Internacional en la región latinoamericana. Esta Competencia se caracteriza por su labor de sensibilización y concientización y su labor educativa en la sociedad civil.

Justamente, es a través de este tipo de actividades que se siembran los conocimientos sobre el Estatuto de Roma en los estudiantes que mañana serán magistrados, fiscales, abogados de la defensa y de las víctimas, diplomáticos y políticos llamados a participar en la lucha contra el crimen y la impunidad.

En mi calidad de Presidente de la Asamblea de los Estados Partes, me enorgullece reconocer y apoyar estas precursoras iniciativas de apoyo al sistema de la Corte. El fundamento jurídico ya ha sido establecido y la gran tarea que existe por delante consiste en fortalecer y expandir las nociones sobre esta organización con el objeto de granjear el mayor apoyo político y voluntad de avenencia a fin de que la Corte pueda obtener resultados satisfactorios.

No debemos olvidar, de todos modos, que la Corte no es un tribunal supranacional sino de última instancia. Es en primer lugar a los Estados a quienes les incumbe llevar a cabo las investigaciones y enjuiciamientos de estos crímenes. A fin de tener una capacidad adecuada y efectiva en el ámbito nacional se requieren conocimientos especializados, en particular, en lo que concierne a los funcionarios del sector de la justicia penal.

Confío en que esta publicación propiciará una deliberación franca y profunda sobre diversos aspectos de la justicia penal internacional y la CPI y aportará un nuevo impulso tendiente a la ratificación y aplicación del Estatuto de Roma en la región latinoamericana.

Nueva York, 23 de octubre de 2011

Prefacio

Décimo aniversario de la Competencia "Víctor Carlos García Moreno"

Ingmar Barrañon Rivera
Presidente, Coladic México

El verano del mismo año en que el Estatuto de Roma entraba en vigor, el Capítulo México del Consejo Latinoamericano de Estudiosos del Derecho Internacional y Comparado (Coladic) organizó la primera edición del *moot court* "Víctor Carlos García Moreno", Procedimiento ante la Corte Penal Internacional.

Coladic es una asociación civil que, nacida por iniciativa de un grupo de estudiantes en México en 1994, pronto se extendió por gran parte de la América hispanohablante. A México siguieron nuevos capítulos en Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá, República Dominicana y Venezuela. La asociación posee carácter académico, multinacional y no gubernamental. El interés común que une a sus miembros es el estudio del Derecho Internacional y Comparado. Su misión es fomentar e impulsar la formación de una comunidad internacional de estudiosos del Derecho mediante la promoción de éste y el impulso de estudiantes talentosos y productivos. Lo anterior a través de la participación de las asociaciones y de sus asociados en la realización de diferentes programas y proyectos.

Uno de estos proyectos fue la creación de la competencia "Víctor Carlos García Moreno" y la puesta en marcha de la primera competencia sobre la Corte Penal Internacional en la Ciudad de México en el verano de 2002. Con el impulso de esta competencia Coladic se sumó a otras asociaciones que, alrededor del mundo, han dado su apoyo y han colaborado en la promoción de las tareas de la joven Corte Penal Internacional. De esta manera, desde 2002 y año tras año, la Ciudad de México ha sido el centro de reunión del debate estudiantil latinoamericano relativo a la materia.

Sumadas ya diez ediciones, la Competencia de Corte Penal Internacional "Víctor Carlos García Moreno" ha generado el interés de mujeres y hombres que hoy se desempeñan profesionalmente en asuntos relacionados con la materia penal internacional. Más de quinientos estudiantes de diez países han venido a México a desarrollar sus habilidades de argumentación jurídica llevando un caso hipotético, sea como defensa, como fiscalía o, desde 2011, como víctimas. El caso sobre el que trata cada edición ha sido elaborado por expertos de instituciones con gran reconocimiento: la Secretaría de Relaciones Exteriores de México,

el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame, el Comité Internacional de la Cruz Roja, y, desde 2009 la Clínica de Conflicto, Derechos Humanos y Justicia Internacional de la Universidad de Utrecht.

A lo largo de estos años, la Competencia ha contado con el apoyo de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, el Instituto Nacional de Ciencias Penales, el Centro de Investigación y Docencia Económica, el Instituto Tecnológico Autónomo de México, la Universidad Iberoamericana, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, la Coalición por la Corte Penal Internacional, Amnistía Internacional México, la librería El Sótano y los despachos de abogados Goodrich, Riquelme y Asociados, y Solórzano Carbajal, González y Pérez Correa. Asimismo, desde el año 2010 la Competencia cuenta con el invaluable apoyo institucional de la Corte Penal Internacional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A partir de 2010 la Competencia tiene como socios a la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad de Utrecht. En 2011 se unió el Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH). A partir de la edición de 2011, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal ha brindado su soporte incondicional.

En 2010 arrancó un programa académico en el que se ha contado con la presencia de expertos internacionales en la materia. Sergio García Ramírez, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Javier Dondé Matute, Renán Villacis, John A. E. Vervaele, Patrick Zahnd, Carlos Castresana, Héctor Olásolo Alonso, Joel Hernández García y Fernando Coronado Franco, son algunos de los expertos que han participado en el evento académico.

En 2011 dio inicio una etapa de transición que tiene como propósito continuar la promoción de los trabajos de la Corte Penal Internacional a través de la Competencia, con miras a consolidar un *moot* global fuerte en 2013. Al final de la transición se busca incluir más universidades de más países entre los participantes, sin limitar nuestro campo a América latina. Por ejemplo, en 2011 participaron tres universidades españolas en la fase internacional de la Ciudad de México. Con la finalidad de hacer crecer el nivel académico en la Competencia, en 2011 empezaron a funcionar rondas nacionales piloto en cuatro países, de las cuales salieron los tres finalistas que este mismo año, por primera vez, se dieron cita en la Sala de Audiencias de la Corte Penal Internacional para practicar, de igual manera, una ronda final internacional piloto en la Haya, que vino acompañada de toda una semana de actividades en La Haya y Utrecht sobre Iberoamérica, la justicia internacional y los derechos humanos.

Así, al 2013 se pretende instituir rondas nacionales en la mayoría de los países hispanoparlantes y lusófonos para consolidar una competencia internacional

con sede en Holanda que se fortalezca con los trabajos de selección en cada uno de los países participantes. El mismo, pensamos, redituará en un *moot court* de alto nivel académico en que los participantes se involucren más en la materia y colaboren en la difusión de la misma en sus universidades.

Todo lo dicho, sin embargo, no sería posible sin el esfuerzo desinteresado de los miembros de Coladic y de otros que, sin formar parte de esta asociación, han otorgado su tiempo, su paciencia, su dedicación y a veces incluso el financiamiento, para mantener la Competencia vigente durante más de diez años: Ayesha Borja Domínguez, Omar Estefan Fuentes, Paulina Hernández Tejeda, María Sirvent Bravo Ahuja, Mario Solórzano Betancourt y Elisa Vázquez Sánchez. En los últimos años: Gerardo Antúnez Gutiérrez, Stephanie Tatiana López Zariñana, Marie-Emmanuelle Oliver y Elizabeth Zorrilla Arena. Alejandro Fernández Varela Jiménez de la Universidad Nacional Autónoma de México, quien con su decidido y oportuno apoyo ha dado un nuevo impulso a la Competencia. Héctor Olásolo Alonso, de la Universidad de Utrecht y del Instituto Iberoamericano de La Haya, quien se ha sumado con gran entusiasmo y no para de trabajar. Y Édgar Alejandro Gómez Jaimes de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

México DF, 8 de octubre de 2011

Introducción

Los programas académicos de la X Edición de la Competencia Víctor Carlos García Moreno sobre procedimiento ante la Corte Penal Internacional, y su publicación en el Volumen I de la serie "Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional"

Héctor Olásolo Alonso[*]

Fue en octubre de 2008, cuando en el marco de los primeros preparativos de la VIII edición de la Competencia "Víctor Carlos García Moreno" sobre Procedimiento ante la Corte Penal Internacional ("la Competencia"), que se celebraría en el verano de 2009, tuve mi primer contacto con la misma a través de la elaboración del caso hipotético que se litigó en los memoriales escritos y en las rondas orales. Como al término de aquella edición se acordó que siguiéramos preparando el caso hipotético para el año siguiente, nos pareció oportuno plantear a COLADIC, Capítulo México, en cuanto que organizadores de la Competencia, la conveniencia de acompañar las rondas orales celebradas en México DF con el desarrollo paralelo de un Programa académico que cumpliera tres objetivos fundamentales.

En primer lugar, dar la oportunidad a los participantes en la Competencia de escuchar, plantear sus inquietudes, y encontrar personalmente a aquellos magistrados y académicos cuyas decisiones y obras estudiaron con cuidado durante su preparación en los seis meses previos.

En segundo lugar, acercar la realidad de la Corte Penal Internacional ("CPI") y, en la medida de lo posible, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("CIDH"), tanto a la comunidad universitaria como a actores jurídicos (magistrados, fiscales, procuradores, defensores públicos, abogados), representantes y funcionarios del Estado, y organizaciones de la sociedad civil. Para ello, el Pro-

---

[*] Catedrático de Derecho Penal y Procesal Internacional, y director de la Clínica Jurídica sobre Conflicto Armado, Derechos Humanos y Justicia Internacional de la Universidad de Utrecht. Presidente del Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional.

grama Académico recurriría a la fórmula de mesas redondas en cuya composición se trataría de buscar un equilibrio entre académicos reconocidos por sus aportaciones en los temas abordados, actores jurídicos (jueces, fiscales, procuradores, defensores públicos y abogados), representantes del gobierno, representantes de organizaciones no gubernamentales, y magistrados y funcionarios de la CPI y CIDH, tratando además de asegurar la presencia de un cierto número de invitados extranjeros.

Finalmente, como tercer objetivo se pretendía crear un foro de debate sobre cuestiones de actualidad en el Derecho Penal Internacional en general, y ante la CPI en particular, siempre prestando atención a sus implicaciones en el actuar de la CIDH y de las jurisdiccionales nacionales de los Estados Partes del Estatuto de Roma.

La IX Edición de la Competencia celebrada íntegramente en México DF en 2010 fue la primera en la que desde la Clínica Jurídica sobre Conflicto Armado, Derechos Humanos y Justicia Internacional de la Universidad de Utrecht además de preparar el caso, organizamos, en coordinación con COLADIC, capítulo México, y el Instituto Nacional Mexicano de las Ciencias Penales (INACIPE), y con el apoyo institucional de la CPI, la CIDH, y una red de más de cien facultades de Derecho, institutos de investigación y organizaciones de América, Europa y Asia, el primer Programa Académico de la misma, dedicado a las siguientes temáticas: (i) "La Relación entre la Corte Penal Internacional, el Sistema Inter-Americano de Derechos Humanos y las Jurisdicciones Nacionales"; y (ii) "El papel del mundo hispano-hablante en el desarrollo actual de los derechos humanos y la justicia internacional".

Además de quien escribe estas líneas, intervinieron en el Programa Académico de 2010 ponentes iberoamericanos con amplia experiencia en la aplicación del Derecho Penal Internacional en tribunales internacionales o a nivel nacional, incluyendo entre otros a Sylvia H. Steiner, magistrada y presidenta de la División de Cuestiones Preliminares de la CPI, María del Rosario González, magistrada y presidenta de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Colombia, Renán Villacis, director de la Secretaria de la Asamblea de los Estados Partes de la CPI, Santiago Cantón, secretario ejecutivo de la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos, John Vervaele, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Utrecht y vice-presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP), Fernando Tenorio, Catedrático de Criminología de la Universidad Autónoma Metropolitana de México (UAM), Javier Dondé, investigador y experto en Derecho Penal Internacional del INACIPE, y Jorge Calderón, letrado de la CIDH.

La X Edición de la Competencia, celebrada este año 2011, ha supuesto la modificación de su estructura en cuanto que ha acogido por primera vez fases

nacionales (desarrolladas en Argentina, Colombia, España y Venezuela) y una fase final en La Haya/Utrecht (Holanda), que han venido a complementar a la tradicional fase internacional celebrada en México DF. Con ello se pretende, en la medida de lo posible, acercar la Competencia, así como las actividades que forman parte del Programa Académico, a los distintos países hispano-hablantes y lusófonos, así como facilitar una primera experiencia personal directa de los participantes con la propia CPI y el resto de instituciones judiciales internacionales con sede en La Haya.

En este marco, se han organizado toda una serie de Programas Académicos en los distintos lugares en:

(i) Madrid, organizado por el Instituto Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III los días 21 y 22 de febrero de 2011.

(ii) Bogotá, organizado por la Editorial Legis y las Universidades del Rosario, Santo Tomás, Sergio Arboleda, Externado, La Sabana, Los Andes, Nacional, y Pontificia Javeriana los días 24 y 25 de febrero de 2011.

(iii) Caracas, organizado por la Universidad Católica Andrés Bello el día 28 de febrero de 2011.

(iv) Tucumán, organizado por la Universidad Nacional de Tucumán los días 10 y 11 de marzo de 2011.

(v) México DF, organizado por COLADIC, capítulo México, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (INAM), y la Comisión de Derechos Humanos de México DF, con el apoyo del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), la Universidad Iberoamericana, la Escuela Libre de Derecho, el INACIPE y el Centro de Investigación y Docencias Económicas (CIDE), los días 31 de marzo y 1 de abril de 2011.

(vi) La Haya/Utrecht, donde durante los días 6 a 10 de junio de 2011 se celebró una semana de eventos sobre Iberoamérica, la Justicia Internacional y los Derechos Humanos, en cuya organización participaron, la Universidad de Utrecht, el Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), el Instituto Cervantes de Utrecht, Radio Netherlands, la Embajada de España en Holanda, la Agencia Española de Cooperación y Desarrollo (AECID), la Asociación de Estudiantes del Derecho Penal y Criminología Ad Informandum vinculada al Instituto Willem Pompe de la Universidad de Utrecht, y la propia CPI.

A los efectos de promover que las ponencias presentadas en los distintos programas académicos permitiesen comparar las experiencias y principales con-

secuencias que se pueden extraer de las mismas en los distintos países hispanohablantes y lusófonos, se ha decidido centrar todos los programas sobre los siguientes tres bloques temáticos: (i) reparaciones en casos de violaciones graves sistemáticas o generalizadas de derechos humanos; (ii) definición y ámbito de aplicación de los delitos de lesa humanidad; y (iii) resultados de la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrada en junio de 2010 en Kampala (Uganda). Si bien, debido a la pluralidad de temas tratados en esta última (definición del delito de agresión, extensión de los tipos penales relativos a la prohibición del uso de ciertas armas, cooperación, complementariedad, justicia y paz, y participación de víctimas), se ha decidido estructurar el presente volumen siguiendo una clasificación más tradicional: Jurisdicción y Complementariedad, Delitos, Procedimiento, Reparaciones y Misceláneos.

Aunque la coordinación de todos estos programas desde el Instituto Iberoamericano de la Haya y la Clínica Jurídica de Conflicto Armado, Derechos Humanos y Justicia Internacional de la Universidad de Utrecht ha sido una tarea ardua, la excelente disposición mostrada por los distintos organizadores nacionales nos ha permitido completar en tan sólo unos meses la publicación digital de esta obra, en la que se recogen veinticinco ponencias de expertos iberoamericanos que desempeñan sus funciones como magistrados, abogados, representantes del Estado, representantes de organizaciones no gubernamentales o académicos en Argentina, Brasil, Colombia, España, Estados Unidos, Holanda, México y Venezuela.

Además de las ponencias de los programas académicos, hemos considerado oportuno incluir en la presente publicación el caso de la X Edición de la Competencia, así como los memoriales de la Fiscalía, la Representación del Estado de la República de Almeres y los Representantes Legales de las Víctimas que resultaron distinguidos con el premio a los mejores memoriales. De esta manera, además de servir de reconocimiento al esfuerzo realizado por los equipos premiados, esperamos que su publicación facilite la preparación de los equipos en las futuras ediciones de la Competencia, incentivando de esta manera su participación.

La presente publicación constituye el primer volumen de la serie "Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional", cuyo objetivo es dar a conocer cada año el sentir del mundo hispano-hablante y lusófono sobre las cuestiones de mayor actualidad en el Derecho Penal Internacional y en la práctica de la CPI, así como su relación con la actuación de la CIDH. Así mismo, la naturaleza digital y gratuita de la publicación pretende facilitar su difusión de manera que la misma se convierta en un vehículo efectivo para la familiarización de las distintas regiones de Iberoamérica con el Derecho Penal Internacional, con las actividades de la CPI, y con su interrelación con la CIDH y las jurisdicciones nacionales.

El apoyo institucional de la CPI y de la CIADH, la indispensable financiación de la Delegación de la Comisión Europea en Colombia y Ecuador, la prioridad dada por Tirant lo Blanch a la publicación digital de la obra y el incansable esfuerzo de Alejandro Fernández Varela Jiménez desde la Universidad Nacional Autónoma de México merecen en este momento nuestro especial reconocimiento. En particular, el apoyo que desde un primer momento recibimos de las magistradas de la CPI, Silvia Fernández de Gurmendi, Sylvia H. Steiner y Elizabeth Odio-Benito, que conformaron la Sala de Enjuiciamiento en la audiencia final de la Competencia en la Sala de Audiencias de la CPI, habiendo la magistrada Sylvia Steiner participado en el Programa Académico de México DF en el 2009, y teniendo la magistrada Silvia Fernández la gran deferencia de escribir la presentación para el presente volumen. Así mismo, incondicional ha sido también el apoyo a este proyecto de la Secretaria de la CPI, Silvana Arbia, así como de la directora de su Sección de Comunicación e Información Pública a través del cual se implementó el mismo, Sonia Robla. Finalmente, es necesario subrayar que esta obra no hubiera podido hacerse realidad sin la generosa contribución de la Embajada de la Comunidad Europea en Colombia y Ecuador, y el entusiasmo que su Embajador, Fernando Cardesa, y el agregado de cooperación encargado de justicia y derechos humanos, Manuel de Rivera, mostraron desde un principio por el mismo.

No puede terminar estas palabras, sin expresar mi confianza en que los muchos esfuerzos que han hecho posible la publicación de este primer número de la serie "Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional" seguirán fortaleciéndose en los años venideros. Para ello, estamos trabajando ya en el segundo volumen de la serie que hemos previsto que saldrá a la luz en estas mismas fechas dentro de un año, y que recogerá las ponencias de los programas académicos de las seis fases nacionales (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica y España), la fase Internacional de México DF, y la fase final de La Haya/Utrecht que tendrán lugar entre marzo y junio de 2012 en el marco de la XI Edición de la Competencia sobre los siguientes temas:

(a) Aspectos relativos a la relación entre el Narcotráfico y los Crímenes de Lesa Humanidad: (i) Aspectos sustantivos del fenómeno del narcotráfico que podrían ser calificados como crímenes de lesa humanidad, y características de las organizaciones a través de las que se cometen los delitos de narcotráfico y sus similitudes/diferencias con las organizaciones a través de las que se cometen delitos de lesa humanidad; (ii) Aspectos jurisdiccionales y procesales: Posible competencia de los tribunales penales internacionales sobre cuestiones relativas al narcotráfico en cuanto que constitutivas de delitos de lesa humanidad, embargos/decomisos, y reglas probatorias especiales cuando se persiguen aspectos del narcotráfico en cuanto que constitutivos de delitos de lesa humanidad;

(b) Aspectos relativos a la aplicación de los delitos de violencia sexual previstos en el Estatuto de Roma: (i) El ámbito de aplicación de los delitos de prostitución forzada, esclavitud sexual y violencia sexual; (ii) El reclutamiento de niñas menores de 15 años; (iii) El tratamiento en los artículos 25 y 28 ER de la responsabilidad de los superiores jerárquicos por la comisión de manera sistemática o generalizada de actos de violencia sexual cometidos por sus subordinados;

(c) El tratamiento en el Derecho Penal Internacional, y en el art. 25 ER en particular, de la acción exterior de funcionarios de los servicios diplomáticos, y miembros de grupos armados de oposición, dirigida a ocultar la comisión de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra.

Pero mientras llega el momento de la publicación del segundo volumen de la serie, les invito a que lean con atención las veinticinco ponencias recogidas en este primer volumen, y a que se animen a participar en la XI Edición de la Competencia y en sus ocho programas académicos, que están a punto de comenzar.

Utrecht, 15 de octubre de 2011

Comentario Preliminar

La Unión Europea y la Corte Penal Internacional: especial referencia a las nuevas modalidades de cooperación en el marco de la complementariedad positiva en el caso colombiano

Manuel De Rivera Lamo de Espinosa*

I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones de la Unión Europea ("La Unión, UE") con la Corte Penal Internacional ("la Corte, CPI"), se manifiestan no sólo desde la individualidad de cada uno de sus 27 Estados miembros —quienes han ratificado el Estatuto de Roma—, sino que también se visualiza a partir de las acciones conjuntas de la Unión, y en ese sentido, a través de las distintas decisiones, declaraciones y posiciones comunes, así como por medio de las acciones desarrolladas para promover y cooperar con la CPI.

El apoyo de la UE a la CPI se ha ido fortaleciendo con el paso de los años. Dicho apoyo se deriva de los intereses y objetivos comunes que comparten ambas instituciones. De esta forma, la UE ha declarado que los principios del Estatuto de Roma, así como los principios que gobiernan su funcionamiento, están en completa concordancia con sus principios y objetivos. Así las cosas, para ambos la consolidación de la ley y el respeto a los derechos humanos, así como la preservación de la paz y el fortalecimiento de la seguridad internacional —en conformidad con la Carta de Naciones Unidas y el artículo 11 del Tratado de la UE—, son de fundamental importancia y prioridad.

La UE reconoce el papel de la CPI en el fomento de la paz y la estabilidad a nivel internacional, ya que es la Corte Penal Internacional la que tiene la potestad de actuar cuando las instituciones nacionales de justicia no tienen voluntad de operar o se manifiestan incapaces de hacerlo. De aquí su importancia, ya que logra prevenir crímenes de lesa humanidad deteniendo a delincuentes de

* Agregado de Cooperación, Responsable del Área de Justicia y Derechos Humanos. Delegación de la Unión Europea para Colombia y Ecuador.

guerra futuros. El establecimiento de un tribunal permanente para castigar a los responsables de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio es importante porque evita los retrasos inherentes a la preparación de un tribunal ad hoc, evitando situaciones en las cuales los criminales puedan quedar impunes, los testigos puedan llegar a ser intimidados, o las condiciones políticas y sociales puedan empeorar.

II. LA DECISIÓN 2011/168/PESC DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea ha reafirmado recientemente su compromiso con la promoción de los valores de la CPI y el Estatuto de Roma. Ello ha quedado establecido en la última Decisión adoptada por el Consejo el pasado 21 de marzo, Decisión 2011/168/PESC, la cual tiene por objetivo impulsar el apoyo universal al Estatuto de Roma fomentando la participación más amplia posible en el mismo, a fin de preservar la integridad del Estatuto, apoyar la independencia y el funcionamiento efectivo y eficaz de la CPI, apoyar la cooperación de la CPI y apoyar la aplicación del principio de complementariedad (Consejo de la Unión Europea, 2011).

La nueva Decisión fue impulsada por las modificaciones hechas al Estatuto de Roma a través de la Conferencia de revisión que se desarrolló en Kampala del 31 de mayo al 11 de junio de 2010. Asimismo, responde al compromiso hecho por parte de la UE en el marco de dicha conferencia, revisar y actualizar sus instrumentos de apoyo a la Corte y a la universalización del Estatuto de Roma (Consejo de la Unión Europea, 2011). De esta forma, la Decisión 2011/168/PESC deroga y sustituye la pasada Posición Común 2003/444/PESC, reafirmando el compromiso respecto a la CPI, sus valores y Estatuto.

Dentro de la Decisión, se establecen los mecanismos a partir de los cuales se pretende contribuir al objetivo de la participación más amplia en el Estatuto. Como lo consagra la Decisión:

> La Unión y sus Estados miembros harán todo lo posible para potenciar este proceso, planteando, siempre que proceda, la cuestión de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión más amplia posible a dicho Estatuto y su aplicación, cuando sea pertinente, en negociaciones, en particular en la negociación de acuerdos, o en diálogos políticos con terceros Estados, grupos de Estados u organizaciones regionales pertinentes. (Consejo de la Unión Europea, 2011).

De igual forma, se plantea que la Unión y sus Estados miembros contribuirán, a través del intercambio de experiencias, con los Estados que se encuentren interesados en temas relacionados con la aplicación del Estatuto. Asimismo, la

cooperación técnica y financiera, la cual debe ser coordinada entre la UE y sus Estados miembros, se visualiza como un elemento clave en el presente objetivo de ampliación.

Como medidas para impulsar la independencia, la Decisión resalta el papel de la UE y sus Estados miembros en el desarrollo de acciones que promuevan dicho aspecto. Específicamente la Decisión se refiere a las siguientes acciones:

a) animar a los Estados parte a que transmitan rápidamente la totalidad de su contribución correspondiente, según las decisiones que haya tomado la Asamblea de Estados Parte;

b) hacer todos los esfuerzos para lograr que los Estados miembros se adhieran al Acuerdo sobre privilegios e inmunidades de la Corte Penal Internacional o lo ratifiquen lo antes posible, y promover dicha adhesión o ratificación por los demás Estados, y

c) esforzarse por respaldar de manera apropiada el desarrollo de la formación y de la asistencia de los jueces, fiscales, funcionarios y abogados en los trabajos relacionados con la CPI (Consejo de la Unión Europea, 2011).

La Decisión plasma el carácter dinámico del rol de la UE frente al apoyo de la CPI y su cooperación con ésta. Así las cosas, la Decisión establece que la UE y sus Estados miembros deben supervisar el Acuerdo de Cooperación y Asistencia con la CPI; deben seguir la evolución de la cooperación con la CPI en conformidad con el Estatuto; así como también, deben estudiar la celebración de acuerdos y arreglos *ad hoc* "que permitan el funcionamiento efectivo de la CPI y alentará a terceros Estados a hacer lo mismo" (Consejo de la Unión Europea, 2011).

Esta nueva Decisión le da un valor agregado al principio de complementariedad que fue reforzado por la Resolución RC/Res.1 aprobada dentro de la Conferencia de Kampala en junio de 2010, la cual reconoce:

> La responsabilidad primaria de los Estados de investigar y enjuiciar los crímenes más graves de trascendencia internacional y la conveniencia de que los Estados se presten ayuda mutua para fortalecer su capacidad interna a fin de asegurar que la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de grave trascendencia para la comunidad internacional puedan tener lugar a nivel nacional (Corte Penal Internacional, junio 2010).

Igualmente, la Decisión del Consejo del 21 de marzo, determina que los Estados miembros deben adoptar, en su caso, iniciativas o medidas para garantizar la aplicación de dicho principio a nivel nacional. Lo anterior, si bien no estaba establecido específicamente en la antigua Posición Común 2003/444/PESC, como se verá más adelante, sí se ha venido desarrollando por buena parte de las acciones de la UE dirigidas a fortalecer el sector justicia de otros Estados.

III. EL PLAN DE ACCIÓN DE 2004 Y LA COOPERACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

Por otra parte, es importante señalar que en 2004 la Unión estableció unas líneas de acción para efectivizar la antigua Posición Común de 2003, las cuales están definidas en el Plan de Acción de 2004. De esta forma y como producto de la reciente decisión del Consejo 2011/168/PESC, este Plan de Acción deberá ser actualizado en función de los objetivos planteados en marzo de 2011 a través de la mencionada disposición.

El actual Plan de Acción de 2004 busca establecer las líneas sobre las cuales la UE y sus Estados miembros deben de cooperar con la CPI y la buena aplicación de su Estatuto. De esta forma, la UE se dispone coordinar sus acciones con los Estados miembros; a trabajar por la universalidad e integralidad del Estatuto de Roma a través del diálogo político con terceros Estados, organizaciones internacionales e incluso, organismos no gubernamentales; y a promover la independencia y la efectividad del funcionamiento de la CPI, donde el más claro ejemplo en este compromiso lo representa el Acuerdo de Cooperación y Asistencia de la UE con la CPI del 10 de abril de 2006.

En términos de coordinación de los Estados miembros de la UE, el Plan de Acción dispone que cada uno de los Estados establecerá un punto focal, el cual se encargará de brindar la información y actuará en calidad de punto de contacto para relacionarse con el resto de países, organizaciones y la misma CPI para temas concernientes a la aplicación del Estatuto.

La cooperación de la UE se encuentra estrechamente alineada con los intereses de la CPI. Ello quedó plasmado, entre otras cosas, en un discurso de 2010 en el cual el Presidente de la CPI identificó tres áreas principales en las cuales los Estados miembros y socios pueden contribuir a la CPI: la ampliación, el fortalecimiento y la profundización del sistema del Estatuto de Roma (Song, 2010). Con el fin de poder ampliar el Estatuto de Roma, debe mencionarse que la UE ha llevado a cabo más de 340 *démarches* apuntando hacia más de 100 países y organizaciones internacionales, para incentivar la ratificación e implementación del Estatuto de Roma y el Acuerdo de Privilegios e Inmunidades. De igual forma, debe mencionarse que para muchos observadores, las actividades de promoción del Estatuto de la CPI por parte de la UE han llevado a que se incentiven las ratificaciones por parte de terceros países, como lo es el caso de Japón y Chad (Mertens, 2011).

De este mismo modo, otra de las acciones que responde al objetivo de la universalización del Estatuto de Roma, está relacionada con el fomento de las disposiciones de la CPI por medio de las cláusulas relativas a la misma que son incluidas dentro de buena parte de los tratados y acuerdos de la UE con terce-

ros Estados, donde por ejemplo, puede mencionarse el Acuerdo de Cotonú en el que se menciona que "las partes tratarán de tomar medidas para ratificar y aplicar el Estatuto de Roma y los instrumentos conexos" (Acuerdos de Cotonú, 2010).

Otro aspecto importante de la cooperación de la UE, se constituye en el apoyo económico y técnico que la Unión ha venido realizando en los últimos años. Más del 50% de la financiación de la CPI está siendo suministrada por los Estados Miembros de la Unión Europea. Igualmente y desde 1995, la Comisión Europea en sí ya ha proporcionado más de €40 millones en el marco del Instrumento Europeo para la Democracia y los Derechos Humanos (IEDDH) encaminados a contribuir a las campañas de promoción de la ampliación del Estatuto de Roma, así como para la financiación de organizaciones de la sociedad civil para contribuir al funcionamiento efectivo de la CPI (Secretaría General del Consejo, 2010).

IV. LA COOPERACIÓN TÉCNICA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL CASO COLOMBIANO

De igual forma, la Unión se ha comprometido a apoyar a terceros Estados en los procesos de capacitación técnica para acompañar los procesos de ratificación y adecuación de los sistemas legales para introducir las disposiciones del Estatuto de Roma. En este aspecto, puede citarse como ejemplo el caso colombiano, donde la Delegación de la Unión Europea en Colombia busca, entre otras cosas, contribuir a la consolidación del Estado de Derecho y a la reducción de la impunidad, mejorando la capacidad de respuesta del sistema de justicia. Ello se ajusta a lo establecido por la CPI respecto al principio de complementariedad, a partir del cual, como se mencionó anteriormente, se deriva la responsabilidad primaria de los Estados de enjuiciar e investigar los crímenes graves que tienen lugar en el territorio nacional.

En ese sentido, se tiene como objetivo mejorar la eficacia del sistema penal y el respeto a los derechos de los ciudadanos por medio del fortalecimiento del sector justicia para la reducción de la impunidad en Colombia. Para lograr lo anterior, la Unión Europea ha movilizado más de 25 millones de euros en el marco de su cooperación bilateral con las entidades públicas en concepto de apoyo técnico y financiero[1].

---

[1] Dicho aporte se ha materializado a través de los siguientes Convenios:
– ALA/2004-16831: *Fortalecimiento del Sector Justicia para la Reducción de la Impunidad en Colombia (10.5M€):* introducción del nuevo sistema penal acusatorio.

Dentro de este paquete financiero y bajo la premisa de la complementariedad positiva, conviene destacar con especial énfasis una de las múltiples actividades desarrolladas en el marco del proyecto "*Fortalecimiento del Sector Justicia para la Reducción de la Impunidad en Colombia"* (Convenio ALA/2004-16831). Dicha acción fue igualmente incluida en la Conferencia de Revisión de Kampala como un ejemplo exitoso dirigido al refuerzo de la jurisdicción doméstica y del Derecho interno en materia de crímenes contemplados en el Estatuto de Roma[2]. Más concretamente, la Unión Europea dispuso un equipo de asistencia técnica compuesto por varios expertos internacionales que asistieron y asesoraron en tiempo real a los fiscales de la Unidad Nacional para la Justicia y la Paz, así como a los jueces y magistrados de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz con sede en Bogotá. Este apoyo a las entidades colombianas se inscribe en el marco de la Ley 975 de 2005 o también llamada Ley de Justicia y Paz, la cual establece un sistema de Justicia Transicional en Colombia para la desmovilización de los miembros de los grupos armados al margen de la Ley. A través de dicho acompañamiento, se ha pretendido aplicar los lineamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, siguiendo los estándares internacionales en materia de verdad,

---

Período de ejecución: 22/12/2004 - 31/12/2011.

– DCI-ALA/2009-19588: *Fortalecimiento Institucional para la atención a las víctimas (7.4M€):* aplicación de la Justicia Transicional en Colombia (Ley de Justicia y Paz, Decreto de Reparación Administrativa a las Víctimas, etc.).

Período de ejecución: 3/08/2009 - 3/08/2014.

– DCI-ALA/2011-22249: *Apoyo institucional al Sistema Penal Colombiano (7.5M€):* apoyo a la política criminal de Colombia y mejora de las capacidades investigativas del Estado (Fiscalía General de la Nación y mejora de las actuaciones de la Policía Judicial).

Período de ejecución: 24/05/2011 - 24/05/2016.

Estos tres proyectos, canalizados a través del Ministerio del Interior y Justicia, y de ahí al resto de entidades asociadas a la ejecución de las diferentes actividades (Defensoría del Pueblo, Consejo Superior de la Judicatura, Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación, Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario) han prestado y seguirán prestando una importantísima labor con el fin de mejorar el funcionamiento de todas las organizaciones asociadas a la impartición de justicia, con el fin de reducir los altos niveles de impunidad que se ha sufrido en el país. Estas tres importantes iniciativas se encaminan no sólo al fortalecimiento del aparato de justicia con motivo de la aprobación del nuevo Sistema Penal Oral Acusatorio (SPOA), sino que pretende reforzar igualmente el conjunto de normas que conforman el sistema de Justicia Transicional que se está aplicando a Colombia, desde que se introdujo la Ley 975 de 2005, también llamada Ley de Justicia y Paz. Ver, http://www.mij.gov.co/UnionEuropea/Home/1.

[2] ICC, Review Conference of the Rome Statute. Focal points' compilation of examples of projects aimed at strengthening domestic jurisdictions to deal with Rome Statute Crimes. http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/Stocktaking/RC-ST-CM-INF.2-ENG.pdf.

justicia y reparación en aquellas causas que en ese momento se encontraban más adelantadas. Asimismo, se ha pretendido favorecer la conexión entre el sistema procesal establecido por la Ley 975 y la normativa que la desarrolla con los otros sistemas procesales penales pre-existentes en Colombia en el tratamiento de la violencia armada. Por último, se trabajó en el fortalecimiento de las capacidades de investigación de la Fiscalía General de la Nación en los procesos de Justicia y Paz, con especial énfasis en los casos de violencia de género.

Si bien la Unión Europea ha contribuido de forma decidida a través de las entidades del Estado (encargadas de la oferta institucional), un paquete importante de financiación adicional se ha canalizado igualmente a través de una serie de organizaciones de la sociedad civil[3] (que estructuran la demanda de parte de las víctimas), las cuales han desarrollado múltiples actividades dirigidas al fortalecimiento y visibilidad de las víctimas y sus organizaciones. Dentro de este conjunto de acciones, cabe mencionar el acompañamiento jurídico integral para la exigibilidad de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación; atención y acompañamiento psicosocial; acompañamiento, incidencia y fortalecimiento de capacidades para la protección; e investigación e incidencia política desde este tipo de organizaciones.

El aporte a la justicia penal internacional y al Estado de Derecho desde las Organizaciones No Gubernamentales europeas es muy extenso. Entre el amplio abanico de experiencias existentes en materia de apoyo al sector justicia destaca el caso de la República Democrática del Congo, donde el proyecto "Lucha en contra de la impunidad a través del Apoyo a la CPI"[4], el cual fue llevado a cabo por *Abogados sin Fronteras - Bélgica* y contó con la financiación de la Comisión Europea, tenía por objetivos el fortalecimiento de la capacidad de los jueces para juzgar crímenes graves en función de los estándares y principios del derecho internacional; reforzar la autonomía de los abogados para proteger y apoyar a las víctimas de tales crímenes y además proveer asistencia jurídica de calidad a las víctimas.

---

[3] Dicho paquete fue financiado por el Instrumento de Estabilidad y asciende a 6.5M€, los cuales fueron distribuidos a través de la Comisión Colombiana de Juristas, el Centro Internacional de Justicia Transicional, PCS - Project Counseling Services e Intermon Oxfam. Información sobre sus actividades se puede encontrar en el siguiente link: http://www.nuevoarcoiris.org.co/sac/files/paca/documentos/publicacion_PAC_julio_2010.pdf.

[4] Ver: EUROPEAID. Support and justice reform in ACP countries. September 2010. En: http://www.cc.cec/dgintranet/europeaid/activities/thematic/e4/human_rights_democratisation/documents/key_tools/justice_study_final_en.pdf.

V. NUEVAS MODALIDADES DE COMPLEMENTARIEDAD POSITIVA EN COLOMBIA

Con el fin de mantener acciones a futuro que contribuyan con la complementariedad positiva para el caso colombiano, la Unión Europea apoya política y financieramente la Competencia sobre la Corte Penal Internacional, la cual ha dado lugar a esta publicación. Dicha Competencia ha sido organizada en este año 2011 por COLADIC México y la Universidad de Utrecht, junto con la Comisión de Derechos Humanos de México Distrito Federal (realizando funciones de Secretaria Técnica), el apoyo institucional de la Corte Penal Internacional y la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos, y el apoyo académico de una red de más de 125 facultades de Derecho e institutos de investigación. La misma se ha desarrollado en cuatro fases nacionales en Argentina, Colombia, España y Venezuela, una fase internacional en México DF y una fase final en La Haya y Utrecht. La Editorial Legis, y las Universidades del Rosario, Santo Tomás, Sergio Arboleda, Nacional de Tucumán, Católica Andrés Bello, Carlos III de Madrid, así como el Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional, el Instituto de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de México, el Instituto Cervantes, la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), la Embajada de España en La Haya, la Sección Latino-Americana de Radio Netherlands y la Asociación Ad Informandum de Estudiantes de Derecho Penal y Criminología han sido los encargados, junto con las entidades antes mencionadas, de organizar las distintas fases de la Competencia.

Todas y cada una de estas fases han sido acompañadas de programas académicos, en cuya organización en Colombia también participaron las Universidades del Externado, Javeriana, La Sabana, Los Andes, y la Universidad Nacional. En estos programas académicos se han tratado tres temas principales fundamentales: reparaciones de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos; definición de delitos de lesa humanidad; y resultados de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma. Son precisamente las ponencias presentadas en estos programas las que son objeto de la presente publicación junto con el caso objeto de la Competencia y los memoriales premiados como mejor memorial de Fiscalía, Defensa y Víctimas. Como resultado inmediato, esta Competencia ha formado a numerosos estudiantes en casos prácticos sobre Derecho Penal Internacional, actuando durante este tipo de ejercicios en calidad de fiscales, defensores y víctimas.

Como fruto de este prolongado esfuerzo, dichos estudiantes se han convertido en candidatos idóneos para prestar labores de asistencia y apoyo real en el seno de entidades como la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y la propia Judicatura.

VI. EL PROGRAMA DE ESTOCOLMO

Finalmente y como complemento de las actividades a nivel exterior, al interior mismo de la Unión se han dedicado esfuerzos para apoyar el funcionamiento de la CPI y la efectiva aplicación de sus decisiones. En este sentido, en diciembre de 2009 el Consejo Europeo adoptó el Programa de Estocolmo:

> El cual invita a las instituciones de la UE a apoyar y promover las actividades de la UE y los Estados miembros en contra de la impunidad, los crímenes de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra; y en ese contexto, a promover la cooperación entre los Estados miembros y la CPI (General Secretariat of the Council, 2010).

Es de esta forma como puede verse el accionar proactivo de la Unión Europea frente al funcionamiento de la Corte Penal Internacional. Dicho apoyo se ha ido consolidando con el paso de los años y se ha hecho más efectivo a partir de las distintas declaraciones, así como de los planes de acción, acuerdos y tratados que emergen del seno de la Unión. Todo ello como muestra del pleno compromiso de la UE frente a la aplicación efectiva de los valores y disposiciones del Estatuto de Roma, el respeto de los derechos humanos, el logro de la democracia y el fortalecimiento del Estado de Derecho.

Bogotá, 10 de octubre de 2011

SECCIÓN I

JURISDICCIÓN Y COMPLEMENTARIEDAD

Algunas reflexiones sobre el carácter complementario de la Corte Penal Internacional

Carmen Lamarca Pérez*

I. EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

La complementariedad es un principio funcional que concede la jurisdicción a un órgano subsidiario cuando el principal no puede ejercerla, es decir, que viene a establecer un orden de prelación entre jurisdicciones que resultan concurrentes[1]. En nuestro caso, que la Corte Penal Internacional tenga carácter complementario quiere decir que el enjuiciamiento por hechos delictivos corresponde originariamente a las jurisdicciones nacionales y sólo cuando éstas no pueden o no quieren llevar a cabo este procedimiento resulta competente la jurisdicción internacional. En palabras de Pigrau, la complementariedad consagra así el principio de intervención mínima también en el ámbito del Derecho Penal Internacional[2]; en realidad, el principio de intervención penal mínima se cumple sobre todo desde la perspectiva de la competencia material del órgano internacional que sólo puede intervenir ante la realización de los delitos internacionales más graves —como sabemos, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión— consagrando además la complementariedad un principio de intervención mínima internacional de orden procesal.

Esperar, sin embargo, que las jurisdicciones nacionales sean las que enjuicien este tipo de delitos es algo más que una postura optimista; no nos engañemos, los delitos internacionales más graves, los que acabamos de señalar, suelen ser cometidos por los grupos más poderosos e incluso en la mayoría de los casos por los propios gobernantes por lo que de entrada es absurdo pensar que mientras continúen en el ejercicio del poder, o incluso hasta que se hayan consolidados

---

* Catedrática de Derecho Penal, Universidad Carlos III de Madrid (España)

1 X. PHILIPPE, "Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión", *Internacional Review of the Red Cross*, nº 862, junio de 2006, p. 7.

2 A. PIGRAU SOLÉ, "Hacia un sistema de justicia internacional penal: cuestiones todavía abiertas tras la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", en *Creación de una jurisdicción penal internacional*, BOE, Madrid, 2000, p. 68.

los cambios políticos, se vaya a producir este enjuiciamiento[3] y, lo que es peor, si finalmente, y cediendo a las presiones políticas internacionales, se procede a la investigación e incluso se enjuician los hechos, resultará muy difícil evitar que no se trate de procesos simbólicos o fantasmas encaminados precisamente a eludir la intervención de la jurisdicción internacional.

Quizás por ello de entrada debemos plantearnos críticamente el mismo principio de complementariedad; a mi juicio, la competencia de la Corte Penal Internacional debería haber sido automática y en ningún momento supletoria respecto del Estado donde se cometieron los hechos delictivos o donde se halle detenido el autor; este fue el caso de los Tribunales ad-hoc para la ex-Yugoslavia y Rwanda que tuvieron primacía frente a los tribunales nacionales; como es sabido, esta postura fue asimismo defendida por muchos cuando se debatió la creación de la Corte Penal Internacional e incluso se sostuvo la posibilidad de que el Tribunal Internacional pudiera operar como una instancia superior de Revisión para aquellos casos ya juzgados en ámbito nacional pudiendo entrar de nuevo en el fondo de los asuntos.

En mi opinión, el modelo óptimo de Tribunal Penal Internacional sería en realidad aquél cuya competencia viniese determinada únicamente en razón de la materia, esto es, que su intervención debería resultar siempre obligatoria cuando existiesen indicios racionales de haberse cometido alguno de los hechos delictivos descritos en su Estatuto y todo Estado debería estar obligado entonces a facilitar la investigación de los hechos y a la entrega de los culpables. No vamos a entrar aquí en gran detalle pero esta solución no sólo resolvería los problemas más formales o de competencia, que son los que suelen aludirse al hablar de la complementariedad, sino que permitiría unificar el sistema de definiciones de los delitos y de las sanciones de los mismos que ahora se diversifican al remitirse a cada legislación nacional con los problemas penales y procesales que ello conlleva.

Es verdad, sin embargo, que en su regulación actual es la propia Corte internacional la que decide si debe o no intervenir, y su decisión resulta obligatoria para los Estados, lo que supone que no se ha llegado a consagrar un principio de complementariedad de carácter absoluto sino que, como señala Andrés Domínguez, se relativiza la primacía de las jurisdicciones nacionales[4]. En este sentido, el art. 17 del Estatuto de la Corte, sobre las "cuestiones de admisibilidad", declara, como es sabido, que la Corte no podrá admitir ningún asunto que esté siendo o

---

[3] Piénsese así, por ejemplo, en el tiempo que, tras la caída incluso de la Dictadura, han tardado los tribunales argentinos en poder juzgar los crímenes cometidos durante la misma o el más grave caso español sobre los crímenes del franquismo que aún siguen sin ser siquiera investigados.

[4] C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 123.

haya sido objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado pero, al mismo tiempo, ha establecido la competencia de la Corte y las condiciones para reconocer cuándo un Estado realiza o no estas actuaciones de modo real y efectivo, esto es, cuándo efectivamente ejerce la jurisdicción y con todas las garantías.

Pero como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, ciertamente resultará difícil en algunos casos comprobar la veracidad y seriedad de los juicios o investigaciones nacionales e incluso se ha señalado de modo crítico como el citado artículo 17 del Estatuto de la Corte se rinde ante esta eventualidad cuando para referirse a esta labor de demostración utiliza términos vagos o genéricos, y así cuando alude sin más a que la Corte debe comprobar que el proceso no se ha iniciado sólo con la finalidad de evitar que el culpable comparezca ante la justicia internacional[5]; en otros supuestos, sin embargo, la misma norma se refiere a la utilización de datos más concretos como la comprobación de una demora injustificada en el enjuiciamiento o la falta de independencia o imparcialidad del tribunal y, asimismo, se contemplan también los casos en que por saturación o falta de medios la administración de justicia nacional no pueda hacerse cargo del procedimiento lo que no supone, como algún autor ha advertido, que el Estatuto realice una discriminación entre Estados —y así, de primer y segundo orden, civilizados o no, etc.— sino atender a sus puntuales capacidades en materia de administración de justicia[6].

Las medidas que la Corte Penal Internacional puede llevar a cabo para asegurar el enjuiciamiento por los tribunales nacionales competentes pueden realizarse incluso tras haberse producido la inhibición a favor de éstos últimos y, en este sentido, establece el artículo 18 del Estatuto que el Fiscal puede reclamar la revisión de la misma inhibición, solicitar al Estado información periódica sobre la investigación o enjuiciamiento e incluso realizar indagaciones cuando pudiera obtener pruebas importantes o impedir que éstas se pierdan incluso aunque ya se esté enjuiciando el hecho por el tribunal nacional todo lo que supone un auténtico ejercicio de complementariedad.

---

5 Vid., en este sentido, M. D. BOLLO AROCENA, *Derecho Internacional Penal*, Universidad del País Vasco, 2004, pp. 567 y ss.

6 A. RODRÍGUEZ CARRIÓN, "Aspectos procesales más relevantes presentes en los Estatutos de los Tribunales penales internacionales: condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales", en *Creación de una jurisdicción penal internacional*, BOE, Madrid, 2000, p. 172.

II. COMPLEMENTARIEDAD Y JURISDICCIONES NACIONALES

Decíamos al principio que la complementariedad supone que la competencia para el enjuiciamiento la tienen, en primer lugar, los tribunales nacionales, ahora bien: ¿qué tribunales nacionales? Esta cuestión, a su vez, se proyecta en una doble vertiente: de un lado, cuando hablamos de tribunales nacionales ¿nos referimos a los tribunales de las naciones de los Estados Parte, esto es los Estados firmantes del Estatuto de la Corte Penal Internacional o nos referimos a cualquier Estado? Y, en segundo lugar, ¿a qué tribunales nos referimos?, ¿a los del lugar dónde se cometió el hecho delictivo, siguiendo el principio de territorialidad que, como expresión de la soberanía política, es el principio general de enjuiciamiento?, ¿o tienen también prioridad los tribunales del país de nacionalidad del autor o la víctima, siguiendo los principios de personalidad activa o pasiva?, e incluso cabe plantearse si, del mismo modo, tienen también prioridad los tribunales nacionales cuando la jurisdicción la ejercen en virtud del principio de justicia universal principio que es el que autoriza la persecución de hechos delictivos al menos en los mismos casos que son competencia de la Corte Penal Internacional órgano que actúa, como todos sabemos, también precisamente en virtud del citado principio de enjuiciamiento.

En cuanto a la primera de las cuestiones, debe entenderse que no se trata únicamente de los Tribunales de los Estados Parte, esto es, no sólo los Estados Parte tienen primacía para juzgar cuándo concurren por razón de competencia material con la Corte Penal Internacional y esta tesis se abona con lo previsto en el art. 18 del Estatuto de Roma que señala que el Fiscal de la Corte está obligado a informar del inicio de una investigación no sólo a los Estados Parte sino también a todos los Estados que "normalmente" pudieran ejercer la jurisdicción, es decir que pudieran resultar competentes, a los efectos de que, igual que en el caso de los Estados Parte, puedan solicitar la inhibición del órgano internacional.

Pero precisamente esa referencia del artículo 18 del Estatuto a la "normalidad" en el ejercicio de la jurisdicción, es el argumento que se esgrime por algún sector de la doctrina para resolver la segunda de las cuestiones sobre qué tribunales nacionales tienen primacía para juzgar respecto del órgano internacional. En este sentido, se señala que la referencia al normal ejercicio de la jurisdicción significa que el Estado cuyos tribunales reclamen la competencia debe tener alguna relación con los hechos que se juzgan, bien porque el autor o la víctima sean nacionales o bien, como es lo más habitual, porque los hechos se desarrollaron en su territorio, señalándose, sin embargo, que debe rechazarse el ejercicio de la jurisdicción en virtud del principio de justicia universal pues éste no forma parte de la práctica, de la actuación normal de los Estados, al tratarse

de un principio que ha sido utilizado por pocos Estados y en situaciones muy excepcionales[7].

Esta tesis tampoco está exenta de problemas, si concurrieran varios Estados en atención a la aplicación de diversos principios jurisdiccionales tampoco hay establecida una prioridad de los mismos, ¿debe juzgar el Estado del lugar donde se cometió el delito siguiendo el principio de territorialidad o debe prevalecer la justicia del Estado del que es nacional el autor, esto es, debe resultar de aplicación el principio de personalidad activa porque, como señalara Beccaria, la ley debe seguir al ciudadano como la sombra al cuerpo?, ¿o debe juzgar el Estado de donde proceden las víctimas?, principio de personalidad pasiva que, por cierto, no reconocen todas las naciones como, por ejemplo, ocurre en nuestro caso. En este último caso, lo habitual suele ser también que las víctimas sean de la nacionalidad del Estado donde ocurrieron los hechos delictivos, o al menos la mayoría de las víctimas, pero no cabe descartar la existencia de víctimas de varias nacionalidades cuyos Estados reclamen su competencia jurisdiccional. En los casos de Argentina y Chile, por ejemplo, existieron, como es conocido, numerosas víctimas españolas aunque los procesos seguidos en España se realizaron, sin embargo, al amparo del principio de justicia universal[8].

A mi juicio, y siempre y cuando se compruebe la capacidad y auténtica disposición del Estado para la investigación y enjuiciamiento, ante la concurrencia debiera prevalecer el criterio de la territorialidad, criterio que, aunque resulta indudable que la cuestión de la jurisdicción es una cuestión política, no constituye sólo un mero acto de soberanía; el lugar dónde se realizaron los hechos es el lugar idóneo para la obtención, con las máximas garantías posibles para todas las partes del proceso, de las necesarias pruebas; donde por todo ello normalmente se produce de mejor modo el acceso a la tutela judicial efectiva.

III. COMPLEMENTARIEDAD Y PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

Por último, es cierto que la aplicación prioritaria por parte de los tribunales nacionales del principio de justicia universal plantea mayores problemas pues constituye la misma base de actuación de la jurisdicción penal internacional. ¿Cabe sostener por ello que en los casos de ejercicio de la jurisdicción por aplicación

---

7 M. D. BOLLO AROCENA, *Derecho Internacional Penal*, cit., p. 572.

8 Vid. C. LAMARCA PÉREZ, "El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile", en Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos In Memoriam, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Salamanca, Cuenca, 2001.

del principio de justicia universal la complementariedad se invierte y es el órgano internacional el que ostenta la primacía frente a los tribunales nacionales?, podríamos incluso decir que es en estos casos donde puede cobrar relevancia que el concurrente se trate de un Estado Parte y que la adhesión al Estatuto de Roma supone reconocer que el Tribunal internacional sustituye al principio de justicia universal interno en el enjuiciamiento de aquellos casos expresamente previstos por su Estatuto. De este modo, sólo cuando el Tribunal Internacional decide no actuar podrían de modo supletorio los tribunales nacionales ejercer la jurisdicción aplicando el criterio de la justicia universal.

En mi opinión, sin embargo, la justicia universal es un principio que, en las legislaciones internas, habilita para el ejercicio jurisdiccional del mismo modo que el criterio de la territorialidad o la personalidad activa o la protección de intereses, como se reconoce por ejemplo en nuestro ordenamiento en el artículo 23,4 LOPJ, y puesto que el Estatuto de Roma no lo excepciona expresamente este principio debe operar del mismo modo que en los otros casos, es decir, su aplicación por un tribunal nacional debe tener primacía frente a la competencia del órgano internacional[9] que también en estos supuestos sigue ostentando un carácter complementario.

Contrariamente a lo que aquí se defiende se pronuncia sin embargo de forma temprana el artículo 7 de la LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional que supuso la primera de las limitaciones a la aplicación del principio de justicia universal en España hoy aún más restringido con la promulgación de la LO 1/2009, de 3 de noviembre. Como es sabido, la citada Ley de Cooperación con la Corte internacional deja de entrada en manos del Gobierno, y no de los jueces, la posibilidad de presentar denuncia ante el Fiscal de la Corte o de pedir la reconsideración de inadmisión de un asunto estableciendo además que cuando se presente denuncia ante nuestros tribunales por hechos cometidos en otro Estado contra ciudadanos no españoles si concurre la competencia del Tribunal internacional deberán abstenerse los tribunales nacionales españoles informando al denunciante de la posibilidad de acudir al órgano internacional; de este modo, se establece la complementariedad pero de los tribunales nacionales lo que se reafirma cuando finalmente se dispone que en el caso de que el Fiscal de la Corte no acuerde iniciar la investigación o la Corte declare la inadmisibilidad del asunto podrá presentarse de nuevo la petición de enjuiciamiento ante los tribunales nacionales españoles que podrán actuar, de este modo, con carácter supletorio.

---

[9] En el mismo sentido M. OLLE SESE, *Justicia Universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, p. 418.

Como denunció la doctrina en su momento, el citado artículo 7 de la LO de Cooperación con la CPI supuso en su día una auténtica limitación del principio de justicia universal y una modificación encubierta del artículo 23,4 de la LOPJ que consagraba, con carácter absoluto excepto por razones de materia, el principio de justicia universal en nuestra legislación interna[10]. Como todos sabemos, esa modificación del artículo 23,4 de la LOPJ dejó de ser encubierta cuando la LO 1/2009 estableció que la persecución delictiva en virtud de la aplicación del principio de justicia universal está hoy condicionada a la existencia de alguno de los siguientes requisitos: que los presuntos responsables del hecho delictivo se encuentren en España, que existan víctimas de nacionalidad española o que se constate la existencia de algún vínculo de conexión relevante con España[11].

Todas estas limitaciones del ejercicio de la jurisdicción universal contradicen en realidad el mismo fundamento de este principio, un principio cuyo reconocimiento, tanto en las legislaciones internas como internacionales, siempre ha estado limitado *ratione materiae*, esto es, limitado a la persecución de los delitos más graves e intolerables, aquellos que atacan, de la forma más recriminable, los bienes más preciados y en cuya persecución está comprometida toda la comunidad internacional por encima de intereses individuales o de cada Estado; y un principio cuyo libre ejercicio es el único modelo que nos permitiría seguir hablando de que su reconocimiento consagra la existencia de un auténtico derecho a la tutela judicial efectiva, derecho que ampara tanto a la víctimas de la impunidad como supone, asimismo, el ejercicio de un juicio justo, esto es, con todas las garantías para las partes.

---

[10] Vid. M. OLLE SESE, *Justicia Universal para crímenes internacionales*, cit., p. 421.

[11] Un análisis en profundidad de la modificación operada en el art. 23,4 por la LO 1/2009 puede verse en M. OLLE SESE y C. LAMARCA PÉREZ, "La reforma del principio de justicia universal", en *La Ley Penal*, nº 83, junio 2011.

Aplicación práctica del análisis de admisibilidad de situaciones: la situación en la República de Kenia

Héctor Olásolo Alonso[*]
Enrique Carnero Rojo[**]

I. INTRODUCCIÓN

El 31 de marzo de 2010, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional ("CPI") autorizó al Fiscal de la Corte a abrir una investigación por iniciativa propia sobre la situación en la República de Kenia, en relación con crímenes de lesa humanidad dentro de la competencia de la Corte presuntamente cometidos en el territorio de Kenia entre el 1 de junio de 2005 y el 26 de noviembre de 2009[1]. En aplicación del art. 15 (4) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ("ER"), la Sala de Cuestiones Preliminares II concluyó que había un "fundamento suficiente para abrir una investigación", tras determinar que (i) los crímenes alegados por el Fiscal eran de la competencia de la Corte, (ii) la situación era admisible, y (iii) la apertura de una investigación sobre dichos crímenes no sería contraria al interés de la justicia. Ésta ha sido la primera, y al tiempo de escribir estas líneas la única, decisión de la CPI autorizando al Fiscal a comenzar una investigación. Como tal, la decisión es notable en muchos aspectos. Sin embargo, el presente capítulo se centrará en las conclusiones de la Sala sobre la admisibilidad de situaciones.

---

[*] Héctor Olásolo Alonso, Catedrático de Derecho Penal Internacional y Derecho Procesal Internacional en el Instituto Willem Pompe de la Universidad de Utrecht (Holanda); Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional; Director de la Clínica Jurídica sobre Conflicto Armado, Derechos Humanos y Justicia Internacional de la Universidad de Utrecht (Holanda).

[**] Enrique Carnero Rojo, candidato a doctor en el Instituto Willem Pompe de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Utrecht; Asesor legal asociado de la Fiscalía de la CPI (2004-2009); Maestría por la Universidad de Leiden; Licenciatura en Derecho por la Universidad de Deusto. Capítulo publicado en el libro homenaje al Profesor González Campos, Catedrático de Derecho Internacional Público, 2011.

[1] *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010.

Hasta la decisión aquí analizada, la CPI había dictado varias resoluciones sobre la admisibilidad de casos. Sin embargo, no se había discutido en detalle la cuestión relativa a si era posible llevar a cabo un análisis de admisibilidad de situaciones. Tal ausencia se debía a que todas las investigaciones anteriores se abrieron sobre la base de remisiones hechas por Estados partes del Estatuto de Roma (Uganda, República Democrática del Congo, República Centroafricana) o por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (Darfur). El Estatuto de Roma determina que la apertura de investigaciones sobre la base de tales remisiones no requiere una autorización judicial previa sino únicamente un examen previo por parte del Fiscal[2].

De ahí que este estudio discuta el concepto de admisibilidad de situaciones desarrollado en la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares autorizando al Fiscal a investigar crímenes de lesa humanidad supuestamente cometidos en la República de Kenia.

II. LOS CONCEPTOS DE SITUACIÓN Y CASO

El Estatuto de Roma hace una clara distinción entre situaciones y casos. Los arts. 13 (a) y (b), 14 (1) y 19 (3) del ER establecen que el objeto de una remisión hecha por un estado parte o por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas debe tener una "situación" como objeto[3]. Además, el art. 18 (1) afirma que los

---

[2] Asamblea General de Naciones Unidas, "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", 17 de julio de 1998, documento A/Conf.183/9 ("ER"), Artículo 15 en relación con Artículo 13 (a) y (b). Véanse también los comunicados de prensa de la Fiscalía de la CPI, "La Fiscalía de la Corte Penal Internacional abre su primera investigación", ICC-OTP-20040623-59, 23 de junio de 2004; "El Fiscal de la Corte Penal Internacional abre una investigación en el No[r]te de Uganda", ICC-OTP-20040729-65, 29 de julio de 2004; "El Fiscal de la CPI abre una investigación en Darfur", ICC-OTP-0606-104, 6 de junio de 2005; "El Fiscal abre una investigación en la República Centroafricana", ICC-OTP-20070522-220, 22 de mayo de 2007.

[3] H. OLÁSOLO, "The Lack of Attention to the Distinction between Situations and Cases in National Laws on Cooperation with the ICC: Special Attention to the Spanish Case", *Leiden Journal of International Law*, 2007, vol. 20, 193-205, y H. OLÁSOLO y E. CARNERO ROJO, "The Application of the Principle of Complementarity to the Decision of Where to Open an Investigation: The Admissibility of *Situations*", en C. STAHN y M. M. EL ZEIDY (coords.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, 2011. Véanse también L. YEE, "The International Criminal Court and the Security Council", en R. LEE (coord.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, La Haya: Kluwer Law International, 1999, p. 147; S. A. FERNÁNDEZ DE GURMENDI, "The Role of the International Prosecutor", en R. LEE (coord.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, La Haya: Kluwer Law In-

exámenes preliminares y las investigaciones iniciadas por la Fiscalía como resultado de dichas remisiones deben también hacer referencia a "situaciones"[4]. De manera similar, los arts. 18 (1) y 15 (5) y (6) ponen de relieve que son también "situaciones" el objeto de los exámenes preliminares e investigaciones que resulten de las comunicaciones enviadas a la Fiscalía por personas naturales y jurídicas diferentes de estados partes y del Consejo de Seguridad[5].

En lo referente a casos, es únicamente tras la apertura de la investigación de una "situación" que el Fiscal puede pedir la emisión de una orden de detención o comparecencia bajo el art. 58 contra uno o más individuos concretos si considera que existen "motivos razonables" para creer que son responsables penalmente por uno o más delitos de la competencia de la Corte. El inicio de un caso viene marcado por la emisión por una Sala de Cuestiones Preliminares de la orden de detención o comparecencia solicitada[6].

A pesar de esta clara referencia a los conceptos de situaciones y casos ("asuntos") en los instrumentos legales de la CPI, ni el Estatuto ni las Reglas de Procedimiento y Prueba ("RPP") de la CPI proporcionan una definición de los mismos. Ambos conceptos, así como las características que los diferencian, han sido elaborados por la Corte en diferentes escenarios.

La elaboración judicial más clara hasta el momento sobre los conceptos de situaciones y casos ha tenido lugar en el contexto de la participación de las vícti-

---

ternational, 1999, pp. 180-82; E. WILMSHURST, "Jurisdiction of the Court", en R. LEE (coord.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, La Haya: Kluwer Law International, 1999, p. 131; y H. OLÁSOLO, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2005, p. 44.

4 J. T. HOLMES, "The Principle of Complementarity", en R. LEE (coord.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, La Haya: Kluwer Law International, 1999, p. 71, fn. 40; M. M. EL ZEIDY, "The Ugandan Government Triggers the First Tests of the Complementarity Principle: An Assessment of the First State's Party Referral to the ICC", *International Criminal Law Review*, 2005, vol. 5, 106.

5 OLÁSOLO, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, cit., p. 44. La palabra "asunto" en el Artículo 15 (4), leída junto a las referencias a la noción de situación en el Artículo 15 (5) y (6) y en vista de la intención de los redactores del Estatuto de introducir protecciones adecuadas contra el inicio de investigaciones políticamente motivadas, no puede referirse literalmente a "asuntos" sino a "situaciones", de acuerdo con el objeto del Artículo 15.

6 *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010, párrafo 44. Véanse también R. RASTAN, "What is a 'case' for the purpose of the Rome Statute?", *Criminal Law Forum* 19, 2008, 442-43; K. AMBOS, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*, GTZ: Universidad de Göttingen, 2010, párrafos 331-334.

mas en los procedimientos. La Sala de Cuestiones Preliminares I, al dictar la primera decisión de la Corte en enero de 2006 sobre la participación de las víctimas en los procedimientos, aclaró que:

> [S]ituaciones, que generalmente están definidas en términos de parámetros temporales, territoriales y en algunos casos personales, como la situación en el territorio de la República Democrática del Congo desde el 1 de julio de 2002, implican los procedimientos previstos en el Estatuto para determinar si una situación en particular debería dar lugar a una investigación penal así como la investigación como tal[7].

En la misma decisión, la Sala definió un caso refiriéndose a:

> [E]pisodios específicos durante los que uno o más crímenes de la competencia de la Corte parecen haber sido cometidos por uno o más sospechosos identificados[8].

Sobre la base de esta distinción entre situaciones y casos, las Salas de Cuestiones Preliminares, de Primera Instancia y de Apelaciones han decidido posteriormente que las víctimas de una situación sólo pueden participar en "procedimientos judiciales" específicos que tengan lugar en el contexto de la investigación de su respectiva situación[9], mientras que las víctimas de un caso pueden participar además en los procedimientos relativos a la audiencia de confirmación de cargos

---

7 *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5, VPRS 6, ICC-01/04-101-tEN-Corr, 17 de enero de 2006, párrafo 65.

8 Ibíd. Véase también *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, Decision concerning PTC I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-8, versión pública de 24 de febrero de 2006, anexo I, párrafo 31.

9 *Situation in the Democratic Republic of the Congo,* Appeals Chamber, Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007, ICC-01/04-556, 19 de diciembre de 2008, párrafos 45 y 55-57; *Situation in Darfur (Sudan),* Appeals Chamber, Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 3 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 6 December 2007, ICC-02/05-177, 2 de febrero de 2009, párrafo 7; *The Prosecutor vs Joseph Kony et al.,* Appeals Chamber, Judgment on the appeals of the Defence against the decisions entitled 'Decision on victims' applications for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06, a/0082/06, a/0084/06 to a/0089/06, a/0091/06 to a/0097/06, a/0099/06, a/0100/06, a/0102/06 to a/0104/06, a/0111/06, a/0113/06 to a/0117/06, a/0120/06, a/0121/06 and a/0123/06 to a/0127/06' of Pre-Trial Chamber II, ICC-02/04-01/05-371, 23 de febrero de 2009, párrafo 33.

del caso que trate los crímenes que alegan haber sufrido[10] y en el posterior juicio oral[11].

Las Salas de la Corte también han utilizado estos conceptos de situación y caso al tratar de otras cuestiones legales sustantivas, tales como temas de competencia[12], "oportunidades únicas de proceder a una investigación"[13] y la posibilidad de que *amici curiae* participen en los procedimientos[14]. Además, los conceptos de situación y caso se han convertido también en un tema de importancia procesal en la práctica diaria de la Corte, ya que el Secretario guarda los documentos y las decisiones en archivos separados para cada situación y para cada caso[15]. Al comenzar un caso, la Sala de Cuestiones Preliminares ordena que el archivo del

---

10 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Arrangements for Participation of Victims a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 at the Confirmation Hearing, ICC-01/04-01/06-462, 22 de septiembre de 2006, pp. 7-8; *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case, ICC-01/04-01/07-474, 13 de mayo de 2008, párrafos 124-145; *The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber III, Fourth Decision on Victims' Participation, ICC-01/05-01/08-320, 12 de diciembre de 2008, párrafos 101-110.

11 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Appeals Chamber, Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008, ICC-01/04-01/06-1432, 11 de julio de 2008, párrafo 109.

12 *The Prosecutor vs Joseph Kony et al.*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute, ICC-02/04-01/05-377, 10 de marzo de 2009, párrafo 14 (para decidir si debe hacerse una determinación de admisibilidad conforme al Artículo 19 (1) del Estatuto de la CPI, "los procedimientos deben haber alcanzado la fase del caso (incluyendo "episodios específicos durante los que uno o más crímenes de la competencia de la Corte parecen haber sido cometidos por uno o más sospechosos identificados"), a diferencia de la fase anterior de la situación que sigue a la decisión del Fiscal de comenzar una investigación de acuerdo al artículo 53 del Estatuto").

13 *Situation in the Democratic Republic of the Congo,* Pre-Trial Chamber I, Decision following the Consultation held on 11 October 2005 and the Prosecution's Submission on Jurisdiction and admissibility filed on 31 October 2005, ICC-01/04-93, 9 de noviembre de 2005, p. 4 ("que en esta fase de los procedimientos [investigación de la situación] no se ha emitido una orden de detención o comparecencia y por tanto no ha surgido ningún caso...").

14 *Situation in Darfur (Sudan)*, Pre-Trial Chamber I, Décision relative aux conclusions aux fins d'exception d'incompétence et d'irrecevabilité, ICC-02/05-34, 23 de noviembre de 2006, pp. 3-4 ("que en este estado del procedimiento [investigación de la situación], no se ha emitido ninguna orden de detención o comparecencia [y por tanto no ha surgido ningún caso]").

15 CPI, "Reglamento de la Secretaría", Normas 20 ("Apertura de un expediente de situación o de caso") y 21 ("Contenido de un expediente de situación o de caso"), ICC-BD/03-01-06-Rev.1, 25 de septiembre de 2006.

caso se complete con copias de los documentos relevantes del archivo de la situación correspondiente[16].

En conclusión, situaciones y casos son conceptos diferentes de acuerdo a los instrumentos legales y la práctica consolidada de la Corte. Situaciones son el objeto de exámenes preliminares e investigaciones[17]. Casos dentro de una "situación" se inician posteriormente con la emisión de una orden de detención o comparecencia por la Sala de Cuestiones Preliminares competente a petición del Fiscal[18].

III. EL CONCEPTO DE ADMISIBILIDAD Y SU APLICACIÓN A SITUACIONES Y CASOS

El art. 17 del ER, titulado "cuestiones de admisibilidad", se refiere literalmente a la admisibilidad e inadmisibilidad de casos o "asuntos". Sus cláusulas estable-

---

16 Véanse por ejemplo, *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, Decision concerning Pre-Trial Chamber I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-8-Corr, version pública de 24 de febrero de 2006, pp. 4-5; *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, Order concerning the incorporation of certain documents into the record of the case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-35, 16 de marzo de 2006, p. 3; *The Prosecutor vs Germain Katanga*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the incorporation of documents in the record of the case and convening a hearing, ICC-01/04-01/07-27, 18 de octubre de 2007, p. 3; *The Prosecutor vs Germain Katanga*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Incorporation of Documents in the Record of the Case and Convening a Hearing, ICC-01/04-01/07-59, 5 de noviembre de 2007, p. 3; *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case, ICC-01/04-01/07-474, 13 de mayo de 2008, párrafo 133; *The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber III, Decision on unsealing and re-classification of certain documents and decisions, ICC-01/05-01/08-20, 20 de junio de 2008, p. 6.

17 *Situation in the Democratic Republic of the Congo,* Pre-Trial Chamber I, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, ICC-01/04-101-tEN-Corr, 17 de enero de 2006, párrafo 65.

18 *Situation in the Democratic Republic of the Congo,* Pre-Trial Chamber I, Decision following the Consultation held on 11 October 2005 and the Prosecution's submission on jurisdiction and admissibility filed on 31 October 2005, ICC-01/04-93, 9 de noviembre de 2005, p. 4; *Situation in the Democratic Republic of the Congo,* Pre-Trial Chamber I, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, ICC-01/04-101-tEN-Corr, 17 de enero de 2006, párrafo 65.

cen un análisis de admisibilidad compuesto de dos partes, "complementariedad" y "gravedad"[19].

La primera parte del análisis se refiere a las investigaciones y enjuiciamientos. El art. 17 (1) (a) a (c) del ER establece que un caso es inadmisible cuando (i) está siendo realmente investigado o enjuiciado por un Estado que tiene competencia sobre el mismo, (ii) ha sido realmente investigado por un Estado que tiene competencia sobre el mismo y tal Estado ha decidido no enjuiciar a la persona de que se trate, o (iii) la persona de que se trata ya ha sido realmente enjuiciada por la conducta a la que se refiere la queja y un juicio en la Corte supondría en consecuencia un *bis in idem*. En consecuencia, un caso será admisible sólo si aquellos Estados que tienen competencia sobre el mismo permanecen inactivos en relación con el mismo, o, habiendo iniciado actuaciones, no están "dispuestos" o son "incapaces" de investigar y enjuiciar dicho caso en el sentido del art. 17 (2) y (3) del ER[20].

La segunda parte del análisis de admisibilidad se refiere a la "gravedad" del asunto. El art. 17 (1) (d) del ER estipula que un caso es inadmisible cuando no es de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte. En consecuencia, según el art. 17 del ER un caso es admisible sólo si (i) las autoridades nacionales están inactivas, tienen falta de disposición o tienen falta de capacidad, y (ii) el caso es lo suficientemente grave[21]. La Corte puede investigar y enjuiciar tales casos como le parezca apropiado.

Las Salas de Cuestiones Preliminares, de Primera Instancia y de Apelaciones de la CPI ya han aplicado el art. 17 del ER a varios casos. Aunque según la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones, una decisión sobre admisibilidad no es necesaria para emitir una orden de detención o comparecencia[22], varias Salas de Cuestiones Preliminares han analizado cuestiones de admisibilidad bajo el art. 58 del ER tras encontrar motivos razonables para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte. Además, dos personas han impugnado la admisibilidad de sus casos después de comparecer ante la

---

19 *Situation in the Republic of Kenya,* Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010, párrafo 52.

20 Interpretación *a contrario* del Artículo 17 (1) (a) a (c) del ER.

21 Véase por ejemplo *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Article 58, Annex, ICC-01/04-01/06-8-Corr, 10 de febrero de 2006, párrafo 29.

22 *Situation in the Democratic Republic of the Congo,* Appeals Chamber, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58", ICC-01/04-169, 13 de julio de 2006, párrafo 42.

Corte, y en una ocasión la Corte ha creído necesario pronunciarse sobre la admisibilidad de un caso en ausencia de los sospechosos. Como consecuencia, al tiempo de escribir estas líneas, ningún caso ha sido declarado inadmisible y siete casos han sido declarados admisibles sobre la base del art. 17 del ER, concretamente los casos contra *Bosco Ntaganda*, *Thomas Lubanga*, *Joseph Kony et al.*, *Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo*, *Ahmed Harun y Ali Kushayb*, *Abu Garda*, y *Jean-Pierre Bemba*.

En lo que se refiere al asunto contra *Bosco Ntaganda*, en 2006 la Sala de Apelaciones anuló la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I que rechazó la petición del Fiscal de ordenar la detención del sospechoso sobre la base de que este caso era inadmisible por carecer de suficiente gravedad [art. 17 (1) (d) del ER][23]. La Sala de Apelaciones aclaró que, contrariamente a las conclusiones de la Sala de Cuestiones Preliminares, el componente de "gravedad" del análisis de admisibilidad no requiere necesariamente que en el caso concurran los siguientes tres elementos: (i) que se refiera a una conducta "sistemática o de gran escala", (ii) que cause "alarma social" en la comunidad internacional, y (iii) que se refiera exclusivamente a "los líderes de más alto rango sospechosos de ser los máximos responsables"[24]. Por tanto, la Sala de Apelaciones revocó el fallo de inadmisibilidad de la Sala de Cuestiones Preliminares y reenvió la cuestión de vuelta a dicha Sala, que posteriormente dictó una orden de detención contra *Bosco Ntaganda*[25].

Por el contrario, la Sala de Cuestiones Preliminares I dictó una orden de detención contra *Thomas Lubanga* en 2006, tras declarar admisible el caso contra el mismo. La Sala de Cuestiones Preliminares concluyó que la República Democrática del Congo ("RDC") y cualquier otro estado se encontraban inactivos con respecto al caso *Lubanga* y que el mismo, consistente en el alistamiento, reclutamiento y utilización de niños menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades, era lo suficientemente grave [art. 17 (1) (d) del ER][26]. Esta decisión declarando la admisibilidad del caso no fue modificada por la Sala de

---

[23] *The Prosecutor vs Bosco Ntaganda*, Pre-Trial Chamber I, Decision on Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58, ICC-01/04-02/06-20-Anx2, 10 de febrero de 2006.

[24] *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Pre-Trial Chamber I, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58", ICC-01/04-169, 13 de julio de 2006, párrafo 82.

[25] *The Prosecutor vs Bosco Ntaganda*, Pre-Trial Chamber I, Warrant of arrest, ICC-01/04-02/06-2, 22 de agosto de 2006.

[26] *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Pre-Trial Chamber I, Decision on Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58, Annex, ICC-01/04-02/06-20-Anx2, 10 de febrero de 2006, párrafos 40 y 74-75.

Cuestiones Preliminares I en su decisión confirmando los cargos contra Thomas Lubanga en 2007[27].

De manera similar, sobre la base de la incapacidad y falta de voluntad declaradas del gobierno de Uganda, la Sala de Cuestiones Preliminares II determinó que el caso contra *Joseph Kony* y los comandantes del Ejército de Resistencia del Señor *Vincent Otti*, *Okot Odhiambo* y *Dominic Ongwen* era admisible cuando dictó una orden de detención contra ellos en 2005 por crímenes de lesa humanad y crímenes de guerra[28]. En 2008, la Sala confirmó este fallo por iniciativa propia en ausencia de los sospechosos pero en presencia de la Fiscalía, las víctimas, representantes del gobierno de Uganda y un abogado nombrado para representar los intereses de la Defensa. La Sala concluyó que el Acuerdo sobre Responsabilidad y Reconciliación entre la República de Uganda y el Ejército de Resistencia del Señor (al que los sospechosos pertenecen) y su Anexo, que habían sido redactados tras la emisión de las órdenes de detención, no cambiaban el escenario de inactividad estatal respecto de la investigación y el enjuiciamiento del asunto[29]. La Sala de Apelaciones no encontró error en esta decisión[30].

En lo que respecta a los casos contra *Germain Katanga* y *Mathieu Ngudjolo*, la Sala de Cuestiones Preliminares I determinó su admisibilidad al dictar órdenes de detención en 2007 sobre la base de la inactividad estatal en lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra alegados por el Fiscal[31]. En 2009, la Sala de Primera Instancia II rechazó la impugnación de Germain Katan-

---

27 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/06-803-tEN, 29 de enero de 2007, párrafos 165-166. La Sala de Apelaciones desestimó la apelación de *Thomas Lubanga* contra esta decisión. Véase The *Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Appeals Chamber, Decision on the admissibility of the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Décision sur la confirmation des charges" of 29 January 2007, ICC-01/04-01/06-926, 13 de junio de 2007.

28 *The Prosecutor vs Joseph Kony et al.,* Pre-Trial Chamber II, Warrant of Arrest for Joseph Kony issued on 8 July 2005 as amended on 27 september 2005, ICC-02/04-01/05-53, 27 de septiembre de 2005, párrafos 36-38.

29 *The Prosecutor vs Joseph Kony et al.,* Pre-Trial Chamber II, Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute, ICC-02/04-01/05-377, 10 de marzo de 2009.

30 *The Prosecutor vs Joseph Kony et al.,* Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the Defence against the "Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute" of 10 March 2009, ICC-02/04-01/05-408, 16 de septiembre de 2009.

31 *The Prosecutor vs Germain Katanga*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga, ICC-01/04-01/07-4, 6 de julio de 2007, párrafos 17-21; *The Prosecutor vs Mathieu Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-02/07-3**,** 6 de julio de 2007, párrafos 17-22.

ga contra la admisibilidad de su caso sobre la base, entre otras cosas, de que la decisión del gobierno de la RDC de no investigar ni enjuiciar los delitos relativos al mismo y dejar que en su lugar lo hiciera la CPI no daba lugar a ninguna de las causales de inadmisibilidad enumeradas en el art. 17 (1) (a) a (c) del ER, y era coherente con el principio de "complementariedad"[32]. Esta interpretación sobre la admisibilidad de un caso fue confirmada, y clarificada, por la Sala de Apelaciones al desestimar el recurso presentado por el acusado contra la decisión de la Sala de Primera Instancia que declaraba admisible su caso[33].

La Sala de Cuestiones Preliminares I también concluyó que el caso contra *Ahmed Harun* y *Ali Kushayb* era admisible sobre la base de la inactividad estatal cuando dictó las órdenes de detención contra los mismos en 2007[34]. En cambio, la misma Sala de Cuestiones Preliminares concluyó que no era necesario determinar en dicha fase del procedimiento la admisibilidad de los casos contra *Omar Al Bashir*, *Abu Garda*, y *Banda y Jerbo*, considerando que estas personas no podían tener acceso a las solicitudes del Fiscal de emisión órdenes de arresto o de comparecencia, que el Fiscal había indicado que no había procesos nacionales en relación con los delitos a que se referían su solicitudes, y que no existía una razón ostensible o un factor evidente que llevara a la Sala a ejercer su facultad discrecional para decidir sobre la admisibilidad de dichos casos[35]. No obstante, una vez que Abu Garda compareció ante la Corte, la Sala de Cuestiones Preliminares confirmó la admisibilidad del caso contra el mismo, sobre la base de la inactividad estatal y su gravedad suficiente[36].

---

32 *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Trial Chamber II, Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute), ICC-01/04-01/07-1213-tENG, 16 de junio de 2009, párrafos 77-79.

33 *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07-1497, 25 de septiembre de 2009, párrafos 85-86.

34 *The Prosecutor vs Ahmad Harun and Ali Kushayb*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58 (7) of the Statute, ICC-02/05-01/07-1-Corr, 27 April 2007, párrafos 18-25.

35 *The Prosecutor vs Omar Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3, 4 de marzo de 2009, párrafos 47-51; *The Prosecutor vs Abu Garda*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58, ICC-02/05-02/09-1, 7 de mayo de 2009, párrafo 4; *The Prosecutor vs Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Pre-Trial Chamber I, Second Decision on the Prosecutor's Application under Article 58, ICC-02/05-03/09-1, 27 de agosto de 2009, párrafo 4.

36 *The Prosecutor vs Abu Garda*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-02/05-02/09-243-Red, 8 de febrero de 2010, párrafos 29-34.

En lo que se refiere a Jean-Pierre Bemba, la Sala de Cuestiones Preliminares III falló que el caso contra el mismo por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra era admisible cuando emitió una orden de detención en 2007. La Sala concluyó que Jean-Pierre Bemba no estaba siendo enjuiciado a nivel doméstico por los crímenes alegados por el Fiscal y que las autoridades judiciales de la República Centroafricana ("RCA") habían abandonado todo intento de enjuiciarle por su inmunidad como vicepresidente de la RDC[37]. Este fallo sobre la admisibilidad del caso no fue modificado por la Sala de Cuestiones Preliminares II en su decisión confirmando los cargos contra Jean-Pierre Bemba en 2009[38].

En 2010 la Sala de Primera Instancia III también declaró admisible el caso contra Jean-Pierre Bemba cuando desestimó una impugnación del acusado contra la admisibilidad del caso. La Sala de Primera Instancia concluyó entre otras cosas que la RCA no había tomado una decisión de "no enjuiciar" el caso contra Jean-Pierre Bemba en el sentido del art. 17 (1) (b) del ER, sino que había intentado que su enjuiciamiento lo realizara la CPI[39]. La Sala también concluyó que el sistema judicial nacional de la RCA era "incapaz" de llevar a cabo el enjuiciamiento porque no tenía la capacidad de hacer frente a la complejidad y la amplitud del caso contra el acusado y estaba por tanto "no disponible" [art. 17 (3) del ER][40]. Además, la Sala de Primera Instancia se basó en el fallo de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre la gravedad del caso[41]. Esta interpretación de la admisibilidad del caso fue posteriormente confirmada por la Sala de Apelaciones al desestimar la apelación del acusado contra la decisión de la Sala de Primera Instancia[42].

En contraste con las decisiones judiciales sobre la admisibilidad de casos arriba mencionadas, hasta la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II de marzo de 2010 autorizando al Fiscal a investigar la situación en la República de

---

37 *The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-14, 10 de junio de 2008, párrafo 21.

38 *The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párrafos 25-26.

39 *The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges, ICC-01/05-01/08-802, 24 de junio de 2010, párrafos 241-244.

40 Ibíd., párrafos 245-246.

41 Ibíd., párrafo 249.

42 *The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Trial Chamber III of 24 June 2010 entitled "Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges", ICC-01/05-01/08-962, 19 de octubre de 2010, párrafos 74 y 107-109.

Kenia, las Salas de la Corte no habían prestado mucha atención a la aplicabilidad del art. 17 del ER a "situaciones".

En abril de 2005, al tratar el primer supuesto de "oportunidad única de investigación" dentro de la situación en la RDC, la Sala de Cuestiones Preliminares I se refirió al análisis realizado por el Fiscal antes de abrir su investigación sobre dicha situación, y al hecho de que el Fiscal no había recibido información de ningún Estado según el art. 18 (2) del ER[43]. Más claramente, en febrero de 2006, al emitir una orden de detención contra Thomas Lubanga, la misma Sala de Cuestiones Preliminares indicó que tal decisión estaba "limitada a determinar el contenido del umbral de gravedad... cuando debe aplicarse a un *asunto* que surja de la investigación de una situación"[44], pero aclaró que:

> [S]egún una interpretación contextual,... el umbral de gravedad previsto en el art. 17 (1) (d) del Estatuto debe ser aplicado en dos fases diferentes: (i) en la fase de inicio de la investigación de una situación, la situación de que se trate debe alcanzar tal umbral de gravedad y (ii) una vez que un asunto surge de la investigación de la situación, éste debe también alcanzar el umbral de gravedad[45].

Además, en noviembre de 2006 la Sala de Cuestiones Preliminares I desestimó la petición de un abogado *ad hoc* para la Defensa de que se analizase la admisibilidad de la situación en Darfur, Sudán, de la siguiente manera:

> VISTO por un lado que ninguna disposición del Estatuto o de las Reglas menciona que la Sala deba detenerse a decidir una impugnación de la admisibilidad y de la competencia de la Corte presentada por el abogado ad hoc para la Defensa en el marco de la investigación de una situación[46].

Sin embargo, al tiempo de estas decisiones judiciales, el Fiscal de la Corte ya había hecho referencia a su análisis de admisibilidad de situaciones. Por ejemplo, cuando comenzó a investigar la situación en la RDC en julio de 2004, el Fiscal informó al Presidente de la Corte de que:

---

43 *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Pre-Trial Chamber I, Decision to Hold Consultation under Rule 114, ICC-01/04-19, 21 de abril 2005, pp. 2-5.

44 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, Decision concerning Pre-Trial Chamber's I Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-8-Corr, versión pública de 24 de febrero de 2006, anexo I, párrafo 44.

45 Ídem. Véase también H. OLÁSOLO y E. CARNERO ROJO, "The Admissibility of *Situations*", en C. STAHN y M. M. EL ZEIDY, *The International Criminal Court and Complementarity*, cit.

46 *Situation in Darfur (Sudan),* Pre-Trial Chamber I, Décision relative aux "Conclusions aux fins d'in limine litis sursis à statuer" déposées par le conseil ad hoc de la Défense, ICC-02/05-25, 2 de noviembre de 2006, p. 4.

> [C]omo requieren el art. 53 del Estatuto y la Regla 104, mi Oficina ha llevado a cabo un análisis y solicitado información adicional para *fundamentar una conclusión bajo el artículo 53 sobre la situación en la RDC*. Habiendo considerado *todos los criterios*, he determinado que hay un fundamento razonable para iniciar una investigación[47].

Asimismo, al explicar su decisión de no investigar la situación en Irak en 2006, el Fiscal indicó que "debe seleccionar situaciones de acuerdo a los criterios del artículo 53"[48]. lo que sugería que el Fiscal entendía la admisibilidad como aplicable también a situaciones[49]. El documento posterior del Fiscal sobre los "intereses de la justicia" [art. 53 (1) y (2) (c) del Estatuto], hecho público en 2007, también se refería a determinar si "la situación es de suficiente gravedad" para justificar la acción de la Corte según el art. 17 (1) (d) del ER[50]. Del mismo modo, el Reglamento de la Fiscalía de la CPI aprobado en 2009 dictaba que:

> [A]l actuar bajo el artículo 15, párrafo 3, o el artículo 53, párrafo 1, la Fiscalía producirá un informe interno analizando la seriedad de la información y considerando los factores contenidos en el artículo 53, párrafos 1 (a) a (c), concretamente temas de competencia, admisibilidad (incluida gravedad), y también intereses de la justicia, de acuerdo a las reglas 48 y 104[51].

Por último, en octubre de 2010 el Fiscal hizo público un borrador sobre "exámenes preliminares"[52]. Este documento confirma que el Fiscal analiza la admisibilidad de las situaciones antes de comenzar a investigarlas:

> Para distinguir aquellas situaciones que merecen una investigación de aquéllas que no lo hacen, la Fiscalía ha establecido un proceso de filtro que incluye cuatro fases:... (c) La fase 3 se centra en un análisis de admisibilidad...[53].

Además, este borrador examina cómo el Fiscal aplica cada uno de los factores de admisibilidad contenidos en el art. 17 del ER para determinar si hay un

---

47 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Presidency, Decision Assigning the Situation in the Democratic Republic of Congo to Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-10, 5 de julio de 2004, anexo I.

48 Fiscalía de la CPI, "Respuesta a las comunicaciones recibidas relativas a Irak", 9 de febrero de 2006, p. 8.

49 K. J. HELLER, "Situational Gravity under the Rome Statute", en C. STAHN y L. VAN DEN HERIK (coords.), *Future Directions in International Criminal Justice*, La Haya: T. M. C. Asser/ Cambridge University Press, 2009, p. 4.

50 Fiscalía de la CPI, "Documento de Políticas sobre los Intereses de la Justicia", septiembre de 2007, p. 5.

51 CPI, "Reglamento de la Fiscalía", Norma 29 (1) ("Apertura de una Investigación o un Enjuiciamiento"), ICC-BD/05-01-09, 23 de abril de 2009.

52 Fiscalía de la CPI, "Borrador de Políticas sobre Exámenes Preliminares", 4 de octubre de 2010.

53 Ibíd., párrafo 86.

"fundamento razonable" para proceder a investigar una "situación", sea por iniciativa propia o bajo remisión de estados partes al ER o del Consejo de Seguridad[54].

Por lo tanto, la práctica de la Corte hasta el momento parece rebatir algunas opiniones académicas de que el análisis de complementariedad bajo el art. 17 del ER sólo se aplica cuando de la investigación de una situación en un país o conflicto determinado surge un caso[55]. Por el contrario, tal análisis debe llevarse a cabo antes de que la investigación de la situación comience, tal y como lo ha confirmado la Sala de Cuestiones Preliminares II en su decisión autorizando al Fiscal a investigar la situación en la República de Kenia.

IV. LA ADMISIBILIDAD DE LA SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA DE KENIA

En febrero de 2008 el Fiscal de la Corte emitió un comunicado en relación con la violencia post-electoral que comenzó en seis de las ocho provincias de la República de Kenia en diciembre de 2007. El Fiscal dio a conocer que estaba realizando un examen preliminar de esta situación:

> Kenia es un estado parte del Estatuto de Roma. La Fiscalía considera cuidadosamente toda la información referente a crímenes dentro de su competencia supuestamente cometi-

---

54 Ibíd., párrafos 51-72. En 2011, el Fiscal anunció la apertura de una investigación sobre la base de la remisión por parte del Consejo de Seguridad de la ONU de la "situación" en Libia desde el 15 de febrero de 2011, tras concluir que "tras un examen preliminar de la información disponible... una investigación está justificada". Véase el comunicado de prensa de la Fiscalía de la CPI, "El Fiscal de la CPI abrirá una investigación en Libia", 2 de marzo de 2011.

55 C. KRESS y L. GROVER, "International Criminal Law Restraints in Peace Talks to End Armed Conflicts of a Non-International Character", en M. BERGSMO y P. KALMANOVITZ (coords.), *Law in Peace Negotiations*, Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2009, p. 45. Véanse, sin embargo, las directrices para la conducción del análisis de admisibilidad de situaciones contenidas en OLÁSOLO, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, cit., pp. 164-72; AMBOS, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz*, cit., párrafos 329, 334 y 336-7; OLÁSOLO y CARNERO ROJO, "The Admissibility of *Situations*", en C. STAHN y M. M. EL ZEIDY (coords.), *The International Criminal Court and Complementarity*, cit.; K. AMBOS, *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court: Is There Sufficient Willingness and Ability on The Part of The Colombian Authorities or Should the Prosecutor Open an Investigation Now?*, Universidad de Göttingen, 5 de enero de 2011, párrafo 3 (a); y H. OLÁSOLO, "The Role of the International Criminal Court in Preventing Atrocity Crimes through Timely Intervention", en H. OLÁSOLO, *Essays in International Criminal Law*, Oxford, Portland: Hart Publishing, 2011.

> dos en el territorio de Estados partes o por nacionales de Estados partes, sin consideración de las personas o del grupo que supuestamente hayan cometido el crimen[56].

Un año después, el Fiscal ratificó que su oficina estaba examinando la situación en Kenia y aclaró en particular que "la Fiscalía continúa controlando si se están desarrollando procesos nacionales en relación con la violencia post-electoral de comienzos de 2008"[57]. El Fiscal también indicó que desde enero de 2008 había recibido "comunicaciones" de individuos y organizaciones no gubernamentales ("ONGs") bajo el art. 15 del ER relacionadas con la violencia post-electoral en Kenia[58].

En julio de 2009 el Fiscal se reunió en la sede de la Corte con una delegación del gobierno keniano. Este último acordó transmitir al Fiscal un informe sobre las investigaciones y los enjuiciamientos que tuvieran lugar en Kenia en relación con la violencia post-electoral e informó al Fiscal que el parlamento keniano debería establecer un tribunal especial u otro mecanismo judicial para investigar y enjuiciar a los responsables de la violencia de 2008. Por último, ambas partes acordaron que el gobierno de Kenia remitiría la situación al Fiscal bajo el art. 14 del ER si no se alcanzaba un acuerdo parlamentario para conseguir el "final de la impunidad de los máximos responsables por los crímenes más graves" dentro de los siguientes 12 meses[59].

Como consecuencia del acuerdo con el gobierno de Kenia, el Fiscal de la Corte recibió más tarde un informe del Fiscal General keniano sobre crímenes cometidos durante la violencia post-electoral[60]. Además, la Comisión de Investigación sobre la Violencia Post-Electoral en Kenia ("Comisión Waki") también transmitió al Fiscal los materiales que había recogido, junto con un sobre sellado que contenía una lista de personas que podrían estar implicadas en dicha violencia[61]. Tras la recepción de estos materiales, el Fiscal de la Corte afirmó que:

> Consideraremos en particular la existencia de procedimientos nacionales. Las autoridades kenianas están discutiendo opciones para establecer una corte nacional que enjuicie estos casos. Según el Estatuto de Roma, la responsabilidad principal para la investigación y el

---

56 Fiscalía de la CPI, "Declaración en relación con los acontecimientos en Kenia", 5 de febrero de 2008.

57 Hoja informativa de la Fiscalía de la CPI, "El Fiscal reafirma que su Oficina sigue observando la situación en Kenia", 11 de febrero de 2009.

58 Ídem.

59 Fiscalía de la CPI, "Actas Acordadas de la reunión entre el Fiscal Moreno Ocampo y la delegación del Gobierno de Kenia", 3 de julio de 2009.

60 Comunicado de prensa de la Fiscalía de la CPI, "El Fiscal de la CPI recibe materiales sobre la violencia post-electoral en Kenia", 16 de julio de 2009.

61 Comunicado de prensa de la Fiscalía de la CPI, "La lista de nombres preparada por la Comisión Waki está en manos del Fiscal de la CPI", 16 de julio de 2009.

> enjuiciamiento de estos crímenes es de Kenia... Las conclusiones de la Comisión Waki son importantes pero no vinculantes para mi Oficina; debo alcanzar una conclusión imparcial[62].

Tras mantener consultas con el gobierno de Kenia, en septiembre de 2009 el Fiscal de la Corte sugirió un enfoque de tres vías para tratar la violencia post-electoral de comienzos de 2008 en Kenia. La CPI enjuiciaría a "los más responsables"; procesos nacionales establecidos por el parlamento de Kenia se encargarían de "otros responsables"; y una "Comisión de Justicia, Verdad y Reconciliación" sería establecida en Kenia para esclarecer toda la historia de los acontecimientos pasados y para sugerir mecanismos de prevención de crímenes similares en el futuro[63].

Sin embargo, en noviembre de 2009 no hubo suficiente quórum en el parlamento keniano para discutir una propuesta para establecer un tribunal nacional especial para la violencia post-electoral y el gobierno de Kenia no remitió la situación en Kenia al Fiscal de la Corte. Como consecuencia, el Fiscal, tras informar a las autoridades kenianas[64], notificó al Presidente de la Corte que tenía intención de pedir autorización judicial para comenzar a investigar la situación en Kenia bajo el art. 15 (3) del ER e informó públicamente a las víctimas de la posibilidad de presentar sus observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares sobre si debería abrirse una investigación de los crímenes supuestamente cometidos en Kenia durante la violencia post-electoral de 2007-2008[65].

Una vez que la situación en Kenia fue asignada a la Sala de Cuestiones Preliminares II[66], el 26 de noviembre de 2009 el Fiscal presentó ante esta Sala su petición de autorización para comenzar a investigar la violencia post-electoral de Kenia en 2007-2008[67]. Sobre la base de informes públicos de las autoridades kenianas,

---

62 Comunicado de prensa de la Fiscalía de la CPI, "El Fiscal de la CPI recibe materiales sobre la violencia post-electoral en Kenia", 16 de julio de 2009.

63 Comunicado de prensa de la Fiscalía de la CPI, "El Fiscal de la CPI Apoya un Enfoque de Tres Vías para la Justicia en Kenia", 30 de septiembre de 2009.

64 Hoja informativa de la Fiscalía de la CPI, "Las autoridades de Kenia se muestran comprometidas a cooperar con la CPI cuando el Fiscal de la CPI les informa de que en diciembre pedirá a los jueces de la CPI la apertura de una investigación sobre la violencia post-electoral", 5 de noviembre de 2009.

65 *Situation in the Republic of Kenya*, Presidency, Decision Assigning the Situation in the Republic of Kenya to Pre-Trial Chamber II, ICC-01/09-1-Anx, 6 de noviembre 2009; Anuncio público de la Fiscalía de la CPI, "Las víctimas de la violencia post-electoral en Kenia tienen 30 días para presentar observaciones ante la CPI en La Haya", 23 de noviembre de 2009.

66 *Situation in the Republic of Kenya,* Presidency, Decision Assigning the Situation in the Republic of Kenya to Pre-Trial Chamber II, ICC-01/09-1, 6 de noviembre de 2009.

67 *Situation in the Republic of Kenya,* Office of the Prosecutor, Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15, ICC-01/09-3, 26 de noviembre de 2009.

de la ONU y de varias ONGs, el Fiscal alegó en su petición que los actos cometidos en el territorio de Kenia a finales de 2007 y comienzos de 2008 suponían crímenes dentro de la competencia de la Corte, concretamente crímenes de lesa humanidad de asesinato, violación y otras formas de violencia sexual, deportación o traslado forzoso de la población y otros actos inhumanos supuestamente cometidos en una Estado parte tras su ratificación del ER[68].

Lo que resulta más interesante, la solicitud del Fiscal también trató de la admisibilidad de la situación, considerando "casos potenciales" que probablemente surgirían de una investigación de la "situación"[69]. El Fiscal sostuvo que los casos que surgieran de su investigación de la situación serían admisibles en ese momento porque no había pendientes investigaciones o procesos nacionales contra "los máximos responsables por los crímenes de lesa humanidad supuestamente cometidos". El Fiscal declaró que según los informes de las autoridades kenianas sólo un número limitado de procedimientos por delitos menos graves habían comenzado en Kenia en relación con los crímenes presuntamente cometidos durante la violencia post-electoral. El Fiscal también sostuvo que la información disponible en ese momento no indicaba la existencia de procedimientos nacionales en otros Estados con competencia sobre la violencia post-electoral [art. 17 (1) (a) a (c) del ER][70]. Además, el Fiscal afirmó que los crímenes supuestamente cometidos eran lo suficientemente graves, teniendo en cuenta su número de víctimas, su organización y planificación y su impacto sobre las comunidades locales [art. 17 (1) (d) del ER][71].

Antes de decidir sobre la petición del Fiscal, la Sala de Cuestiones Preliminares II también mostró su intención de analizar la admisibilidad de la situación. En febrero de 2010, la Sala pidió información adicional al Fiscal referente a la "admisibilidad en el contexto de la situación en la República de Kenia". Concretamente la Sala pidió información sobre (i) los episodios que probablemente serían el centro de la investigación del Fiscal, (ii) los grupos de personas involucradas que probablemente serían el objetivo de la investigación, y (iii) las investigaciones nacionales existentes, si alguna, con respecto a los "asuntos potenciales" constituidos por los anteriores dos elementos[72].

---

68 Ibíd., párrafos 48 y 61-101.

69 Ibíd., párrafo 51.

70 Ibíd., párrafo 55.

71 Ibíd., párrafos 56-59.

72 *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Requesting Clarification and Additional Information, ICC-01/09-15, 18 de febrero de 2010, párrafos 11 y 14.

Sobre la base de la información proporcionada por el Fiscal y las observaciones recibidas de supuestas víctimas[73], el 31 de marzo de 2010 la Sala de Cuestiones Preliminares autorizó la apertura de una investigación sobre la situación en Kenia[74]. La mayoría de la Sala falló que (i) los crímenes alegados por el Fiscal eran parte de la competencia de la Corte[75], (ii) la situación era admisible, y (iii) la apertura de una investigación sobre estos crímenes no sería contraria a los intereses de la justicia.

En lo relativo a la admisibilidad, la mayoría de la Sala de Cuestiones Preliminares falló que el requisito de que "la causa es o sería admisible de conformidad con el art. 17" [art. 53 (1) (b) del ER] requería que la Sala revisara la conclusión del Fiscal "excepcionalmente" antes del comienzo por iniciativa propia de una investigación de la situación porque de lo contrario tal revisión sólo podría tener lugar como consecuencia de una solicitud del Fiscal bajo el art. 18. Tras subrayar que el ER está redactado de una manera que tiende a resolver cuestiones relativas a la admisibilidad en diferentes fases de los procedimientos que conducen al juicio, la mayoría de la Sala de Cuestiones Preliminares concluyó que en esta fase de los procedimientos el Fiscal y la Sala de Cuestiones Preliminares operaban dentro de los parámetros de una "situación" en vez de una caso, "causa" o "asunto" específico. En consecuencia, sobre la base de una interpretación literal y contextual de los arts. 13 (a) y (b), 14 (1), 15 (5) y (6), 18 (1) y 53 (1) (b) del ER, la mayoría de la Sala de Cuestiones Preliminares concluyó que el juicio de

---

73 *Situation in the Republic of Kenya*, Registry, Public Redacted Version of Corrigendum to the Report on Victims' Representations, ICC-01/09-17-Corr-Red, 18 de marzo de 2010.

74 *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010.

75 El Juez Kaul apreció que ni en Nairobi, ni en el Valle norte del Rift, ni en el Valle sur del Rift, ni en el Valle central del Rift, ni en la provincia de Nyanza, ni en la provincia occidental, ni en la provincia costera, ni en la provincia central se había cometido un ataque contra la población civil de conformidad con la política de un estado o de una organización o para promover esa política, debido a la ausencia de un propósito común, de una estructura jerárquica, de pertenencia a las organizaciones durante un plazo de tiempo prolongado, y de la falta de adopción o aprobación de una política a alto nivel de Estado. Su análisis general de la información le llevó a concluir que existieron varios centros de violencia en varias provincias que no llegaron al nivel de crímenes de lesa humanidad. Véase *Situation in the Republic of Kenya,* Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010, Dissenting opinión of Judge Hans-Peter Kaul, párrafos 82-83, 93-94, 102-103, 112-113, 119-120, 127-128, 137-138, 146-147 y 150.

admisibilidad necesario para autorizar una investigación debería estar relacionado con una situación y empleó la expresión "admisibilidad de una situación"[76].

Una vez revisados los trabajos preparatorios del Estatuto, la mayoría de la Sala consideró que los redactores el Estatuto conscientemente mantuvieron la terminología de "asunto" o "causa" (equivalente a "caso") en todas las disposiciones que tratan sobre la admisibilidad, incluido el art. 17 del Estatuto, dejando por tanto en manos de la Corte la armonización de su significado según las diferentes fases del procedimiento. Como consecuencia, la mayoría de la Sala concluyó que, dado que no es posible tener un caso, "causa" o "asunto" concreto que implique a un sospechoso identificado para su enjuiciamiento antes de que comience la investigación de una "situación", el análisis de admisibilidad en esta fase realmente se refiere a la admisibilidad de uno o más "casos potenciales" dentro del contexto de la situación[77]. Una aproximación similar al tipo de análisis propuesto por autores como Rastan, Guariglia y Ambos[78]. Además, la mayoría también aclaró que la determinación de la admisibilidad de una situación sobre la base de "casos potenciales" a los efectos de autorizar la investigación sobre la misma no es vinculante para la Sala de cara a futuras impugnaciones de admisibilidad que puedan ser presentadas ante la Sala con respecto a aquellos casos que surjan a raíz de dicha investigación[79].

Como resultado, la mayoría consideró que la admisibilidad de la situación debe analizarse en relación con casos potenciales definidos conforme a criterios tales como los grupos de personas y los presuntos delitos de la competencia de

---

76 *Situation in the Republic of Kenya,* Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010, párrafos 41-45. El Juez Kaul no trató la admisibilidad en su opinión disidente.

77 Ibíd., párrafos 47-48.

78 Según estos autores, el análisis de complementariedad de la Corte durante la fase de la situación debería limitarse a "el tipo de casos que serían investigados en la situación", "el conjunto probable de casos que surgirían de la investigación de la situación" o a "un conjunto de probables casos que surgirían de la investigación de una situación". Véanse respectivamente RASTAN, "What is a 'case' for the purpose of the Rome Statute?", cit., p. 441; F. GUARIGLIA, "The selection of cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court", en C. STAHN y G. SLUITER (coords.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, La Haya: Martinus Nijhoff, 2009, p. 213, nota 17; y AMBOS, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz*, cit., párrafo 334.

79 *Situation in the Republic of Kenya,* Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010, párrafo 50.

la Corte que probablemente serán el centro de una investigación de cara a configurar los caso(s) futuro(s)[80].

Como ya se ha señalado, todo análisis de admisibilidad requiere un test de complementariedad y otro de gravedad. Esto no varía cuando se trata de analizar la admisibilidad de situaciones. De esta manera, en relación con el primero, la mayoría afirmó que un análisis de complementariedad con respecto a una situación requiere un examen de si los estado(s) relevante(s) están llevando a cabo o han llevado a cabo procedimientos nacionales en relación con los grupos de personas y los crímenes supuestamente cometidos durante los episodios que probablemente serán el objeto de las investigaciones del Fiscal [art. 17 (1) (a) a (c) del ER].

A este respecto, basándose en la sentencia de la Sala de Apelaciones en el caso *Katanga y Ngudjolo* anteriormente mencionada[81], la mayoría de la Sala de Cuestiones Preliminares II concluyó que no era necesario examinar cuestiones de falta de disposición o capacidad, dado que había un escenario de inactividad estatal con respecto a los elementos que probablemente darían forma a los "casos potenciales"[82]. La mayoría de la Sala decidió que aunque había referencias a un número de investigaciones y enjuiciamientos domésticos en relación con crímenes menores cometidos durante la violencia post-electoral, había una ausencia de procesos nacionales en Kenia o en cualquier otro estado en relación con los "elementos fundamentales que podrían configurar "caso(s) potencial(es)" de la Corte", concretamente los "líderes políticos y empresariales" relacionados o asociados con el Partido de Unidad Nacional y el Movimiento Democrático Naranja y los "crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos en el contexto de los episodios criminales más graves" a los que se refirió el Fiscal a petición de la Sala[83].

---

80 Ibíd., párrafos 49-50. Sin embargo, la Sala aclaró que la selección por parte del Fiscal de los episodios y grupos de personas que podrían configurar su(s) futuro(s) caso(s) era de naturaleza preliminar y no vinculante para futuros análisis de admisibilidad. Esto quiere decir que la selección de "asuntos potenciales" llevada a cabo por el Fiscal para esta fase en particular podría cambiar en una fase posterior, dependiendo del desarrollo de la investigación.

81 *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07-1497, 25 de septiembre de 2009, párrafos 85 y 86.

82 *Situation in the Republic of Kenya,* Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010, párrafos 53-54 y 182.

83 Ibíd., párrafos 185-87. El Fiscal había presentado sin audiencia de la otra parte una lista con los episodios criminales más graves y una lista con los 20 líderes que parecían ser los

En lo que se refiere al análisis de gravedad [art. 17 (1) (d) del ER], la mayoría de la Sala de Cuestiones Preliminares II concluyó que la gravedad de la situación también debería examinarse teniendo en cuenta el conjunto probable de "casos potenciales" que surgiría de la investigación de la situación[84]. Más concretamente, la mayoría consideró que tal análisis implicaba (i) un análisis general de si el grupo de personas que probablemente sería objeto de investigación incluía a "aquéllos que pueden ser los máximos responsables por los crímenes presuntamente cometidos", y (ii) un análisis de la gravedad de los crímenes cometidos en los episodios que probablemente serían el centro de una investigación, teniendo en cuenta su escala, naturaleza, modo de comisión, impacto sobre las víctimas y la existencia de circunstancias agravantes[85].

Aplicando esta teoría a la situación en la República de Kenia mediante el estudio de la gravedad de los "casos potenciales" que pudieran derivarse de su investigación, la mayoría consideró que dicha situación superaba el umbral de gravedad que era exigible en cuanto que (i) el grupo de personas que probablemente estarían en el centro de las futuras investigaciones del Fiscal ocupaban posiciones de alto rango que supuestamente jugaron un papel en la violencia, y (ii) algunos de los crímenes concretos cometidos en el contexto de los potenciales episodios sugeridos por el Fiscal satisfacían los elementos de escala y/o brutalidad[86], y tuvieron un impacto devastador en las víctimas[87].

Es importante señalar que a pesar de los esfuerzos de la Sala de Cuestiones Preliminares en su análisis de gravedad relativo a la situación, se observan ciertas limitaciones en el mismo. En particular, la Sala no ha proporcionado una guía concreta sobre cómo llevar a cabo el análisis de gravedad de una situación a través de "casos potenciales", puesto que se ha limitado a enumerar y a aplicar a los hechos concretos de los casos potenciales identificados algunos factores generales ("posición de mando", "escala", "brutalidad", etc.).

Se puede, por tanto, afirmar que la Sala de Cuestiones Preliminares II ha desperdiciado una gran oportunidad para aclarar el alcance del umbral de gravedad previsto en el art. 17 (1) (d) del ER, en particular cuando se aplica a situacio-

---

más responsables por los crímenes más graves. Véase *Situation in the Republic of Kenya*, Office of the Prosecutor, Prosecution's Response to Decision Requesting Clarification and Additional Information, ICC-01/09-16, 3 de marzo de 2010.

84 *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 March 2010, párrafo 58.

85 Ibíd., párrafos 60-62 y 188.

86 Ibíd., párrafos 198-99.

87 Ibíd., párrafos 191, 193, 195-96.

nes[88], sobre todo si tenemos en cuenta que la Sala de Apelaciones, a pesar de no haber adoptado el criterio de "los líderes de más alto rango sospechosos de ser los máximos responsables"[89], no ha proporcionado hasta el momento un criterio alternativo para examinar dicho umbral de gravedad[90].

---

88 Asimismo, si bien no es el objeto del presente artículo, también cabe mencionar el hecho de que la Sala de Cuestiones Preliminares II no aborda ninguno de los varios dilemas presentados por las amnistías, los indultos, las medidas de exención parcial de responsabilidad penal o las formas tradicionales de justicia en relación con el análisis de complementariedad como parte del test de admisibilidad. Estos dilemas han sido abordados en profundidad en otros trabajos. Véase, en particular, H. OLÁSOLO, "Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional", en J. ALMQVIST, y C. ESPÓSITO (coords.), *El papel de los tribunales en contextos de justicia transicional: oportunidades y desafíos actuales en la región Iberoamericana*, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, AECID, Madrid, 2009.

89 *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Appeals Chamber, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58", ICC-01/04-169, 13 de julio de 2006, párrafo 82. A este respecto, P. Seils ha apoyado tal decisión señalando que el criterio de "los líderes de mayor rango sospechosos de ser los máximos responsables" constituye "una expresión estereotipada, rígida, que corre un serio riesgo de adentrarse en la traicioneras aguas de la responsabilidad objetiva, pero también garantizando en un sentido excesivamente limitado la impunidad para todos excepto aquéllos que estén en el nivel más alto" y ha sostenido que tal estándar debería basarse "únicamente en pruebas" con referencia a cada caso. Véase P. SEILS, "The Selection and Prioritization of Cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court", en M. BERGSMO (coord.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2009, p. 56. De manera similar, para F. Guariglia este tipo de criterio podría convertirse en "una barrera legal permanente que proporcione impunidad *ex ante* a categorías enteras de responsables, y que les permita presentar impugnaciones reclamando prueba de que no sólo son culpables sino los más culpables." Véase GUARIGLIA, "The selection of cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court", cit., p. 215.

90 *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Appeals Chamber, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58", ICC-01/04-169, 13 de julio de 2006, párrafo 89. En su opinión separada y parcialmente disidente, el Juez Pikis habló sobre el criterio del Artículo 17 (1) (d), afirmando que "un crimen no tiene importancia como tal si, a pesar de que reúne las condiciones legales..., los actos que lo constituyen son totalmente secundarios en relación con los objetivos perseguidos por el legislador que ha criminalizado la conducta. Tanto el origen como las consecuencias del crimen deben ser insignificantes. En tales circunstancias, la Corte no debe preocuparse del crimen ni asumir competencia sobre su enjuiciamiento si los tribunales nacionales no lo hacen... Los hechos del caso deben ser tan secundarios que la Corte los puede ignorar". Véase la Opinión Separada y Parcialmente Disidente del Juez Georghios M. Pikis, párrafo 40. Para

En consecuencia, para poder llevar a cabo adecuadamente en los próximos años los análisis de admisibilidad de situaciones será necesario que el contenido del umbral de gravedad previsto en el art. 17 (1) (d) del ER sea interpretado con mayor detalle[91].

V. CONCLUSIÓN

El derecho y la práctica de la CPI refrendan una clara distinción entre situaciones y casos. Situaciones están generalmente definidas en términos de parámetros temporales, territoriales y en algunos casos personales, mientras que los casos se refieren a episodios específicos durante los que uno o más crímenes de la competencia de la Corte parecen haber sido presuntamente cometidos por uno o más sospechosos identificados. Como ejemplos de esta distinción, la práctica de la Corte se refiere a víctimas de la situación y a víctimas del caso y mantiene archivos separados de los procedimientos en relación con cada situación y cada caso.

Aunque el tenor literal del ER parece limitar el análisis de admisibilidad a casos, las situaciones también deben ser sometidas a un análisis de admisibilidad de acuerdo a una lectura literal y contextual del ER. Sin embargo, hasta la decisión

---

una crítica similar y sugerencias sobre la interpretación de la gravedad, véase AMBOS, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz*, cit., párrafos 339-343.

91 Asimismo, si bien no es el objeto del presente artículo, también cabe mencionar el hecho de que la Sala de Cuestiones Preliminares II no aborda ninguno de los varios dilemas presentados por las amnistías, los indultos, las medidas de exención parcial de responsabilidad penal o las formas tradicionales de justicia en relación con el análisis de complementariedad como parte del test de admisibilidad. Estos dilemas han sido abordados en profundidad en otros trabajos. Como resultado, este criterio de los "casos potenciales" no proporciona mucha orientación para afrontar el principal problema que plantean tales dilemas: decidir en la fase de comienzo de una investigación (y por tanto antes de recoger pruebas) qué procesos nacionales deben ser revisados para analizar la admisibilidad de la situación y qué procesos se encuentran al margen de dicho análisis. Los autores han analizado estos dilemas y los problemas que plantean en otras obras. Véanse en particular, OLÁSOLO, "Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional", en J. ALMQVIST y C. ESPÓSITO (coords.), *El papel de los tribunales en contextos de justicia transicional*, cit.; y OLÁSOLO y CARNERO ROJO, "The Admissibility of *Situations*", en C. STAHN y M. M. EL ZEIDY (coords.), *The International Criminal Court and Complementarity*, cit.; En estos trabajos, los autores consideran que un elemento esencial para el adecuado desarrollo de los análisis de complementariedad de situaciones es que en los años venideros el contenido de los criterios de selección utilizados por el Fiscal para determinar los casos que investiga y enjuicia sean elaborados en mayor detalle a la luz de lo dispuesto en los párrafos (1) (a)-(c) del artículo 17 del ER.

de la Sala de Cuestiones Preliminares II de 31 de marzo de 2010 autorizando el inicio de la investigación de la situación en Kenia, las Salas de la Corte sólo se habían referido de manera tangencial al análisis de admisibilidad de situaciones y en su lugar habían prestado atención al análisis de admisibilidad de casos. He aquí precisamente donde radica el valor fundamental de esta decisión.

El análisis de la admisibilidad de situaciones, como todo análisis de admisibilidad, requiere de un test de complementariedad y otro de gravedad. Para la Sala de Cuestiones Preliminares II, el test de complementariedad [art. 17 (1) (a) a (c) del ER] debe centrarse en los "casos potenciales" presentados por la Fiscalía dentro de la situación de que se trate, los cuales se definen por criterios tales como los grupos de personas y los supuestos crímenes de la competencia de la Corte que probablemente serán el centro de una investigación de cara a configurar lo(s) caso(s) futuro(s).

En cuanto al test de gravedad [art. 17 (1) (d) del ER], éste debe centrarse en determinar si las personas que probablemente serán el objeto de investigación incluirán a "aquéllos que pueden ser los máximos responsables por los crímenes presuntamente cometidos", y en la entidad de los crímenes cometidos en los episodios que probablemente serán el objeto de una investigación.

Realizar el análisis de admisibilidad de una situación no es una tarea fácil; mucho menos si éste se realiza por primera vez. De ahí que sea necesario reconocer el mérito de la Sala de Cuestiones Preliminares II al llevarlo a cabo en relación con la situación en Kenia. Sin embargo, esto no obvia para que se puedan observar ciertas limitaciones en el mismo. En este sentido, destaca, en particular, la oportunidad perdida para aclarar el alcance del umbral de gravedad cuando se aplica a situaciones como parte del análisis de admisibilidad[92].

En consecuencia, y considerando la importancia del análisis de admisibilidad de situaciones para el inicio y desarrollo de las investigaciones de la CPI, la jurisprudencia de la Corte deberá continuar clarificando en años sucesivos los criterios para llevar a cabo los análisis de admisibilidad de situaciones.

---

92 Ídem.

SECCIÓN II

DELITOS

Sub-sección 1

El crimen de agresión

La definición del crimen de agresión

Raúl Eduardo Sánchez Sánchez*

I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar quiero agradecer a los organizadores del evento por la gentil invitación cursada para hablar sobre la definición del crimen de agresión. Asimismo a Legis, a las universidades involucradas y en especial a la profesora Andrea Mateus Rugeles de la Universidad del Rosario. Quiero presentar un saludo muy cordial a mis compañeros de mesa y al profesor Héctor Olásolo.

Me ha correspondido hablar acerca de la definición del delito de agresión, para ello haremos la siguiente presentación. En primer lugar, abordaremos la agresión a la luz del Derecho Internacional. En segundo lugar, analizaremos los antecedentes de la definición del delito de agresión en los instrumentos penales internacionales. Y en tercer término, se analizará el delito de agresión conforme a la consagración alcanzada teniendo como referencia la normativa internacional, excluyendo de forma deliberada por falta de tiempo lo referente al ejercicio de su competencia.

II. LA AGRESIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La Carta de Naciones Unidas[1] en su artículo 1 hace alusión a los propósitos de este organismo internacional y señala:

---

* Abogado de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Especialista en Derecho Procesal Penal de la misma Universidad. Magister en Política Criminal y Derecho Penal Internacional de la Escuela Económica de Londres (Inglaterra). Delegado por Colombia en las Comisiones Preparatorias para el Establecimiento de la Corte Penal Internacional en Naciones Unidas, Nueva York. Delegado por Colombia ante el Mesicic (Mecanismo de Seguimiento a la Convención Interamericana contra la Corrupción), en la OEA. Coautor del libro "*Código de Derecho Penal Internacional*", y autor de los libros "*Código de Tratados Internacionales sobre Terrorismo/Code of International Treaties on Terrorism*" y "*Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*". Autor de diversos artículos sobre Derecho Penal Internacional y Derecho Procesal Penal. Profesor de las Universidades del Rosario y de la Libre.

1 Sitio web oficial de la Carta de Naciones Unidas. (Consultada en febrero de 2011). http://www.un.org/es/documents/charter/index.shtml.

"*1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz*".

Con relación a los principios el artículo 2 de la Carta dispone:

"(...)

3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas".

Nótese como desde la propia normativa que regula a las Naciones Unidas se ha establecido como propósito y principio el de evitar actos de agresión o cualquier uso o amenaza de la fuerza armada e insta a que las diferencias se arreglen de manera civilizada entre los pueblos.

De conformidad con el capítulo VII de la citada Carta, especialmente los artículos 39 y subsiguientes, le corresponde al Consejo de Seguridad determinar la existencia o no de un acto de agresión y tomar las medidas correspondientes para restablecer los quebrantamientos a la paz, entre ellas las acciones de uso de la fuerza armada, sin embargo, la guerra entre las dos Coreas puso en duda la efectividad del Consejo de Seguridad a la hora de tomar decisiones debido a la inviabilidad de poner en práctica la acción coercitiva conforme al art. 42 de la Carta al no haberse concluido los acuerdos previstos en el art. 43 —convenios especiales con los miembros—, así como las dificultades políticas, derivadas del ejercicio del derecho al veto, conque en este caso se enfrentó la puesta en práctica del capítulo VII de la Carta motivó la célebre Resolución 377 (V)[2] de 3 de noviembre de 1950 de la Asamblea, conocida como "Unión pro Paz" y acordada como consecuencia de la ineficacia del Consejo de Seguridad en el conflicto de Corea. Por dicha resolución, que se amparaba en el artículo 11.2 de la Carta

---

[2] "1. Resuelve que si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales en todo caso en que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de fuerzas armadas cuando fuere necesario, a fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales." En H. SÁNCHEZ y R. E. SÁNCHEZ, *Código de Derecho Penal Internacional*, Editorial Universidad del Rosario/DIKE, 2007, p. 603.

[17][3] se le otorgaba a la Asamblea General, en los casos en que el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad de sus miembros permanentes no cumpliera con sus obligaciones, la facultad de recomendar a los miembros de la ONU, en los casos de amenaza a la paz, medidas colectivas que no implicasen el uso de la fuerza y, para el supuesto de quebrantamiento de la paz o actos de agresión, cuando fuere necesario, medidas que incluyesen el empleo de la fuerza armada[4].

Después de la citada Resolución *Unión Pro Paz*, la Asamblea General en sesiones extraordinarias, ante la falta de unanimidad de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y por lo general ante casos de quebrantamiento de la paz se ha reunido para abordar las situaciones de el Suez (en 1956), Hungría (en 1956), Líbano (en 1958), Congo (en 1960), Oriente Medio (en 1967), Afganistán (en 1980) y Palestina (en 1982).

Con lo anterior se quiere señalar que la agresión es un asunto de vital importancia para la comunidad internacional, que su determinación sobre la existencia o no de la misma, así como las medidas que puedan ser tomadas, no están vinculadas ni siquiera al órgano natural dentro del seno de la Naciones Unidas, sino que al final toda la comunidad internacional representada en la Asamblea General podrá tomar las medidas que considere pertinente relevando al Consejo de Seguridad de su obligación normativa.

III. ANTECEDENTES DEL CRIMEN DE AGRESIÓN EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Los instrumentos internacionales derivados de la segunda guerra mundial que consagran los tribunales militares internacionales de Nuremberg y de Tokio así como la Ley No. 10 del Consejo de Control señalaban claramente la definición de los crímenes contra la paz.

En efecto, el primer Estatuto penal internacional como fue el de Nuremberg consagra en su artículo 6 literal a):

---

[3] [17] En dicho artículo se recoge que "La Asamblea General podrá discutir todas la cuestiones que le presenten cualquier miembro o el Consejo de Seguridad y podrá hacer recomendaciones...".

[4] I. FUENTE COBO, "Operaciones de paz para el siglo XXI: Un concepto en evolución". Universidad de Granada. [En línea], Disponible en [Consulta: febrero de 2011]: http://www.ugr.es/~ceas/Misiones%20de%20paz/Operaciones%20de%20paz%20para%20el%20siglo%20XXI.pdf.

"a) Delitos contra la paz: A saber, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados"[5].

En ese mismo sentido el artículo 5 literal a) del Estatuto de Tokio consagraba:

"a) Delitos contra la paz: A saber, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra declarada o no declarada de agresión o una guerra que viole el derecho internacional o tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados"[6].

Finalmente la Ley No. 10 del Consejo de Control disponía en su artículo II literal a), lo siguiente:

"a) Crímenes contra la paz: La iniciación de invasiones de otros países y guerras de agresión en violación de leyes y tratados internacionales, comprendiendo, sin que la enumeración tenga carácter limitativo, la planificación, la preparación, la iniciación o la realización de una guerra de agresión, o de una guerra en violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o la participación en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados"[7].

Nótese como la definición del Estatuto de Tokio cambia en relación a la de Nuremberg en la medida en que el delito se comete independientemente de que se haya declarado la guerra de agresión conforme a las leyes y costumbres de la guerra, precisamente para cubrir el ataque japonés a Pearl Harbor en donde no hubo una declaración oficial para iniciar las hostilidades. Además, las tres normas incluyen todas las conductas que trasgreden el Derecho Internacional a través de pactos o acuerdos internacionales, como son los que otorgaban garantías de no emprender acciones bélicas en contra de otros Estados o de no agresión. Finalmente, queda incluida la responsabilidad penal individual en todas sus formas, por ejemplo a través de la planeación, preparación, iniciación, realización o lo que llamamos en Colombia, el concierto para delinquir mediante la participación en un plan común o la conspiración para la comisión de los delitos contra la paz.

De hecho, derivado de la acusación en el Tribunal de Nuremberg, se les imputaron los dos cargos a los diferentes autores, el primero el del plan común o conspiración para cometer crímenes contra la paz. "El primer cargo comenzaba con una exposición general sobre el ascenso del Partido Nazi, su papel central en el plan común o conspiración, sus fines y objetivos, y las técnicas y métodos que

---

5 Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión. Examen histórico de la evolución en materia de agresión. Documento PCNICC/2002/WGCA/L.1.

6 Ídem.

7 Ídem.

empleó para llevar adelante el plan común o conspiración, inclusive mediante la obtención de un control totalitario sobre Alemania y la planificación económica y la movilización para la guerra de agresión [9]"[8].

En ese mismo cargo se señalaban los actos como parte de la ejecución del plan de abrogar el Tratado de Versalles[9], así como los diferentes actos agresivos cometidos en contra de 12 países entre 1936 y 1941[10].

El segundo cargo consistía en planificar, preparar, iniciar y hacer una guerra como crímenes contra la paz en contra de 12 países[11].

Posterior a esas tres consagraciones normativas, a nivel de Derecho Penal Internacional no se encontró otra regulación frente a la materia; sin embargo, en el Derecho Internacional la Asamblea General de las Naciones Unidas daba un gran paso en definir la agresión y señalar otras circunstancias relacionadas con la misma, mediante la Resolución 3314 (XXIX) de 1974, toda vez que indiscutiblemente sirvió de base jurídica para llegar a la definición en Kampala. Dicha resolución señala:

---

8 Ídem. [9] Acusación de Nuremberg, pp. 25 a 31.

9 Ídem. Acusación de Nuremberg, pp. 31 y 32.
a) Rearmarse secretamente, inclusive mediante el entrenamiento de personal militar, la producción de municiones de guerra y la formación de una fuerza aérea;
b) Retirarse de la Conferencia Internacional de Desarme y la Sociedad de las Naciones;
c) Promulgar leyes que imponían el servicio militar universal con un total de 500.000 hombres;
d) Anunciar falsamente, con la intención de engañar y disipar los temores de intenciones agresivas, que respetarían las limitaciones territoriales del Tratado de Versalles y cumplirían los Pactos de Locarno;
e) Volver a ocupar y fortificar la Renania en violación de los acuerdos mencionados y anunciar falsamente que no tenían exigencias territoriales que hacer en Europa.

10 Ídem. Acusación de Nuremberg, pp. 32 a 36.
a) La planificación y ejecución de la invasión de Austria y Checoslovaquia (1936-1939);
b) La preparación e iniciación de la guerra de agresión contra Polonia (1939);
c) La expansión de la guerra hasta convertirla en una guerra general de agresión con la planificación y ejecución de ataques contra Dinamarca, Noruega, Bélgica, los Países Bajos, Luxemburgo, Yugoslavia y Grecia (1939-1941);
d) La invasión de la Unión Soviética en violación del pacto de no agresión del 23 de agosto de 1939 (1941), y
e) La colaboración con Italia y el Japón y la guerra de agresión contra los Estados Unidos de América (1936-1941).

11 Ídem. Acusación de Nuremberg, p. 37. Polonia (1939); El Reino Unido y Francia (1939); Dinamarca y Noruega (1940); Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo (1940); Yugoslavia y Grecia (1941); La Unión Soviética (1941); y Los Estados Unidos de América (1941).

"Artículo 1

La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente Definición.

(…)

Artículo 3

Con sujeción a las disposiciones del artículo 2 y de conformidad con ellas, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

a) la invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio o de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

b) el bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) el bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

d) el ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

e) la utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) la acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) el envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

Artículo 4

La enumeración de los actos mencionados anteriormente no es exhaustiva y el Consejo de Seguridad podrá determinar qué otros actos constituyen agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta.

Artículo 5

1. Ninguna consideración, cualquiera sea su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación de una agresión.

(…)"[12].

IV. EL CRIMEN DE AGRESIÓN EN EL ESTATUTO DE ROMA

Conforme a la anterior resolución, en junio de 2010 en Kampala (Uganda) se llegó a un acuerdo para definir el delito de agresión. En el artículo 8 Bis párrafo 1 se señalan los elementos del delito, mientras que en el párrafo 2 se mencionan "los actos de agresión" del crimen, de acuerdo a la definición del artículo 1 y de los actos del artículo 3 de la Resolución 3314.

Los párrafos 1 y 2 del artículo 8 Bis disponen:

---

[12] H. SÁNCHEZ y R. E. SÁNCHEZ, *Código de Derecho Penal Internacional*, cit., p. 596.

"1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un "crimen de agresión" cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas."

2. A los efectos del párrafo 1, por "acto de agresión" se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión...[13] (las siete conductas descritas en el artículo 3 de la Resolución 3314 y reseñadas en la página anterior)".

De la anterior definición se pueden señalar varios aspectos:

1. Sigue la misma línea de definición dada por la Resolución 3314 de 1974, en la medida en que el párrafo 2 señala de una manera taxativa qué conductas se consideran como "actos de agresión". Sin embargo, surge una clara diferenciación con la precitada Resolución, toda vez que en el artículo 4 de ésta se expresa que tales actos son meramente enunciativos más no limitativos. Conforme a la definición del párrafo 2 del artículo 8 Bis, en armonía con el artículo 22 del Estatuto de Roma, no es posible hacer una interpretación extensiva de actos que puedan llegar a considerarse como actos de agresión. Esta interpretación amplia queda restringida, como es lógico, al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, pero no a los magistrados de la Corte Penal, quienes deben acudir al principio de legalidad y "la definición del crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía"[14], cerrando la puerta a los demás actos que por sus características puedan asimilarse al crimen de agresión. Se produce entonces una ruptura entre la interpretación política y la jurídica.

2. Conforme a esta misma línea, los artículos 7 y 8 del Estatuto señalan en sus párrafos introductorios que dichas conductas corresponden a actos masivos, generalizados o a gran escala, con la clara finalidad de evitar que comportamientos aislados o que no sigan un patrón terminen siendo procesados por la Corte Penal. En ese sentido el párrafo 1 señala claramente como la evaluación de si se comete o no un crimen de agresión debe partir de sus "características, de la gravedad y de la escala". Este análisis lo tendrá que hacer el fiscal al abrir una investigación o el Consejo de Seguridad al remitir una situación, esto es, tienen que analizar los elementos del ataque

---

[13] http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-SPA.pdf. Página web de la Coalición por la Corte Penal Internacional. (Consultada en febrero de 2011).

[14] Párrafo 2, artículo 22 del Estatuto de Roma, p. 97; en H. SÁNCHEZ y R. E. SÁNCHEZ, *Código de Derecho Penal Internacional*, cit.

que puedan derivar en la comisión de un crimen de agresión, así que un simple bombardeo o una incursión militar de 24 horas no podrá considerarse como un delito.

3. El tercer aspecto, y lo más obvio, es que con la presente definición se pasa de la responsabilidad estatal internacional a la responsabilidad penal individual de carácter internacional, con los mismos elementos esbozados en el Estatuto de Roma, es decir, que se acudirá al artículo 25 que consagra dicha responsabilidad. Así las cosas, se debe actuar con dolo penal, bien sea de primer o segundo grado, o eventual, en cualquiera de las modalidades de los dispositivos amplificadores del tipo penal, es decir, partiendo de la tentativa y la autoría y complicidad en todas sus formas. Sin embargo, surge un elemento adicional, que se deriva precisamente de la especificidad de la norma.

4. Lo anterior significa que estamos en presencia de un delito posible de ser cometido por las altas jerarquías políticas, militares o de mando dentro de un Estado. Así como en la criminología económica se habla de delincuentes de cuello blanco para mencionar a las personas que están a la cabeza de las organizaciones empresariales, asimismo se debe hablar de delitos de jerarquía o de alto mando, en la medida en que no cualquiera puede dar la orden para iniciar, planear o ejecutar un acto de agresión, con las características, gravedad y escala para convertirse en un crimen de agresión. Tal como quedó visto en la parte introductoria de este artículo, los miembros del régimen nacionalsocialista acusados de delitos contra la paz eran personas de alto rango militar o político. En ese orden de ideas, los Jefes de Estado o de Gobierno, los Ministros de Defensa, los Comandantes de Fuerza, los subcomandantes de las mismas, entre otros, son los llamados a la planeación, preparación o ejecución de un acto de agresión en contra de otro Estado. Entonces cualquier persona no puede dar la orden de cometer cualquiera de los actos mencionados como actos de agresión, lo que nos lleva al último de los elementos.

5. La definición del artículo 8 Bis, párrafo 1, señala que la persona debe estar en la posición de "controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado", es decir, que la persona debe tener una posición de poder que es real y no eminentemente legal, esto es, se vuelve al concepto de *control de iure* y el *control de facto* siguiendo el parámetro normativo del artículo 28 del Estatuto de Roma que hace alusión a la responsabilidad de los jefes y otros superiores. En la medida en que se tenga un rango de jerarquía dentro de la estructura política o militar se debe contar con la posibilidad de que dicho rango sea ejercido al interior de un Estado, de lo contrario no existiría responsabilidad penal, tal como sucedió en el caso de Franz Von Papen, quien fuera acusado en el juicio del Tribunal Penal

> Militar Internacional de Nuremberg conforme al primer y segundo cargo "del plan común o conspiración para cometer crímenes contra la paz" y "en planificar, preparar, iniciar y hacer una guerra como crímenes contra la paz en contra de 12 países", respectivamente, debido a que desde 1939 hasta 1944 se desempeñó como Embajador de Alemania en Turquía, sin que pudiese estar en posición de un mando efectivo o de control real para ordenar la comisión de crímenes contra la paz.

Así las cosas, la persona debe estar en posición de mando o control cierto sobre las decisiones de un Estado tanto en el ámbito militar como político, lo que no significa que el rango de la persona se mueva dentro de la esfera militar o política, es decir, que al interior de un Estado, pueden existir Ministros, Comandantes de Fuerza con un control o mando efectivo y real sobre las políticas de agresión de un Estado, pero también hombres de negocios, empresarios o derivados del sector social que estén en la posibilidad de planear o preparar una guerra de agresión o al menos ayudar a que esta se dé. Dos casos prácticos pueden clarificar esta postura. En primer lugar, en el juicio del Tribunal Penal Militar Internacional de Nuremberg fue acusado, al igual que Von Papen, como autor del primer y segundo cargo de Crímenes contra la Paz, el empresario Gustav Krupp von Bohlen und Halbach. Por su posición al interior del partido Nazi tenía el poder en la toma de decisiones que incluía precisamente la de realizar actos de agresión y la conspiración para la comisión del delito contra la paz. Finalmente, fue declarado inimputable por el Tribunal debido a su estado físico y mental y no fue procesado.

El otro ejemplo, puede derivarse de las guerras de agresión que se viven en pleno siglo XXI, en donde los empresarios del sector petrolero incitan, colaboran o dan un apoyo real a los Estados para que realicen actos de agresión en contra de otros Estados precisamente por su riqueza en hidrocarburos, haciéndose acreedores posteriormente a contratos en los territorios invadidos. Así las cosas, los empresarios, si se logra comprobar, pueden ejercer un control efectivo dentro de la estructura organizada de poder en la respectiva toma de la decisión.

V. CONCLUSIÓN

El delito de agresión consagrado en el artículo 8 Bis del Estatuto de Roma se convierte en un gran avance para prevenir y castigar de manera individual a los responsables de los crímenes contra la paz, sin embargo, luego de analizada la presente definición, queda un tema pendiente que desmotiva el esfuerzo alcanzado en Kampala, toda vez que los factores de ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional consagrado en el artículo 15 Bis señalan que solamente a partir del 1 de enero de 2017 se podrá debatir el ejercicio de la com-

petencia siempre y cuando se adopte una decisión a este respecto "por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda del Estatuto"[15].

Así las cosas, tendremos que esperar, para que sea la propia Asamblea de Estados Parte la que exprese si algún día la Corte podrá ejercer su competencia conforme al artículo 8 Bis.

[15] http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-SPA.pdf. Página web de la Coalición por la Corte Penal Internacional. (Consultada en febrero de 2011).

Sub-sección 2

Los crímenes de lesa humanidad

Crímenes de Derecho Internacional. Crímenes contra la humanidad

José R. de Prada Solaesa*

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de crímenes contra la humanidad, en un sentido más general y amplio, hace referencia a una particular clase de delitos que, por su naturaleza, son crímenes masivos, cometidos contra comunidades humanas o sujetos pasivos plurales y de carácter organizado, no cometidos por personas individuales, aunque es necesario distinguirlos, por sus singulares características, del resto de la criminalidad organizada. Integran una de las categorías de los Crímenes Internacionales, entendiendo por tales aquellos que afectan o interesan a la comunidad internacional, independientemente de que también lo hagan en el orden interno de los Estados. Nacen y su desarrollo se produce directamente en el ámbito internacional, definiéndose en el ámbito del Derecho Internacional sus elementos y características esenciales. Todo ello los singulariza y les dota de determinadas características, como son su perseguilibilidad universal, independientemente del lugar donde se hayan producido; su imprescriptibilidad; y la imposibilidad de establecer, en relación con ellos, limitaciones en cuanto a la posibilidad de su persecución, tales como podrían ser, inmunidades personales, o de otro tipo, etc., no siendo susceptibles tampoco de amnistías ni indultos conducentes a la impunidad de sus autores.

Nacen con el cambio de mentalidad que se produce, en el marco del Derecho Internacional, cuando se pasa del Derecho Internacional clásico, en el que el único sujeto del mismo son los Estados, a un Derecho Internacional en el que los sujetos de ese Derecho también pueden ser las personas físicas o jurídicas individuales y en el que, además de las responsabilidades de los Estados, también es posible exigir responsabilidades penales individuales a los particulares. En concreto a los hombres públicos máximos responsables de violaciones masivas de derechos humanos, lo que constituye el germen sobre el que se asienta el Derecho Penal Internacional, dentro del que los crímenes contra la humanidad tienen un lugar especialmente destacado.

---

* Magistrado de la Audiencia Nacional (España).

Aunque en ocasiones, a los crímenes contra la humanidad en sentido específico se les venga a considerar como integrantes del concepto general de "crímenes de guerra", entendido este concepto como supraconcepto, sin embargo, en sentido estricto deben ser diferenciados de la categoría de los crímenes de guerra, entendidos éstos como aquellos que se producen dentro del contexto de un conflicto armado, en la dinámica de la guerra, es decir del combate armado con el enemigo, que no está exento de reglas ni es un espacio de no derecho. Por el contrario, hay reglas, por ejemplo, en relación a cómo se han de conducir las hostilidades, respecto de ciertas armas especialmente crueles, destructivas u odiosas, de prohibición de ciertas prácticas militares, y sobre todo de la protección de la población civil y de los no combatientes, protegiéndolos no solo respecto de los ataques directos sino también estableciendo normas relativas a las formas o precauciones a la hora de atacar a objetivos militares que pueden poner en peligro a la población civil. Integran lo que se ha venido en llamar el Derecho Internacional Humanitario.

II. CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Aunque es cierto que es en las últimas siete u ocho décadas cuando se ha empezado a hablar de ellos y se han integrado recientemente en los Códigos penales de casi todos los países civilizados, no son ni mucho menos una creación actual o de las últimas décadas. Son tan antiguos como la humanidad misma. Es en realidad en los últimos 15 a 20 años cuando han cobrado carta de naturaleza, la doctrina penalista tradicional lo ha adoptado como categorías jurídico penales autónomas y han sido suficientemente clarificados desde el punto de vista de sus elementos típico-penales, requisitos del tipo objetivo, subjetivo, diferenciación de otros delitos, especialidades concursales de participación delictiva, etc., y, en definitiva, se han categorizado como tales. A diferencia de las otras categorías, como el genocidio y los crímenes de guerra, no han sido codificados sino hasta fechas recientes. Sin embargo su existencia estaba reconocida y su "regulación" estaba contenida en el Derecho Internacional consuetudinario, en donde encontraban su fuente de Derecho directa.

No es el momento aquí de abrir la polémica sobre la singularidad de las fuentes del Derecho Penal Internacional, en el que sin duda el Derecho consuetudinario, es decir, el proveniente de la costumbre internacional, según las posturas más internacionalistas, que comparto plenamente, tendría una especial importancia y sería una de sus fuentes más genuinas, dada la singularidad del propio Derecho Internacional y de la formación de la norma de Derecho Internacional Público.

La diferencia sustancial a este respecto con los otros crímenes internacionales es que no ha existido nunca un tratado que estableciera claramente una definición de los mismos y regulara sus elementos y requisitos, es decir, que los contemplara como tales. Puede decirse que aparecieron para cubrir una zona intermedia, es decir, la laguna existente entre los crímenes de guerra y el genocidio. El incremento que en los últimos tiempos se está produciendo en la aplicación del Derecho Penal Internacional, la interrelación entre los distintos instrumentos jurídicos internacionales, singularmente tratados, especialmente los que contienen estatutos de funcionamiento de tribunales internacionales, la jurisprudencia internacional de los tribunales internacionales y ad hoc, internacionalizados, la interna de los Estados y la doctrina, están consiguiendo, según manifiesta ésta, "dibujar un panorama consistente en relación con los Crímenes contra la Humanidad".

La más temprana referencia a esta clase de crímenes aparece en la declaración que hacen Francia, Gran Bretaña y Rusia, en 1915, en relación con la masacre de Armenia causada por los turcos. En aquel entonces clamaron por primera vez por una responsabilidad personal por la comisión de "crímenes contra la humanidad".

Al finalizar la Primera Guerra Mundial, se pidió la creación de un tribunal internacional para juzgar los crímenes contra la humanidad cometidos como consecuencia de la guerra (Tratado de Versalles). Sin embargo, hubo oposición a ello por parte de algunos Estados, singularmente los Estados Unidos, pretextando la falta de claridad en el concepto de crímenes contra la humanidad en aquel momento.

Será necesario esperar hasta la segunda guerra mundial, para que se clame universalmente contar con instrumentos legales, singularmente penales, como medio de enfrentarse con el holocausto y los crímenes del nazismo y los máximos responsables de los mismos y no solo contra la nación alemana como entidad abstracta. Surgen, como auténticos hitos históricos, jurídicos y de la civilización humana, los Tribunales de Nuremberg y Tokio.

III. SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. ESTATUTO DEL TRIBUNAL DE NUREMBERG

El concepto actual de crímenes contra la humanidad arranca de ese momento en el que por primera vez se constituye un tribunal internacional (Nuremberg) para juzgar de forma civilizada los crímenes del nazismo, creándose entonces las bases de los instrumentos jurídicos actuales con los que pretende dotarse la humanidad para combatir la barbarie.

Para combatir esos crímenes ya no era válida la clásica definición de crímenes de guerra. Era el Estado contra sus propios ciudadanos y no únicamente contra los enemigos extranjeros.

Por otra parte, supone la transformación del Derecho Internacional, aparecía el individuo en el escenario internacional y no sólo los Estados. Significó un definitivo avance en el Derecho Penal Internacional al consolidarse la responsabilidad penal individual en el contexto internacional y al hacerse exigible ésta a través de un Tribunal, que aplicaba un Estatuto que contenía los crímenes internacionales, hasta el momento ni escritos ni definidos, pero que se referían a las más graves y repudiables conductas imaginables y que por tanto absolutamente inadmisibles e injustificables en el contexto de cualquier nación civilizada.

El Tribunal y el Estatuto han sido tradicionalmente criticados por ciertos sectores, de ser la justicia de los vencedores y no respetar el principio de legalidad penal. Esta postura, se queda en lo obvio sin ir más allá, no desciende a lo que auténticamente significó y al cambio de mentalidad que supuso que los responsables fueran juzgados por un tribunal y les fueran garantizados derechos procesales de defensa en vez de ser inmediatamente ejecutados como en otro caso hubiera ocurrido. Lo que nos interesa es que se creó una base y un precedente y a partir de ahí nadie en ningún lugar puede hablar de imprevisibilidad de la responsabilidad penal individual de ciertas conductas que innegablemente son crímenes contra la humanidad.

El artículo 6 (c) del Estatuto de Nuremberg

La definición que contiene es: *"Muerte, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o persecución por razones políticas, raciales o religiosas en ejecución o en conexión con un crimen bajo la competencia del Tribunal, exista o no violación de la ley del país donde se hubiera cometido".*

Los crímenes contra la humanidad están incorporados en este artículo, esos sí, conectados (nexus) con un contexto bélico, pero refiriéndose a "*any*", es decir, a una cualquiera población civil.

La referencia que hace el Estatuto a "población" significaba que no se tratan de actos puramente individuales, sino que han de ser en "cierta escala" o magnitud.

Es controvertido determinar si el Estatuto creó verdaderamente una norma "ex novo" o se limitó a recoger una prohibición clara, previamente existente, que tuviera el carácter de general y obligatoria y que su trasgresión pudiera tener consecuencias desde el punto de vista penal. Las conclusiones que se lleguen tienen importancia desde el punto de vista incluso de situación que pueden ser objeto de procesos penales en la actualidad, por ejemplo en relación con lo ocu-

rrido en España durante la guerra civil y la inmediata posguerra, y las causas penales existentes. Las situaciones tienen una gran proximidad o incluso coincidencia temporal.

El Estatuto del Tribunal de Tokio constituido para juzgar los crímenes del extremo oriente durante la Segunda Guerra Mundial tiene una gran similitud, con algunas especificidades (contiene la misma definición con pequeñas variaciones no significativas).

El Consejo de Control Aliado creó una norma para regir la Alemania ocupada, la llamada Ley 10 de Control Aliado, que establece semejante definición que el Estatuto de Nuremberg, pero que añade más delitos como la violación, encarcelamiento y tortura a la lista de actos inhumanos y, como novedad, quita la necesidad de nexo con crímenes de guerra o de agresión.

A partir de ese momento se encarga por la Asamblea General de Naciones Unidas (UNGA) a la Comisión de Codificación de Derecho Internacional (ILC) definir los Crímenes contra la Humanidad[1].

Sin embargo, a falta de un consenso internacional por parte de los gobiernos, fueron las jurisdicciones nacionales de los países las que verdaderamente asumieron el reto y terminaron haciendo aportaciones significativas a la definición de crímenes contra la humanidad, a través de procesos seguidos en algunos casos en el ejercicio de la jurisdicción universal por hechos cometidos en otros Estados, en casos significativos llevados en Francia, Holanda, Israel, Canadá, Australia, etc.

Algunos instrumentos internacionales reconocen expresamente los crímenes contra la humanidad. Entre ellos tenemos: la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad de 1968, sobre Apartheid de 1973, la regional americana sobre desapariciones forzadas de 1994 y la declaración de Naciones Unidas sobre desapariciones forzadas de 1992.

La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (ILC) ha realizado varios intentos de desarrollar un código de crímenes internacionales, realizando varios proyectos de código penal internacional con regulación específica de los crímenes contra la humanidad y cuyos textos pueden ser tenidos en cuenta como expresivos del estado de opinión internacional en relación con las materias en ellos contenidos, útiles por tanto para la prueba sobre la existencia y contenido de la costumbre internacional.

---

[1] UNGA, Resolución 95 (I), de 11.12.1946, sobre afirmación de los principios contenidos en el Estatuto y el Tribunal de Nuremberg.

Sin embargo el mayor avance producido es sin duda a través de la creación por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda (TPIY y TPIR). El Estatuto de estos Tribunales contiene la lista de delitos que en gran medida estaban en la Ley número 10 del Consejo de Control Aliado. El artículo 5 del TPIY, bajo el epígrafe "Crímenes contra la humanidad", establece que: *"El tribunal internacional está facultado para enjuiciar a las personas responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos en el marco de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: homicidio intencional; exterminio; esclavitud; deportación; encarcelamiento; tortura; violación; persecución por motivos políticos, raciales o religiosas; y otros actos inhumanos"*.

Este artículo marca de una manera muy insuficiente el contexto en el que se producen los crímenes contra la humanidad en el ámbito de un conflicto armado, ya sea interno o internacional, además de dirigido contra una población civil. El Tribunal interpreta enseguida que es necesario que se trate de "un ataque generalizado o sistemático". El Estatuto del TPIR, en su artículo 3, sí define claramente este contexto: *"El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales, o religiosas"*. Aparte de la expresión mucho más precisa del contexto y características del ataque contenidas en este último Estatuto, la diferencia esencial es que el Estatuto del TPIY requiere la existencia de un conflicto armado, ya sea interno o internacional, lo que no es requerido en el Estatuto del TPIR, que sin embargo sí establece la necesidad de motivos de carácter discriminatorio.

La influencia de los Estatutos de los Tribunales "ad hoc" y, sobre todo, de la jurisprudencia emanada de los mismos y la opinión de los tratadistas a partir de la práctica de dichos Tribunales, determinó que a la hora de abordar la creación del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) ya se hubiera hecho un gran recorrido y que, por tanto, la definición de crímenes contra la humanidad y sus requisitos pudiera ser mucho más precisa y general y no tan mediatizada por los conflictos a los que se referían los Estatutos de los tribunales "ad hoc", que en realidad más que definir los crímenes contra la humanidad, lo que hacían era establecer o atribuir la competencia al correspondiente Tribunal, en relación con dichos delitos, sobre la base de los elementos existentes en el propio conflicto.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional establece la misma lista de actos inhumanos, a los que añade traslado o desplazamiento forzado de población, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, violencia sexual, desapariciones forzadas y crímenes de apartheid, etc. En su definición excluye tanto que se trate de hechos en el curso de un conflicto armado como los motivos discriminatorios de los anteriores Estatutos de los Tri-

bunales "ad hoc". El artículo 7 del Estatuto, bajo el epígrafe "crímenes de lesa humanidad", en apartado primero, establece que: *"A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crímenes de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*". El párrafo segundo del artículo contiene definiciones de los diferentes actos inhumanos y contiene también alguna clarificadora de la definición general establecida en el párrafo primero. En concreto en el apartado "a)", establece: *"Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política"*. Esta definición suplementaria, como decimos, clarificadora, no ha dejado de generar una importante discusión, sobre todo en cuanto al establecimiento del aparente requisito de que haya una política de Estado o de una organización, en los términos que veremos después.

Se ha señalado como "otras fuentes" que han contribuido sin duda a la definición y precisión del concepto la jurisprudencia, además de los tribunales "ad hoc", o algunos de los tribunales internacionalizados, especialmente Sierra Leona, la jurisprudencia interna de algunos países, que como hemos visto se han ocupado de asuntos relativos a crímenes contra la humanidad, entre los que se encuentra la propia España, que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre crímenes contra la humanidad en el caso referido al capitán de corbeta Adolfo Scilingo por su participación en los "vuelos de la muerte" durante la dictadura Argentina, como en otras causas que se siguen en la Audiencia Nacional en procedimientos de extradición y en otros en los que se ejerce jurisdicción universal en virtud del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Mención aparte, ya que resultan especialmente relevantes, merecen los Elementos de los Crímenes, de la CPI.

IV. SUSTANTIVIDAD PROPIA DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y RELACIÓN CON OTROS CRÍMENES INTERNACIONALES

1. Distinción de los crímenes de guerra

Los crímenes contra la humanidad tienen indudable relación con otros crímenes internacionales, especialmente con los crímenes de guerra, con los que en la realidad se encuentran frecuentemente solapados. Especialmente, por ejemplo, en situaciones de muertes masivas de civiles durante situaciones de conflicto armado, en que resulta muy difícil determinar si se trata de uno o de otro delito y si puede producirse un concurso, no de normas, sino de delitos entre

ambos. Frecuentemente es necesario convenir que las situaciones constituyen o se han podido producir ambos crímenes, dado que, aparte de que cada legislación tiene un ámbito de aplicación propio, las situaciones y los bienes jurídicos que se protege, aunque similares, no son exactamente los mismos. En un caso estamos hablando de Derecho Internacional Humanitario y en otro de Derecho Internacional de los derechos humanos, solo que en su ámbito de protección penal, ante las situaciones más extremas.

Desde el punto de vista de las diferencias de ambas regulaciones, los crímenes de guerra requieren como principal requisito diferenciador la existencia de conflicto armado internacional o no internacional, en contraposición con los crímenes contra la humanidad en los que, existe consenso al respecto, no es necesaria la existencia de conflicto armado, aunque se puedan producir en el contexto de un conflicto armado. El Derecho Internacional Humanitario tiene un concepto propio de conflicto armado y se sustenta sobre la dicotomía amigo-enemigo, en tanto que para los crímenes contra la humanidad este no es un factor relevante en cuanto que frecuentemente estos se cometen contra los propios ciudadanos, técnicamente no enemigos. También constituye elemento diferencial los distintos sujetos pasivos de una y otra categoría de delitos, en unos casos personas protegidas por los Convenios relativos al Derecho de Guerra (Convenios de Ginebra) y en otros, una cualquiera población civil, entre las distintas características o situaciones que se pueden dar en ésta. Los objetivos eminentemente humanos (una cualquiera población civil) en contraposición a una mayor amplitud de objetivos en los crímenes de guerra, ya que pueden ser bienes protegidos por distintas razones o por la entidad de la destrucción. Los crímenes de guerra pueden alcanzar incluso situaciones de ataque de objetivos militares, de lo que en principio no serían susceptibles en los crímenes contra la humanidad, en los que el sujeto pasivo es netamente una población civil, aunque este es un concepto amplio que en algunas ocasiones no resulta tan claro de determinar, no tanto en positivo sino en negativo, es decir en el momento de negar el carácter de población civil y por ende la protección derivada de este Estatuto.

Por la diferente entidad y características de los actos o conductas delictivas, en algunos casos comunes, pero en otros específicas de cada regulación, singularmente las de Derecho Internacional Humanitario. Frecuentemente se hace especial hincapié en que mientras un solo acto, dirigido contra un único objetivo, puede ser un crimen de guerra, esta situación es muy diferente a la que se requiere como elemento contextual en los crímenes contra la humanidad, en que se requieren contextos de sistematicidad o de masividad o generalidad de conductas.

Para la distinción de uno y otro, que vienen además expresamente regulados en el Estatuto de la CPI, los Elementos de los Crímenes de la CPI establecen importantes y útiles criterios de interpretación que deben ser tenidos en cuenta

que, junto con otros, sirven de criterios hermenéuticos que solo de forma conjunta, teniendo en cuenta ambas regulaciones al completo, permiten llegar a soluciones coherentes.

Frecuentemente se pone de manifiesto que los crímenes de guerra tienen una dimensión internacional extra, por la propia internacionalidad de los conflictos a que se refiere en muchas ocasiones, que en principio no tendrían los crímenes contra la humanidad, regulados en primer lugar por los Derechos internos, y solo en segundo lugar, bien sea por subsidiariedad o complementariedad, por el Derecho Internacional.

2. Distinción del delito de Genocidio

Inicialmente el genocidio fue visto como una forma agravada de crímenes contra la humanidad. Este punto de vista parece que está superado en la actualidad y que se da sustantividad propia a los delitos de genocidio, en función no solo de las modalidades de la acción delictiva o de los sujetos pasivos, sino especialmente de las particularidades de los bienes jurídicos protegidos y de que ambos tienen elementos típico-penales diferentes, no coincidentes.

V. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DEFINIDORES DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Los crímenes contra la humanidad se caracterizan por consistir en uno o más acciones o delitos subyacentes realizados dentro de un determinado contexto que singulariza estos delitos. Los elementos definidores serán, por tanto, el elemento contextual y el delito o delitos subyacentes.

1. Delitos subyacentes

El artículo 5 del TPIY, bajo el epígrafe "Crímenes contra la humanidad", establece que: *"El tribunal internacional está facultado para enjuiciar a las personas responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos en el marco de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: homicidio intencional; exterminio; esclavitud; deportación; encarcelamiento; tortura; violación; persecución por motivos políticos, raciales o religiosas; y otros actos inhumanos"*.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) establece la misma lista de actos inhumanos, a los que añade *traslado o desplazamiento forzado de población,*

esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, violencia sexual, desapariciones forzadas y crímenes de apartheid, etc.

2. Elemento contextual

Sobre la base de los elementos interpretativos se señalan para la definición tanto elementos positivos como negativos. Estos últimos se refieren a elementos diferenciadores de otros crímenes internacionales, que es común en ellos, pero cuya presencia no es necesaria en los crímenes contra la humanidad, aunque eventualmente puedan concurrir, pero que en este caso resultan irrelevantes.

A) Elementos negativos. No necesidad de nexo o que se produzcan en un contexto de conflicto armado

Hemos visto con anterioridad que, inicialmente, en los Estatutos de Nuremberg y de Tokio aparecía la necesidad de que los actos inhumanos estuvieran imbricados en un contexto de conflicto armado. Sin embargo esta exigencia no provenía de una necesidad intrínseca, connatural con esta clase de delitos, de que los actos inhumanos o delitos subyacentes se produjeran en este contexto, sino que, en realidad, actuaba más que como elemento constitutivo, como límite jurisdiccional al tratarse de tribunales con una competencia específica para juzgar determinados hechos producidos durante una concreta contienda bélica.

La Ley 10 del Consejo de Control Aliado, norma impuesta para los territorios ocupados después de la Segunda Guerra Mundial, ya establecía claramente en su definición de crímenes contra la humanidad, por primera vez, la no necesidad de este requisito.

Sin embrago, en el Estatuto del TPIY (art. 5) se vuelve a establecer en la definición. La situación en realidad es la misma que la que se dio en los Estatutos de Nuremberg y de Tokio, en que no se trata verdaderamente de un elemento distintivo diferencial de esta clase de delitos, sino que se trata de una exigencia que viene motivada por la necesidad de establecer un límite jurisdiccional a la actuación de un tribunal "ad hoc" cuya competencia se refería a hechos ocurridos en el curso de un conflicto armado específico, en concreto de las distintas guerras que se produjeron en las últimas décadas del siglo XX en el territorio de los Balcanes. Posteriormente, fue la jurisprudencia de este mismo Tribunal la que tuvo oportunidad de manifestar que se trataba de un requisito que se desviaba del consuetudinario (Caso *Tadic*). En el Estatuto del TPIR (art. 3) se prescinde de este requisito, lo mismo que en el Estatuto de Roma de la CPI (art. 7), que deja claro la innecesariedad de este contexto de conflicto armado.

Puede decirse, por tanto, que actualmente existe un consenso general al respecto, tanto en la jurisprudencia internacional como nacional (casos *Eichmann* —Israel—, *Barbie* —Francia—), como en la doctrina (Orentlicher, Theodor Meron, etc.).

B) No requerimiento de ningún ánimo específico (polémica sobre el requisito del "ánimo discriminatorio")

El Estatuto del TPIR, en su artículo 3, requiere que los actos se hayan cometido "por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales, o religiosas". Sin embargo, esta exigencia no aparece en ninguno de los otros Estatutos o legislaciones de los Estados; solo en Francia, en los asuntos *Barbie* y *Touvier*, distintos órganos jurisdiccionales franceses hicieron referencia a la necesidad de existencia de políticas discriminatorias.

Cierta jurisprudencia del TPIY (Caso *Tadic*), en primera instancia (1997) se pronunció en sentido de considerar necesarios "motivos discriminatorios", pero esta jurisprudencia no tuvo continuidad e incluso fue corregida por la Sala de apelación en la segunda instancia (1999). El Estatuto de Roma deja clara la innecesariedad de este requisito. Lo mismo que la jurisprudencia de los Tribunales internacionalizados (Sierra Leona, BH, Irak, etc.).

La jurisprudencia del propio TPIR limita el alcance de este requisito dentro de su Estatuto, reconociendo que es una limitación específica a la jurisdicción de ese Tribunal, y que el ánimo discriminatorio se refiere a la acción en su conjunto y no es exigible que dicho ánimo abarque o sea tenido por los autores de hechos específicos. Este requisito en relación con este tribunal "ad hoc" responde a la lógica de las conductas sometidas a este Tribunal en el que el ánimo discriminatorio tiene sentido, pero que no resulta extensible a otras situaciones. En cualquier caso existe general consenso de que no es un requisito que sea generalizable y que tenga base en el Derecho consuetudinario. Solo así se ha establecido exclusivamente en relación con el delito de persecución.

C) Requisitos positivos. Elemento contextual: "Ataque" "sistemático" o "generalizado"

Que se traten de ataques sistemáticos o generalizados no es un requisito que aparezca en las iniciales definiciones de los crímenes contra la humanidad, ni una exigencia del Derecho Internacional consuetudinario, ni estaba en los Estatutos de Nuremberg y de Tokio. Sí parece como implícito en los crímenes contra la humanidad que no se traten de actos aislados, sino que se produzcan en un

determinado contexto. Las dificultades se han producido a la hora de establecer precisamente los elementos definidores o determinantes de ese contexto. Hemos visto que no es aceptable que se trate del contexto de un conflicto armado.

El concepto de ataques sistemáticos o generalizados aparece en la década de los '90 del siglo pasado y ha servido para clarificar, precisar y dar consistencia al elemento contextual —umbral contextual mínimo— característico de esta categoría de delitos de cara a su formulación general. No se trata de una doble exigencia o de conceptos acumulativos, sino que existe general consenso sobre su carácter disyuntivo y la necesidad de ser apreciado de forma conjunta con los otros elementos de la definición, es decir, que se traten de "ataques", es decir de actos no esporádicos o aislados y que vayan dirigidos "contra una población civil", es decir, no contra un sujeto específico y determinado, necesariamente comportan un cierto grado de escala y de organización (ver definición de ataque contra la población civil establecida en el art. 7.2 del Estatuto de Roma).

Según algunas opiniones no se trataría en sí mismo de una exigencia del tipo penal como tal, que lo sería el hecho de que no fueran actos aislados, sino dentro de determinado contexto y operaría como indicadores útiles, a modo de test que permitiría apreciar que efectivamente se está en un determinado contexto. Esta interpretación abriría la posibilidad de búsqueda de otros indicadores del carácter no meramente individual o aislado de los hechos y del umbral de intensidad requerido por el concepto nuclear de los crímenes contra la humanidad.

El término "generalizado" puede ser interpretado de distintas maneras. De una manera general, puede significar la producción de hechos a "gran escala" y con un gran número de víctimas. Puede ser tanto un elemento que haga referencia a la naturaleza del ataque o a los resultados del mismo, singularmente al número de víctimas causado, aunque no se pueda establecer un umbral mínimo de víctimas, ya que este es un concepto contingente y ha de depender normalmente de las propias características de los hechos. La masividad o generalidad del acto normalmente hará referencia a una apreciación puramente cuantitativa, determinada por el número, normalmente por acumulación de actos con víctimas individuales o colectivas de menor número, aunque también podría ser un solo acto de extraordinaria magnitud que colmara este requisito[2].

Como tal, aunque no deja de ser un concepto indeterminado valorativo según las circunstancias, hace referencia a una objetividad que de alguna manera facilita la prueba de la existencia del elemento contextual.

---

[2] TPIY, *Kordic and Cerkez*, Trial Chamber, 26.02.2001, párr. 179; TPIY, *BlasKic*, Trial Chamber, 3.03.2000, párr. 206; TPIY, *Martinovic*, Trial Chamber, 31.03.2003, párr. 236.

De forma muy contraria, el término "sistematicidad" o "sistemático" es definitivamente más valorativo. Ha sido definido de diferentes maneras. Existen definiciones muy exigentes establecidas tanto en la jurisprudencia del TPIR como TPIY. Así, el TPIR en el asunto *Akayesu,* referido a un ataque, hace referencia a que esté cuidadosamente organizado, siguiendo un regular patrón de conducta, sobre la base de una política común, e incorporando una cantidad apreciable o sustancial de recursos bien sean públicos o privados. Por su parte, el TPIY, en el asunto *Blaskic*, exige que exista un objetivo o plan, actos a gran escala o realizados de forma continuada de crímenes relacionados, incorporación de recursos significativos, implicación de autoridades de alto nivel o rango.

La inexistencia de otros criterios más objetivos como la generalidad o la amplitud justifica el establecimiento de requisitos muy exigentes para considerar que un hecho pueda ser calificable como de delito contra la humanidad, aunque los establecidos en la jurisprudencia relacionada han sido calificados como excesivos por parte de ciertos sectores de la doctrina. Por ello, frecuentemente se atiende a otros criterios relevantes menos exigentes contenidos en, por ejemplo, las sentencias *Tadic*, *Kunarac* del TPIY o *Ntakirutimana* del TPIR, que en general hacen referencia a planes metódicos o que siguen patrones de conducta, actos de naturaleza organizada, y especialmente a que los actos de violencia ejercidos sean de naturaleza organizada de tal manera que excluyan el carácter ocasional o puramente aleatorio de éstos (TPIR, *Nahimana*; CPI, Orden de arresto de *Al Bashir*).

En definitiva, puede entenderse que el elemento común característico es la existencia de un alto grado de organización, junto con otros elementos que hacen referencia a las características del ataque como: la existencia de patrones de conducta definidos; realización continuada de crímenes relacionados; uso de significativos recursos, planificación, objetivos políticos, etc.[3].

a) Significado de "ataque"

Se trata de un concepto propio, distinto del concepto de ataque característico de los crímenes de guerra. En principio nada tiene que ver ni tiene por qué llevar consigo la utilización de fuerzas armadas. Puede significar maltrato de la población civil (TPIY, *Kunarac*; TPIR, *Akayesu*, Elementos de los crímenes de la CPI, etc.).

---

[3] TPIY, *Kunarac, Kovac and Vukovic*, Appels Chamber, 12.06.2002, párr. 94; TPIY, *Naletilic and Martinovic*, Trial Chamber, 31.03.2003, párr. 236; TPIY, *BlasKic*, Trial Chamber, 3.03.2000, párr. 203.

Lo importante de este concepto es que no hace referencia a un solo acto, sino a un conjunto amplio de ellos. El ataque se referiría a la generalidad de actos en los que el particular acto prohibido se imbrica jurisprudencia. De todos modos es necesario diferenciarlo del concepto de "generalidad". Simplemente haría referencia a la pluralidad de acciones, aunque sean de la misma clase o víctimas plurales (*"ataque dirigido contra una población civil",* art. 7.2 Estatuto de Roma).

b) Significado de ataque "dirigido"

Hace referencia a la exclusión de actos puramente casuales o no dirigidos contra un objetivo predefinido que resulta esencial en la definición. De esta manera quedan excluidos, por ejemplo, una ola de crímenes más o menos organizada, pero no exactamente dirigidos como ataque contra una población civil, una revuelta algarada o reacción más o menos desordenada frente a una determinada situación; lo mismo que actuaciones individuales, aleatorias u ocasionales.

c) El ataque responda a una "política de Estado" o "de una organización"

Según algunas opiniones, sería necesario, consustancial con la definición, la existencia de alguna política gubernamental o de una organización que dirija, instigue, anime o promueva el ataque. Otras rechazan esta posición y señalan que no es necesaria ninguna política como tal.

La polémica cobra una dimensión especial por la propia dicción del art. 7.2.a del Estatuto de Roma, que establece: *"Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política".*

La exigencia o no de una verdadera política de Estado o de una organización es un punto muy controvertido, ya que resulta muy relevante desde el punto de vista probatorio.

Los partidarios de la exigencia de este requisito señalan la insuficiencia como umbral definidor de crímenes contra la humanidad el que se traten de actos o delitos generalizados, pero que pudieran ser casuales o aleatorios y no responder a una autentica planificación política. Por otra parte, la sistematicidad tampoco sería equivalente a la existencia de necesidad de una "política" definida adoptada por aquellas autoridades o sujetos relevantes que tienen las facultades de hacerlo.

El concepto mismo de "política" admite diversos grados de interpretación y de intensidad en los requisitos exigibles para tenerla como tal. Junto con las políticas formales, expresas y detalladas, con un alto grado de planificación, de

definición y detalle, existen otras mucho más generales, imprecisas, informales, que también responden al significado del término "política". Tampoco es equivalente a que quien la realiza ejerza el "poder político" de derecho, también puede ser de manera informal o de facto. De esta manera, la interpretación que se debe dar a la existencia de "una política", es que esta no tiene por qué ser detallada ni definida ni adoptada formalmente, y que su existencia únicamente excluye que se trate de una mera conjunción o confluencia de actos aleatorios o casuales sin la existencia de una planificación o nexo común a modo de "política". En definitiva, según esta interpretación que propugnamos, se trataría de un requerimiento de bajo perfil, es decir de intensidad limitada, que, desde el punto de vista probatorio, sería razonablemente inferible de otros elementos.

d) Ataque dirigido contra una ("any") población civil

– Concepto de "población"

No es tanto una definición jurídica sino más bien de carácter puramente naturalístico. Se trataría de una referencia casi visual, plástica, una percepción referida a un conjunto humano amplio, no a un mero individuo. Los crímenes contra la humanidad se tratan de crímenes de naturaleza colectiva. Pueden tratarse de actos sucesivos, plurales, dirigidos contra sujetos individuales, pero que formen parte o conformen una población civil. No es necesario que la totalidad de la población esté afectada, es suficiente que sea un grupo de ella.

– Concepto de "civil"

Fundamentalmente por exclusión de aquellas que sean militares. Sin embargo esta exclusión no es suficiente. Existirían también categorías de militares que también pueden tener la consideración de población civil, tales como militares fuera de campaña por múltiples causas.

No obstante, alguna jurisprudencia del TPIY (*Martic*, Sala de Apelación) ha considerado que "población civil" en crímenes contra la humanidad tiene el mismo significado que en el artículo 50 del Protocolo primero a los Convenios de Ginebra, que no incluye a los *"hors de combat"*, por ejemplo, prisioneros de guerra, dentro de su ámbito de protección, por lo que no tendrían tal consideración. La pregunta es entonces si a tenor de esta jurisprudencia el exterminio o tortura a gran escala de prisioneros de guerra no llegaría nunca a la categoría de crímenes contra la humanidad, aunque lo pudieran ser de guerra.

Existe una amplia jurisprudencia de Tribunales Internacionales al respecto, que ha establecido: El crimen tiene que ser cometido directamente contra una población civil[4].

No es necesario que sea contra la totalidad de la población, pero sí un número suficiente o al menos representativo o significativo de ella[5].

La población ha de ser predominantemente civil. No necesariamente toda civil[6]. La presencia de no civiles no priva del carácter civil a la población[7]. A este respecto procede hacer una interpretación amplia del concepto de población civil[8].

La protección se refiere a cualquier población civil, independiente de que sea o no la propia población civil[9]. Es posible que sea contra la propia población civil. No es necesario que sea contra otra población civil, ni contra un "enemigo". Este es un importante elemento diferencial de los crímenes de guerra, en los que está implícito el ataque al enemigo, aunque no sea combatiente, bien sea población civil o no combatiente por otras razones, por ejemplo enfermos, heridos, prisioneros, desertores, etc. Que sea contra la propia población civil da al ataque una singular caracterización como crímenes de Estado, como categoría de crímenes cometidos desde el Estado contra sus propios ciudadanos: terrorismo desde el Estado, etc.

Resulta irrelevante si los actos son directamente contra la población civil o simplemente contra una persona concreta integrante de ella. Lo relevante es que el ataque en sí mismo sea contra la población civil y no los actos concretos[10].

D) Vínculo entre el sujeto activo del delito y el ataque perpetrado

En principio es exigible, simplemente, la objetiva realización de un acto dentro de un conjunto de los que representan el ataque y que el sujeto sea consciente del contexto en el que realiza el acto (TPIY, *Tadic*).

---

4 TPIY, *Kunarac, Kovac and Vukovic*, Trial Chamber, 22.02.2001; Appels Chamber, 12.06.2002, párr. 90.

5 TPIY, *Kunarac, Kovac and Vukovic*, Appels Chamber, 12.06.2002, párr 90.

6 TPIY, *Kordic and Cerkez*, Trial Chamber, 26.02.2001, párr. 180; TPIY, *Naletilic and Martinovic*, Trial Chamber, 31.03.2003, párr. 235; TPIY, *Jelisic*, Trial Chamber, 14.12.1999, párr. 54.

7 TPIY, *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, Trial Chamber, 14.01.2000, párr. 549.

8 TPIY, *Jelisic*, Trial Chamber, 14.12.1999, párr. 54; TPIY, *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, Trial Chamber, 14.01.2000, párr. 547-549.

9 TPIY, *Vasilejevic*, Trial Chamber, 29.11.2002, párr. 33.

10 TPIY, *Kunarac, Kovac and Vukovic*, Appels Chamber, 12.06.2002, párr. 103.

Los actos concretos atribuidos al sujeto activo del delito no tienen que ser generalizados o responder al patrón de sistematicidad. Es el ataque el que debe tener estas características. El acto concreto ha de imbricarse en el contexto (TPIY, *Kunarac; Blaskic*).

En ocasiones un solo acto del sujeto activo realizado dentro del contexto que forme parte de un ataque puede constituir un crimen contra la humanidad (TPIY, *Kunarac; Blaskic*). De la misma manera que un solo acto del sujeto activo de determinadas características puede constituir él mismo un ataque, ya sea por su dimensión, naturaleza (armas biológicas), características, etc.

El sujeto activo del acto no tiene por qué ser ni el ideador ni el arquitecto del ataque. No necesita, él mismo, individualmente considerado, estar envuelto en una determinada política, ni formalmente formar parte de una formación política u organización determinada ni tampoco compartir las razones ideológicas ni los fines del ataque.

Los actos realizados por el sujeto no requieren ser exactamente del mismo tipo o características de los otros actos del ataque y cabe la posibilidad de hechos de naturaleza diferente, tal como pueden ser crímenes sexuales acompañando a otros actos como el homicidio intencional que caractericen el ataque.

E) Elemento subjetivo de los crímenes contra la humanidad

Se requiere que el sujeto sea al menos consciente de que es un contexto más amplio donde se produce el ataque, especialmente que se trata de un ataque contra la población civil (TPIY, *Tadic, Kupreskic*) y de se trata de un contexto generalizado o un ataque sistemático[11] o alternativamente admite el riesgo de que sus actos formen parte de él[12]. Debe tener conocimiento del ataque y del nexo entre sus actos y el contexto. No es necesario conocimiento de los detalles del ataque[13]. No es necesario que el partícipe deba aprobar el contexto del ataque en el que se enmarcan sus actos[14].

---

11 TPIY, *Kunarac, Kovac and Vukovic*, Appels Chamber, 12.06.2002, párr. 102, 410; TPIY, *Tadic*, Appels Chamber, 15.07.1999, párr. 271; TPIY, *Kordic and Cerkez*, Trial Chamber, 26.02.2001, párr. 185; TPIY, *BlasKic*, Trial Chamber, 3.03.2000, párr. 244, 247.

12 TPIY, *Vasilejevic*, Trial Chamber, 29.11.2002, párr. 37; TPIY, *BlasKic*, Trial Chamber, 3.03.2000, párr. 257; TPIY, *Krnojelac*, Trial Chamber, 15.03.2002, párr. 59.

13 TPIY, *Kunarac, Kovac and Vukovic*, Appels Chamber, 12.06.2002, párr. 102; TPIY, *Krnojelac*, Trial Chamber, 15.03.2002, párr. 59.

14 TPIY, *Kordic and Cerkez*, Trial Chamber, 26.02.2001, párr. 185.

No es necesario un dolo directo, también sería suficiente el dolo indirecto o incluso el eventual. No se requiere un conocimiento preciso y detallado del ataque ni de sus características (TPIY, *Kunarac*; *Blaskic*)

Normalmente el contexto es notorio y no es razonablemente creíble negar su conocimiento, por lo que el estándar de prueba en estos casos es diferente y el conocimiento será inferible de otros elementos sin necesidad de prueba directa. Este conocimiento del contexto es inferible de la concurrencia de una serie de elementos, tales como el conocimiento del contexto político en que se produce, función o posición del acusado dentro del mismo, su relación con las jerarquías políticas o militares, amplitud, gravedad y naturaleza de los actos realizados, etc.[15].

No es exigible que el actor comparta o apruebe personalmente el objetivo global del ataque. No es necesario que el participe deba aprobar el contexto del ataque en el que se enmarcan sus actos[16]. El conocimiento exigible al actor es del contexto general y no de los motivos u objetivos del ataque. El sujeto puede actuar por motivos personales, pero lo relevante es que lo haga dentro del contexto sin que sea necesario que comparta los objetivos.

El autor debe tener el propósito o intención de cometer los delitos subyacentes[17] y conocimiento de que éstos se enmarcan en un determinado contexto.

---

15 TPIY, *BlasKic*, Trial Chamber, 3.03.2000, párr. 258-259.

16 TPIY, *Kordic and Cerkez*, Trial Chamber, 26.02.2001, párr. 185.

17 TPIY, *Vasilejevic*, Trial Chamber, 29.11.2002, párr. 37.

Los crímenes de lesa humanidad: Elementos definitorios

Isabel Lirola Delgado[*]

I. LA CONFIGURACIÓN DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN DERECHO INTERNACIONAL

La figura de los crímenes de lesa humanidad es el resultado de la toma de conciencia de la necesidad de proteger a la persona humana en el orden internacional frente a la comisión de determinados delitos. En efecto, la práctica internacional se ha encargado de poner de manifiesto que existen contextos y circunstancias en que determinados hechos delictivos representan por su gravedad un atentando a la dignidad humana cuya relevancia excede del ámbito estatal, de ahí que se haya incorporado en el Derecho Internacional contemporáneo la categoría de los llamados "crímenes internacionales" cometidos por individuos o por Estados.

Por lo que se refiere a los primeros, los crímenes internacionales cuya autoría corresponde a individuos, esta incorporación se ha llevado a cabo a través de un doble proceso. Por una parte, la figura de los crímenes internacionales ha ido aparejada al desarrollo del principio que establece la responsabilidad penal internacional de los individuos. Como es sabido, la exigencia de esta responsabilidad penal internacional se lleva a cabo normalmente a través de la actuación de los Tribunales internos, bien directamente o por aplicación de mecanismos de cooperación penal internacional, como el ejercicio de la jurisdicción universal o el principio *aut dedere aut iudicare*.

Ahora bien, de forma excepcional, cuando el Estado o Estados afectados no han podido o querido hacer frente a la sanción de dicha responsabilidad, se ha hecho necesario recurrir a una jurisdicción penal internacional, como los Tribunales Militares de Nuremberg y Tokio, los Tribunales para la Ex-Yugoslavia y Ruanda o la que, por su carácter general, representa hoy en día de forma más significativa la Corte Penal Internacional. Por otra parte, de forma paralela a

---

[*] Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela (España).

estos desarrollos en el plano institucional, se ha llevado a cabo en Derecho internacional una labor sustantiva de codificación y desarrollo progresivo de los crímenes internacionales.

Este es el marco general en el que se sitúa el proceso de configuración de los crímenes de lesa humanidad, cuya articulación se inicia, con independencia de otros precedentes, como consecuencia de su inclusión en los Estatutos de los Tribunales Militares de Nuremberg (art. 6, c) y Tokio y la jurisprudencia de estos Tribunales. Con posterioridad, esta figura ha sido también objeto de desarrollo en la jurisprudencia de Tribunales nacionales, en los Proyectos destinados al establecimiento de un Código de Crímenes contra la paz y seguridad internacionales (art. 18); en los Estatutos (arts. 5 y 3, respectivamente) y la jurisprudencia de los Tribunales Penales para la Ex-Yugoslavia y Ruanda; y en el Estatuto (art. 7) y la práctica de la Corte Penal Internacional. Además, algunos de los crímenes particulares que se incluyen dentro de los crímenes de lesa humanidad, como el crimen de tortura, el *apartheid* o la desaparición forzada de personas han sido objeto de Convenios de ámbito universal y regional[1]. De esta manera, la configuración de los crímenes de lesa humanidad, en tanto que categoría general, ha tenido lugar de manera preponderadamente consuetudinaria hasta su articulación convencional en los Estatutos de los Tribunales penales *ad hoc* y en el Estatuto de Roma, cuyo artículo 7 constituye en estos momentos la disposición de referencia para el análisis de los elementos definitorios de esta figura[2].

II. LA RELACIÓN ENTRE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD, CRÍMENES DE GUERRA Y GENOCIDIO

Los crímenes de lesa humanidad comparten elementos comunes con otros crímenes internacionales de la competencia material de la Corte Penal Internacional, como los crímenes de guerra y el crimen de genocidio, puesto que las

---

1 Para un examen detallado del proceso de configuración de los crímenes de lesa humanidad, vid. M. CAPELLA i ROIG, "La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad como proceso y resultado del derecho internacional general", en *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. 5, 2004, pp. 49-78; y M. CAPELLA i ROIG, *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 33; M. C. MÁRQUEZ CARRASCO, *El proceso de codificación y desarrollo progresivo de los crímenes contra la humanidad*, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008.

2 Vid. C. RUEDA FERNÁNDEZ, "Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿Por fin la esperada definición?", en J. A. CARRILLO SALCEDO (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 301-324.

tres figuras tienen un mismo fundamento que se encuentra en la protección de la dignidad de la persona humana y de sus derechos fundamentales. Coinciden también en poder tener como objeto la protección de la población civil (aunque en el caso de los crímenes de guerra el ámbito de personas protegidas sea más amplio) y serles comunes la mayor parte de las conductas sancionables en las que se concreta su tipificación. Precisamente, a estos efectos hay que tener en cuenta que las diferencias entre estas figuras se derivan, en primer lugar, del contexto particular en el que se cometen cada uno de estos crímenes, lo que permite distinguir los crímenes de lesa humanidad de los crímenes de guerra en la medida en que éstos requieren que su comisión se haya producido en el marco de un contexto armado. Por su parte, el crimen de genocidio se diferencia de los crímenes de lesa humanidad por requerir el dolo especial de la intención de exterminar a un grupo humano.

La práctica de los Tribunales penales *ad hoc* y de la Corte Penal Internacional pone de manifiesto que un individuo puede ser acusado acumulativamente por la comisión de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (casos *Kordic y Cerzec*, *Kunarac*, *Kovac* y *Vukovic*)[3] o de crímenes de lesa humanidad y genocidio (casos *Ayakesu*, *Musema*, *Rutaganda*)[4]. En este sentido, la relación concursal entre estos tres crímenes nucleares de Derecho Internacional plantea un interesante debate que dista de estar cerrado. Así, por lo que se refiere a la relación entre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, parece que la solución más adecuada sería considerar la existencia de un concurso ideal de delitos, en la medida en que cada una de estas figuras se compone de elementos distintos y protege bienes jurídicos distintos[5]. En cambio, no cabría estimar la existencia de un concurso de leyes entre los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad en la medida en que no se puede considerar que una figura sea un tipo general y otra un tipo especial. Sin embargo, por lo que respecta a la relación concursal entre los crímenes de lesa humanidad y el genocidio, hay una opinión favorable a considerar la existencia de una relación de concurso de leyes, estimando que

---

[3] Por lo que se refiere a la CPI, vid. la Decisión sobre la confirmación de cargos, caso *Jean-Pierre Bemba Gombo*, situación en la República Centro Africana (Sala de Cuestiones Preliminares), 15 de junio de 2009 y Orden de arresto contra *Ali Kushayb*, situación en Darfur (Sala de Cuestiones Preliminares I), de 27 de abril de 2007.

[4] También en relación con la CPI, vid. en contra de dicha práctica la Segunda orden de detención de *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, situación en Darfur (Sala de Cuestiones Preliminares I), de 22 de julio de 2010.

[5] En relación con las diferencias entre ambas categorías de crímenes, vid. J. SÁNCHEZ PATRÓN, "La distinción entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda", *Revista española de derecho militar*, núm. 78, 2001, pp. 53-86.

el genocidio podría considerarse como un tipo especial respecto de los crímenes de lesa humanidad[6].

III. ELEMENTOS A CONSIDERAR EN LA DEFINICIÓN DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Teniendo en cuenta el desarrollo consuetudinario y convencional de la figura de los crímenes de lesa humanidad, su definición se establece a partir de la concurrencia de tres elementos. Un primer elemento de carácter material hace referencia al contexto en el que se han cometido las conductas en las que se concretan estos crímenes y en el que hay que considerar, como veremos, la ausencia de la conexión con la existencia de un conflicto armado, un elemento que ha sido sustituido por el relativo al "carácter generalizado o sistemático del ataque contra una población civil". Un segundo elemento, de carácter subjetivo, que excluye la necesidad de que concurran motivos discriminatorios, se concreta en la *mens rea* específica del conocimiento de dicho ataque. Finalmente, los crímenes de lesa humanidad, tal como aparecen recogidos en el Estatuto de Roma, requieren un tercer elemento de existencia de una política, el llamado *policy element* que se proyecta tanto sobre el elemento objetivo como sobre el subjetivo. Precisamente por lo que podría llamarse su carácter aglutinador, en nuestra opinión, cabe diferenciarlo del elemento objetivo del contexto en el que se suele incluir[7]. Y, aunque nuestro análisis se limite a los elementos comunes o generales a la figura de los crímenes de lesa humanidad, hay que tener en cuenta que existen unos elementos específicos por relación a cada una de las conductas delictivas concretas a las que se refiere el art. 7 del Estatuto de Roma[8].

---

6 Seguimos en este punto a M. D. BOLLO AROCENA, *Derecho Internacional penal: estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004.

7 Vid. en todo caso, la sistemática y el desarrollo que hacemos en nuestro trabajo, I. LIROLA DELGADO, M. MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte Penal Internacional*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 119-123.

8 Para un análisis de tales elementos, vid. M. C. MÁRQUEZ CARRASCO, "Los elementos específicos de las conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad en Derecho Internacional Penal", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 10, 2008, pp. 5-69.

1. El elemento material: El contexto en que se cometen las conductas

A) La ausencia del requisito de conexión con un conflicto armado

El requisito de la conexión de los crímenes de lesa humanidad con la existencia de un conflicto armado se estableció inicialmente en el Estatuto del TMI de Nuremberg al objeto de superar los problemas de legalidad penal que suscitó la actuación de este Tribunal. De esta manera, se buscaba justificar el que ciertas conductas, entre las que se encontraban las constitutivas de crímenes de lesa humanidad, pudiesen ser consideradas como crímenes de Derecho Internacional y no simplemente de Derecho Penal interno, legitimando así su sanción por un Tribunal Internacional. No obstante, la Ley nº 10 del Consejo de Control aliado ya no recogió esta conexión, como tampoco lo hizo el posterior desarrollo consuetudinario de la figura.

La conexión entre crímenes de lesa humanidad y la existencia de un conflicto armando vuelve a incorporarse en el Estatuto del Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia, en este caso vinculándose a la competencia temporal de dicho Tribunal, encargado de conocer los crímenes cometidos en el marco del conflicto armado que tuvo lugar en la extinta Yugoslavia. Sin embargo, la propia jurisprudencia del TPIY se encargaría de relativizar dicha conexión, en línea con el Derecho consuetudinario existente.

Por fin, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, como en su día el Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda, establece la figura de los crímenes de lesa humanidad con ausencia de su conexión con un conflicto armado, con lo que puede decirse que, hoy en día, dicha conexión no constituye un elemento definitorio de esta figura[9].

B) El carácter generalizado o sistemático del ataque contra una población civil

En la evolución de la figura de los crímenes de lesa humanidad se observa como progresivamente el elemento de conexión con un conflicto armado, se ha ido sustituyendo por un elemento contextual que requiere que los crímenes de lesa humanidad se comentan "como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil". Este elemento contextual es el que hace que se conviertan en crímenes internacionales hechos que aisladamente considerados serían delitos comunes en los Derechos penales nacionales[10].

---

9 Sobre la evolución del llamado "nexo de la guerra", vid. K. AMBOS, *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 170-180.

10 Para un análisis detallado del elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad, ver C. de THAN, E. SHORTS, *International Criminal Law and Human Rights*, Sweet &

a) Por lo que respecta, en primer lugar, a la noción de ***ataque***, hay que determinar cuál es la naturaleza de la acción dirigida contra la población civil. Esta puede consistir en actos violentos, que no tienen que ser necesariamente un ataque militar (como aclaran los Elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional) o conductas no violentas que conduzcan a la privación de derechos fundamentales. Se plantea aquí la duda si tal privación se refiere sólo a las violaciones más graves de derechos humanos o si se podrían considerar otras violaciones de derechos humanos como la negación de un juicio justo o infracciones contra la propiedad, en el caso de que éstas tuviesen un carácter generalizado o sistemático (en el marco de lo dispuesto por el art. 7,k) por relación a "otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física"). A su vez, los actos constitutivos del ataque pueden consistir en crímenes homogéneos (como sería el caso de asesinatos o violaciones en cadena o simultáneos) o en múltiples actos de distinta naturaleza (asesinatos, violaciones y deportación) (Casos *Kayishema* y *Katanga/Ngudjolo*).

b) En relación con el carácter ***generalizado o sistemático*** del ataque, se trata de un requisito que no estaba contemplado en el Estatuto del TMI de Nuremberg, aunque sí en su jurisprudencia, en los Proyectos de Código de crímenes contra la paz y seguridad internacionales y en los Estatutos del TPIR y de la CPI. De hecho, además de una cláusula-umbral de la competencia material de la CPI, consiste en un elemento que resulta intrínseco a la descripción de algunos crímenes de lesa humanidad (como sucede, por ejemplo, con el exterminio, la deportación o la persecución) o que determina su gravedad internacional (por ejemplo, del asesinato, la tortura o la violación).

   Se trata, en todo caso, de una fórmula *disyuntiva* que recoge los requisitos de forma no acumulativa, tal como ya había sido aclarado por la jurisprudencia del TPIY y el TPIR, y recoge claramente el Estatuto de Roma y la práctica de la CPI (Caso *Katanga/Ngudjolo*)[11]. El carácter *generalizado* del

---

Maxwell Limited, Londres, 2003, pp. 89-93; y M. C. MÁRQUEZ CARRASCO, "Los elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en Derecho Internacional Penal", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 9, 2008, pp. 17-31.

[11] Obviamente este requisito puede también darse de manera cumulativa, así, por ejemplo en la Resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad, de 26 de febrero de 2010, por la que remite la situación en Libia al Fiscal de la Corte Penal Internacional se señala "Considering that the widespread *and* systematic attacks currently taking place in the Libyan Arab Jamahiriya against the civilian population may amount to crimes against humanity" (la cursiva es nuestra).

ataque hace referencia a un criterio cuantitativo en relación a la comisión a gran escala o al elevado número de víctimas que se puede producir por el efecto cumulativo de una serie de actos inhumanos o el efecto singular de un acto inhumano de extraordinaria magnitud (Caso *Blaskic*). También puede resultar de un ataque en un área geográfica amplia o en un área geográfica reducida pero dirigido a un gran número de civiles (Caso *Katanga/Ngudjolo*)[12].

Por su parte, el carácter *sistemático* se identifica con un criterio cualitativo en relación a la forma en que se lleva a cabo el ataque. Éste requiere la existencia de un plan o patrón metodológico (tal como ha sido repetidamente señalado en la jurisprudencia del TPIY y TPIR al referirse a la existencia de "un patrón establecido") del que es exponente la naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad de su ocurrencia aleatoria (Caso *Kunarac*)[13]. Como veremos, este requisito se relaciona con la existencia de un plan o política preconcebida (*policy element*), que incluye los actos individuales que respondan a ese plan o política, pero excluye a los actos que se produzcan de manera casual.

c) El ataque tiene como sujeto pasivo una ***población civil***. Nuevamente, la noción de población remite al carácter colectivo del delito, es decir a la multiplicidad de víctimas. La mención al carácter civil de dicha población

---

[12] Un ejemplo del carácter generalizado del ataque resulta de los datos que se aportan en la Solicitud de autorización de investigación en la situación de Kenya cuando se hace referencia a "(...) the scale of the post-election violence resulted in a reported 1,133 to 1,220 killings of civilians, more than nine hundred documented acts of rape and other forms of sexual violence, with many more unreported, the internal displacement of 350,000 persons, and 3,561 reported acts causing serious injury". En relación a la misma situación, en la Decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Kenya (Sala de Cuestiones Preliminares II) de 31 de marzo de 2010, se señala que "As for the period between 27 December 2007 and 28 February 2008, it is reported that 1,133 to 1,220 people were killed, about 3,561 people injured and up to approximately 350,000 persons displaced. Furthermore, an increased number of rapes and other forms of sexual violence reportedly occurred during this period" (párr. 131).

[13] En el mismo sentido, la CPI en la Decisión sobre la confirmación de cargos, caso *Jean-Pierre Bemba Gombo*, situación en la República Centro Africana, cit., señala que "(...) The Chamber finds that MLC soldiers, when taking control of former rebel-held CAR territories, carried out attacks following *the same patte*rn. They regularly threatened civilians for hiding rebels in their houses or committed crimes against sibilinas considered as rebels by MLC soldiers, they followed an established house-to-house system of attack aimed at creating a climate of fear, they broke into houses, looted goods and committed other crimes such as rape if the civilians resisted the troops. Furthermore, they acted in groups often targeting the same houses several times a day" (párr. 115). (la cursiva es nuestra).

vendría a ser una reliquia de la conexión inicial de los crímenes de lesa humanidad con el *ius in bello*, aplicando el principio de distinción del Derecho Internacional Humanitario para excluir del ámbito de aplicación de los crímenes de lesa humanidad a los "combatientes enemigos".

En todo caso, la jurisprudencia se ha inclinado por una interpretación amplia del concepto de "población civil" que asegure la protección de todas las personas en tiempo de paz, incluyendo a las personas que circunstancialmente empuñen las armas, a los movimientos de resistencia, a las personas *hors de combat*, incluso a individuos que en un momento determinado pudieron llevar a cabo actos de violencia (asunto *Hospital de Vukovar)* o a soldados que tengan la misma nacionalidad que los autores de los crímenes.

Se suscitan, en cambio, ciertas dudas en relación con ataques que tengan como objeto a los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, lo que ha llevado a la exclusión de miembros de la policía (Caso *Kayishema*), aunque autores como CASSESE mantienen una opinión favorable a su inclusión[14]. Se plantea también la pregunta de si la presencia de cierto número de combatientes enemigos que se encuentra dentro de un grupo de no combatientes, priva a dicho grupo de su carácter civil. Esta cuestión fue tratada, por ejemplo, en el caso *Tadic* en el que se consideró que el carácter predominantemente civil de un grupo, no se ve alterado por la presencia de no civiles en su interior. Una confirmación del carácter amplio con el que se ha interpretado la noción de población civil se encuentra en el caso *Katanga/Ngudjolo*[15].

2. El elemento subjetivo

A) La ausencia del requisito de motivos discriminatorios

La necesidad de la concurrencia de motivos discriminatorios en los crímenes de lesa humanidad ha suscitado cierta polémica generada por tratarse de un

---

14 Cf. A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2ª Edición, Nueva York, 2008, p. 122.

15 Decisión de confirmación de cargos, caso *Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, situación en la República Democrática del Congo (Sala de Cuestiones Preliminares I), de 30 de septiembre de 2008, "(...) the Chamber observes that, as opposed to war crimes which are provided for in article 8 of the Statute, the term "civilian population" within the meaning of article 7 of the Statute affords rights and protections to "any civilian population" regardless of their nationality, ethnicity or other distinguishing feature".

requisito contemplado en los Estatutos del TMI de Nuremberg y del TPIR, así como las dudas generadas por la jurisprudencia del TPIY. Sin embargo, el Estatuto de la CPI no lo contempla siguiendo al Derecho consuetudinario, de tal manera que puede afirmarse que no representa un requisito de alcance general para todo el conjunto de crímenes de lesa humanidad, sino que sólo resulta necesario en el supuesto concreto del crimen de lesa humanidad que se identifica con la persecución de un grupo o colectividad, al que se refiere el art. 7.1.h) del Estatuto de Roma. Por tanto, las motivaciones personales del autor del crimen de lesa humanidad son irrelevantes, si concurren el resto de elementos definitorios de esta figura.

B) La *mens rea* específica: El conocimiento del ataque

El elemento del conocimiento del contexto general de ataque a una población civil en el que se comete un crimen de lesa humanidad resulta un elemento novedoso, introducido por el Estatuto de CPI que no figura en el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad internacionales ni en los Estatutos del TPIY y TPIR, aunque haya sido desarrollado por la jurisprudencia de estos Tribunales[16]. Se trata de una ***mens rea específica*** que implica la concurrencia de dos elementos:

a) La intención de cometer el crimen, en tanto que elemento mental general exigido por el art. 30 Estatuto de Roma, en el que se incluye el dolo eventual (la persona no tiene que anticipar todo el resultado sino conocer el riesgo).

b) El conocimiento del contexto general de ataque a una población civil en el que se comete ese hecho, como dolo especial, es decir, saber que existe un plan o política y que su acción contribuye a la realización de ésta. No obstante, aunque su comportamiento contribuya al ataque o no tome medidas para evitarlo, no tiene porqué conocer los detalles de la política ni siquiera estar de acuerdo con ella (Caso *Kunarac*). Si falta este elemento subjetivo, podrá ser un hecho sancionable penalmente pero no un crimen de lesa humanidad[17].

---

[16] Para un análisis exhaustivo, vid. MÁRQUEZ CARRASCO, "Los elementos comunes...", cit., pp. 43-49.

[17] Vid. por ejemplo, la Orden de detención de *Ahmand Harum*, situación en Darfur (Sala de Cuestiones Preliminares I), de 27 de abril de 2007, en la que se señala, "(...) En razón de su cargo de Ministro del interior del gobierno de Sudan, mediante su coordinación general y participación personal en actividades de los Comités de Seguridad, a saber, reclutar, armar, financiar a las Milicia (...) *contribuyó intencionalmente* a la Comisión de los crímenes

3. El elemento de la "política"

El tercer elemento a considerar en relación con la definición de los crímenes de lesa humanidad es el de la "existencia de una política"[18]. Estamos ante un elemento introducido de forma novedosa por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, aunque previamente hubiese sido abordado en la jurisprudencia del TPIY y el TPIR. Por esta razón, se ha suscitado la cuestión de si se trata de un elemento de carácter jurisdiccional o procesal, de un elemento adicional o si reúne ambos caracteres. A este respecto, hay que recordar que el elemento político se incluye en la parte final de la Conferencia de Roma, entendiendo que se trataba de un elemento flexible que ofrecería una garantía adicional de que los actos aislados no se considerarían crímenes de lesa humanidad[19].

Ahora bien, a la pregunta de si la existencia de una política requiere necesariamente la participación de un Estado, hay que señalar que desde la Convención para la represión del crimen de Genocidio se ha aceptado que la entidad que esté detrás de la existencia de una política no tiene necesariamente que ser un Estado. Desde un planteamiento más amplio, cabe que dicha política se haya producido por instigación o dirección de un Estado, de una organización política o de un grupo, es decir, no sólo se consideran los actos cometidos por personas que actúan por cuenta del Estado (de forma oficial o como particulares). Además, tampoco hay necesidad de que dicha política esté declarada de forma expresa, clara y precisa, incluyéndose también el supuesto de que se trate de una política implícita o *de facto*.

---

mencionados *a sabiendas de que su contribución seguiría promoviendo el plan común* puesto en práctica por las Fuerzas armadas sudanesas y las milicias... que consistía en *atacar a las poblaciones civiles en Darfur*" (cursivas y traducción propias). En el mismo sentido, en la Decisión de confirmación de cargos, caso *Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, situación en la República Democrática del Congo, cit., se dice "(...) knowledge of the attack and the perpetrator's awareness that his conduct was part of such attack may be inferred from circumstantial evidence, such as: the accused's position in the military hierarchy; his assuming an important role in the broader criminal campaign; his presence at the scene of the crimes; his references to the superiority of his group over the enemy group; and the general historical and political environment in which the acts occurred".

18 En relación con la proyección de este elemento sobre los ya analizados, ver Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Librairie Générale de Droit de Jurisprudence, Paris, 2002, pp. 276-288.

19 Véase por ejemplo la Opinión disidente del Juez Kaul en relación con la Autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para iniciar una investigación sobre los crímenes de lesa humanidad cometidos en Kenya entre el 1 de junio de 2005 y 26 de noviembre de 2009 en la que estima que los ataques cometidos contra la población civil no podía considerarse que respondiesen a la política de un Estado u organización.

En función de lo dicho, se podrán considerar situaciones que se produzcan con la anuencia del Estado o situaciones fuera del control de un Estado, como las desarrolladas por grupos paramilitares[20], grupos que controlan *de facto* una parte del territorio o grupos terroristas. En cambio, es objeto de debate el caso de las organizaciones criminales, considerando autores como GIL GIL que sólo cabría considerar la posible comisión de un crimen de lesa humanidad cuando dicha organización o grupo haya alcanzado tal poder que neutraliza la acción del Estado, pero no en aquellas circunstancias en las que el Estado puede llevar a cabo su represión[21].

IV. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Tal como hemos visto, la figura de los crímenes de lesa humanidad ha sido objeto de desarrollo por vía consuetudinaria y convencional, destacando la contribución a la consolidación de sus elementos definitorios que representa el art. 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Se trata además de un proceso dinámico y susceptible de nuevos desarrollos que permitan garantizar la sanción de este crimen internacional, cualesquiera que sean las circunstancias en que se produzca[22].

Ahora bien, todos estos desarrollos y perspectivas no han conseguido acallar el debate sobre la conveniencia de adoptar una Convención general sobre la prevención y sanción de los crímenes contra la Humanidad que, por el momento, sólo se mantiene en el ámbito académico. Destaca así la redacción de un Proyecto de Convención sobre la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad por un grupo de expertos que toma como referencia los elementos definitorios de tales crímenes que establece el art. 7 del Estatuto de Roma con

---

[20] Vid. la Orden de arresto de *Joseph Kony*, situación en Uganda (Sala de Cuestiones Preliminares II), de 8 de julio de 2005, en la que señala que "(...) the LRA (Lord's Resistance Army) is an armed group carrying out an insurgency against the Government of Uganda and the Ugandan Army (...), that the LRA is organised in a military-type hierarchy and operates as an army".

[21] Vid. A. GIL GIL, "Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los Elementos de los crímenes", en K. AMBOS (coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos Post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 74.

[22] Téngase en cuenta, en todo caso, que en la Conferencia de Kampala no se formuló ninguna propuesta que afectase a los crímenes de lesa humanidad.

el objetivo de facilitar la integración de la Convención en un sistema general de justicia penal internacional[23].

[23] Vid. la Declaración sobre la necesidad de una Convención general sobre crímenes contra la Humanidad de 12.03.2010, promovida por el Whitney R. Harris World Law Institute, Washington University Law y L. NADYA SADAT (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, 2011.

Los crímenes de lesa humanidad: Su calificación en América Latina y algunos comentarios en el caso Colombiano

Alejandro Valencia Villa*

I. ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

La pertinencia de calificar algunas graves violaciones de derechos humanos como crímenes de lesa humanidad ha significado en el contexto latinoamericano un aporte fundamental en la lucha contra la impunidad. Dicha calificación ha permitido franquear barreras que durante muchos años impidieron la verdad, la justicia y la reparación en la región, como fueron la prescripción que favorecía la no investigación y juzgamiento de muchas conductas contrarias a los derechos fundamentales, las amnistías que favorecieron a connotados violadores de derechos humanos o la de imputar responsabilidades a superiores que impedían incluso juzgar a ex presidentes de la República, por mencionar solo algunos ejemplos. Hoy por hoy, gracias entre otras al concepto de crímenes de lesa humanidad, el panorama es otro en América Latina.

Sin embargo, para otorgar dicha calificación, se debe analizar si los hechos constituyen una comisión múltiple de casos, si fueron dirigidos contra la población civil, si fueron sistemáticos o generalizados y si fueron parte de una política de Estado o de una organización política. Con base en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, en particular de los tribunales penales de la antigua Yugoslavia[1] y de Ruanda[2], así como de la definición establecida por el

---

* Abogado colombiano, consultor en derechos humanos, Derecho Humanitario y justicia transicional.

1 El artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, señala que: "El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: a) Asesinato; b) Exterminación; c) Reducción a la servidumbre; d) Expulsión; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos".

2 El artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda establece que: "El Tribunal Internacional para Rwanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos

Estatuto de la Corte Penal Internacional[3], se puede señalar como elementos importantes a probar para que ciertas violaciones de derechos humanos sean consideradas crímenes de lesa humanidad, las siguientes:

1º La existencia de un ataque, que se demuestra tanto con la comisión múltiple de violaciones de derechos humanos como con la existencia de una política de Estado o de una organización política[4].

2º El ataque debe estar dirigido contra una población civil; se subraya que la población víctima debe ser predominantemente civil y la naturaleza de civil la determina la especial situación de la víctima al momento del crimen antes que su estatus.

3º El carácter generalizado o sistemático del ataque; lo sistemático significa que las violaciones de derechos humanos deben ser de conformidad con un plan o una política preconcebida, deben ser violaciones conscientemente organizadas y que siguen un patrón determinado, basándose en una política común que utiliza recursos públicos o privados; pueden ser acciones u omisiones que deben estar vinculadas entre sí, con una finalidad o meta puntual sea explícita o que se infiera por el análisis coyuntural de las

---

responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas: a) Homicidio intencional; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos".

[3] El artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional dice: "Se entiende por 'crimen de lesa humanidad' cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física".

[4] Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política (artículo 7.2.a del Estatuto de la CPI).

circunstancias históricas generales y el trasfondo político correspondiente, el contenido general del programa político, plasmado en los escritos y discursos de los autores, la propaganda mediática, el establecimiento e implementación de estructuras militares autónomas, las ofensivas militares coordinadas y repetidas, o la escala de los actos violentos perpetrados, en particular asesinatos, violaciones, torturas y detenciones arbitrarias. Lo generalizado implica que las violaciones de derechos humanos deben ser masivas, frecuentes, cometidas a gran escala, realizadas colectivamente con una considerable gravedad, es decir, dirigidas contra una multiplicidad de víctimas. La perpetración de actos debe estar dirigida o tiene como objetivo varias víctimas, aunque éste no sea necesariamente el resultado y dichas acciones tienen un efecto acumulativo que repercute en un número de personas mayor a las víctimas directas. Además, es lo uno o lo otro, el carácter disyuntivo entre lo generalizado o lo sistemático es fundamental, con que se demuestre cualquiera de estos dos elementos el requisito se satisface.

4º El acto se cometa con conocimiento de dicho ataque, implica que el autor represente el riesgo de que su conducta forme parte de un ataque de esas características; será suficiente demostrar que el autor representó la probabilidad de que ello ocurriera; además de la intención de cometer un crimen, el autor debe ser consciente del contexto en que cometió su acto, el cual puede ser deducido implícitamente de las circunstancias[5].

II. CALIFICACIÓN DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN AMÉRICA LATINA: ALGUNOS COMENTARIOS EN EL CASO COLOMBIANO

La investigación y judicialización de los llamados crímenes de sistema en países latinoamericanos que padecieron dictaduras militares, han encontrado en este concepto la posibilidad de hacer justicia ante sistemáticas y generalizadas violaciones de derechos humanos. Sobre todo, en países que no han tenido conflictos armados y donde las graves y masivas violaciones de derechos humanos fueron una política de Estado, la lesa humanidad es la calificación jurídica que

---

[5] Para un análisis de estos elementos véanse las dos primeras decisiones más emblemáticas de los tribunales penales internacionales: Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *Caso Tadic*, Decisión del 7 de mayo de 1997, primera instancia; y Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Caso Akayesu*, Decisión del 2 septiembre de 1998. Así como el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y los Elementos de los Crímenes correspondientes a este artículo.

precisamente hace más justicia a lo ocurrido. Decisiones judiciales sobre todo en los casos de Argentina[6] y Chile[7] e informes de las más recientes Comisiones de Verdad, como las de Paraguay[8] y Ecuador[9], han hecho del crimen de lesa humanidad la posibilidad precisamente de valorar de esa manera los múltiples ataques que la población civil de esos países sufrió de manera múltiple y con un patrón determinado.

Sin embargo, esta calificación también puede hacerse frente a graves hechos que se hayan perpetrado en contextos de conflictos armados. En este sentido, resulta muy relevante la sentencia del 7 de abril de 2009 de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, mediante la cual se condenó al ex presidente Alberto Fujimori, tras declararse su responsabilidad penal en los casos de Barrios Altos, la Cantuta y Sótanos del Servicio de Inteligencia del Ejército[10]. So pretexto de estar combatiendo a grupos guerrilleros, se encontró como responsable al ex presidente en virtud de la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder[11].

Los crímenes de lesa humanidad son diferentes a los crímenes de guerra. No existe una jerarquía normativa entre ambos crímenes, son ilícitos igualmente reprochables, y aunque una misma conducta delictiva pueda ser al mismo tiempo un crimen de lesa humanidad y un crimen de guerra, son nociones distintas. Los primeros pueden presentarse así no exista un conflicto armado, los segundos se deben dar en el contexto de un conflicto armado. Los primeros requieren el

---

6 Véase por ejemplo la sentencia del 14 de junio de 2005 de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, que dejó sin efectos las leyes 23.492 y 23.521 de obediencia debida y punto final, calificando como crímenes de lesa humanidad los hechos cometidos en el territorio argentino.

7 Así lo hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), en particular los párrafos 93 a 128.

8 Esta calificación se establece en las conclusiones del Informe Final de la Comisión de Verdad y Justicia del Paraguay, en el párrafo 90 para las detenciones arbitrarias y privaciones ilegales de la libertad, párrafo 104 para la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, párrafo 117 para las desapariciones forzadas de personas y ejecuciones extrajudiciales, violaciones que están contempladas en el Tomo II del Informe Final.

9 Véase el Tomo 2: Crímenes de lesa humanidad, Informe de la Comisión de la Verdad del Ecuador de 2010 "Sin verdad no hay justicia", en particular el apartado que aparece a partir de la página 323: violaciones de derechos humanos que constituyen crímenes de lesa humanidad.

10 Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala penal especial, expediente A.V. 19-2001 sentencia del 7 de abril de 2009. En particular la calificación de crímenes de lesa humanidad aparece en el numeral cuarto del capítulo I de la parte tercera, pp. 617 a 625.

11 Este tema aparece desarrollado en el capítulo II de la parte tercera de la sentencia, pp. 625 a 657.

elemento de sistematicidad o generalidad mientras los segundos no. Los primeros no tienen un desarrollo legal en Colombia pero los segundos sí mediante la consagración del Título II de la parte especial como "delitos contra personas o bienes protegidos por el derecho internacional humanitario". No existe hasta la fecha ningún tipo penal en Colombia que haga referencia a ataques contra la población civil de carácter generalizado o sistemático. Todavía no hay en nuestro país un sistema penal que agrupe de manera coherente todos los crímenes y delitos internacionales.

La particularidad de que pueda sostenerse que muchas conductas cometidas son a su vez crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, solo puede hacerse en este continente para el caso de Colombia, ya que es el único país de América que presenta un conflicto armado. Esta singularidad, que es sobre todo con los crímenes de guerra que son los que se dan en conflictos armados, podría permitir afirmar que los miembros de los grupos armados estatales como no estatales cometen sobre todo crímenes de guerra puesto que son los crímenes propios de un contexto armado como el que vive el país hace varias décadas y porque son de más fácil configuración que los de lesa humanidad. Para probar un crimen de guerra no se requiere demostrar ninguna sistematicidad o generalidad como si se exige en los casos de lesa humanidad. El estándar probatorio para determinar estos últimos es mucho más exigente que el primero. Por lo demás, los crímenes de guerra también son imprescriptibles, no son amnistiables y pueden imputarse a los superiores, para mencionar los ejemplos con los que inicié mi intervención.

En ese sentido llama la atención que en los dos últimos años, algunos operadores de justicia califican algunos hechos sobre todo como crímenes de lesa humanidad y no como crímenes de guerra, cuando el código penal colombiano no tipifica los primeros conforme a los elementos del Derecho Internacional y por el contrario, sí se cuenta con un grupo importante de artículos que tipifican los crímenes de guerra, como es el Título II de la parte especial sobre delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, ya mencionado. Sin embargo, la situación más preocupante es que se utilice el Estatuto de Roma como fundamento para realizar dicha calificación. Ante el vacío que ofrece el código penal colombiano de no contar con un tipo que obedezca a las características del crimen de lesa humanidad, eso no permite que un operador de justicia aplique el artículo 7º del Estatuto de la CPI que consagra los delitos de lesa humanidad a través de la invocación del artículo 93 constitucional que establece el bloque de constitucionalidad[12]. Las sanciones penales de los crímenes internacionales no son normas autoejecutivas (self-executing), es

[12] Por ejemplo como se sugiere en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 21 de septiembre de 2009, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez, p. 208; o en la

decir, que no pueden ser aplicadas de manera directa por operadores de justicia sin que el Derecho Interno las reglamente. "[N]o se puede usar el bloque de inconstitucionalidad para imputar delitos"[13] y en esa medida se debe impedir el uso descontextualizado de los estándares internacionales[14]. En nuestro país no se pueden imputar delitos con base en el Estatuto de Roma o de los Estatutos de los tribunales internacionales, solo se pueden imputar delitos con base en el código penal. Aunque el Estatuto de la CPI no obliga a los Estados a tipificar los crímenes que regula, sí establece el deber estatal de cooperar con la CPI, y será en virtud de este deber que los Estados tipifiquen dichos crímenes, más aún teniendo en cuenta el principio de complementariedad[15]. Obvio que nada impide que se resalte en el curso del proceso o que se desarrolle en el texto de la sentencia un análisis que indique que las conductas perpetradas a la luz del Derecho Internacional son crímenes de lesa humanidad pero siempre se debe imputar y sancionar con base en la legislación nacional[16].

Como si fuera poco, llama la atención, por no decir otra cosa, la calificación que viene haciendo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en varias de sus decisiones de calificar el concierto para delinquir agravado como crimen de lesa humanidad. Ni la mera pertenencia a un grupo al margen de la ley, ni la concertación para cometer crímenes de lesa humanidad como etapa previa a la tentativa, constituyen lesa humanidad en sí mismos. Compartimos el salvamento de voto de la Sentencia C-936 del 23 de noviembre de 2010 de la Corte Constitucional en la que se declara inexequible el principio de oportunidad al desmovilizado de un grupo armado al margen de la ley, cuando critica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y señala que la evolución de la categoría del crimen de lesa humanidad en el Derecho Penal Internacional no permite calificar el concierto para delinquir agravado como crimen de lesa humanidad[17].

---

sentencia del 8 de septiembre de 2010 de la sala penal del Tribunal Superior de Bogotá, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.

13 Centro Internacional de Toledo para la Paz, Observatorio internacional DDR - ley de justicia y paz, Segundo informe, noviembre 2009, Parte I, área de justicia, Fórmulas de imputación de conductas delictivas que constituyen crímenes internacionales en el ámbito de Justicia y Paz, p. 58.

14 Ibíd., pp. 55 y 77.

15 Véase Elizabeth SALMON, *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho interno de los Estados*, Palestra, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, p. 244.

16 Sobre lo señalado en este párrafo véase un documento elaborado por el autor para el Programa Colombia del Centro Internacional para la Justicia Transicional en marzo de este año: "La aplicación del derecho internacional humanitario dentro del marco de la Ley de Justicia y Paz", Mimeo, marzo de 2010.

17 Véase Corte Constitucional, comunicado No. 59 del 23 de noviembre de 2010.

Como su nombre lo indica, la calificación de "lesa humanidad" debe reservarse para conductas que verdaderamente sean contrarias a la dignidad humana. Como lo ha dicho el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en el caso *Erdemovic*, "...el crimen contra la humanidad es reconocido como un crimen muy grave que choca la conciencia colectiva... cubre actos muy graves de violencia que lesionan al ser humano en lo que le es más esencial: su vida, su libertad, su integridad física, su salud, su dignidad. Se trata de actos inhumanos que por su amplitud o gravedad sobrepasan los límites tolerables por la comunidad internacional que debe reclamar su sanción. Pero los crímenes contra la humanidad trascienden también al individuo porque, al atacar al hombre, se ataca, se niega la humanidad. Es la identidad de la víctima, la humanidad, la que marca su especificidad"[18] .Por esa razón, la concertación para cometer un crimen no alcanza pues este umbral exigido por el Derecho Internacional.

III. CONCLUSIÓN

Estos comentarios a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y las consideraciones sobre la naturaleza de los crímenes de guerra no deben entenderse como una oposición a calificar las graves violaciones de derechos humanos cuando lo ameriten como crímenes de lesa humanidad. Debemos destacar que la adecuada utilización de esta noción por jueces y Comisiones de Verdad ha contribuido de manera notable a combatir la impunidad, así como las importantes contribuciones de los tribunales penales internacionales que resucitaron la figura y la fortalecieron después de estar dormida durante décadas después de los juicios pioneros de Nuremberg y Tokio. Es de esperar que la Corte Penal Internacional continúe afianzando la jurisprudencia sobre los crímenes de sistema y entre ellos los de lesa humanidad ocupen un lugar destacado.

---

[18] Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en el caso *Erdemovic*, sentencia del 29 de noviembre de 1996, párr. 27 y 28.

El crimen contra la humanidad de desaparición forzada de personas en la Jurisprudencia Argentina: Algunos problemas en relación con el principio de legalidad penal[*]

Ezequiel Malarino[**]

I. INTRODUCCIÓN

En numerosas oportunidades los tribunales argentinos calificaron hechos de secuestro de opositores políticos y de sustracción y retención de menores realizados por agentes estatales durante la dictadura militar que ocupó el poder entre 1976 y 1983 como crímenes de lesa humanidad de desaparición forzada de personas, a pesar de que dicho delito no existía a la época de los hechos en el ordenamiento jurídico argentino[1]. En ningún caso, sin embargo, utilizaron el Derecho Internacional —consuetudinario o contractual— para el *encuadre típico* de los hechos, ni para la determinación de la *clase y escala de sanción*. Más bien, siempre efectuaron una articulación normativa entre las disposiciones del Derecho Penal local y aquellas del Derecho Internacional. Las normas del Derecho interno juegan en el nivel de la tipicidad y en el sancionatorio y las del Derecho Internacional sirven para convertir a esos hechos en crímenes internacionales y atribuirles las consecuencias especiales que dicho Derecho establece para esa categoría de crímenes (por ejemplo, imprescriptibilidad, etc.). La combinación entre Derecho interno y Derecho Internacional se da de tal manera que el segundo se aplica en aquellos aspectos en los cuales la utilización del primero conduciría a frenar la persecución. Esta *doble subsunción* de los hechos se integra entonces

---

[*] Versión ligeramente modificada del trabajo publicado en: Kai AMBOS (coordinador), *Desaparición Forzada de Personas: Análisis comparado internacional*, editorial Temis, Bogotá, 2009, pp. 3-37.

[**] Profesor de Derecho Procesal Penal de las Universidades Torcuato Di Tella y Belgrano (Argentina). Profesor de posgrado de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Profesor (visitante) de Derecho Penal Internacional de la Universidad de Trento, Italia.

[1] Este crimen fue incorporado en el Derecho interno argentino en los arts. 2 y 9 de la Ley 26.200 de 13 de diciembre de 2006 (publicada en el Boletín oficial el 9 de enero de 2007).

con una *subsunción primaria de tipificación y sanción* por las leyes locales y una *subsunción secundaria de cualificación* por las normas internacionales.

De este modo, la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad de desaparición forzada de personas tiene por consecuencia permitir la aplicación del *régimen jurídico especial* respecto al Derecho Penal normal que el Derecho Internacional atribuye a los crímenes internacionales. Este régimen especial, por otra parte, coincide en gran medida con el derecho excepcional para las graves violaciones de los derechos humanos establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos contra Perú*, jurisprudencia que muchos tribunales argentinos consideraron de aplicación obligatoria. Este *Derecho Penal diferenciado para los crímenes internacionales* aplicado por la jurisprudencia argentina tiene básicamente las siguientes características: imposibilidad de conceder amnistía o indulto, imprescriptibilidad, no vigencia —o vigencia débil— del principio de legalidad, inaplicabilidad del *ne bis in idem*, etc. La misma Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) confirmó este derecho de excepción en las sentencias *Arancibia Clavel* de 24 de agosto de 2004, *Simón* de 14 de junio de 2005 y *Mazzeo* de 13 de julio de 2007.

La jurisprudencia argentina recién descrita sucintamente presenta numerosos problemas. No me referiré aquí a aquellos relacionados con la aplicación pretendidamente obligatoria de la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso *Barrios Altos contra Perú*. Tampoco me concentraré en criticar a esta tendencia punitiva y autoritaria de la jurisprudencia argentina[2]. Sólo me ocuparé de los problemas que suscitan los diversos caminos de argumentación intentados por la jurisprudencia para eludir las objeciones al principio de legalidad, debido a que el Derecho interno a la época de los hechos no preveía el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas. Al final me referiré brevemente a la técnica de la doble subsunción de los hechos en normas locales e internacionales. Fuera de estas cuestiones, la jurisprudencia argentina relacionada con el crimen de desaparición forzada no presenta aspectos relevantes.

II. PROBLEMAS EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL SUSCITADOS EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Para eludir la objeción fundada en el principio de legalidad —previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional—, los tribunales utilizaron básicamente tres

---

[2] Para estas cuestiones cfr. mi trabajo, "La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón", en: *El Dial*, edición del 14 de septiembre de 2009.

caminos de argumentación: (1) Algunas veces, afirmaron que una costumbre internacional previa era suficiente para satisfacer el principio de legalidad —convirtiendo así a este principio en un mero *nullum crimen sine iure*— y que tal norma consuetudinaria previa sobre el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada existía a la época de los hechos[3]. (2) Otras, consideraron que la exigencia de legalidad quedaba satisfecha con la existencia al momento del hecho de uno o varios tipos penales del Derecho interno que contemplarían la esencia de lo prohibido por el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada. En algunos de estos casos, se consideró suficiente el tipo penal de secuestro de personas (art. 142bis CP)[4]. En otros casos, en cambio, el delito de desaparición forzada de personas fue construido aplicando conjuntamente diferentes tipos penales del ordenamiento jurídico interno, cada uno de los cuales describiría un tramo de la conducta prohibida por el crimen de desaparición forzada y en conjunto contemplarían a todos sus elementos constitutivos; así, el requisito de la privación de la libertad estaría contenido en los delitos de secuestro de personas (art. 142bis) y de sustracción y retención de un menor (art. 146 CP); la exigencia de que el autor de esa privación de libertad sea un agente estatal o una persona que actúe bajo la aquiescencia del Estado estaría satisfecha con la circunstancia agravante de la pena prevista para el funcionario público que comete un secuestro (art. 142bis CP)

---

[3] Por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso *Simón*, decisión de 14 de junio de 2005. Son innumerables las referencias a la utilización de la costumbre internacional en este caso. La siguiente transcripción corresponde al voto del juez Boggiano: "Que no obsta a las conclusiones precedentes la circunstancia de que la Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas no estuvieren vigentes al momento de sanción y promulgación de las leyes de punto final y obediencia debida. Ello por cuanto, en razón de la calificación provisional de los delitos corresponde considerar (...) que no se presenta en el caso una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario ahora también el convencional, codificador del consuetudinario".

[4] Cámara Federal, Sala II, caso *Simón,* decisión de 3 de abril de 2001. Allí se dice: "Es cierto que los tipos penales vigentes en nuestro país tal vez no captan en toda su dimensión la gravedad de los hechos dado que, en muchos casos, no valoran *especialmente* aquellas circunstancias que hacen que se consideren crímenes contra el derecho de gentes (por ejemplo, el hecho de cometerse a gran escala y de modo sistemático, desde posiciones oficiales, etc.) (...). Sin embargo, esta falta de una referencia específica en los tipos penales existentes a esas circunstancias que, según el derecho de gentes, elevan la gravedad de algunas conductas y las convierten en crímenes contra la humanidad, no obsta a que el núcleo de esas conductas sí esté abarcado por diversos tipos penales de nuestra legislación y, en consecuencia, sean aptos para juzgar los hechos y determinar la pena aplicable. (...). En síntesis, las conductas que conforman los *crímenes contra la humanidad* cometidas en el marco de la represión política sistemática (1976-1983) estaban prohibidas por la legislación penal argentina vigente en aquel momento".

y el requisito de la falta de información o negativa de reconocer dicha privación o informar sobre el paradero de la persona estaría contemplado en el delito de alteración y supresión de la identidad de un menor (art. 139 apartado 2 CP)[5]. (3) Finalmente, también se afirmó lisa y llanamente que el principio de legalidad no rige en caso de crímenes internacionales, permitiendo así una aplicación retroactiva del crimen en cuestión[6]. Aunque estos caminos de argumentación expresan posiciones bastante diferentes respecto al principio de legalidad, varias decisiones sostienen más de una de ellas. Aquí llamaré a la primera argumentación *tesis de la costumbre* (o de la legalidad débil), a la segunda, *tesis del derecho común* (o de la legalidad incompleta) y a la tercera, *tesis de la retroactividad* (o de la legalidad ausente).

1. Tesis de la costumbre

La *tesis de la costumbre* —defendida entre otros por la CSJN— sostiene, por un lado, que el principio de legalidad del art. 18 de la CN se satisface —al menos

---

[5] Cámara Federal de Buenos Aires, Sala I, caso *Videla*, decisión de 7 de julio de 2008, donde se expresa: "(...) al no existir en el derecho argentino un único artículo penal que castigue expresa y completamente el delito de *desaparición forzada de personas*, corresponde atender a las siguientes circunstancias. Sobre la base de la definición de *desaparición forzada de personas* que brindamos [aquella de la CIDFP], podemos señalar los siguientes elementos constitutivos del delito: *a*) privación de la libertad de una persona; *b*) cometida por agentes del Estado o por personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia; *c*) falta de información o negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. El artículo 141 del Código Penal, que sanciona al que *ilegalmente privare a otro de su libertad personal*, contempla el elemento *a*) del delito de *desaparición forzada de personas*. A su vez, el artículo 146 del Código Penal que castiga al que "*sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare*" también contempla el elemento *a* del delito internacional en cuestión, cuando el sujeto pasivo de la privación es un menor de diez años. Por su parte, los artículos 142 bis y siguientes del mismo cuerpo legal contemplan la conjunción de los elementos *a* y *b* (al agravar la pena en el caso de que los autores de la privación sean agentes estatales). En esta misma línea de pensamiento, el delito del artículo 139, inciso 2° del Código Penal también contempla un elemento del delito de *desaparición forzada de personas*. El artículo mencionado sanciona al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare. Por ende, la conducta subsumida en esta figura —cuando tiende a evitar que se conozca la privación de la libertad llevaba a cabo anteriormente— es compatible con el elemento *c*."

[6] Cfr., entre otras, Cámara Federal, Sala I, caso *Acosta*, decisión del 9 de septiembre de 1999 (Allí se dice: "No existen obstáculos (...) derivados del principio de legalidad, que (...) es de nula trascendencia en el derecho internacional para los crímenes de la índole que se atribuyen en autos. Ello, toda vez que el derecho internacional general no prohíbe la promulgación de normas jurídicas con fuerza retroactiva, lo que adquiere trascendencia particularmente frente a la creación de nuevos delitos internacionales").

en caso de crímenes internacionales— con una norma consuetudinaria previa al hecho y, por el otro, que el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas existía como Derecho consuetudinario internacional antes de la comisión de los hechos. Ni la afirmación general —la primera—, ni la afirmación concreta —la segunda— son correctas.

(a) Un principio de legalidad tan débil, concebido como mero *nullum crimen sine iure*, no satisface las exigencias del art. 18 CN. Esta disposición constitucional requiere una "ley anterior al hecho" y esa ley sólo puede ser aquella dictada por el Congreso de la Nación, que en el ordenamiento jurídico argentino es el único órgano autorizado a dictar leyes penales (art. 75 inciso 22 CN). De este modo, la misma Constitución argentina exige una ley formal del Parlamento para satisfacer el principio de legalidad. Esta decisión del constituyente tiene un fundamento en el principio de división de poderes. Dado que el legislador representa la soberanía popular, el proceso de discusión y aprobación de las leyes en el Parlamento otorga a la norma legitimidad democrática. Si bien la aplicación de una norma consuetudinaria que efectivamente es sentida y practicada por la comunidad como norma vinculante de Derecho podría en parte atenuar esta objeción, pues en ese caso podría argumentarse que es el pueblo quien, en cierto modo, *legisla directamente*, esto no ocurre cuando, como en el caso, se trata de una costumbre internacional, a cuya formación participan Estados y no individuos. Si es que existe algo parecido a un componente democrático en las normas creadas por prácticas de Estados —ya el nombre "democracia" como "gobierno del pueblo" no parece adecuado para describirlo—, es seguro que ello, sea lo que fuere, tiene un cariz muy diverso al de la norma consuetudinaria interna y aún más al de una norma del poder legislativo[7]. La singularidad de la sanción penal fundamenta claramente la necesidad de legitimidad democrática de la norma penal y, por ello, la necesaria intervención del parlamento. La aplicación de la pena constituye una injerencia tan dura en los derechos del ciudadano que la determinación de sus presupuestos de aplicación sólo puede ser efectuada por la instancia que más directamente representa al pueblo como titular del poder del Estado[8]. El reemplazo de una *ley formal del Parlamento* por una *norma consuetudinaria identificada judicialmente* afecta el principio de división de poderes que es uno de los valores fundamentales que protege el principio de legalidad del art. 18 CN. El art. 18 CN exige un principio de legalidad fuerte y no uno débil como propone la aquí llamada *tesis de la costumbre*.

---

[7] A diferencia de los tratados internacionales, la costumbre internacional tampoco gana legitimidad democrática mediante su aprobación como ley por el Congreso Nacional.

[8] Claus ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, Beck, München, 2006, § 5, nm. 20.

(b) En algunas decisiones se afirmó, sin embargo, que los crímenes internacionales se rigen por reglas propias de Derecho Internacional y no están vinculados a las restricciones del Derecho Constitucional argentino. Una clara afirmación en este sentido puede leerse en la sentencia *Simón* de la CSJN: "*El castigo a ese tipo de crímenes* [crímenes internacionales; la sentencia se refiere específicamente al crimen de desaparición forzada] *proviene*, pues, *directamente de estos principios surgidos del orden imperativo internacional* y se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos *que no se ve restringido por alguna de las limitaciones de la Constitución Nacional* para el castigo del resto de los delitos"; entre otras cosas, esto vale —continúa la CSJN— para los aspectos relacionados con la "tipicidad"[9]. Este argumento no sólo predica que deben aplicarse directamente los tipos penales del Derecho Internacional general, sino también que en relación con esos crímenes no rige —entre otras cosas— el principio de legalidad fuerte del art. 18 CN; a lo sumo regiría un principio de legalidad *débil* de Derecho Penal Internacional. El recurso exclusivo a las reglas y principios del Derecho Penal Internacional cuando se juzgan en el país *delicta iuris gentium* sería incluso, según esa posición, una exigencia del art. 118 CN[10] que incorporaría con rango constitucional todo el Derecho de gentes en materia penal.

En lo siguiente analizaré, por un lado, si del art. 118 CN es posible derivar que el Derecho Penal Internacional tiene jerarquía constitucional en el ámbito interno y, por el otro, si los tribunales nacionales al juzgar crímenes internacionales deben aplicar exclusivamente normas del Derecho Penal Internacional, dejando de lado principios básicos del ordenamiento interno. A mi juicio, ambas cuestiones deben responderse negativamente.

La ubicación sistemática y especialmente el contenido de regulación del art. 118 CN no permiten sostener plausiblemente que dicha disposición reconozca rango constitucional al Derecho de gentes en materia penal. Esta disposición, ubicada en la parte referida a las atribuciones del poder judicial, por un lado, establece el juicio por jurados como forma constitucionalmente válida de realización de los procesos criminales y, por el otro, regula los principios con base en los cuales se determina el lugar de juzgamiento de los casos penales. Si el hecho es

---

9 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso *Simón*, decisión de 14 de junio de 2005, voto del juez Maqueda, considerando 49 (sin bastardilla en el original).

10 El art. 118 CN dispone: "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio".

cometido dentro del territorio nacional, el juicio "se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el *delito*" (principio del *forum commissi delicti*). Pero si el delito "se comet[e] fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio". Sólo de manera fugaz y sólo en la medida en que establece una limitación al principio del *forum commissi delicti* el artículo se refiere a los delitos contra el Derecho de gentes, consagrando, por otra parte, a su respecto, el principio de jurisdicción universal. Ninguna parte de la disposición establece que los delitos contra el Derecho de gentes tengan rango constitucional —y menos aún que lo tenga todo el Derecho Penal Internacional—. Si la mera mención que hace esa disposición a los delitos contra el Derecho de gentes bastara para conceder rango constitucional al Derecho Penal Internacional, entonces la alusión a los "delitos" que hace esa misma disposición cuando regula el principio del *forum commissi delicti* para los hechos cometidos *dentro* del territorio nacional también debería bastar —si se sigue el mismo criterio— para conceder tal jerarquía al Derecho Penal común; una interpretación simplemente absurda. En ambos casos, la referencia a *delitos* cometidos dentro o fuera del país tiene por única finalidad establecer el principio que regirá el lugar de celebración del juicio. El art. 118 CN menciona a los delitos contra el Derecho de gentes cuando se refiere a los delitos cometidos fuera del territorio nacional, pues sólo respecto de esos delitos se aplica el principio de jurisdicción universal. Por estas razones, la referencia a los delitos contra el Derecho de gentes en el art. 118 CN no dice nada sobre el *rango* del Derecho Penal Internacional. De esa disposición lo único que puede derivarse es que *ese Derecho* es aplicable por los jueces de la nación.

Pero aun cuando se reconociera rango constitucional al Derecho Penal Internacional a través del art. 118 CN, ello no autorizaría a desaplicar el principio de legalidad penal previsto en el art. 18 CN. En ninguna parte del art. 118 CN se establece que los tribunales nacionales cuando juzguen hechos calificables como crímenes internacionales deban utilizar exclusivamente las normas del Derecho Internacional o puedan dejar de lado principios básicos del ordenamiento interno[11]. En todo caso, las normas y principios del Derecho Penal Internacional deberían compatibilizarse con los principios, derechos y garantías que ya existen en la Constitución. Si una norma de Derecho interno otorga mayor protección que una internacional —como es el caso de un principio de legalidad fuerte frente a uno débil—, entonces esa norma debe ser aplicada. De este modo, la aplicación del Derecho Internacional debería encontrar un límite allí donde afecte dere-

---

[11] Tampoco el art. 18 CN excluye de su ámbito de aplicación a los crímenes internacionales. Esta disposición simplemente establece que "*[n]ingún habitante de la Nación* puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso..." (sin bastardilla en el original).

chos fundamentales reconocidos a los individuos por el ordenamiento interno. Tanto el Derecho internacional como el interamericano avalan la conclusión de que una norma de Derecho Internacional no puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce o ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocido en el ordenamiento interno[12].

(c) Por otra parte, en el momento de los hechos a los que se refieren las decisiones que sostienen la *tesis de la costumbre* (básicamente entre 1976 y 1978) no existía la claridad necesaria sobre la definición del crimen contra la humanidad de desaparición forzada de personas como para poder afirmar que ya había una costumbre internacional. No la había ni en cuanto a la conducta específica (desaparición forzada de personas), ni tampoco en cuando al crimen marco (crimen de lesa humanidad).

Esto es muy claro respecto al crimen de desaparición forzada de personas. La primera referencia de relieve en un documento internacional al problema de la desaparición forzada de personas es de 1978 (Resolución 33/173 de la Asamblea General de la ONU de 20 de diciembre de 1978), pero sólo muchos años más tarde comenzó a existir algo de consenso sobre este crimen. A ello contribuyó mucho la jurisprudencia y el Derecho interamericano, primero, con la decisión de la Corte Interamericana en el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* de 29 de julio de 1988 y, luego, y principalmente, con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 9 de junio de 1994[13].

Tampoco existía claridad respecto al concepto del crimen de lesa humanidad. El llamado elemento de contexto —cuyo acaecimiento convierte un crimen del Derecho Penal común en un crimen contra la humanidad y justifica, según el Derecho Internacional, el tratamiento diferencial— ha cambiado en casi todas las oportunidades en que la comunidad internacional lo ha definido[14].

---

[12] Cfr. el art. 5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el art. 29 de la Convención americana de derechos humanos.

[13] Este crimen también está definido en instrumentos internacionales posteriores; por ejemplo, en el art. 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (1996), en el art. 7 del Estatuto para la Corte Penal Internacional (ECPI, 1998) y en el art. 2 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas (CIPPDF, 2006). Un detalle de las primeras referencias a este crimen en el ámbito internacional e interamericano, desde la Resolución 33/173 ya mencionada hasta 1988, ofrece la citada sentencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras,* sentencia de fondo de 29 de julio de 1988, parágrafos 150 y siguientes.

[14] Cfr. los diferentes conceptos del crimen contra la humanidad en los siguientes tratados o documentos internacionales: art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de

Basta echar una mirada a las diferentes formulaciones de este elemento para darse cuenta de que lo único cierto es que no hay certeza sobre cuáles son sus elementos constitutivos. Con razón ha sido afirmado que de todas las formulaciones sobre el elemento de contexto del crimen contra la humanidad existentes a nivel internacional "el único denominador común es el hecho de que alguna clase de contexto ha sido requerido"[15]. A lo sumo, se podría conceder que *algo*

Núremberg (ETMIN) del 8 de agosto de 1945; art. II.1 (c) de la Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado del 20 de diciembre 1945; art. 5 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente de 1946 (ETMILO); resolución nº 3 (I) de la Asamblea General de la ONU del 13 de febrero de 1946; resolución nº 95 (I) de la Asamblea General de la ONU del 11 de diciembre de 1946; Principio Vl de los Principios de Núremberg formulados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU a pedido de la Asamblea General en 1946; Resolución nº 488 (V) de la Asamblea General de la ONU de 12 de diciembre de 1950, que aprueba los "Principios de Núremberg" elaborados por la CDI; art. 2 del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad elaborado por la CDI de la ONU de 1954; art. 1 de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de lesa humanidad del 26 de noviembre de 1968; art. I de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid del 30 de noviembre de 1973; art. 21 del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad elaborado por la CDI de la ONU de 1991; art. 5 del Estatuto del TPIY aprobado por la Resolución 827 del Consejo de Seguridad de la ONU de 25 de mayo de 1993; párrafo sexto del preámbulo de la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas de 9 de junio de 1994 (CIDFP); art. 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda aprobado por la Resolución 955 del Consejo de Seguridad de la ONU de 8 de noviembre de 1994; art. 20 del Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional elaborado por la CDI de la ONU de 1994; art. 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad elaborado por la CDI de la ONU de 1996; art. 7 del ECPI de 17 de julio de 1998; art. 5 de la Regulación 15/2000 de la Administración de Transición de la Naciones Unidas en Timor Oriental (UNTAET) del 15 de junio de 2000; art. 2 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona (ECESL) establecida por un Acuerdo entre el Consejo de Seguridad de la ONU y el Gobierno de Sierra Leona el 4 de octubre de 2000; art. 9 del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al juzgamiento según el Derecho de Camboya de crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática aprobado por la Asamblea General de la ONU con Resolución 57/228 B de 22 de mayo de 2003; y el preámbulo y el art. 5 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas (CIPPDF) de 20 de diciembre de 2006.

15 Kai AMBOS/ Steffen WIRTH, "The current law of crimes against humanity. An analysis of UNTAET Regulation 15/2000", *Criminal Law Forum* 13 (2002), p. 12; David LUBAN, "A theory of crimes against humanity", *Yale Journal of International Law* 29 (2004) 85, especialmente p. 161, donde, luego de mencionar que todos los instrumentos internacionales definen de manera diferente al crimen contra la humanidad, expresa: "The concept is still in the childhood of its legal development" ("el concepto está aún en la infancia de su desarrollo jurídico").

de certeza —y no más que eso— comienza a haber a partir de la aprobación del ECPI[16], pero, de todos modos, en cuanto a los hechos juzgados en las sentencias aquí comentadas esta formulación no puede ser utilizada sin que se haga una aplicación retroactiva de la ley. En resumidas cuentas, *se sabe que se requiere algo que vincule o cohesione a las conductas individuales —contexto—, pero no se sabe bien qué es lo que se requiere —qué tipo de contexto—*. Si esto es así, difícilmente puede hablarse de costumbre internacional. En estas condiciones, sólo quien quiera asignarle al juez tareas propias de legislador y acepte un rol preponderante de este funcionario en la *creación* del Derecho puede estar de acuerdo con que en el caso concreto el juez debe ocuparse de construir un tipo penal a partir de un cuadro normativo compuesto con variadas disposiciones en parte contradictorias y no siempre claras. A mi modo de ver, es un precio muy alto para la seguridad jurídica. El recurso a la costumbre internacional debería estar reservado para casos excepcionalísimos en donde ninguna duda exista acerca de la norma —con todos sus elementos— que se pretenda aplicar. La norma consuetudinaria debe ser algo evidente, algo, por decirlo de modo coloquial, que salte a la vista. Si un juez debe hacer trabajosas elucubraciones para saber cuál es la costumbre, entonces eso más bien indica que esa pretendida costumbre no existe. En otras palabras: una "norma" no escrita sólo puede ser *Derecho* cuando es absolutamente cierta[17]. *No hay lugar para tipos vagos o abiertos de Derecho consuetudinario, pues esa afirmación niega los presupuestos de existencia de la norma consuetudinaria.* Éste es un argumento fundamental en contra del recurso al Derecho consuetudinario para fundar el crimen contra la humanidad.

En el Derecho Penal Internacional, por otra parte, tampoco hay certeza acerca de las sanciones que deben ser aplicadas a los autores del crimen contra la humanidad de desaparición forzada de personas. Ni los textos generales sobre crímenes internacionales, ni aquellos específicos sobre la desaparición forzada brindan criterios precisos, así como tampoco lo hace la jurisprudencia de Derecho Penal Internacional[18]. Por ello, tampoco se cumple con el principio de legalidad de las penas.

---

[16] Aunque a nivel internacional siguen existiendo algunos puntos no claros, como lo demuestra la definición de este crimen en la sección 5 de la Regulación 15/2000 de la UNTAET que difiere en varios aspectos del ECPI.

[17] La escritura de la norma jurídica es el mejor medio —aunque no siempre uno bueno— para lograr la certeza del Derecho y por ello el requisito de la ley escrita ayuda a que la ley sea cierta. De ahí, el clásico rechazo a la costumbre como fuente de Derecho Penal.

[18] Las principales experiencias existentes con anterioridad a la época de los hechos juzgados en las sentencias comentadas autorizaron la pena de muerte, con lo cual también la pretendida superioridad axiológica del Derecho Penal Internacional puede ser puesta en duda. Esta pena fue aplicada, por ejemplo, por el TMI de Núremberg (art. 27 ETMIN), de Tokio (art. 17 ETMILO) y en varios procesos seguidos contra miembros del partido

(d) Pero las sentencias aquí analizadas no han siquiera intentado verificar tal costumbre, limitándose a hacer afirmaciones dogmáticas sobre su existencia. Son poquísimas las indicaciones en estas sentencias a los elementos constitutivos del crimen contra la humanidad de desaparición forzada de personas. La existencia de una costumbre internacional se tiene por verificada sin más con la referencia a la *gravedad de los hechos* o, en el mejor de los casos, con la mención de *alguno* de los elementos requeridos por *alguna* de las diferentes tipificaciones internacionales del crimen contra la humanidad o por definiciones del crimen de desaparición forzada en muchos años posteriores a los hechos. La verificación de la costumbre *previa* es, sin embargo, un requisito insoslayable para la aplicación de la norma consuetudinaria, pues *el juez no crea Derecho, sino que sólo reconoce Derecho preexistente*. El juez cuando aplica Derecho no escrito está obligado a demostrar exhaustivamente que la norma que invoca existe y por ello *la afirmación de que existe costumbre no puede reemplazar a su prueba*. Al no analizar con detalle *cuál* era el tipo de crimen contra la humanidad de desaparición forzada avalado por la costumbre internacional al momento del hecho, las sentencias en comentario utilizan a este concepto en un sentido no técnico como un sinónimo de hecho grave; esto es, como una *muletilla* que, con el solo hecho de ser invocada, produce el efecto mágico de derogar varios derechos fundamentales.

2. Tesis del derecho común

La segunda argumentación utilizada en la jurisprudencia para evitar la objeción de la ausencia del crimen de lesa humanidad de desaparición forzada a la época de los hechos consiste, como hemos visto, en que el principio de legalidad queda ya satisfecho con la existencia en el momento del hecho en el Derecho interno de un tipo penal o de varios tipos penales que cubrirían la esencia de la prohibición del crimen internacional en cuestión (aquí llamada *tesis del derecho común*). Como hemos visto, en el esquema de la doble subsunción utilizado en

---

nacionalsocialista en la Alemania ocupada de post-guerra con base en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado (art. II.3.a); también fue aplicada en procesos nacionales fuera de Alemania, como, por ejemplo, el proceso contra *Eichmann* ante la Corte de Distrito de Jerusalén. Los Estatutos de los Tribunales para la ex Yugoslavia (art. 24) y para Ruanda (art. 23), en cambio, sólo autorizan a imponer la pena de prisión, aunque no determinan expresamente su duración. El ECPI autoriza la prisión a perpetuidad sólo en casos especialmente graves y para los casos "normales" prevé una pena de privación de la libertad limitada, aunque el marco penal sigue siendo demasiado amplio. Los documentos internacionales específicos sobre desaparición forzada de personas tampoco establecen cuál es la sanción a aplicar a este delito. La CIDFP (art. III) y la CIPPDF (art. 7.1) sólo exigen que el delito se castigue con penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad.

la jurisprudencia comentada, las leyes penales del Derecho interno sirven para seleccionar los requisitos del tipo y la clase y escala de la sanción y el Derecho Internacional interviene para cambiar el régimen penal normal por uno excepcional. La tesis comentada en este punto dice, además, que sólo la subsunción por las leyes locales (aquí llamada *subsunción primaria de tipificación y sanción*) debería respetar el principio de legalidad, no así, en cambio, la subsunción bajo el Derecho Internacional (aquí llamada *subsunción secundaria de cualificación*); en otras palabras, para esta tesis el principio de legalidad se satisface ya si las normas de la *subsunción primaria* son previas. Esta argumentación es incorrecta esencialmente porque sólo produce una legalidad incompleta.

(a) El principio de legalidad no queda completamente satisfecho con la existencia, previa al hecho, del delito de secuestro de persona o de los diferentes delitos que la jurisprudencia aplica conjuntamente para construir el delito de desaparición forzada. El delito de desaparición forzada de personas requiere básicamente —según su concepción actual— que se den los siguientes elementos: la privación ilegítima de la libertad de una persona (primer elemento), efectuada por agentes del Estado o por personas con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado (segundo elemento), seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona (tercer elemento). Además, para que este delito constituya un crimen contra la humanidad tiene que haber tenido lugar en un determinado contexto de comisión, sobre cuyas características concretas, como hemos visto, no hay total claridad (cuarto elemento). Ni el tipo de secuestro de personas, ni la combinación normativa (secuestro de personas; sustracción y retención de menor; alteración y supresión de la identidad de menor) utilizada por la jurisprudencia para construir el delito de desaparición forzada —dejando de lado por el momento ciertos problemas que plantea esta construcción— abarcan todos los requisitos del crimen contra la humanidad de desaparición forzada. En particular, ninguna de las descripciones del Derecho interno se refiere al elemento de contexto, que es el que *convierte* a los hechos en crímenes de lesa humanidad y le otorga a este crimen el desvalor especial que justifica, según el Derecho Internacional, el tratamiento diferencial más gravoso. Si no es posible afirmar que todos los requisitos del crimen contra la humanidad de desaparición forzada existían y estaban precisamente determinados con anterioridad al hecho, entonces las consecuencias especiales que entraña dicha calificación no pueden aplicarse. Por ello, aun cuando no se pusiera en discusión el modelo de la doble calificación —sobre esto me ocuparé más adelante— y se considerara que el crimen contra la humanidad cumple exclusivamente una función de *cualificación* de una conducta cuyos requisitos de *tipicidad* y *sanción* se guían por la legislación interna, el juez no estaría exento de comprobar que, en el momento del hecho, este crimen

—¡con especificación de todos sus requisitos!— efectivamente existía en el Derecho Internacional[19].

(b) Esta posición tiene, además, consecuencias en el plano probatorio, pues la verificación del delito de secuestro de personas o de los delitos que combinadamente construirían un delito de desaparición forzada es más sencilla que la del delito de desaparición forzada de personas en cuanto crimen contra la humanidad.

(c) La jurisprudencia que combina diferentes normas penales del Derecho interno para construir el crimen de desaparición forzada presenta, además, otros problemas. En primer lugar, es muy dudoso desde el punto de vista del principio de división de poderes que un tribunal judicial pueda crear un nuevo delito combinando delitos existentes. Segundo, es una ficción decir que el nuevo crimen construido estaba vigente al momento del hecho. El crimen construido (desaparición forzada) se guía, en cuanto a sus elementos constitutivos, en una definición que es posterior a los hechos (la definición de la CIDFP de 1994), por lo cual nunca se puede saber, antes de esa fecha, qué elementos de los tipos penales locales vigentes al momento del hecho habría que combinar. En el momento del hecho nadie podría saber que la combinación del elemento X del crimen α (alfa), el elemento Y del crimen β (beta) y el elemento Z del crimen π (Pi) sería llamado en el futuro ώ (omega) y autorizaría consecuencias jurídicas especiales que no autorizaban en su tiempo ni α (alfa), ni β (beta), ni π (Pi). Tercero, y último, también es dudoso que la combinación normativa de los delitos de secuestro de personas (art. 142bis CP), sustracción y retención de menor (art. 146 CP) y alteración y supresión de la identidad de menor (art. 139 apartado 2 CP) describan acabadamente los elementos del crimen de desaparición forzada, incluso aunque no se tome en cuenta el elemento de contexto y se deje de lado su consideración como crimen de lesa humanidad. No parece que el hecho de alterar o suprimir la identidad de un menor describa con precisión la conducta de "falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona" de la desaparición forzada.

3. Tesis de la retroactividad

El tercer camino de argumentación utilizado en la jurisprudencia para evitar la objeción de la ausencia del crimen de lesa humanidad de desaparición forzada a la época de los hechos consiste, como también hemos visto, en considerar

---

[19] En tal caso, el crimen contra la humanidad operaría de manera similar a un elemento agravante, el cual, para su aplicación, también requiere que el supuesto de hecho esté definido claramente y se cumpla en el caso concreto.

inaplicable el principio de legalidad al juzgar crímenes internacionales. Con esto, la jurisprudencia allana el camino para una aplicación retroactiva de la ley penal (*tesis de la retroactividad*). Esta solución, seguida ahora para los crímenes cometidos durante la última dictadura militar, había sido utilizada anteriormente en casos relacionados con la extradición de criminales nazis[20]. Este punto de vista fracasa por dos razones.

(a) Primero, no es cierto que en el Derecho Penal Internacional, según su evolución actual, no rija el principio de legalidad. Si bien el Derecho Penal Internacional fue por mucho tiempo un Derecho tan primitivo y autoritario que renegaba de este principio fundamental de un Derecho Penal de un Estado liberal, al menos desde la aprobación del ECPI esto ha cambiado. El más reciente Derecho Penal Internacional aplicado por la comunidad internacional tiende hacia un principio de legalidad más fuerte. La regulación expresa de este principio (arts. 22 a 24) y el establecimiento de un sistema de fuentes que relega a la costumbre internacional a fuente secundaria (art. 21) en el ECPI —adoptado con anterioridad a la jurisprudencia argentina que sostiene la tesis en comentario— son claros indicadores en este sentido. Por eso, en el momento en que la jurisprudencia consideró posible una aplicación retroactiva de la ley penal, el Derecho Penal Internacional ya no la autorizaba.

(b) Segundo, aun cuando fuera cierto que en el Derecho Penal Internacional no rige el principio de legalidad, ello no conduciría a desaplicar el principio de legalidad del art. 18 de la CN cuando tales crímenes son juzgados por tribunales argentinos. Al respecto, caben los mismos argumentos ya esbozados respecto a la tesis de la costumbre que pregona un principio de legalidad débil (apartado 1.b).

III. ADENDUM: DOBLE SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS EN NORMAS NACIONALES E INTERNACIONALES

En fin, tampoco el modelo de la doble subsunción en sí mismo está exento de dudas. Primero, por medio de la calificación de los hechos con base en dos normas penales diferentes la jurisprudencia construye, en definitiva, una *nueva figura penal,* lo que, como ya hemos visto, plantea dudas para el principio de división de poderes. Además, el recurso a una doble calificación es incomprensible dentro del esquema de argumentación de varias de estas decisiones, que conside-

---

[20] Para un análisis crítico ver mi trabajo, "Informe de Argentina", en: Kai AMBOS/ Ezequiel MALARINO (editores), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, KAS, Montevideo, 2003, especialmente pp. 51 y siguientes.

ran que existía una norma consuetudinaria que prohibía a la época de los hechos el crimen contra la humanidad de desaparición forzada y que esa norma tiene rango constitucional, pero luego no prescinden de la calificación de los hechos bajo los tipos penales del Derecho interno. Si esa costumbre existía realmente y su aplicación estaba ordenada por la CN, entonces no hay razón alguna para recurrir adicionalmente a un tipo penal de la legislación interna menos específico. En verdad, esta jurisprudencia no puede ser consecuente con su punto de vista, porque no existía al momento del hecho una norma consuetudinaria que definiera con precisión los elementos típicos y las sanciones del crimen contra la humanidad de desaparición forzada. Ella recurre a los tipos penales del Derecho interno precisamente para *sortear* estos problemas.

Problemas, y posibles soluciones, que presenta la aplicación por los Tribunales Mexicanos de la categoría de delitos de Lesa Humanidad

José A. Guevara[*]

I. INTRODUCCIÓN

México atraviesa una etapa muy difícil en su historia. Confluyen elementos que nunca antes se habían presentado. Por un lado tiene una sociedad civil muy exigente, preparada y vigilante; hay libertad de expresión plena o por lo menos no hay censura tradicional y las redes sociales en incremento; ha ratificado prácticamente todos los instrumentos internacionales de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario; cuenta con disposiciones constitucionales y legales que reconocen ampliamente los derechos de las personas. Por otro lado sus instituciones de procuración e impartición de justicia aplican figuras procesales propias del siglo XIX (por ejemplo el arraigo y procesos penales por delitos contra civiles en manos de militares); la clase política disfruta la impunidad jurídica y política y la guerra contra el narcotráfico del gobierno federal ha desatado una espiral de violencia que no tiene comparación.

El Senado de la República aprobó que México fuera parte del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional (en adelante el "Estatuto") el 21 de junio de 2005. El 28 de octubre de ese año se depositó el instrumento de ratificación. En el camino se reformó la Constitución para incluir una fracción —que debe ser suprimida cuanto antes— al artículo 21:

> "El ejecutivo federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional".

El Estatuto, como señala su preámbulo, afirma que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y recuerda que los Estados deben tomar medidas en el plano nacional

---

[*] Secretario de Vinculación con Sociedad Civil e Incidencia en Políticas Públicas, Comisión de Derechos Humanos de México D. F.; ex Vice-secretario de Gobernación para los Derechos Humanos, México.

para garantizar que los autores de los crímenes sean llevados a la acción de la justicia con miras a prevenir nuevos crímenes[1]. En el contexto actual México no cumple con el propósito y fin del tratado al no tener ni capacidad ni voluntad para juzgar los crímenes de lesa humanidad que actualmente se cometen y se han cometido tanto por agentes del Estado como por integrantes del llamado crimen organizado, los cuales pueden ser considerados como crímenes de lesa humanidad. Para sustentar lo anterior se deben tomar en cuenta los siguientes factores:

- La impunidad en general que impera en México asciende a más del 90%. No hay indicadores sobre cambios positivos en la tendencia al respecto.
- En lo particular, los crímenes vinculados a violaciones de derechos humanos no se investigan. No hay ningún caso que sea del conocimiento público de un agente estatal que haya sido juzgado y castigado ejemplarmente, derivado de recomendaciones o sentencias del sistema interamericano de derechos humanos, de recomendaciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos o de los llamados tribunales militares que actualmente conocen de delitos en los que las víctimas son civiles y los perpetradores soldados o marinos.
- Por lo que se refiere a los crímenes que se atribuyen al llamado crimen organizado, tampoco se investigan. En caso de que tuvieran voluntad de hacerlo no tendrían la capacidad por el elevado número de delitos que actualmente se cometen.
- No existe la capacidad técnica para investigar crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en el país[2].

II. LA IMPUNIDAD EN MÉXICO

En abril de 2007 el Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad señaló que en México se sentencia a 24 personas por cada 1.000 hechos delictivos conocidos por las autoridades. Considerando el número de delitos cometidos realmente en el país se sentencian 7 de cada 1.000 hechos delictivos, lo que equivale al 0.7%. Este porcentaje era de 2007, en el que todavía no se suman los crímenes cometidos en el contexto de la guerra del Ejecutivo Federal en contra del llamado crimen organizado.

---

1 *Véase:* Párrafo preambular 4 del Estatuto.

2 Por ejemplo, *véase* el fracaso de la experiencia de la llamada Fiscalía Especial para Movimientos Políticos y Sociales del Pasado (FEMOSSP).

El Gobierno Federal, a través de la página de Gobernación, tiene una sección con la Información sobre el Fenómeno Delictivo en México —de agosto de 2010—[3], que tiene "como objetivo informar sobre el estado actual de la lucha por la seguridad, así como de las causas de la violencia en algunas regiones del país".

Dicho documento parte de una premisa para justificar la política del presidente de la República:

> "• La debilidad de las instituciones de seguridad y justicia.
>
> • Al iniciar la actual administración Federal prevalecían serias deficiencias en el marco jurídico e institucional del país:
>
> – La existencia de muchos cuerpos policiales mal pagados y equipados, sin esquemas de coordinación entre sí. Además, muchas de estas corporaciones estaban amenazadas o compradas por los delincuentes.
>
> – Ministerios públicos y juzgados insuficientes, poco profesionalizados e ineficaces.
>
> – Leyes obsoletas"[4].

Datos oficiales sobre crimen organizado:

Conforme a la numeraria ofrecida por el Gobierno Federal, del 1 de diciembre de 2006 hasta el 31 de julio de 2010, en todo el país se han registrado 28 mil 353 homicidios vinculados con el crimen organizado. Se habla que en 2011 al mes de marzo el número asciende a las 35.000 personas fallecidas. Para este mismo periodo (2006-2010):

- El 80 por ciento de los homicidios atribuibles por el gobierno al crimen organizado (22 mil 701 homicidios) según el ejecutivo federal han ocurrido en 162 municipios de los 2 mil 456 municipios de todo el país.
- La gran mayoría de estos homicidios, para el gobierno federal, son atribuibles a la lucha entre organizaciones criminales.

Para explicar los homicidios entre organizaciones, el Ejecutivo Federal a través de una metodología cuestionable en términos del derecho a la verdad, conformó una *Base de datos de homicidios presuntamente relacionados con la delincuencia organizada*. En este instrumento señala que un evento de muerte violenta (ejecución) contiene por lo menos dos de los siguientes patrones de comportamiento:

- La víctima presenta impactos de arma de fuego larga y/o corta de grueso calibre. Es importante destacar que el uso de dicho tipo de armamento no es exclusivo del crimen organizado, también las autoridades policíacas y las fuerzas armadas hacen uso de las mismas.

---

[3] *Véase*: http://www.gobernacion.gob.mx/es/SEGOB/home.

[4] *Véase:* apartado II sobre antecedentes del documento Información sobre el Fenómeno Delictivo en México de agosto de 2010.

- La víctima presenta huellas de tortura y lesiones severas. También se debe aclarar que no se trata de una práctica exclusiva del crimen organizado, sino que por el contrario también las autoridades en México son señaladas de cometer este tipo de abusos.
- La víctima fue ultimada en el lugar del hallazgo o en lugar diferente al que fue encontrada o bien localizado al interior de un vehículo. El lugar donde se ubica la víctima no establece una relación directa entre el crimen organizado y el delito.
- Empleo de materiales característicos del *modus operandi* de la delincuencia organizada como mordaza, cobijas, cinta adhesiva, etc. Este indicador no ofrece certeza sobre la relación entre el uso de materiales determinados y que el delito sea cometido por el crimen organizado.

El documento aludido continúa. Señala que las circunstancias de los hechos para determinar que un asesinato se liga al crimen organizado son:

- Presunta relación de la víctima con grupos de la delincuencia organizada;
- La víctima fue previamente privada de la libertad (levantón);
- Se efectuó el crimen en emboscada o persecución;
- Se localizaron mensajes de la delincuencia organizada;
- En casos extraordinarios se considerarán aquellos homicidios registrados dentro de centros penitenciarios, en los que participen actores vinculados a la delincuencia organizada.

Ninguno de los supuestos anteriores ofrece certeza ni a la ciudadanía, ni a los familiares de las víctimas sobre el origen o motivos de la muerte de una persona. El Poder Judicial debe determinarlo conforme a las obligaciones internacionales del Estado Mexicano, para hacer creíble la información.

Desde que se inició esta guerra, la Revista Contralínea reporta que 1.226 niños han sido asesinados en fuego cruzado o asesinatos directos[5].

Datos oficiales de la Secretaría de la Defensa Nacional señalan que en la actual administración hasta el 25 de marzo de 2011 se han presentado a la Comisión Nacional de Derechos Humanos 4.772 quejas en contra de dicha Secretaría[6]. Es

---

5 Isabel ARGUELLO, "1 mil 226 niños, asesinados en la "guerra" de Calderón", en *Contralínea. Periodismo de Investigación*, número 224, 20 de marzo de 2011. Para consultar véase: http://contralinea.info/archivo-revista/index.php/2011/03/22/1-mil-226-ninos-asesinados-en-la-guerra-de-calderon/?home.

6 Para conocer esta información *véase* página de la Secretaría de la Defensa Nacional: http://www.sedena.gob.mx/index.php/derechos-humanos/quejas-y-recomendaciones.

importante señalar que dichos datos no especifican sobre qué tipo de hechos. Asimismo, informa que se han dictado 74 recomendaciones, de las cuales 60 son resultado de operaciones contra la delincuencia organizada. La SEDENA informa que la investigación de dichas violaciones a los derechos humanos vinculadas a la guerra contra el crimen del Presidente Calderón solo está ligada a las recomendaciones, no hay otras.

Ello demuestra una dudosa eficacia del control de los superiores sobre sus subordinados, y en particular evidencia una falta de sanción y de informar cuanto antes a las autoridades competentes de los abusos cometidos por sus subordinados. Esto sin duda los hace en principio responsables de los crímenes de sus subordinados conforme al artículo 28 del Estatuto.

A continuación se presenta la numeralia de dicha institución:

- En 38 recomendaciones, la averiguación previa se encuentra en integración.
- En 11 recomendaciones se tienen causas penales.
- En 14 recomendaciones se envió al archivo, pues no se ha encontrado responsabilidad alguna.
- En 4 recomendaciones no se inició averiguación previa porque se inició un procedimiento administrativo.
- En 6 recomendaciones se concluyó la averiguación previa no acreditándose la conducta ilícita.
- En 1 recomendación no se inició averiguación previa por no haber participado en los hechos personal militar.

De lo anterior se desprende que hay algunas investigaciones abiertas en la Procuraduría de Justicia Militar y casos en Tribunales Militares pero ni una sola sentencia. Tampoco ningún superior militar, ni civil, ha sido encontrado como responsable por la figura de responsabilidad del superior. Por el contrario, el Presidente de la República que tiene conocimiento de estos delitos contra la humanidad o de guerra, no toma medidas para detener la perpetración ni mucho menos poner ante la justicia a los responsables.

Por otro lado, la CNDH también ha documentado cerca de 11.000 casos exclusivamente de personas migrantes presuntamente cometidos por redes de crimen organizado, sólo en el año 2010[7]. A esto se deben sumar los cientos de desaparecidos (levantados) que reportan organizaciones de la sociedad civil, por ejemplo

---

[7] Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Informe especial sobre secuestro de migrantes en México,* febrero 2011. Para consultarlo *véase*: http://www.cndh.org.mx/#.

en el Estado de Coahuila, los cuales permanecen en absoluta impunidad. En el contexto de la visita reciente del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, las organizaciones de la sociedad civil y dicha Comisión Nacional han reportado un incremento en casos de desaparición de personas en los últimos 3 años[8].

III. LA RESPONSABILIDAD POR LOS ABUSOS

Pautas para la reflexión sobre si en México, por la gravedad de los delitos y el número de casos, estamos frente a crímenes internacionales.

Los crímenes más graves de trascendencia para la humanidad son los que define el Estatuto como agresión, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Los crímenes más graves también son —para efectos de la Corte Penal Internacional— aquellos que son cometidos por personas que importan un mayor nivel de responsabilidad, es decir, aquellos que cuentan con el mayor nivel jerárquico en la estructura de los Estados o de las organizaciones. Para esto veremos la figura de la responsabilidad de los superiores militares y civiles.

Los crímenes de lesa humanidad[9] son actos como, por ejemplo, asesinato[10], encarcelación u otra privación grave de libertad física en violación de normas fundamentales de Derecho Internacional[11], tortura[12], desaparición forzada de personas[13], entre otros. Estos crímenes pueden ser cometidos en tiempos de paz o de guerra.

Es importante destacar que los actos mencionados para ser considerados crímenes de lesa humanidad deben ser cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

El Estatuto no define población civil, sin embargo, las víctimas civiles pueden ser identificadas por nacionalidad, etnicidad o por cualquier otra característica y

---

8 Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, *Observaciones preliminares de su visita a México*, 31 de marzo de 2011. Para consultar *véase* página de la Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos: http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=13&Itemid=13.

9 Artículo 7 del Estatuto.

10 Artículo 7 fracción 1.a) del Estatuto.

11 Artículo 7 fracción 1.e) del Estatuto.

12 Artículo 7 fracción 1.f) del Estatuto.

13 Artículo 7 fracción 1.i) del Estatuto.

que sean el objeto principal del ataque y no víctimas incidentales[14]. Para la Corte, civiles o población civil comprehende a todas las personas civiles que no son integrantes de las fuerzas armadas o de otros combatientes[15].

El Estatuto señala que por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos como los mencionados anteriormente (asesinato, encarcelación u otra privación grave de libertad física, tortura, desaparición forzada de personas) de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política. Ello implica una multiplicidad de actos que se cometen, lo cual para la Corte implica algo más que algunos incidentes aislados.

Dicha política de Estado o de una organización implica que el ataque siga un patrón. Dicha política puede ser cometida por un grupo de personas que gobiernan un territorio o una organización que tenga capacidad para cometer ataques masivos o sistemáticos en contra de la población civil. Un ataque planeado, dirigido u organizado, en contraste con actos aislados o espontáneos, puede satisfacer este criterio[16].

Por masividad la Corte entiende un ataque a gran escala que debe ser masivo, frecuente y llevado a cabo colectivamente y en contra de una multiplicidad de

---

[14] Al respecto la Corte Penal Internacional ha dicho: "76. As specified in the chapeau of article 7 of the Statute, the underlying offences defined in article 7 (1) of the Statute must be directed against "any civilian population" to constitute crimes against humanity. Although not defined in the Statute, this requirement is not novel. The Chamber concurs with Pre-Trial Chamber I which has stated that the potential civilian victims under article 7 of the Statute could be of any nationality, ethnicity or other distinguishing features Furthermore, this requirement means that the civilian population must be the primary object of the attack and not just an incidental victim of the attack", *The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009.

[15] Ibíd. "78. The Chamber observes that the term "civilians" or "civilian population" is not defined in the Statute. However, according to the well-established principle of international humanitarian law, "[t]he civilian population (...) comprises all persons who are civilians as opposed to members of armed forces and other legitimate combatants", ICC-01/05-01/08.

[16] Ibíd. "81. The legal requisite of "multiple commission of acts" means that more than a few isolated incidents or acts as referred to in article 7 (1) of the Statute have occurred. The requirement of "a State or organizational policy" implies that the attack follows a regular pattern. Such a policy may be made by groups of persons who govern a specific territory or by any organization with the capability to commit a widespread or systematic attack against a civilian population. The policy need not be formalized. Indeed, an attack which is planned, directed or organized - as opposed to spontaneous or isolated acts of violence - will satisfy this criterion", ICC-01/05-01/08.

víctimas. Significa que el ataque debe ser dirigido sobre un área geográfica extensa o en un área geográfica pequeña en contra de un gran número de personas civiles[17].

El responsable debe estar consciente que el ataque generalizado dirigido contra la población civil está sucediendo y que su acción forma parte de dicho ataque. Conforme a los Elementos del Crimen el término "con conocimiento" no debe interpretarse como que requiere probarse que el perpetrador tiene conocimiento de todas las características del ataque o de los detalles precisos del plan o política del Estado u organización[18].

El Estatuto en su artículo 28 reconoce como formas de responsabilidad penal la de los superiores tanto militares como civiles.

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

   i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

   ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometi-

---

17 Ibíd. "83. The Chamber considers that the term "widespread" connotes the large-scale nature of the attack, which should be massive, frequent, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims. It entails an attack carried out over a large geographical area or an attack in a small geographical area directed against a large number of civilians. The underlying offences must also not be isolated", ICC-01/05-01/08.

18 Ibíd. "88. The perpetrator must be aware that a widespread attack directed against a civilian population is taking place and that his action is part of the attack. However, the Elements of Crimes in paragraph 2 of the Introduction to article 7 of the Statute specify that the element "with knowledge" "should not be interpreted as requiring proof that the perpetrator had knowledge of all characteristics of the attack or the precise details of the plan or policy of the State or organization", ICC-01/05-01/08.

dos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) 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;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

La Corte ha señalado que para probar la responsabilidad criminal de superiores militares respecto de crímenes del Estatuto los siguientes elementos deben satisfacerse: (i) que la persona sospechosa sea comandante militar o quien actúa efectivamente como tal; (ii) los sospechosos deben tener mando y control efectivo o bien autoridad efectiva y control sobre las fuerzas o subordinados que hubieren cometido crímenes (lesa humanidad); (iii) que los crímenes cometidos por los subordinados sean resultado de una falta del superior (sospechoso) de ejercer control efectivo sobre aquellos; (iv) el sospechoso supo o debió haber sabido que en las circunstancias del momento sus subordinados estaban o iban a cometer uno o más crímenes (de lesa humanidad); (v) el sospechoso falló en adoptar medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o castigar la perpetración de dichos crímenes o incumplió con su obligación de someter el asunto a las autoridades competentes para la investigación y procesamiento[19].

---

[19] Ibíd. "407. The Chamber considers that, in order to prove criminal responsibility within the meaning of article 28 (a) of the Statute for any of the crimes set out in articles 6 to 8 of the Statute, the following elements must be fulfilled: (a) The suspect must be either a military commander or a person effectively acting as such; (b) The suspect must have effective command and control, or effective authority and control over the forces (subordinates) who committed one or more of the crimes set out in articles 6 to 8 of the Statute; (c) The crimes committed by the forces (subordinates) resulted from the suspect's failure to exercise control properly over them; (d) The suspect either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces (subordinates) were committing or about to commit one or more of the crimes set out in article 6 to 8 of the Statute; and (e) The suspect failed to take the necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress the commission of such crime(s) or failed to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution", ICC-01/05-01/08.

Sobre esto último vale la pena mencionar que la Corte ha señalado que "como el castigo es una parte inherente de la prevención de crímenes futuros, la falta de castigo de los crímenes por parte de los comandantes muy probablemente incrementa el riesgo de que más crímenes serán cometidos en el futuro"[20]. En este contexto, la Corte ha señalado que para encontrar a un comandante militar o a una persona que actúa como militar responsable de los crímenes cometidos por sus fuerzas, el Fiscal tendrá que probar que la omisión en el ejercicio de su deber de prevenir crímenes incrementó el riesgo de que sus fuerzas cometieran esos crímenes[21].

IV. REFLEXIONES FINALES

Hacen falta en el país universidades y centros de investigación que profundicen con investigaciones/reflexiones sobre los siguientes temas:

- El fenómeno de la impunidad en el país.
- El tipo de crímenes que se han cometido y que actualmente se cometen en el país.
- Sobre la responsabilidad de superiores militares y civiles por los crímenes que quedan impunes cometidos por sus subordinados.

---

[20] Ibíd. "424. Although the Chamber finds that causality is a requirement under article 28 of the Statute, its actual scope needs to be further clarified by the Chamber. As stated above, article 28 (a) (ii) of the Statute refers to three different duties: the duty to prevent crimes, repress crimes, or submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution. The Chamber considers that a failure to comply with the duties to repress or submit the matter to the competent authorities arise during or after the commission of crimes. Thus, it is illogical to conclude that a failure relating to those two duties can retroactively cause the crimes to be committed. Accordingly, the Chamber is of the view that the element of causality only relates to the commander's duty to prevent the commission of future crimes. Nonetheless, the Chamber notes that the failure of a superior to fulfil his duties during and after the crimes can have a causal impact on the commission of further crimes. As punishment is an inherent part of prevention of future crimes, a commander's past failure to punish crimes is likely to increase the risk that further crimes will be committed in the future", ICC-01/05-01/08.

[21] Ibíd. "426. Accordingly, to find a military commander or a person acting as a military commander responsible for the crimes committed by his forces, the Prosecutor must demonstrate that his failure to exercise his duty to prevent crimes increased the risk that the forces would commit these crimes", ICC-01/05-01/08.

- Sobre la competencia de la Corte Penal Internacional y otros tribunales nacionales respecto de crímenes que se cometen en México producto de la guerra del Presidente Calderón contra el crimen organizado.

Es necesario documentar los crímenes y el contexto en el que se cometen; es decir, incluir la documentación en torno a la masividad y sistematicidad de los crímenes de competencia de la Corte.

Se requiere una reflexión profunda sobre la necesidad de apoyo de la comunidad internacional para investigar, procesar y castigar los crímenes de guerra y de lesa humanidad que se cometen en México.

SECCIÓN III

PRINCIPIOS GENERALES DE RESPONSABILIDAD PENAL

La responsabilidad de los superiores jerárquicos militares y no militares a la luz de la Legislación Nacional del Estado de que se trate y de la experiencia internacional

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto[*]

I. INTRODUCCIÓN

En el sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario se incluye la represión interna de los crímenes de guerra[1]. No faltan autores, como M. Cherif Bassiouni, que consideran que el instrumento más eficaz para garantizar el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario es la obligación de los Estados partes en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, de incriminar las infracciones graves previstas en los mismos, determinando las adecuadas sanciones penales en los Códigos comunes o militares aplicables[2]. Responde al cumplimiento de esta obligación la tipificación contenida en los artículos 69 a 78 del Código Penal Militar de 1985 (delitos contra las leyes y usos de la guerra) y en los artículos 608 a 616 del Código Penal de 1995 (delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado)[3].

---

[*] Director del centro de estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja española.

1 Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, y Luigi CONDORELLI, "Nueva interpretación del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra para la protección de los intereses colectivos", *Revista internacional de la Cruz Roja*, nº 837, 2000, pp. 67-87; Manuel PÉREZ GONZÁLEZ, "Consideraciones sobre la aplicación del Derecho internacional humanitario, con especial referencia a su aplicación en el orden interno", *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber. Persona Humana y Derecho internacional*, vol. II, Bruselas, 1997, pp. 1087-1113; José L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, "Capítulo 2. Fuentes. El sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario", en *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, 2ª Edición, Valencia, 2007.

2 M. Cherif BASSIOUNI, *Derecho Penal Internacional,* Tecnos, Madrid, 1984, pp. 67 y 68.

3 Fernando PIGNATELLI Y MECA, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003.

Si el artículo primero, común a los cuatro Convenios de Ginebra, dispone que los Estados Partes deberán respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario[4], una de las consecuencias de esta norma es la exigencia de responsabilidad a los superiores jerárquicos por los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados, cuando tales superiores no cumplen su deber de garantes.

Otro de los pilares del sistema de eficacia es el ejercicio por los Estados de la jurisdicción universal. De acuerdo con los Convenios de Ginebra, los Estados tienen el derecho a ejercer la jurisdicción universal[5] en sus Tribunales respecto de los crímenes de guerra, aunque se hubieren cometido fuera de su territorio y el presunto culpable no tuviera su nacionalidad.

II. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SUPERIORES JERÁRQUICOS

Una de las cuestiones más debatidas en el Derecho Penal Internacional es el examen de la responsabilidad criminal de los superiores jerárquicos[6] que consienten o no impiden la comisión de violaciones graves de los derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario por parte de sus subordinados[7]. Imputación de responsabilidad que, por otra parte, integra un mecanismo fiable para garantizar la eficacia de las normas protectoras de la persona humana y de las víctimas de la guerra, pues constituye a estos superiores en garantes de su cumplimiento.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial se planteó ante los Tribunales penales la cuestión de la responsabilidad penal de los superiores, cuyas sentencias establecieron las condiciones de esta incriminación. Son clásicos el Caso del General

---

4 L. BOISSON DE CHAZOURNES, y L. CONDORELLI, "Nueva interpretación del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra para la protección de los intereses colectivos", cit., pp. 67 y 68.

5 REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, *nº monográfico sobre la Justicia Penal Internacional en el Siglo XXI,* nº 86, julio-diciembre 2005; CICR, *Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra,* Documento informativo del Comité Internacional de la Cruz Roja; Jorge PUEYO LOSA, "Derechos humanos, crímenes de guerra y globalización de la justicia", *Revista Española de Derecho Militar,* nº 83, enero-junio 2004.

6 Patricia FARALDO CABANA, "Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el Derecho penal español", *Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª* Época, nº 16, 2005, pp. 61 y ss.; J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, "La reforma del Código Penal Español por Ley Orgánica 15/2003: un paso al frente en la criminalización de la barbarie'", *Revista Española de Derecho Militar*, nº 82, julio-diciembre 2003, pp. 220 y ss.

7 Jaimie Allan WILLIAMSON, "Reflexiones acerca de la responsabilidad del mando y la responsabilidad penal", *Revista Internacional de la Cruz Roja,* 870, junio 2008, pp. 303 y ss.

Japonés Tomoyuki Yamashita, el Caso del Alto Mando alemán, el Asunto de los Rehenes en territorio ocupado y el caso Meyer (Canadá). En la guerra de Vietnam se planteó esta responsabilidad en el Caso del Capitán Ernest Medina en la matanza de My Lai[8]. Muy recientemente hay que referirse a los abusos cometidos por fuerzas de Estados Unidos en Abu Ghraib[9] y Guantánamo[10].

Hay que recordar[11], muy especialmente, que el artículo 86.2 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, dispone lo siguiente: "*El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción".*

Ahora bien, los específicos deberes de los Jefes militares en orden a tomar las medidas necesarias para impedir, reprimir y denunciar las infracciones del Derecho Internacional Humanitario (Convenios de Ginebra y sus Protocolos), están establecidos en el artículo 87 del Protocolo I antes citado. Se trata de un deber de prevención (impedir o hacer cesar las violaciones del Derecho de los conflictos armados) y de represión (castigar los crímenes de guerra o denunciarlos). Cabe pues preguntarse si estos superiores pueden incurrir en responsabilidad penal a título de autores, como una de las formas de participación criminal. Hablamos de una clase de acción penalmente relevante: la comisión por omisión.

Desde la óptica del Derecho Internacional Humanitario, la Regla 153 del estudio promovido por el CICR[12] establece: *Los jefes y otros mandos superiores son pe-*

---

8 Michael L. SMIDT, "Yamashita, Medina, and Beyond: Command Responsibility in Contemporary Military Operations", *Military Law Review*, Vol. 164, June 2000, pp. 155 y ss.; Ver también una breve referencia a estos casos en W. A. SCHABAS, "Principios Generales de derecho penal", en K. AMBOS y O. J. GUERRERO (compiladores), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,* Universidad de Colombia, 1999, pp. 298 y ss.

9 Chantal MELONI, "Superior responsibility for acts of torture committed by subordinates under international criminal law. The case of U. S. abuse against Iraqi prisoners", *Cahiers de Defense Sociale,* 2006, pp. 91 y ss.

10 James ROSS, "Cuando se infringen los principios básicos del derecho: La respuesta jurídica de Estados Unidos ante los casos de tortura después del 11 de septiembre de 2001", *Revista Internacional de la Cruz Roja,* nº 867, septiembre de 2007.

11 Maurice AUBERT, "The question of superior orders and the responsibility of Commanding Officers in the Protocol additional to the Genève Conventions of 12 August 1949 and relating to the protection of victims on international armed conflicts (Protocol I) of 8 June 1977", *Revista Internacional de la Cruz Roja, nº* 263, marzo-abril 1988, pp. 105 y ss.

12 Jean Marie HENCKAERTS y Louise DOSWALD-BECK (Eds.), *Customary International Humanitarian Law* (2 tomos), CICR y Cambridge University Press, 2005, pp. 632 y ss.

nalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que éstos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables.

III. EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

El artículo 11 del Código Penal de 1995 dispone que los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar[13]. Para la doctrina más crítica con este precepto (que se construye sobre dos modelos contrapuestos) lo decisivo es el baremo de "equivalencia", que hace surgir un dominio del riesgo típico normativamente idéntico al que se obtiene por la vía del movimiento corporal que pone en marcha un curso causal. Por tanto, en este criterio[14], *no bastará la infracción del deber legal o contractual, o con un actuar precedente peligroso, para la plena "equiparación"*, pues al ser la idea de equivalencia el *criterio rector de todo el precepto,* será preciso un juicio adicional de equivalencia, que deberá añadirse a la mera constatación de la obligación del garante. Y se añade que solo se podrá fundamentar la comisión por omisión del artículo 11 del Código Penal en los casos de injerencia dolosa.

Puede resultar útil el análisis de éste precepto[15] en relación con los supuestos de responsabilidad de los superiores jerárquicos. En efecto, establecida para tales superiores la específica obligación convencional de actuar (arts. 86.2 y 87 del Protocolo I de 1977) la omisión de tal deber se equipara a la acción cuando la no evitación del resultado equivalga (juicio de equivalencia) a su causación. Y esto solo sucede cuando la intención del superior abarca la producción del resultado lesivo. Ahora bien, las limitaciones del artículo 11 del Código Penal implican que no sea siempre la norma más adecuada para incriminar la conducta de los

---

13 Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: Cinco cuestiones fundamentales,* J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 51 y ss.; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, "Comentario al artículo 11", en *Comentarios al Código penal,* Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 57-59; Enrique GIMBERNAT ORDEIG, en el Prólogo del *Código Penal,* Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pp. XXIV y XXV.

14 Jesús M. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: Cinco cuestiones fundamentales,* cit., pp. 67-69.

15 P. FARALDO CABANA, "Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el Derecho penal español", cit., pp. 63-65.

superiores que vulneran su condición de garantes del Derecho Internacional Humanitario y, al no concurrir la equivalencia, se produzca la impunidad de su grave conducta. Y, por otra parte, hay que tener en cuenta las dificultades para aplicar el citado artículo 11 a la conducta negligente del superior. Se hace necesaria pues una norma incriminadora de la violación del deber de garante de los superiores, que no necesariamente se debe concretar en un tipo penal.

En el ordenamiento penal español existen al menos tres preceptos que, de un modo residual o incompleto, pueden evitar la impunidad de estas conductas criminales de los superiores. Así el artículo 137 del Código Penal Militar (LO 13/1985) castiga con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión al militar con mando que tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitación de facultades o no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar[16], entre los que se encuentran los delitos contra las leyes y usos de la guerra (arts. 69 a 78). Y entre éstos últimos, el artículo 78 es un tipo residual[17] que, al sancionar penalmente, "cualesquiera otros actos contrarios" a las normas del Derecho Internacional Humanitario, incrimina la violación del deber impuesto a los superiores por el mencionado artículo 87 del Protocolo I. Interpretación que también puede sostenerse en relación con el artículo 614 del Código Penal, tipo residual muy similar e igualmente aplicable a "cualesquiera otras infracciones o actos contrarios" a las citadas normas[18]. En uno u otro caso, la escasa entidad de la pena (como corresponde a tipos residuales) para castigar hechos que pueden alcanzar una gravedad considerable y la exclusión de la comisión imprudente, aconsejan la inclusión en nuestro ordenamiento penal de un precepto que regule de modo específico la responsabilidad criminal de los superiores jerárquicos. Sin duda la ocasión más propicia fue la reforma de nuestro Código Penal por Ley Orgánica 15/2003, como consecuencia de la ratificación por España (el día 24-10-2000) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que incorporó el artículo 515 bis, al que nos referiremos más adelante.

En el importante campo de las reglas militares de conducta, debemos destacar el artículo 56 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero. Bajo el epígrafe de *Responsabilidades penales graves en relación con los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario,* esta norma dispone que: "*Será consciente de la grave responsabilidad*

---

16 Jesús del OLMO PASTOR, "Delitos contra los deberes del mando", en *Comentarios al Código Penal Militar,* Civitas, Madrid, 1988, pp. 1633 a 1636.

17 José Luis FERNÁNDEZ FLORES, "Delitos contra las leyes y usos de la guerra", en *Comentarios al Código Penal Militar,* cit., pp. 844-845.

18 F. PIGNATELLI Y MECA, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal*, cit., pp. 596-604.

que le corresponde y asume para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de los delitos de genocidio, lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado". Se refiere, naturalmente, al superior y se echa de menos una referencia expresa a los delitos militares contra las leyes y usos de la guerra, previstos en los artículos 69 a 78 del Código Penal Militar, donde están tipificados los crímenes de guerra cometidos por los militares subordinados.

IV. LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES PARA LA EX YUGOSLAVIA Y RUANDA

Acaso por esta respuesta fragmentaria del Derecho Penal interno de los Estados, el artículo 7.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 25-5-1993) estableció que el hecho de que cualquiera de los crímenes de la competencia del Tribunal haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.

Por lo que se refiere a la existencia de la relación jerárquica, la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia de 16-11-1998 (*Zejnil Delalic, Zoravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo*), en el caso del Campo de Celebici, estableció que la posición de mando no debe ser necesariamente un poder "de iure", por lo que no se exige la estructura formal propia de las fuerzas armadas regulares. Se trataba de comandos no regulares integrados por personas que no estaban oficialmente bajo la autoridad de sus jefes o superiores, militares o civiles. Al derrumbarse las organizaciones legales en los conflictos desestructurados, el Tribunal entendió que basta una estructura informal, pero con un "umbral": no responden estos superiores cuando "de facto" cesan en su control.

En otra sentencia de este mismo Tribunal (caso *Aleksovski*, de 25 de junio de 1999) se determinan la clase de medidas necesarias y posibles, en el caso *Kordic y Cerkez* (2 de marzo de 1999) se examina la violación de la obligación de castigar a los subordinados, en el caso *Karadzic* y *Mladic* la indiscutible negligencia criminal, en el caso *Krstic* (2001) la participación en un crimen como autor mediato a través de sus subordinados (doctrina de la empresa criminal común) y en el caso *Hadzihasanovic* (16 de julio de 2003) la responsabilidad del superior jerárquico en los conflictos armados internos. En particular, las decisiones de este Tribunal

Penal Internacional en los casos *Oric*, *Halilovic* y *Hadzihasanovic* son bien ilustrativas de la doctrina sobre la responsabilidad del mando[19].

En cuanto al elemento subjetivo, la sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 2-9-1998 en el caso de *Jean Paul Akayesu* analiza todas las formas de responsabilidad, que comprende tanto la intención maliciosa ("sabía") o la negligencia grave ("tenía razones para saber"), comportamiento culposo que pudiera abarcar los casos en que el superior poseía información que le avisaba del riesgo inminente de la comisión de crímenes en el ámbito de su responsabilidad (posición de garante), por lo que le sería exigible el deber de investigación, constituyendo así la conducta pasiva una omisión negligente punible.

V. EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El artículo 28 del Estatuto de Roma regula también la responsabilidad de los jefes y otros superiores[20]. Y, en efecto, distingue dos clases de superiores jerárquicos:

- El jefe militar (o el que actúe efectivamente como jefe militar), responsable de los crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo.
- El superior que tiene con sus subordinados una relación distinta al jefe militar, responsable de los crímenes cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo. En este segundo supuesto puede tratarse de una relación jerárquica entre funcionarios de Policía o también de fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados no gubernamentales en un conflicto armado no internacional.

En uno u otro caso el superior jerárquico responde penalmente por los crímenes de la competencia de la Corte cometidos por sus subordinados, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre tales subordinados, siempre que no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

---

19 Rosario DOMÍNGUEZ MATÉS, "La doctrina de la responsabilidad del mando a la luz de la actual jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia", *Revista Española de Derecho Militar,* nº 91, enero-junio, 2008, pp. 17 y ss.

20 William J. FENRICK, "Responsibility of commanders and other superiors", en TRIFFTERER, Otto (editor), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, pp. 515 y ss.

Ahora bien, son necesarios además otros requisitos para la exigencia de tal responsabilidad. En el caso de los jefes militares, es preciso que el superior "hubiere sabido[21] o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos". Es decir, responden también por una conducta negligente ("hubiere debido saber").

Por el contrario, en el supuesto de la responsabilidad penal de otros superiores no militares sólo se incrimina la conducta intencional (que podría abarcar el dolo eventual, pero nunca la conducta imprudente), consistente en haber tenido conocimiento o deliberadamente haber hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos. Y se añade una condición (objetiva) más: que los crímenes guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo.

Compartimos la postura de parte de la doctrina[22] que estima que esta clase de responsabilidad tiene bastante más que ver, desde el punto de vista técnico, con lo que se exige para la comisión por omisión que para una simple omisión. Sin entrar en la polémica doctrinal[23], de escaso valor práctico, hay que destacar que el artículo 28 del Estatuto de Roma no integra un tipo penal sino una forma de participación criminal (o de responsabilidad penal) y por ello está situado en la Parte III "*De los principios generales de Derecho Penal*". En este precepto no se castiga una conducta con una pena, sino que literalmente se declara que los superiores jerárquicos, si se dan determinadas circunstancias, serán penalmente responsables (a título de autor) por los crímenes de la competencia de la Corte cometidos por sus subordinados. No se encuentra en el Estatuto de Roma, a diferencia del artículo 615 bis del Código Penal español, un tipo legal con expresa descripción negativa de la conducta sino una forma de atribución de responsabilidad criminal que completa el artículo 25 del propio Estatuto.

La Corte Penal Internacional en la decisión sobre la confirmación de cargos en el caso *Thomas Lubanga* (29-enero-2007) se cuidó de distinguir entre las

---

21 No podemos estar de acuerdo con la conclusión de W. A. Schabas cuando sostiene: *En esencia, la responsabilidad por comando establece responsabilidad criminal por negligencia* (W. A. SCHABAS, "Principios Generales de derecho penal", cit., p. 298), donde parece confundir la conducta omisiva (dolosa) con la negligente.

22 J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, "La parte general del Estatuto de la Corte Penal Internacional", *Actualidad Penal,* nº 41, 2003, p. 1035; F. PIGNATELLI Y MECA, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal*, cit., pp. 202-211.

23 P. FARALDO CABANA, "Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el Derecho penal español", cit., pp. 63-65.

formas de participación del artículo 25 del Estatuto de Roma, otras formas de responsabilidad como la complicidad y la responsabilidad de los superiores jerárquicos del artículo 28 del mismo Estatuto.

En cuanto al elemento subjetivo, se trata de crímenes dolosos[24], con la excepción de la conducta negligente referida exclusivamente a los jefes militares. Excepción amparada por el inciso primero del artículo 30 del propio Estatuto. Creo que es posible, dada la redacción del artículo 28 que comentamos, la existencia de dolo eventual[25]. En cuanto al concepto anglosajón de *Recklessness,* hay que resaltar que abarca tanto el dolo eventual como algunos casos de grave negligencia propios del *Civil Law,* por lo que hay sensibles diferencias entre estos dos sistemas[26].

Se ha criticado la incriminación en el aludido artículo 28.1.a) de la conducta imprudente en el caso de los jefes militares, fundada en la equiparación con la conducta dolosa. Es verdad que la falta de dosimetría penal del Estatuto de Roma puede, teóricamente, suponer que puedan ser impuestas cualquiera de las penas previstas en el artículo 77 del Estatuto a los crímenes de la competencia de la Corte, sin distinguir su comisión dolosa o culposa. Pero basta leer la Regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba para comprobar que "el grado de intencionalidad" es un factor que deberá ser tenido en cuenta por la Corte para la individualización de la pena.

De suma importancia para la interpretación del modelo dualista de autoría y participación previsto en el Estatuto de Roma y caracterizado por un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho, es la importante aportación del profesor Héctor Olásolo[27]. Se trata del proceso de revisión de las categorías tradi-

---

[24] En el apartado 352 de la Decisión sobre confirmación de cargos en el Caso *Thomas Lubanga Dyilo*, adoptada en día 29 de enero de 2007 por la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional (Ponencia de la Magistrada Sylvia Steiner) se hace referencia, al examinar el elemento intencional, a otras manifestaciones de la noción de dolo como el "dolo directo de segundo grado" o el "dolo eventual". En dicha resolución se cita: D. K. PIRAGOOFF, "Article 30: Mental Element", en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court,* Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 534; Y también a J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, "Los Principios Generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma", *Revista Española de Derecho Militar,* Vol. 75, 2000, p. 417.

[25] P. FARALDO CABANA, "Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el Derecho penal español", cit., pp. 67 y ss.

[26] Ver el Documento del Comité Internacional de la Cruz Roja "Informal Paper" de 17 de febrero de 1999, *The subjective criminal element in the Common Law and the Civil Law systems.*

[27] Héctor OLÁSOLO ALONSO, "El desarrollo en Derecho Penal Internacional de la coautoría mediata: Del caso Stakic contra el Presidente de la Región de Prijedor ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia a los casos Katanga, Ngudjolo y Bemba contra los Comandantes en Jefe de las Milicias FRPI y FNI y el Ex Vicepresidente de la

cionales de autoría y participación, reafirmando la Sala de Cuestiones Preliminares (en los Casos *Bemba* y *Katanga*) el concepto de autor basado en la teoría del hecho y su desarrollo de la coautoría mediata para el tratamiento de la responsabilidad penal de líderes políticos y militares en la comisión de crímenes internacionales.

VI. EL ARTÍCULO 615 BIS DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

1. La razón de la reforma

Este nuevo y extenso artículo se introduce por la Ley Orgánica 15/2003 en el Capítulo IV ("Disposiciones comunes") del Título XXIV del libro II del Código Penal, pero sólo afecta a los capítulos II (genocidio), II bis (delitos de lesa humanidad) y III (delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado), dejando fuera de su ámbito de aplicación a los delitos previstos en el capítulo I (delitos contra el derecho de gentes).

Se trata de una disposición que pretende incorporar a nuestro Código Penal el contenido del artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Se entiende, con razón, que no resulta suficiente la regulación de la *comisión por omisión* del artículo 11 del Código Penal, al establecer determinados requisitos (como el juicio de equivalencia) que limitan su aplicación en la práctica. La novedad del precepto merece un estudio más detallado de este tipo de responsabilidad, de gran importancia para el Derecho Penal Militar y para el Derecho Penal Internacional. Al parecer la propuesta partió del *Grupo de Estudios de Política Criminal*[28], que fue tenida en cuenta por el legislador español. Desde luego el texto de esta propuesta nada tenía que ver con la formulada sobre esta materia por la Cruz Roja Española en 26 de febrero de 2002.

2. El abigarrado nuevo texto del art. 615 bis del Código Penal

El nuevo artículo 615 bis, que incorpora al Código Penal la Ley Orgánica 15/2003, es de una gran complejidad no exenta de una cierta incongruencia. La complejidad no se deriva de la descripción de las conductas punibles, puesto que

---

República Democrática del Congo ante la Corte Penal Internacional", *Revista Española de Derecho Militar,* nº 91, enero-junio 2008, pp. 43 y ss.

[28] GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta de justicia penal internacional,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Ver también, P. FARALDO CABANA, "Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el Derecho penal español", cit., pp. 70 y 72.

el legislador español se ha limitado a reproducir el texto del artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sin realizar siquiera un esfuerzo para simplificar la acción típica para lo que le bastaba haber seguido la propuesta formulada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española[29]. Es importante destacar que en esta propuesta no se describe un tipo penal autónomo, sino que se atribuye al superior la responsabilidad (como autor) de los mismos crímenes ejecutados por sus subordinados.

En primer lugar en la propuesta del *Grupo de Estudios de Política Criminal* se hace referencia como sujeto activo a la *autoridad militar o quien actúe efectivamente como tal* y esta calificación se acogía en el Anteproyecto de Ley del Gobierno (artículo centésimo cuadragésimo quinto). En las observaciones que formuló el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española (13 de febrero de 2003) se ponía de relieve el carácter excesivamente restrictivo del concepto "Autoridad Militar" (definido en el artículo 9 del Código Penal Militar) para abarcar a los posibles sujetos activos de este crimen que, en la realidad criminológica, se concretan en mandos militares (jefes militares) que no necesariamente tienen el rango de Autoridades militares. Se ponía de relieve que, por esta razón, el artículo 28 del Estatuto de Roma emplea la expresión "el Jefe militar", que también utiliza el artículo 87 (Deberes de los Jefes) del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, ratificado por España. Esta observación fue acogida por el legislador español en el vigente artículo 615 bis que habla de "autoridad o jefe militar".

El carácter abigarrado del precepto nace de la acumulación de seis tipos delictivos, a saber:

1º Responsabilidad penal dolosa, por comisión por omisión, imputable a la autoridad, jefe militar o quien actúe efectivamente como tal, por no adoptar las medidas a su alcance para evitar la comisión (por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo) de un delito de genocidio, de lesa humanidad o crímenes de guerra (delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado). Será castigado con la misma pena que los autores. El tipo delictivo no hace mención expresa a un requisito

---

[29] La propuesta de la Cruz Roja Española contenía el siguiente texto: *El jefe militar o quien actúe efectivamente como tal jefe militar, así como el superior que ejerciere una autoridad similar sobre sus subordinados, será responsable por los crímenes previstos en el capítulo anterior, que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre sus subordinados, cuando: a. Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas o subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos. b. No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión, o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.*

exigido por el artículo 28 del Estatuto de Roma, consistente en la necesidad de que el jefe militar "hubiese sabido" (o debido saber) que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.

2º Responsabilidad penal por negligencia grave, cuando la falta de adopción de las medidas al alcance de la autoridad o jefe militar se produzca como consecuencia de una conducta gravemente imprudente. Quiere traducir así el contenido del artículo 28 del Estatuto de Roma cuando incrimina la conducta del superior que "hubiera debido saber" o por imprudencia grave no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir la comisión de tales crímenes. Será castigado con la pena inferior en uno o dos grados.

3º Responsabilidad penal dolosa de la autoridad o jefe militar (o quien actúe efectivamente como tal) por no adoptar las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo. La pena será inferior en dos grados a los autores. Se trata de una forma de encubrimiento o, más exactamente, una omisión del deber de promover la persecución de los delitos (artículos 408 y 450 del Código Penal), muy emparentada (salvo por el sujeto activo) con el tipo delictivo previsto en el último apartado de este artículo.

4º Responsabilidad penal dolosa, por comisión por omisión, imputable al superior no comprendido en apartados anteriores (es decir un superior no militar pero dotado de un poder jerárquico de derecho o de hecho sobre sus subordinados) que, en el ámbito de sus competencias (más técnicamente dice el Estatuto de Roma: "Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo"), no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión por sus subordinados de un delito de genocidio, lesa humanidad o crimen de guerra. Tampoco aquí exige el tipo penal el requisito expresado por el artículo 28 del Estatuto de Roma, consistente en que "hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiese hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos". Será castigado con la misma pena que a los autores. No se incrimina, en este supuesto, la conducta gravemente imprudente.

5º Responsabilidad penal dolosa del superior no militar por no adoptar las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra cometidos por sus subordinados. Se trata, como antes señalamos, de una omisión del deber de promover la persecución de los delitos. Se castiga con la pena inferior en dos grados a la de los autores.

6º Responsabilidad penal dolosa del funcionario o autoridad que, sin incurrir en las conductas anteriores y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de un delito de genocidio, lesa humanidad o crimen de guerra, de que tenga noticia. La diferencia con los tipos anteriores estriba en que éste funcionario o autoridad no tienen el mando o control efectivo de la fuerza o la subordinación directa de los autores de tales delitos y, por tanto, su responsabilidad deriva del conocimiento y de la infracción de su deber de perseguir los delitos, pero no son garantes de la conducta de sus subordinados al no ejercer el mando. En todo caso este nuevo delito es prácticamente idéntico al ya previsto en el artículo 408 del Código Penal, del que se diferencia por la agravación de la pena prevista que aquí consiste en inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

Ahora bien, además de complejo, este delito adolece de cierta incongruencia. Y ello porque no cabe duda de que, en los casos de la responsabilidad de un jefe militar, se incrimina en el código común un evidente delito militar, que pertenece al ámbito estrictamente castrense, en particular en los supuestos de crímenes de guerra que se cometen en tiempo de conflicto armado. Parece, en efecto, gran incongruencia que los crímenes de guerra cometidos por los militares subordinados se castiguen en el Código Penal Militar (artículos 69 a 78, delitos contra las leyes y usos de la guerra) y los derivados de la responsabilidad del mando militar se incriminen como delitos comunes. Pero es que, además, la falta de técnica legislativa queda en evidencia al tratarse de un supuesto de comisión por omisión, donde se castiga al jefe militar por no evitar únicamente la comisión de un delito común (de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes en caso de conflicto armado) por sus subordinados militares. Pero éstos, por razón de la condición militar del sujeto activo del delito, no incurrirían en la comisión de los delitos previstos en el capítulo III del Título XXIV del Código Penal, sino en los supuestos incriminados en los artículos 69 a 78 del Código Penal Militar, en la mayoría de los casos (salvo los cometidos en los conflictos armados no internacionales). Se producirá así una situación indeseable de concurso de leyes, de difícil interpretación.

Podríamos preguntarnos si existe una laguna legal para castigar la conducta de los jefes militares por no adoptar las medidas a su alcance para evitar la comisión (por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo) de un crimen de guerra previsto en los artículos 69 a 78 del Código Penal Militar (Delitos contra las leyes y usos de la guerra). Entendemos que, en este supuesto y según lo dispuesto en el artículo 5 del Código Penal Militar y artículo 8 del Código Penal, sería de aplicación el artículo 11 del Código Penal (comisión por omisión), con todas las dificultades ya expresadas (como el juicio de equivalencia) que limitan su aplicación en la práctica.

A ello hay que añadir que el artículo 137 del Código Penal Militar castiga al militar con mando de fuerza que no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar, tipo delictivo que podría entrar en una relación de alternatividad con los mencionados tipos comunes. Una buena ocasión perdida para coordinar los delitos comunes y los militares, así como un argumento más a favor de la oportunidad de una ley penal y procesal especial para castigar los crímenes internacionales, que pudiera ser aplicada por la jurisdicción ordinaria o la militar en el ámbito estrictamente castrense (art. 117.5 de la Constitución española).

3. La reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010

La Ley Orgánica 5/2010, a propuesta de la Cruz Roja Española, ha resuelto otra imperfección técnica del artículo 615 bis. En efecto, a la vista del contenido de los artículos 614 y 615 bis, éste último adicionado por la Ley Orgánica 15/2003, se consideró necesario reformar la imposición automática de las penas privativas de derechos de inhabilitación absoluta y especial (previstas para todos los crímenes tipificados en el Título), que parecen desproporcionadas para determinadas conductas allí incriminadas, teniendo en cuenta que se establecen además de las penas privativas de libertad previstas para cada delito. Hay que tener en cuenta que el artículo 614 es un tipo residual castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, que incrimina "cualesquiera otras infracciones o actos contrarios".

Por otra parte, el artículo 615 bis en su número 2 sanciona un supuesto de imprudencia grave, conducta que no parece que deba castigarse —además de la pena privativa de libertad— con la inhabilitación absoluta o especial por aplicación de lo dispuesto en el artículo 616 del Código Penal.

Finalmente, el número 6 del artículo 615 bis determina como sanción única para el funcionario o autoridad que cometa el delito que tipifica la pena de *inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años*. Por tanto era una imperfección técnica del Código que, al propio tiempo, el artículo 616 impusiera —además— y para el mismo sujeto activo la pena de inhabilitación absoluta.

En consecuencia, la LO 5/2010 modifica el artículo 616 con la siguiente redacción:

> Artículo 616. En el caso de cometerse cualquiera de los delitos comprendidos en este Título, excepto los previstos en el artículo 614 y en los números 2 y 6 del 615 bis, y en el Título anterior por una autoridad o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas en ellos, la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años; si fuese un particular, los Jueces y Tribunales podrán imponerle la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años.

La responsabilidad por mando en el Código Penal Español

Patricia Faraldo Cabana*

I. INTRODUCCIÓN

En 1994, aprovechando el impulso resultante de la creación de los Tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió retomar los trabajos ya iniciados en 1948 para establecer un Tribunal penal internacional permanente. La aprobación por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios, convocada al efecto por las Naciones Unidas, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998 supuso un gran paso en la creación de una jurisdicción penal internacional permanente y de carácter general, paso que ya no admite marcha atrás una vez que ha entrado en vigor el Estatuto al conseguirse el número de firmas necesario[1].

Por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, el Parlamento autorizó la ratificación por España del Estatuto de Roma, que tuvo lugar el 24 de octubre de 2000. Pero con ello no terminaron las obligaciones internacionales para España, pues era necesario que este país procediera a adaptar el Ordenamiento jurídico interno a los principios del Estatuto de Roma, esto es, que procediera a "implementarlo" con el fin de conseguir la armonización de la legislación nacional con el Estatuto[2]. Y es que la Corte Penal Internacional sólo actúa de acuerdo con el principio de complementariedad, lo que supone que los Estados signatarios han de asumir la represión de los atentados contra los derechos humanos que se cometan en su territorio, incluyendo en su legislación penal tanto los delitos

---

* Catedrática de Derecho Penal, Universidade da Coruña (España).

1 Según el art. 126 del Estatuto, éste "entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión".

2 Sobre lo que significa la obligación de implementación para los Estados signatarios, vid. O. TRIFFTERER, "Domésticos de ratificación e implementación", en K. AMBOS (coord.), *La nueva Justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 25 y ss.

sancionados en el Estatuto como los principios generales sobre la exigencia de responsabilidad a los distintos intervinientes[3].

Pues bien, ya en 2001 el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española había elaborado una "Propuesta de modificación del Código penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado"[4], en la que se proponía añadir en el Capítulo IV del Título XXIV del Código Penal un nuevo precepto que habría de acoger la regulación del art. 28 del Estatuto de Roma. Por su parte, en 2002 el Grupo de Estudios de Política Criminal había señalado que "debe promoverse una reforma del ordenamiento español con arreglo a los siguientes principios: ...4. Regulación de la responsabilidad penal de los dirigentes políticos y/ o militares que, sin haber intervenido como ejecutores materiales ni inductores directos, hayan organizado, controlado o no impedido la ejecución de estos delitos"[5]. Hubo que esperar a la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para que, además de cambiar en profundidad los delitos contenidos en el Título XXIV[6], se introdujera la responsabilidad penal de los dirigentes políticos y/o militares que, sin haber intervenido como ejecutores materiales ni inductores, no han impedido la ejecución de estos delitos por sus subordinados o no los han perseguido. Queda por ver si se ha hecho respetando lo dispuesto en el art. 28 del Estatuto de Roma, tema al cual se dedican las siguientes páginas.

---

3 Sobre las lagunas de punición que supone la ausencia de implementación en la legislación interna, vid. J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, "Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho penal español", en E. BACIGALUPO ZAPATER (dir.), *El Derecho penal internacional*, CGPJ, Madrid, pp. 16 y ss.

4 Publicada en el núm. 78 de la Revista Española de Derecho Militar.

5 GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta de justicia penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 13.

6 Con el confesado propósito de "coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional", según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003.

II. EL ART. 615 *BIS* DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: LUCES Y SOMBRAS

1. *Introducción.* La responsabilidad por mando se recoge en el art. 615 *bis*[7] del Código Penal de 1995, dentro del Capítulo IV, "Disposiciones comunes"[8], del Título XXIV del Libro II.

El Derecho Penal español ya conocía dos preceptos que recogían casos de responsabilidad por mando, si bien no en el Código Penal común[9], sino en el militar (aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre), de forma frag-

---

7 Art. 615 *bis* CP: "1. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II *bis* y III de este título, será castigado con la misma pena que los autores.
2. Si la conducta anterior se realizara por imprudencia grave, la pena será la inferior en uno o dos grados.
3. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II *bis* y III de este título cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo será castigada con la pena inferior en dos grados a la de los autores.
4. El superior no comprendido en los apartados anteriores que, en el ámbito de su competencia, no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión por sus subordinados de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II *bis* y III de este título será castigado con la misma pena que los autores.
5. El superior que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II *bis* y III de este título cometidos por sus subordinados será castigado con la pena inferior en dos grados a la de los autores.
6. El funcionario o autoridad que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II *bis* y III de este título de que tenga noticia será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años".

8 Se trata de disposiciones comunes a los delitos contenidos en los Capítulos II (genocidio), II *bis* (delitos de lesa humanidad) y III (delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado). Aquí hay que tener en cuenta que el Código Penal español no incluye en los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado los delitos de resultado, que deben castigarse mediante la aplicación de los delitos comunes. Como apunta A. GIL GIL, "Artículo 615 *bis*", en M. GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2011, p. 2023, "dado que el art. 615 *bis* sólo es aplicable a "los delitos comprendidos en los Capítulos II, II *bis* y III de este Título" resulta que no será aplicable por ejemplo, al homicidio de una persona protegida, por encontrarse el delito de homicidio en otro título del CP".

9 En el que a partir de 2003 sí hay un tipo residual aplicable a "El que, con ocasión de un conflicto armado, realizare u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato a

mentaria e incompleta[10]: por una parte, el art. 78 CPM, que al sancionar penalmente la realización de "cualesquiera otros actos contrarios" a las normas del Derecho Internacional Humanitario incrimina la violación del deber impuesto a los superiores por el art. 87 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)[11]; por otro lado, el art. 137 CPM, que regula un supuesto de responsabilidad por mando que no supone la atribución al superior de los delitos cometidos por los subordinados y no impedidos a título de autoría, pues se configura como un delito de omisión pura del deber de impedir delitos y no como un delito de omisión y resultado[12].

2. *Sujetos activos.* En cuanto a los sujetos activos, se distingue entre autoridad o jefe militar, o quien actúe efectivamente como tal, por un lado, y el superior no comprendido en esas categorías, por otro. La persona que ejerce un poder fáctico o de hecho se asimila a las autoridades y jefes militares, pudiendo llegar a ser castigada como autora de los hechos cometidos por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo. Además, se incluye en un último apartado al funcionario o autoridad que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de alguno

---

los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado" (art. 614 CP).

10 Como apunta J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, "La reforma del Código penal español por Ley Orgánica 15/2003: un paso al frente en «la criminalización de la barbarie»", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 82, 2003, p. 222.

11 Art. 78 CPM: "El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones de los Convenios Internacionales ratificados por España y relativos a la conducción de las hostilidades, a la protección de heridos, enfermos o náufragos, trato de prisioneros de guerra, protección de las personas civiles en tiempo de guerra y protección de bienes culturales en caso de conflicto armado será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión". Sobre este precepto, vid. ampliamente P. FARALDO CABANA, "Artículo 78", en P. FARALDO CABANA (dir.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; J. L. FERNÁNDEZ FLORES, "Delitos contra las leyes y usos de la guerra (Artículos 69 a 78)", en R. BLECUA FRAGA y J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (coords.), *Comentarios al Código penal militar*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 807-845.

12 Art. 137 CPM: "El militar con mando de fuerza o unidad militar, comandante del buque de guerra o aeronave militar que no mantuviere la debida disciplina en las fuerzas a su mando, tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitaciones de facultades o no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión". Al respecto vid., por todos, J. A. del OLMO PASTOR, "Delitos contra los deberes del mando (Artículos 130 a 143)", en R. BLECUA FRAGA y J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (coords.), *Comentarios al Código penal militar*, cit., pp. 1633-1636.

de los delitos comprendidos en los capítulos indicados. En este caso se trata de un funcionario o autoridad con obligación de promover la persecución de delitos.

La alusión a las *autoridades o jefes militares* no permite incluir a miembros de la Administración civil, aunque también puedan tener capacidad de mando y control efectivo. Su responsabilidad es exigible, en su caso, a través de los apartados 4 y 5, que castigan a los superiores. Ahora bien, puesto que se trata de autoridades o jefes *militares* ha de aplicarse el Código Penal Militar, y no el común, ya que su condición de militares atrae la jurisdicción militar, que es preferente, por especialidad[13]. Llama la atención que una conducta de omisión del deber de impedir delitos militares se castigue en el art. 137 CPM con una pena que puede llegar a ser notablemente inferior a las previstas en el art. 615 *bis* CP, aunque cierto es que también puede ser superior en algún supuesto. En cualquier caso, en el Código Penal Militar se castiga la misma conducta con un intervalo de pena que no depende de cuál sea el delito cometido por los subordinados y que no se hace coincidir con la que se impone a los autores del delito cometido. Si falta algún elemento típico se aplica subsidiariamente el art. 615 *bis* CP, precepto que es de aplicación principal cuando el sujeto activo no es un militar en el sentido expuesto en los arts. 7 y 8 CPM.

El concepto de militar es objeto de interpretación auténtica en el art. 8 CPM[14]. En él se integran, además del personal citado expresamente (funcionarios mili-

---

[13] Cfr. M. PÉREZ GONZÁLEZ y M. ABAD CASTELOS, "Los delitos contra la comunidad internacional en el Código Penal español", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 3, 1999, pp. 458-459. Vid. no obstante J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, "La reforma del Código penal español por Ley Orgánica 15/2003: un paso al frente en «la criminalización de la barbarie»", cit., p. 227, quien entiende que los crímenes de guerra cometidos por los militares subordinados se castigarán conforme a los arts. 69 a 79 CPM, pero los derivados de la responsabilidad del mando militar se castigan como delitos comunes a través del art. 615 *bis* CP, que sería de aplicación preferente en el concurso de leyes por alternatividad. Sin embargo, las reglas del art. 8 CP deben aplicarse por orden, y es preferente la especialidad a la alternatividad, por lo que no coincido con la posición de este autor.

[14] Art. 8 CPM: "A los efectos de este Código se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y las de reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica, los que:

1. Como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas.
2. Con carácter obligatorio se hayan incorporado o ingresen como voluntarios en el servicio militar, mientras se hallen prestando el servicio en filas.
3. Cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas militares.
4. Presten servicio activo en las Escalas de Complemento y de Reserva Naval o como aspirantes a ingreso en ellas.

tares profesionales y no profesionales, requisados, movilizados y militarizados, incluidos los militares de hecho), "los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares" (art. 7 *bis* CPM *a sensu contrario*, añadido por la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil). Por su parte, en relación con el concepto de "autoridad o jefe militar" resulta de interés la definición auténtica de lo que se consideran "autoridades militares" a efectos del Código Penal Militar, recogida en el art. 9 CPM[15]. La alusión a quienes actúen efectivamente como autoridades o jefes militares permite incluir en el ámbito de sujetos activos no sólo a quienes de hecho actúen como tales en una estructura organizada formal, sin serlo de derecho, por ejemplo por haberse producido un problema en la cadena de mando, sino, sobre todo, a quienes detentan una posición de mando en una estructura organizada informal, al margen de las fuerzas armadas regulares[16]. Estos jefes sólo responden en tanto mantienen el control efectivo sobre la organización.

---

5. Con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno".

Sobre este concepto, vid. J. L. MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, "Definición de "militares" (Artículo 8º)", en R. BLECUA FRAGA y J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (coords.), *Comentarios al Código penal militar*, cit., pp. 215-244.

[15] Art. 9 CPM: "A los efectos de este Código se entenderá que son Autoridades militares:

1. El Jefe del Estado, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Defensa y quienes les sustituyen en el ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales inherentes a sus prerrogativas o funciones.

2. Los militares que ejerzan Mando Superior o por razón del cargo o función tengan atribuida jurisdicción en el lugar o Unidad de su destino, aunque actúen con dependencia de otras Autoridades militares principales.

3. Los militares que en tiempo de guerra ostenten la condición de Jefes de Unidades que operen separadamente, en el espacio a que alcanza su acción militar.

4. Los que formen parte como Presidentes, Consejeros o Vocales de Tribunales Militares de Justicia y los Auditores, Fiscales y Jueces militares, en el desempeño de sus respectivas funciones o con ocasión de ellas.

5. Mientras permanezcan fuera del territorio nacional, los Comandantes de buques de guerra o aeronaves militares y los Oficiales destacados para algún servicio en los lugares, aguas o espacios en que deban prestarlo, cuando en ellos no exista autoridad militar y en lo que concierna a la misión militar encomendada".

[16] Parece dar a entender que con la expresión utilizada en el art. 615 *bis* CP no se abarca a quienes "al mando de grupos organizados diferentes a los gubernamentales, cometan delitos contra las personas y bienes en el marco de conflictos armados", C. QUESADA ALCALÁ, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 384, quien apunta que se echa en falta la expresión, contemplada en el Estatuto de

La mención del *superior no comprendido en los apartados anteriores* puede resultar, en una primera aproximación, de difícil comprensión. En efecto, se superpone en buena medida a los conceptos de autoridad o jefe militar. Podría pensarse que su inclusión se debe a que el legislador haya tenido en mente la definición que asume el Código Penal Militar, que se extiende a otros sujetos que, en principio, no cabría entender comprendidos en las categorías de autoridad o jefe militar, como los prisioneros de guerra investidos de facultades de mando por la autoridad militar española para el mantenimiento del orden y la disciplina en los campos de prisioneros[17]. Sin embargo, la razón de la mención específica del superior reside en la necesidad de abarcar a la autoridad civil que no se inserta en una organización militar o paramilitar, y por tanto no actúa efectivamente como autoridad o jefe militar con mando y control efectivo sobre las fuerzas actuantes. Se trata de abarcar autoridades como los secretarios de Estado, los delegados del gobierno, los alcaldes, etc. El superior es, pues, una autoridad o jefe que ocupa una posición superior por el empleo, cargo o función que desempeña. De esta forma, se consigue hacer responder a todos los involucrados, si bien resulta llamativo que unos lo deban hacer con base en el Código Penal común (los civiles) y otros con base en el Código Penal Militar (los militares).

Por último, se menciona en el apartado 6 al *funcionario o autoridad* que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, pero faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia. Esta caracterización limita considerablemente el ámbito de posibles autores, ya que se alude únicamente a los que tienen asignada la función de promover la persecución de los delitos y de sus responsables, pues sólo ellos faltan a la obligación de su cargo cuando no promueven la persecución de un delito o de sus responsables. Por tanto, este apartado está referido a jueces, fiscales y funcionarios integrantes de la Policía Judicial, que son los señalados en el art. 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[18]. Se pretende, así, el castigo de sujetos que, sin ocupar la

---

Roma, "el jefe militar o quien actúe efectivamente como tal jefe militar". En mi opinión, la utilizada en el art. 615 *bis* CP es equivalente a todos los efectos.

17 El art. 12 CPM define el concepto de "superior" en los siguientes términos: "A los efectos de este Código se entenderá que es superior el militar que, respecto de otro, ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud de su empleo jerárquicamente más elevado o del cargo o función que desempeñe, como titular o por sustitución reglamentaria y únicamente en el desempeño de sus funciones. Se considerarán superiores, respecto de los prisioneros de guerra enemigos, los militares españoles, cualquiera que fuere su grado, encargados de su vigilancia o custodia y en el ejercicio de las mismas, así como aquellos prisioneros investidos de facultades de mando por la autoridad militar española para el mantenimiento del orden y la disciplina en relación a quienes les están subordinados".

18 Art. 283 LECrim: "Constituirán la Policía judicial y serán auxiliares de los Jueces y Tribunales competentes en materia penal y del Ministerio fiscal, quedando obligados a seguir

posición de superior y sin ejercer un control efectivo, quieran favorecer a los criminales dificultando o impidiendo su persecución[19], si bien hay que advertir que no se cubren lagunas de punibilidad, pues en ausencia de este precepto sería aplicable el delito de omisión del deber de perseguir delitos recogido en el art. 408 CP, e incluso, en su caso, el delito de encubrimiento previsto en los arts. 454 y siguientes CP. Por lo demás, téngase presente que si el funcionario o autoridad se encuentra en alguna de las situaciones descritas en los apartados anteriores del art. 615 *bis* CP son éstos los preceptos aplicables, ya que el apartado 6 es expresamente subsidiario de los anteriores.

3. *Conductas típicas.* En lo que respecta a las conductas típicas, se distinguen dos modalidades: no adoptar las medidas a su alcance para evitar la comisión de alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos II, II *bis* y III del mismo título por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo; y no adoptar las medidas a su alcance para que sean perseguidos esos delitos cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo. La conducta de dejar de promover la persecución de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos anteriormente citados encaja en la última de las citadas.

Respecto de la primera, conviene destacar que da lugar a la imposición de las mismas penas que corresponden a los autores de los delitos. Se trata, en mi opinión, de un supuesto de omisión y resultado específicamente previsto en la ley, aunque en la doctrina se suela hablar en este caso de comisión por omisión[20]. Sin

---

las instrucciones que de aquellas autoridades reciban a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes:
1. Las autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos o de algunos especiales.
2. Los empleados o subalternos de la policía de seguridad, cualquiera que sea su denominación.
3. Los Alcaldes, Tenientes de Alcalde y Alcaldes de Barrio.
4. Los Jefes, Oficiales e individuos de la Guardia Civil o de cualquier otra fuerza destinada a la persecución de malhechores.
5. Los Serenos, Celadores y cualesquiera otros agentes municipales de policía urbana o rural.
6. Los Guardas de montes, campos y sembrados, jurados o confirmados por la Administración.
7. Los funcionarios del Cuerpo especial de prisiones.
8. Los Agentes judiciales y los subalternos de los Tribunales y Juzgados.
9. El personal dependiente de la Jefatura Central de Tráfico, encargado de la investigación técnica de los accidentes".

19 Como apunta A. M. MAUGERI, *La responsabilità da comando nello statuto della Corte Penale Internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 778-779.

20 Vid., por todos, M. GARCÍA ARÁN, "Artículo 615 *bis*", en J. CÓRDOBA RODA y M. GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo II*, Marcial Pons, Madrid,

embargo, esta expresión alude únicamente a aquellas omisiones penales referidas a resultado y equivalentes a la comisión que no se contemplan en precepto legal alguno con una descripción típica negativa. Por tanto, la denominación "delito de comisión por omisión" no es aplicable a aquellos supuestos de omisión y resultado específicamente previstos, como es el caso que nos ocupa, que ya configuran expresamente la posición de garante y consideran estructuralmente equivalentes la omisión y la causación activa del resultado. En efecto, el art. 615 *bis* CP atribuye expresamente en sus apartados 1 y 4 a autoridades y jefes militares, así como a quienes actúan efectivamente como tales, y a superiores en el ámbito de su competencia no comprendidos en las categorías anteriores, una posición de garante[21], considerando estructuralmente equivalentes la omisión y la causación activa del resultado en el supuesto de que no adopten las medidas a su alcance para evitar la comisión de los delitos mencionados por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo o por sus subordinados, respectivamente[22]. De esta forma, no es necesario acudir al art. 11 CP, que regula la comisión por omisión, pues el legislador ya ha equiparado la omisión a la acción en este supuesto[23]. Puede llamar la atención que no se prevea aquí una cláusula de inexigibilidad de la conducta alusiva a la inexistencia de riesgo propio o de terceros similar a la prevista en el art. 450 CP. Al respecto se ha de tener presente, por un lado, la relación de superioridad jerárquica de que disfruta el sujeto activo del art. 615 *bis* CP en comparación con el del art. 450 CP, que lleva a pensar que corre menos riesgos, y por otro la importancia de los bienes jurídicos afectados, que obliga a operar en esta materia con un criterio restrictivo. Serán de aplicación, en cualquier caso, las circunstancias eximentes y atenuantes comunes.

Es necesario que entre las competencias de la autoridad o jefe militar o del superior se encuentre la adopción de medidas para evitar la comisión de delitos por

---

2004, p. 2720. Sobre el concepto de omisión que utilizo, vid. P. FARALDO CABANA, "Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el Derecho penal español", *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 2ª época, núm. 16, julio 2005, pp. 29-78.

21 Que se deriva directamente de lo establecido en el art. 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, que establece la obligación de los comandantes de prevenir la comisión de delitos por sus subordinados, por lo que puede hablarse de una obligación legal de actuar en evitación de tales hechos, puesto que se recoge en un Tratado internacional que además tiene la consideración de derecho consuetudinario. En este sentido, entre otros, J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, "La reforma del Código penal español por Ley Orgánica 15/2003: un paso al frente en «la criminalización de la barbarie»", cit., p. 222. Lo ponía en duda A. GIL GIL, "España", en K. AMBOS y E. MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América latina y España*, Montevideo, 2003, p. 376, nota núm. 181.

22 Evitándose así el tener que comprobar la equivalencia entre la omisión y la causación activa del resultado, que suele ser problemática.

23 Vid. sin embargo A. GIL GIL, "Artículo 615 *bis*", cit., p. 2023.

los subordinados y que en concreto estuviera en condiciones de adoptarlas, en particular porque era conocedor de que se iban a cometer o ya se estaban cometiendo, pues con otro entendimiento no se podría justificar que se le impusiera la misma pena que a los autores.

En relación con la segunda modalidad de conducta, no adoptar las medidas a su alcance para que sean perseguidos esos delitos, nos encontramos ante una omisión del deber de perseguir determinados delitos que puede adoptar dos formas, según el sujeto activo tenga competencias para perseguir o no: no perseguir los delitos y no denunciar los delitos a quien tiene competencias para perseguirlos. A diferencia de la anterior modalidad, aquí nos encontramos ante delitos de omisión pura o propia[24], en los que se sanciona tanto la mera inactividad como una actividad insuficiente, siempre que en ambos casos se pueda decir que no se han adoptado las medidas que el sujeto tenía a su alcance y estaba obligado a emplear. En cualquier caso, no se imputa un resultado. Dado este menor desvalor de injusto, la conducta se castiga, coherentemente, con una pena inferior a la de los autores.

Ahora bien, para que surja el deber de perseguir los delitos o, subsidiariamente, de denunciarlos es necesario, en primer lugar, que el sujeto activo haya conocido[25], por cualquier vía, su perpetración actual o futura, sea por denuncia, sea por haberlos presenciado él mismo. Téngase en cuenta que si el sujeto ha presenciado los hechos se le podría imputar la no adopción de las medidas a su alcance para evitar la comisión de los delitos por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, por supuesto siempre que se diesen los elementos de esta modalidad de conducta, que se aplicaría preferentemente y de manera exclusiva, no siendo punible en tal caso

---

[24] A. GIL GIL, "Artículo 615 *bis*", cit., pp. 2022-2023.

[25] Aquí no se prevé una modalidad imprudente, lo que obliga a exigir que ese conocimiento sea efectivo, sin que baste que el sujeto activo pudiera haberlos conocido de haberse comportado diligentemente. Ello no supone, en mi opinión, que no se haya hecho una correcta adaptación del art. 28 del Estatuto de Roma al Derecho interno. En la letra a) de su apartado 2 se señala, en cuanto al elemento subjetivo que debe concurrir en el superior, que responderá siempre que "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". Se trata, a mi juicio, de dolo en ambos casos, ya que es presupuesto del delito omisivo que el dolo abarque la comisión actual o futura de los delitos por parte de los subordinados. En este sentido, GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta de justicia penal internacional*, cit., p. 53. Se trata, sin embargo, de una cuestión discutida, pues no faltan autores que ven en la redacción de este inciso del Estatuto de Roma un grado de imprudencia, si bien de mayor gravedad que la exigida para el castigo del jefe militar. Vid. K. AMBOS, *Nuevo Derecho penal internacional*, INCP, México, 2002, p. 474; A. GIL GIL, "Artículo 615 *bis*", cit., p. 2022; G. WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 232.

el incumplimiento del deber de perseguir los delitos en aplicación del privilegio de impunidad del autoencubrimiento.

En segundo lugar, se debe producir un efectivo abandono o dejación de funciones, de modo que no se lleve a cabo conducta alguna tendente a la persecución del delito. No se castiga aquí el escaso celo desplegado, ni tampoco un mero retardo, que podrán dar lugar, en su caso, a una infracción disciplinaria, sino la total omisión de medidas tendentes a esa persecución que, eso sí, puede enmascararse con la adopción de medidas ineficaces.

En tercer lugar, se requiere capacidad de actuación por parte del sujeto que omite, esto es, la posibilidad material de impedir la comisión del delito o, subsidiariamente, de denunciarlo.

4. *Aspecto subjetivo.* Todas las conductas del art. 615 *bis* CP son dolosas, y por tanto hay que entender que se exige el conocimiento de los hechos realizados o que se proponen realizar los subordinados. La única modalidad imprudente se refiere a la conducta tipificada en el apartado 1, respecto de la cual se castiga la imprudencia grave con la pena inferior en uno o dos grados. Esta regulación permite perseguir casos de error vencible sobre la actuación y los propósitos de los subordinados, que reciben el tratamiento del error de tipo[26]. Este castigo de la modalidad imprudente de la infracción del deber de impedir la comisión de determinados delitos no se extiende al supuesto en que el sujeto activo es el superior: aquí se ha optado por no castigar la imprudencia grave, probablemente porque por su lejanía respecto de los hechos no se estima que exista merecimiento de pena. La punición de los delitos imprudentes de omisión y resultado se rige por las mismas normas que la de los delitos dolosos[27]. Teniendo en cuenta que el delito imprudente se caracteriza por la causación de un resultado que es consecuencia de la creación o el aumento de un peligro no permitido a causa de la infracción del deber objetivo de cuidado, la omisión imprudente debe suponer la creación de un riesgo no permitido o bien la transformación de un riesgo originalmente permitido en otro no permitido por ausencia de las medidas de precaución exigibles, riesgo que desemboca en la producción del resultado típico[28]. Por lo que a nosotros interesa, el punto a partir del cual el riesgo se transforma de permitido en prohibido en los delitos imprudentes

---

[26] Como señala M. GARCÍA ARÁN, "Artículo 615 *bis*", cit., p. 2721.

[27] Cfr. M. PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, Civitas, Madrid, 1999, p. 110; de la misma autora, "La impunidad de la participación imprudente en el Código Penal de 1995", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. extraordinario, 2000, p. 165.

[28] Cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, "Causalidad, omisión e imprudencia", en C. M. ROMEO CASABONA (ed.), *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*, Comares, Granada, 1997, pp. 80 y ss.

de omisión y resultado viene establecido por las normas de diligencia[29]. Así pues, la autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal siendo competente para la vigilancia del foco de peligro responde como autor imprudente por omisión al no haber evitado los resultados dañosos causados por sus subordinados como autores inmediatos dolosos (no imprudentes, porque no se prevé la comisión imprudente de los delitos internacionales)[30].

III. CONCLUSIONES

El art. 615 *bis* CP no ha trasladado al Derecho Penal común español exactamente la misma regulación de la responsabilidad de los jefes y otros superiores que existe en el Estatuto de Roma[31]. Como rasgo diferenciador, cabe señalar que no se sanciona con la misma pena al superior que omite impedir que al que omite reprimir o informar a las autoridades competentes para que repriman los crímenes cometidos por los subordinados, pues en este segundo caso, que se configura como un delito de omisión pura, recibe la pena inferior en dos grados a la de los autores. Se ha seguido la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal en este aspecto, que señalaba la conveniencia de establecer "dos niveles de responsabilidad: uno para aquellos jefes militares que no intervengan para impedir los delitos cometidos por sus fuerzas cuando aún pudieran hacerlo, que se equipara a la autoría del delito mismo; y otro, para aquellos supuestos en los que se infrinja el deber de promover la persecución de dichos delitos, una vez cometidos, con una pena menor"[32].

Ahora bien, al margen de esta cuestión la superposición es prácticamente total, lo que en principio merece un juicio positivo. Cuestión distinta es que debido a la aplicación preferente del Código Penal Militar, por especialidad, los jefes y autoridades militares hayan de ser juzgados conforme a una normativa que no responde en absoluto a los principios generales del Estatuto de Roma, como es la constituida por los arts. 78 y 137 CPM. La existencia de una doble incriminación de conductas similares o idénticas en el Código Penal común y en el militar, co-

---

29 Cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, "Causalidad, omisión e imprudencia", cit., p. 82.

30 Ampliamente E. GIMBERNAT ORDEIG, "La omisión impropia en la dogmática penal alemana", *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 9, 1999, pp. 357 y ss.

31 Pese a la opinión de alguna autora, que afirma que "en el art. 615 *bis* se establece la responsabilidad de los jefes militares o superiores, en consonancia con el art. 28 del Estatuto de Roma y con las mismas condiciones estipuladas en éste". C. QUESADA ALCALÁ, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, cit., p. 383.

32 GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta de justicia penal internacional*, cit., pp. 52-53.

metidas en el primer caso por cualquier persona y en el segundo sólo por militares, con algunas faltas de coordinación debidas a los distintos momentos en que se elaboraron ambos códigos, estando afectada España por distintas obligaciones internacionales (al respecto es decisiva la fecha del 21 de abril de 1989, cuando España ratifica los Protocolos I y II, momento en el que está en vigor el Código Penal Militar, pero el común no se modificaría hasta 1995, y en el aspecto que nos interesa hasta 2003), ha llevado a un importante sector doctrinal a proponer un cambio de técnica legislativa, consistente en la reelaboración del Código Penal militar para hacerlo complementario del Código Penal, eliminando el Título II y haciendo remisión al texto común para el castigo de las conductas que incluye, que podría aplicarse por la jurisdicción militar al ser militares sus autores[33]. Hasta el momento no se ha abordado una modificación en este sentido, aunque su urgencia es evidente.

---

[33] Cfr. M. PÉREZ GONZÁLEZ y M. ABAD CASTELOS, "Los delitos contra la comunidad internacional en el Código Penal español", cit., pp. 458-459; F. PIGNATELLI Y MECA, "El Código Penal Militar. Perspectivas de «lege ferenda»", en F. PÉREZ ESTEBAN (dir.), *El derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 146-150. Sobre las difíciles relaciones entre ambos textos legales, vid. J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, "El Código penal militar en el sistema penal español. Principio de especialidad y concurso de leyes", en F. PÉREZ ESTEBAN (dir.), *El derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes*, cit., pp. 21 y ss.

SECCIÓN IV

PROCEDIMIENTO PENAL

El papel de las víctimas en procedimientos internacionales

Paulina Vega González*

I. LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN LOS PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES: EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN

La participación de las víctimas en los diferentes procedimientos internacionales es relativamente reciente si uno la compara con la evolución del papel del individuo en Derecho Internacional. En gran medida su evolución, tal y como se menciona más adelante, siguió por un lado el camino del Derecho Internacional de los derechos humanos y en las últimas décadas afianzó su lugar dentro del Derecho Penal Internacional.

Si bien en los derechos de las víctimas comprendidos por el derecho a la verdad, el derecho a la justicia, a la reparación y a la protección se puede identificar una interrelación e indivisibilidad de los mismos, esta contribución analizará de forma particular el derecho a la participación.

Todos los procedimientos internacionales en donde se encuentra contemplada la participación de las víctimas, ésta trae consigo un efecto multiplicador que trasciende los trabajos de los estudiosos de la academia o la promoción de las organizaciones quienes hacen uso de las decisiones de los distintos órganos para promover su participación. Una participación genuina y real de las víctimas permiten dar al Derecho Internacional, en su rama penal o de derechos humanos, un alcance mayor al caso en particular de que se trate, al impactar no sólo en la víctima directa en su búsqueda de justicia, sino también en la comunidad a la que pertenecen y en muchos casos a la sociedad o nación de la que proviene.

En este sentido, su participación cobra una importancia particular en los procedimientos ante los tribunales penales internacionales donde se busca determi-

---

* Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y Maestra en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame. Presidenta de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH) y Vicepresidenta de la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), México.

nar la responsabilidad individual de las personas y en donde, debido al tipo de crímenes internacionales que son materia de su competencia, éstos afectan no sólo a las víctimas directas y a sus familiares, sino también a comunidades más amplias.

Para poder analizar el derecho a la participación debe tomarse en cuenta igualmente el acceso a la justicia, la posibilidad que las víctimas tienen de utilizar los diferentes mecanismos para la determinación de los derechos y obtener justicia. Por ello, durante el análisis que se presenta debe en todo momento tomarse en cuenta, cuál es el acceso real que las víctimas tienen en los procedimientos internacionales y la participación que en ellos las víctimas pueden tener.

1. La evolución de los derechos de las víctimas en el Derecho Internacional de los derechos humanos

El desarrollo convencional de los derechos de las víctimas se ha gestado a la par de la evolución del Derecho Internacional de los derechos humanos (DIDH), especialmente en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), así como en el ámbito regional[1]. Sin embargo, hoy día los derechos de las víctimas se encuentran también reconocidos por el Derecho Penal Internacional (DPI) cuya inserción, si bien tardía, ha impactado de manera concreta la evolución de esta rama del Derecho Internacional. Al mismo tiempo, se puede evidenciar cómo los derechos de las víctimas han progresado dentro del Derecho Penal nacional en diversos países, principalmente en aquellos que cuentan con una tradición legal germano-románica.

Una revisión rápida del Derecho Internacional de los derechos humanos nos permite identificar los grandes grupos de derechos y su evolución. En este sentido, los derechos de las víctimas encuentran su primer fundamento en la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**[2] de 1948 (en adelante "la Declaración Universal"), en particular en el artículo 7[3] que establece el derecho a ser tratado igual ante la ley (la igualdad ante la ley), el artículo 8[4] que contiene el derecho a

---

1 Véase igualmente la Declaración Americana de Derechos del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH).

2 Disponible en: http://www.un.org/es/documents/udhr/.

3 Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

4 Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales

un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes cuando se hayan violado derechos, y el artículo 10[5] que establece el derecho a ser oído por un tribunal para la determinación de los derechos.

Si bien la Declaración Universal no establece que estos derechos son exclusivos de las víctimas, sí les son directamente aplicables en casos de que éstas sean víctimas de un delito o de abuso de poder y, producto de esta violación, las víctimas decidan acudir ante las diversas instituciones en búsqueda de la justicia. En este sentido, cualquier persona que sufra una afectación a sus derechos tendrá el derecho a ser tratada con igualdad y a un recurso efectivo en la determinación de sus derechos ante los tribunales.

Los derechos contenidos en la Declaración Universal son desarrollados con más detalle por el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** de 1966[6] (en adelante "El Pacto"), en particular al determinar el contenido del derecho a un recurso efectivo [art. 2 (3) (a)][7], establecer cuáles son las garantías judiciales (art. 14)[8], y desarrollar el derecho a la igualdad ante la ley (art. 26)[9].

El Pacto no va más allá de hacer mención a los derechos particulares de las víctimas, pero el derecho a un recurso efectivo es sin duda la base del acceso a la justicia y en último término base del derecho a la participación[10].

---

reconocidos por la constitución o por la ley.

5 Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

6 Véase: http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm.

7 Artículo 2 [...] 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

8 Artículo 14. 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, [...] para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

9 Artículo 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

10 Véase igualmente el artículo 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 6 de la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en torno al debido proceso y las garantías judiciales.

Por su parte el Comité de Derechos Humanos encargado de determinar el contenido de los derechos establecidos por el Pacto a través de sus Observaciones Generales ha brindado mayores elementos sobre los mismos. Así por ejemplo la Observación General 32 al detallar el contenido del artículo 14 sobre las garantías judiciales establece la importancia del derecho a la asistencia letrada al señalar que "[e]l que se disponga o no de asistencia letrada determina con frecuencia que una persona pueda tener o no tener acceso a las actuaciones judiciales pertinentes o participar en ellas de un modo válido"[11]. Una lectura armónica de esta disposición si bien no menciona a las víctimas en particular, sí establece que el derecho a la asistencia letrada es un derecho derivado del Pacto que debe satisfacerse para garantizar el acceso a un recurso efectivo con las debidas garantías judiciales.

Hasta este momento los derechos reconocidos a las víctimas que hemos señalado no fueron desarrollados desde la perspectiva de la víctima. Pareciera más bien que son desarrollados en una primera etapa como una garantía de protección del individuo frente a la acción del Estado quien controlaba de manera monopólica la acción punitiva y por ello se hacía necesario regular su uso y evitar los abusos. Sin embargo, la propia realidad hizo ver a los Estados que la protección no sólo debía otorgarse frente a quien podría serle aplicable la acción punitiva del Estado, sino a las personas que fueran víctimas de una afectación en sus derechos y decidieran hacer uso del sistema de justicia penal de los Estados para buscar el resarcimiento de sus derechos.

La adopción en 1985 de la **Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder**[12] constituye un primer reconocimiento de que las víctimas cuentan con derechos oponibles al Estado cuando éstas están en búsqueda de la justicia.

La Declaración contiene el primer catálogo de derechos de las víctimas en el ámbito de los procedimientos penales a nivel nacional. Esta declaración distingue los grupos de derechos de las víctimas en los procedimientos de justicia penal cuando éstas sean víctimas del delito, entiéndase esto por la delincuencia común, y las víctimas del abuso del poder, cuando en la afectación de sus derechos se encuentren implicados actores estatales.

En este sentido, la Declaración da una definición de quienes deben ser entendidos como víctimas al señalar que se "entenderá por "víctimas" las personas

---

[11] Vid. párr. 10: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/437/74/PDF/G0743774.pdf?OpenElement.

[12] Adoptada por la Resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985. Disponible en: http://www2.ohchr.org/spanish/law/delitos.htm.

que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder". Y establece que se considerarán víctimas con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador y se incluye en el concepto víctimas a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa así como a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

En relación con el acceso a la justicia, además de reconocer que las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad, se establece que éstas tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño.

En relación a la participación de las víctimas se establece que: "6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente."

En relación con las víctimas del abuso de poder la Declaración señala que: "19. Los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas [...] proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios" y "21. Los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes [...] y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio."

A raíz de la adopción de la Declaración, los derechos de las víctimas al acceso a la justicia, incluido el derecho a la protección y a ser tratado con normas mínimas de respeto y dignidad, así como el derecho a la reparación quedaron claramente establecidos dentro del procedimiento penal. Si bien estos principios serían aplicables a los sistemas de justicia nacional, también queda claro que deben impactar la justicia penal internacional.

En este sentido, la Reunión del Grupo de Expertos sobre las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder en el Contexto Internacional, celebrada en diciembre de 1995 en Viena, adoptó los Principios que garantizan los derechos e intereses

de las víctimas en los procedimientos del Tribunal Penal Internacional[13], en ese entonces en discusión, y realizó una serie de recomendaciones que apuntaron a reflejar estos derechos tanto en el estatuto como en el reglamento del Tribunal, lo que más adelante se concretaría en la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Como consecuencia, el Consejo Económico y Social de la ONU (en adelante "el Consejo"), tomó nota de la labor del Grupo de Expertos y las deliberaciones de la Reunión de Viena, y solicitó al Secretario General que llamara la atención del Comité preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional sobre la aplicabilidad de los principios básicos que figuraban en la Declaración, así como de las recomendaciones del Grupo de Expertos[14].

En un desarrollo posterior, el 18 de febrero de 2005, fueron adoptados en el marco de la ONU el **Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad**[15]. Estos principios establecen el deber de los Estados de investigar violaciones a los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, y llevar ante la justicia a los perpetradores. Sin duda la aportación principal de este Conjunto de Principios es la definición del derecho a saber, del derecho a la justicia, del derecho a obtener reparación y la garantía de que no se repitan las violaciones como derechos de las víctimas.

En particular resalta que el derecho a la justicia "[i]mplica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso equitativo y efectivo, sobre todo para lograr que su opresor sea juzgado y obtener reparación"[16] para ello "habrá que prever en normas procesales complementarias la posibilidad de que toda víctima pueda erigirse en parte civil en las actuaciones y, cuando las autoridades no cumplan con su deber, asumir personalmente esa iniciativa"[17].

---

13 Cfr. UN doc.: E/CN.15/1996/16/Add.5.

14 Véase la Resolución 1996/14 del Consejo sobre el Uso y aplicación de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

15 Los principios revisados se encuentran anexos al Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. UN doc. E/CN.4/2005/102/Add.1.

16 Véase párrafo 26 del Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión. Disponible en: http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/db75a8c4584f145a8025665e004857b6?Opendocument.

17 Ídem, párr. 27.

Por ello, el principio 19 establece que "[l]os Estados [...] deberán adoptar normas procesales complementarias para que las propias víctimas, sus familiares o herederos puedan tomar esa iniciativa, individual o colectivamente, en particular como partes civiles o como personas que inician un juicio en los Estados cuyo derecho procesal penal contemple esos procedimientos. Los Estados deberán garantizar la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso".

También en 2005, fueron adoptados los **Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones**[18]. Estos principios contienen las obligaciones de los Estados de prevenir violaciones, investigar, perseguir y sancionar a los perpetradores, brindar un acceso efectivo a la justicia a las víctimas y otorgar una reparación. Sin duda, la principal aportación de estos principios es establecer el tipo de medidas que constituyen una reparación, a través de medidas de compensación, restitución, satisfacción y garantías de no repetición.

En materia de acceso a la justicia y la obligación de los Estados de investigar, los Principios establecen que: "Principio 3. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario [...] comprende, entre otros, el deber de: c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un *acceso equitativo y efectivo a la justicia*, [...]; y d) Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación, como se describe más adelante." (énfasis añadido).

Estos Principios señalan que: "entre los recursos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario figuran los siguientes derechos de la víctima, conforme a lo previsto en el derecho internacional: a) Acceso igual y efectivo a la justicia; b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; c) Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación"[19].

Mientras que en materia de acceso a la justicia se establece que la víctimas tendrán "un acceso igual a un recurso judicial efectivo, conforme a lo previsto en el

---

[18] ONU, AG, Resolución 60/147, adoptada el 16 de diciembre de 2005. Disponible en: http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm.

[19] Cfr. Principio 11.

Derecho Internacional. Otros recursos de que dispone la víctima son el acceso a órganos administrativos y de otra índole, así como a mecanismos, modalidades y procedimientos utilizados conforme al Derecho interno. Las obligaciones resultantes del Derecho Internacional para asegurar el derecho al acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial deberán reflejarse en el Derecho interno. A tal efecto, los Estados deben: a) Dar a conocer, por conducto de mecanismos públicos y privados, información sobre todos los recursos disponibles contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario; b) Adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra injerencias ilegítimas, según proceda, y protegerlas de actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo que afecte a los intereses de las víctimas; c) Facilitar asistencia apropiada a las víctimas que tratan de acceder a la justicia; d) Utilizar todos los medios jurídicos, diplomáticos y consulares apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos por violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o por violaciones graves del derecho internacional humanitario."

En relación a la posibilidad de una multiplicidad de víctimas, los Principios establecen que: "13. Además del acceso individual a la justicia, los Estados han de procurar establecer procedimientos para que grupos de víctimas puedan presentar demandas de reparación y obtener reparación, según proceda". Finalmente, los Principios señalan que: "14. Los recursos adecuados, efectivos y rápidos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario han de comprender todos los procedimientos internacionales disponibles y apropiados a los que tenga derecho una persona y no deberían redundar en detrimento de ningún otro recurso interno."

A manera de conclusión, puede decirse que de estas normas internacionales y del desarrollo jurisprudencial de los mecanismos encargados de la supervisión e implementación de las convenciones, principios y declaraciones existen cuatro grandes grupos de derechos de las víctimas, a saber: 1) el derecho a la justicia; 2) el derecho a la verdad; 3) el derecho a la protección y asistencia; y 4) el derecho a la reparación.

De estos grupos de derechos como señalamos adelante, pondremos especial énfasis en uno de ellos, el derecho a la justicia, y analizar cómo se encuentra regulada la participación de las víctimas en los diferentes mecanismos, ya sean judiciales o cuasi judiciales, así como dar un ejemplo sobre cómo el derecho nacional ha evolucionado igualmente. Valga la pena recordar como se hizo al inicio, que si bien se identifican cuatro grandes grupos de derechos, éstos se encuentran íntimamente interconectados los unos a los otros.

2. *La participación de las víctimas en los mecanismos regionales de protección de derechos humanos*

La participación de las víctimas en los diferentes mecanismos regionales de protección de derechos humanos, si bien cuenta con un desarrollo jurisprudencial importante, e inclusive éste en algunos casos se ha visto reflejado en las normas procesales de estos mecanismos, aún no es uniforme en los tres grandes sistemas de protección regional.

Así por ejemplo, la participación de las víctimas en los procedimientos ante la **Corte Europea de Derechos Humanos** (en adelante "la Corte Europea"), a pesar de contemplarse un acceso directo de éstas o de sus representantes a la Corte[20], es casi inexistente ya que éstos son mayoritariamente procedimientos escritos llevados por los representantes de las víctimas.

La práctica de la Corte Europea, desde sus inicios, ha consistido en resolver los casos con las presentaciones escritas de las víctimas o sus representantes y las del Estado. Son excepcionales los casos en los cuales se han realizado audiencias en la sede de la Corte Europea, o fuera, en donde se hayan hecho presentaciones orales por parte de las víctimas y más excepcionales aún son las sesiones donde la Corte ha celebrado audiencias con las partes presentes y testigos[21]. En este sentido la participación en la práctica no es un elemento común para las víctimas en el Sistema Europeo.

Situación contraria ha prevalecido en la práctica del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH). Cabe señalar que en el SIDH el procedimiento para acceder a la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** (en adelante "la Corte Interamericana" o "la CoIDH") debe pasar el filtro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión Interamericana" o "la CIDH"). En este sentido, si bien no existe un acceso directo de las víctimas a la Corte Interamericana, la interacción de la víctima es una práctica común.

En materia de acceso el SIDH permite que una petición sea presentada por persona distinta a la víctima, pudiendo así las organizaciones no gubernamentales (ONG) presentar las peticiones a nombre de la víctima[22]. Por otro lado,

---

[20] El acceso directo a la Corte fue posible gracias a la entrada en vigor del Protocolo XI del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el 1° de noviembre de 1998, con lo que la Comisión Europea dejó de ser el intermediario para acceder a la Corte.

[21] Véase la regla 36 del Reglamento del Tribunal y las reglas anexas sobre las investigaciones y audiencias.

[22] Cfr. artículo 44 de la Convención Americana.

sobresalta el hecho de que la participación de las víctimas ante el SIDH haya evolucionado gradualmente tanto en la práctica como en la normativa de ambos órganos. Hoy día la participación de las víctimas tiene una autonomía procesal casi total ante la Corte como se explica más adelante.

En este sentido, si bien es cierto que el acceso de las víctimas no es directo a la Corte y se requiere que ésta tramite su petición ante la Comisión para que pueda evaluarse la posibilidad de presentar el caso ante la Corte, durante el procedimiento que se lleva ante la CIDH las víctimas sí pueden tener una participación directa en sus audiencias.

La CIDH contempla a lo largo de su procedimiento la posibilidad de celebrar diferentes audiencias. Así, la víctima cuenta con la oportunidad de participar en las audiencias y reuniones de trabajo que se fijen por la Comisión. La víctima podrá entonces ser escuchada por los Comisionados a través de presentaciones orales celebradas normalmente en la sede de la Comisión.

Adicionalmente, una vez superado el filtro de la CIDH y en caso de que el Estado no haya cumplido con las recomendaciones por ella emitidas, podrá entonces presentarse la demanda ante la Corte Interamericana. Debido al acceso amplio que contempla el SIDH, en el caso de que la víctima no sea el peticionario, es decir quien haya presentado la petición inicial a la CIDH, se deberá hacer de conocimiento de la CoIDH la opinión de la víctima directa o de sus familiares, así como sus datos[23].

De entre los tres diferentes sistemas regionales, la Corte Interamericana es quien contempla el procedimiento más amplio de participación de las víctimas a través de la celebración de audiencias públicas. Si bien esta situación no ha prevalecido desde el inicio del SIDH, la Corte Interamericana ha ampliado a través tanto de su práctica como de sus disposiciones regulatorias la participación directa de las víctimas a lo largo de sus procedimientos[24]. El primer caso en el cual la CoIDH modificó su práctica constante en donde los representantes de la Comisión hacían la presentación por las víctimas, fue en el caso *El Amparo vs. Venezuela*. En este caso, durante la parte sobre reparaciones la Corte autorizó a los representantes de víctimas presentes en la audiencia hacer intervenciones orales, independientes de la CIDH, particularmente enfocadas en la afectación sufrida por la violación y las características que debería tener la reparación del daño en el caso concreto.

---

[23] Véase artículos 23 y 44 (3) del Reglamento de la Comisión Interamericana. Disponible en: http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/ReglamentoCIDH.htm.

[24] Véanse las modificaciones sufridas al Reglamento de la CoIDH y de la CIDH en 2000 y 2005.

Actualmente, el Reglamento de la Corte contempla a la víctima como una parte independiente del proceso ante la CoIDH[25]. En relación con la participación la Corte también establece la posibilidad de que ésta sea optativa, ya que la Corte podría continuar con el caso si una vez presentada la demanda por la CIDH la víctima no comparece, garantizando que ésta última no deberá ser obligada a ser expuesta nuevamente ante la Corte ya que "esta ha comparecido ante la Com[isión] para probar la lesión de sus derechos"[26] con antelación al procedimiento ante la Corte.

Contrario a la práctica del SIDH, e incluso a la de la Corte Europea, el sistema previsto para la **Corte Africana de Derechos Humanos** no contempla el acceso directo de las víctimas. La única referencia que se encuentra en el sistema africano consiste en un procedimiento especial destinado a autorizar la presentación directa de las ONG a la Corte como la única posibilidad de un acceso directo a este sistema. Por lo tanto, las víctimas que no estén apoyadas por una ONG no podrán acceder a este sistema regional de protección de los derechos humanos.

3. La participación de las víctimas en los mecanismos convencionales de protección de derechos humanos de la ONU

El sistema de los mecanismos convencionales de la ONU deriva de los diferentes pactos y tratados internacionales que se encuentran regulados por los respectivos comités encargados de la aplicación y supervisión de estas convenciones. De los siete Comités de la ONU, cinco cuentan actualmente con la posibilidad de recibir comunicaciones individuales[27].

Estos tratados contemplan en su articulado principal o como producto de un protocolo adicional la creación de mecanismos de peticiones individuales ante los distintos comités de expertos a los cuales las víctimas de violaciones al articulado de los tratados podrán tener acceso si se cumplen los diferentes requisitos de competencia.

---

25 Cfr. artículo 1 (23) del Reglamento de la CoIDH.

26 Véase H. OLÁSOLO y P. GALAIN, "La influencia en la Corte Penal Internacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas", en K. AMBOS et al (editores), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung e V. 2010, p. 395.

27 La Convención sobre los trabajadores migrantes contiene también la posibilidad de conocer de comunicaciones individuales por el Comité (conocido como CMW por sus siglas en inglés). Este Comité será operacional cuando diez Estados Partes hagan la necesaria declaración bajo el artículo 77.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[28], la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[29], la Convención contra la Discriminación Racial[30], la Convención contra la Discriminación contra la Mujer[31] y la Convención contra la discriminación de personas con discapacidades[32], cuentan con estos mecanismos de peticiones individuales, donde las víctimas tienen un acceso directo, ya sea por ellas mismas, a través de representantes legales o de ONG, siempre que, como se mencionó anteriormente, se cumplan con los requisitos de competencia del Comité respectivo[33].

CAT	CERD	CCPR	CEDAW	CRPD
•Declaración (artículo 22) •Presentaciones orales	•Declaración (artículo 14) •Presentaciones orales	•Primer Protocolo Opcional	•Protocolo Opcional	•Protocolo Opcional

Particularmente, para poder acceder a los mecanismos de peticiones individuales es necesario que los Estados hayan realizado una declaración de aceptación de esta competencia (en el caso del CAT y del CERD) o hayan ratificado los protocolos adicionales a las convenciones (como en el caso del CCPR, CEDAW o el CRPD).

La persona que desee hacer uso de este mecanismo de peticiones individuales deberá demostrar su calidad de víctima, el nexo causal entre la conducta imputable al Estado y la violación al derecho contemplado en el tratado. En ninguno de los Comités con sistema de peticiones individuales está contemplada la asistencia legal. Una de las razones de esta situación podría derivarse de que, al ser un mecanismo cuasi judicial, se entiende que la asesoría legal no constituye un requisito *sine quanon* para poder acceder y presentar una petición, ni para llevar a término la misma, situación diferente a lo que ocurre en procedimientos penales

---

28 El Pacto es revisado por el Comité de Derechos Humanos, conocido por sus siglas en inglés como el CCPR.

29 La Convención contra la Tortura es revisada por el Comité de la Convención conocido por sus siglas en inglés como el CAT.

30 La Convención contra la Discriminación es monitoreada por el Comité contra la Discriminación conocido por sus siglas en inglés como el CERD.

31 El cumplimiento de la Convención contra la Discriminación para la Mujer es revisada por el Comité conocido por sus siglas en inglés como el CEDAW.

32 La Convención es monitoreada por el Comité conocido por sus siglas en inglés como el CRDP.

33 Los requisitos de competencia en general tienen relación con que el Estado al cual se le impute una violación haya ratificado el tratado respectivo y aceptado someterse a estos procedimientos de comunicaciones individuales.

donde es necesaria la instrucción legal ya sea propia o a través de un representante.

La práctica de los Comités ha sido siempre la de tomar sus decisiones fundados sólo en la información escrita e intercambiada por las partes y no celebrar audiencias. Sin embargo, el Comité contra la Tortura y el Comité contra la Discriminación Racial, cuentan con una disposición sobre la posibilidad de llevar a cabo declaraciones orales con el objetivo de obtener mayor información o responder a las preguntas de los miembros del Comité. En estos casos las presentaciones podrán ser llevadas a cabo directamente por las víctimas, a través de sus representantes legales o de la ONG que haya presentado la comunicación en su nombre.

4. Los derechos de las víctimas en los procedimientos penales

Los derechos de las víctimas en los procedimientos penales nacionales varían de país en país. Algunos Estados, principalmente con tradición jurídica continental o derivada del Derecho romano-germánico, contemplan la posibilidad de que las víctimas participen en los procedimientos penales. Esta participación, si bien tuvo su fundamento en la búsqueda de la reparación del daño, ha sido ampliada en diferentes aspectos, tal como se señala más adelante.

Como fue señalado anteriormente, dentro del Derecho Internacional de los derechos humanos las víctimas han visto reconocidos sus derechos, incluida la participación en los procedimientos penales, e incluso existe la obligación derivada del DIDH de incorporar estas medidas en la legislación interna. Si bien el acceso a las víctimas debe ser garantizado por los Estados a través de la legislación nacional, la participación en los procesos penales no cuenta con una homogeneidad en los diferentes países.

Así, encontramos diferentes niveles de la participación que pueden contemplar desde la más básica, como la de constituirse como *coadyuvante* del órgano investigador. Esta figura está vigente en países como México, a pesar de que el nuevo sistema penal acusatorio reconoce ya a las víctimas con otra categoría[34]. Una figura con un grado más avanzado en la participación es la del *querellante adhesivo* del órgano investigador, que en países como Guatemala permite a las víctimas tener una participación más activa en el procedimiento. Pero sin lugar a dudas, la figura que contempla tanto un mayor acceso como una participación

[34] La entrada en vigor del nuevo sistema acusatorio es progresiva y al momento de esta presentación no se encuentra vigente en toda la República Mexicana y tan sólo 7 Estados han adoptado el nuevo sistema penal.

independiente del órgano acusado es la de la *parte civil*, que en países como Francia permite el acceso directo al juzgador.

Usemos el caso de México para mostrar la evolución de los derechos de las víctimas en el proceso penal, particularmente con la adopción del nuevo sistema penal acusatorio. En México los derechos de las víctimas fueron incluidos en la Constitución Política hasta 1993, a través de la reforma al artículo 20 en la cual se insertó un último párrafo en los siguientes términos:

> "En todo proceso penal la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le presente atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes".

No fue sino hasta el año 2000, cuando se insertó un apartado especial para regular los derechos de las víctimas en la Constitución mexicana a través de la reforma al artículo 20, siendo el inciso B el que contempla los derechos de las víctimas en los siguientes términos:

> "De la víctima o del ofendido:
> I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;
> II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.
> Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;
> III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;
> IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.
> La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;
> V. Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y
> VI. Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio".

En el 2008, con la reforma constitucional que incorpora el sistema penal acusatorio, los derechos de las víctimas en el proceso penal mexicano fueron ampliados y se encuentran contenidos en el art. 20, inciso C. Resaltan en particular las siguientes modificaciones:

> "Artículo 20, C). De los derechos de la víctima o del ofendido:
> I. [...];
> II. Coadyuvar con el Ministerio Público; [...], tanto en la investigación como en el proceso, [...] y a *intervenir en el juicio e interponer los recursos* en los términos que prevea la ley. [...];
> IV. Que se le repare el daño. [...], sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, [...];

> V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: [...], secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.
>
> El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;
>
> VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos; y
>
> VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño." (énfasis añadido).

La reforma reconoce la participación de las víctimas en diferentes momentos del procedimiento en otras disposiciones, incluida la toma de decisiones sobre las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad[35] y se reconoce el derecho de las víctimas a presentar sus opiniones sobre el uso de la prisión preventiva[36]. Adicionalmente, la reforma abrió la posibilidad por primera ocasión para que las víctimas tengan un acceso directo al juez al contemplar la acusación privada[37].

Particularmente en materia de participación resalta que se reconozca que la víctima puede "intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley" así como la posibilidad de impugnar actos del Ministerio Público. Actualmente, de los 32 Estados de la República tan sólo siete han adoptado la legislación secundaria que permitirá a las víctimas ejercer sus nuevos derechos en el procedimiento penal. Igualmente está pendiente la adopción de las normas procesales aplicables al fuero federal en donde se encuentran contemplados los delitos más graves.

Con el ejemplo de la legislación mexicana, se demuestra igualmente que si bien la evolución de los derechos de las víctimas es reciente, éstos deben ser incorporados en la legislación nacional de tal forma que permitan su ejercicio efectivo, en particular en lo relativo al derecho a la participación.

Adicionalmente, considerar que los derechos de las víctimas sólo serán reconocidos en los países con tradición germano-románica, es igual a negar la evolución del Derecho Internacional de los derechos humanos, al igual que del

---

35 Véase el artículo 16, párrafo 14.

36 Artículo 19, párrafo segundo.

37 Véase el art. 21: "[...] La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial." Esta regulación sólo ha sido implementada en algunos Estados de la República por lo que faltará ver en qué circunstancias se permite el acceso directo de las víctimas al juez.

Derecho Penal Internacional. Así, existen decisiones de organismos intergubernamentales que instan a los Estados, con independencia de su tradición jurídica, a reconocer e incorporar los derechos de las víctimas en los procedimientos penales.

Así, en el seno de la Unión Europea, donde conviven Estados con tradición legal derivada del *common law* como de tradición continental o germano-románica, se han adoptado dos instrumentos que vale la pena mencionar. Por un lado, la **Recomendación del Consejo de Europa sobre la Posición de la Víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal** de 1985 y, por el otro, la **Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal**.

La Recomendación del Consejo de Europa establece directrices que deben ser incorporadas por los Estados sobre la posición de las víctimas en el marco del Derecho Penal y del proceso penal con el objetivo de que los Estados garanticen que los derechos de las víctimas se consideren en los procesos penales nacionales. En este sentido, se reconoce el papel de las víctimas en los procesos penales y la obligación de los Estados de garantizar que sus derechos sean considerados en todo momento.

Por su parte, la **Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal**, adoptada en 2001, insta a los Estados a proveer a las víctimas con un papel "real y apropiado" en el sistema de justicia penal y a asegurar que sus derechos e intereses legítimos sean reconocidos.

Estos son tan sólo dos ejemplos de cómo la obligación de incorporar los derechos de las víctimas en el proceso penal deriva del avance de los estándares internacionales, y va más allá del sistema de tradición jurídica que haya adoptado cada país.

5. Los derechos de las víctimas en los procedimientos penales internacionales

En los **tribunales militares internacionales** de **Núremberg** y de **Tokio**, creados 1945 por el Consejo de Seguridad de la ONU, no existe ninguna referencia a las víctimas de los crímenes internacionales competencia de estos tribunales ni sobre su posible participación en sus respectivos procedimientos. Uno podría hacer un argumento de que una de las razones de esta circunstancia se debió a que ambos tribunales no vieron necesaria la participación de las víctimas e hicieron uso limitado de testigos debido al hecho de que las acusaciones de los fiscales en estos tribunales se beneficiaron de la gran cantidad de prueba documental que los Aliados encontraron acerca del funcionamiento del régimen Nazi, de su estructura e incluso de la manera en que los crímenes fueron cometidos.

Años más tarde, con la creación de los **Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*** también por el Consejo de Seguridad de la ONU, tanto para conocer de los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia, adoptado en 1993, como para Ruanda, en 1994, las víctimas sólo podían participar y ser escuchadas si éstas son llamadas a juicio en calidad de testigos, y por lo tanto sólo podrán participar en la audiencia a solicitud de una de las partes y exclusivamente para contestar el interrogatorio de éstas.

La práctica de los tribunales *ad hoc* no ha reconocido la importancia de la información que las víctimas y testigos cuentan sobre los hechos más allá de los interrogatorios de las partes, y aunque se realizaron algunas modificaciones a sus Reglas de Procedimiento y Prueba, por ejemplo para permitir la recepción de *amicus curiae* sobre cuestiones de derecho, no se ha contemplado la posibilidad de que las víctimas participen en sus procedimientos.

Sin embargo, a pesar de que los tribunales *ad hoc* no contemplan la participación de las víctimas, si se revisa la normativa aplicada por estos tribunales, se encuentran algunas referencias que vale la pena mencionar. En primera instancia, ambos tribunales cuentan con una definición de víctimas al señalar que será considerada víctima "aquella persona en contra de quien se comete un crimen sobre el cual el tribunal tiene jurisdicción"[38].

Por otro lado, en materia de protección la Sala de Primera Instancia debe asegurar que el juicio sea "justo y expedito" y que sea llevado a cabo "con pleno respeto a los derechos del acusado y la debida consideración respecto a la protección de las víctimas y los testigos"[39]. De igual manera, ambos tribunales cuentan con una dependencia de testigos[40].

Finalmente en materia de reparación del daño el Preámbulo del Estatuto del TPIY señala que "el trabajo del Tribunal Internacional deberá ser llevado a cabo sin perjuicio de los derechos de las víctimas a buscar por medio de mecanismos adecuados la compensación por daños resultados", al tiempo que se contempla la posibilidad de que ambos tribunales establezcan órdenes para restablecer la propiedad como una medida de reparación a través de una audiencia especial[41], así como la obligación de la Secretaría de los tribunales a "transmitir a las autoridades nacionales relevantes" los expedientes para facilitar el procedimiento nacional de reparaciones[42].

---

38 Cfr. la regla 2 (A) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de ambos tribunales.

39 Véase el artículo 20 (1) del Estatuto del TPIY y el artículo 19 (1) del Estatuto del TPIR.

40 Véase las reglas 34, 69, y 75 de las Reglas de Procedimiento y Prueba TPIY/TPIR de ambos tribunales.

41 Ver el artículo 24 (3) del Estatuto del TPIY y el artículo 23 (3) del Estatuto del TPIR.

42 Véase la regla 106 de ambos tribunales.

Sin lugar a dudas, fue hasta la adopción del **Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional** (en adelante el Estatuto de Roma o el Estatuto de la Corte) que los derechos de las víctimas fueron reconocidos en los procedimientos penales internacionales de acuerdo a los estándares internacionales vigentes en la materia. Por ello, la normatividad aplicable a los procedimientos de la Corte Penal Internacional (CPI) contempla una serie de disposiciones relativas a las víctimas[43].

Si bien el estudio de la participación de las víctimas en la CPI es materia de una presentación distinta, valga la pena mencionar algunas de las características de los principales derechos de las víctimas en este sistema de justicia penal internacional y hacer una reflexión general sobre el derecho a la participación ante esta corte penal internacional permanente.

Para cuestiones didácticas, los derechos de las víctimas ante la CPI pueden ser agrupados en tres derechos principales en donde desataca el derecho a la participación, el derecho a la protección y el derecho a solicitar reparaciones. De estos derechos se derivan otros derechos accesorios cuya finalidad es hacer ejecutables y efectivos estos derechos principales.

En materia de participación encontramos este derecho general en el artículo 68 (3) del Estatuto de la Corte. Esta disposición habilita a las víctimas para participar en los procedimientos penales en donde sus intereses se vean afectados. La participación podrá hacerse en las diferentes etapas del procedimiento, al igual que en aquellos momentos procesales específicos en donde está expresamente contemplada su participación, como en el caso de que el Fiscal decida no ejercitar su facultad de investigación de *motu proprio* de acuerdo al artículo 15 (3) del Estatuto de Roma[44].

---

[43] Véanse los artículos del Estatuto: 15 (3), 19 (3), 68 (3), 64, 65 (4), 82 (4), 43 (6), 75 (3), 79, 82, 76 (3), 57 (3) (e) y 93 (1) (k); las Reglas de Procedimiento y Prueba: 16, 49, 50,59, 81 (3), 85, 87 (2), 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 101 (1), 107, 119 (3), 131 (2), 132 (1), 143, 144 (1), 148, 150, 151 (2), 156 (2), 217, 218 (4), 219, 221, 223 y 224; las normas del Reglamento de la Corte: 2, 21, 24, 32, 38, 39, 41, 42, 50, 54 (o), 56, 79, 80, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 101, 116 y 117; y las normas del Reglamento de la Secretaría: 2, 18, 21 (2), 28 (2), 36 (3), 43 (3), 47, 51 (d), 64 (4), 65 (4), 79 (2), 80, 81 (1), 82, 83, 84, 88 (1), 89, 90 (1), 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 122 (2) (d) y 163 (3). Adicionalmente otras tantas disposiciones de estos ordenamientos les son igualmente aplicables a las víctimas mutatis mutandis.

[44] Algunos autores llaman "derechos específicos" a los derechos de participación contenidos en los artículos 15 (3) y 19 (3), frente al "derecho general" que otorga el artículo 68 (3) Estatuto de Roma. Véase: G. BITTI y G. GONZÁLEZ, "La participación de las víctimas ante la Corte Penal Internacional", en J. GUEVARA y T. DEL MASO, *La Corte Penal Internacional: una visión Iberoamericana*, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 673.

Uno de los derechos accesorios derivados del derecho principal a la participación es el derecho de las víctimas a contar con una la representación legal o a ser notificada e informada sobre el desarrollo del procedimiento si así lo desea. Cabe señalar que los derechos de las víctimas ante la CPI han sido detallados por la jurisprudencia de las diferentes salas de la CPI y hoy existe ya una amplia gama de decisiones al respecto.

El otro derecho principal de las víctimas es el derecho a la protección, para ello es necesario revisar los artículos 68 y 43 del Estatuto de Roma. La protección ante la CPI debe entenderse como una protección integral que reconoce tanto la seguridad de la víctima, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas.

El tercero de los derechos principales es el derecho a solicitar la reparación del daño de acuerdo al artículo 75 del Estatuto de Roma. Valga señalar que las medidas de reparación contenidas en el Estatuto de Roma pueden ser de carácter colectivas o individuales y para su ejecución puede hacerse uso del Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas y sus familias, el cual cuenta con un doble mandato tanto para apoyar la reparación ordenada por la Corte y para proveer asistencia de urgencia a las víctimas, incluso antes de contar con una sentencia condenatoria[45].

Es importante aclarar quién puede ser considerado víctima ante la CPI. La Regla 85 contiene la definición de víctima al señalar que ésta puede ser una persona física si ha sufrido un daño como resultado de la comisión de un crimen de la competencia de la Corte. Las personas morales podrán tener igualmente la calidad de víctima si demuestran tener como objeto un fin cultural, educativo, religioso u humanitario (ej. escuelas, centros religiosos u hospitales) y haber sufrido un daño como resultado de la comisión de un crimen de la competencia de la Corte.

A pesar de que los derechos de las víctimas recogidos en la CPI reflejan los desarrollos internacionales, su ejercicio ante ésta sigue estando limitado al respeto de un juicio justo e imparcial y del respeto de las garantías del inculpado. En este sentido las víctimas ante la CPI aún no cuentan con un estatus de parte en el procedimiento, sino de participante.

La jurisprudencia de la CPI ha ido definiendo qué debe entenderse por el derecho a la participación e incluso ha habilitado a las víctimas para que desde

---

[45] A la fecha no existen decisiones de la CPI sobre la reparación del daño ya que su primer juicio se acerca apenas a su conclusión, por otro lado, tampoco se han adoptado por la Corte los principios sobre reparaciones a los que hace referencia el artículo 75.

el momento inicial de los procedimientos puedan participar, reconociendo la importancia de los derechos de las víctimas.

Otra de las características que deben ser analizadas con detenimiento cuando se explica el procedimiento ante la CPI y los derechos de las víctimas, está relacionada con una figura nueva a través de la cual las víctimas adquieren un doble status (el de víctima y testigo de la Corte). Este estatus surge de la posibilidad de que la víctima solicite ejercer su derecho de participación ante la Corte y al mismo tiempo sea llamada por la Fiscalía o la Defensa como testigo.

Finalmente, para concluir este breve examen sobre el estado de los derechos de las víctimas ante la CPI, es importante señalar que la CPI ha creado una estructura para dar respuesta al mandato relacionado con las víctimas. Así, la Unidad de Víctimas y Testigos dentro de la Secretaría de la Corte, está encargada de velar por la protección de los participantes en diferentes momentos y con las diferentes medidas de protección. Por otro lado, igualmente dentro de la Secretaría, se ha creado la Sección de Participación y Reparaciones, encargada de facilitar y asistir a las víctimas que deseen ejercer su derecho a la participación ante la CPI.

Por su parte, la Oficina de Defensoría Pública para las Víctimas (OPCV por sus siglas en inglés)[46], es una oficina independiente de la CPI, cuyo mandato es brindar servicios de asistencia legal y en algunos casos incluso de representación directa de las víctimas ante los procedimientos de la CPI.

En un análisis más general, si bien el Estatuto de la CPI integró los derechos de las víctimas de acuerdo a los desarrollos propios del Derechos Internacional, lo anterior no significa que todos los tribunales penales internacionales o internacionalizados (también conocidos como tribunales mixtos o híbridos), incluso los que se han creado con posteridad a la adopción del Estatuto de la Corte, hayan reflejado igualmente los derechos de las víctimas en su normativa de la misma manera que la CPI, en particular, que contemplen la posibilidad de que las víctimas puedan participar en los procedimientos.

A continuación se presenta un cuadro comparativo que contiene, a grandes rasgos, cómo se encuentra regulada la participación de las víctimas en estos tribunales penales. Sin embargo, debe aclararse que en la mayoría de estos tribunales se contempla la posibilidad de la participación de las víctimas y en aquellos que no se encuentra contemplada, la razón principal proviene del hecho de que el sistema penal nacional de estos Estados no permite la participación de las víctimas en los procedimientos penales.

---

[46] Véase la norma 81 del Reglamento de la Corte.

Bosnia Herzegovina	Camboya	Sierra Leona	Timor Oriental	Kosovo	Líbano
No	Sí participación Parte civil y presentar información	No	Sí participación Directiva Derecho a ser escuchadas en todo el proceso	Sí participación CPP 2004 Derecho a ser escuchadas en todo el proceso	Sí participación Presentar opiniones y preocupaciones (art. 68.3 ER)
	Representación legal		Representación legal	Representación legal	Representación legal
	Asistencia financiera				
	Reconoce a las asociaciones				
	Unidad de Víctimas			Unidad de Víctimas	

Sin lugar a dudas, la participación de las víctimas ante las Cámaras Extraordinarias de Camboya son quienes contemplan el aspecto más amplio de la participación, al considerar a las víctimas partes civiles al igual que se encuentra reflejado en la legislación penal nacional de este Estado.

Cuando las víctimas de crímenes bajo la competencia de estos tribunales internacionales analicen la posibilidad de ejercer sus derechos y participar en un procedimiento penal deberán tomar en cuenta una serie de elementos con el objetivo de evitar la creación de falsas expectativas de lo que esta participación comprenderá. En primer lugar deberán analizar el concepto de víctima, con el objeto de determinar si caen bajo los supuestos contemplados por los tribunales ya que éste puede incluir no sólo a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas; deberán igualmente determinar si su calidad de víctimas las hace víctimas directas del daño o indirectas (ej. familiares de la víctima finada) y si su calidad es aceptada bajo las normas del tribunal; deberán igualmente identificar el tipo de daño sufrido, ya sea moral o material, y finalmente establecer el nexo causal del daño sufrido con los crímenes que se investigan y/o con el acusado en caso de que éste ya se haya determinado por la fiscalía.

Por otro lado, deberán conocer el grado de participación contemplado por el tribunal penal al igual que las medidas, en su caso, de protección y reparatorias. Pero sin dudas, un elemento clave para garantizar su participación, particularmente en procedimientos internacionales, está relacionado con la posibilidad de contar con un representante legal y con analizar si existe la posibilidad de acceder a asistencia material para poder cubrir esta representación legal y asegurar así su participación a través de su representante legal.

Las modalidades de participación tendrán igualmente un papel clave en garantizar que las víctimas tengan una participación que sea no sólo formal sino significativa, que éstas se apropien del proceso de búsqueda y aplicación de justicia por los crímenes cometidos. Las modalidades de participación podrán incluir una gama que va desde asistir y participar en las audiencias, a menos que en razón de las circunstancias se prefieran las intervenciones escritas; hacer presentaciones durante la apertura y el cierre de las diferentes etapas; presentar opiniones y preocupaciones sobre diferentes momentos procesales, solicitar diligencias y ofrecer pruebas; solicitar medidas de protección dentro y fuera del procedimiento de ser necesario; la apelación de decisiones; la facultad de interrogar a testigos y al imputado, entre otras.

II. DESAFÍOS COMUNES EN RELACIÓN CON LA PARTICIPACIÓN

A manera de conclusión puede decirse que los desafíos que actualmente enfrentan las víctimas, tanto de violaciones graves a los derechos humanos como de crímenes internacionales, son múltiples y no en todos los casos su participación directa está contemplada en los diferentes procedimientos internacionales disponibles en la búsqueda de justicia y lucha contra la impunidad.

En la mayoría de los casos las víctimas participan a través de sus representantes legales, lo que hace que muchas veces la aplicación de la justicia siga siendo un elemento distante para las víctimas.

Por otro lado, los procedimientos, tanto de derechos humanos como de Derecho Penal Internacional, no fueron diseñados originalmente para atender a una multiplicidad de víctimas e, incluso en aquellos en donde se contempla la participación de las víctimas, ésta contempla mecanismos que responden a situaciones donde sólo un puñado de víctimas estaría pensado para participar en ellos. Sin embargo, debido a la propia naturaleza de las violaciones o de los crímenes internacionales, se requiere que estos procedimientos se adapten a fin de permitir la participación de las víctimas, incluso cuando estas sean un grupo amplio. La primera consecuencia de la falta de un diseño *ad hoc* que responda a esta realidad es el hecho de que, cuando hay una variedad de víctimas, la regla general es llevar a cabo la participación de las víctimas a través de los representantes legales en lugar de privilegiar la participación directa de las víctimas[47].

---

[47] Un ejemplo claro de esta situación se encuentra en las Cortes Extraordinarias de Camboya en donde las reglas de participación de las partes civiles fueron modificadas en el caso 2 y subsecuentes. Para mayor información visite: www.fidh.org.

Adicionalmente, en casos donde existe multiplicidad de víctimas, además de privilegiarse la participación a través de la representación legal, la figura de la representación común prevalece como la opción para asegurar la participación de las víctimas al tiempo de facilitar la celeridad de los procedimientos. Esta representación común podrá darse siempre que no exista conflicto de intereses entre las víctimas o grupos de víctimas representados por el mismo representante común.

En este sentido, uno de los desafíos actuales es lograr que esta participación, así sea a través de sus representantes legales o de representantes legales comunes, sea significativa para las víctimas y tenga un impacto sobre ellas. Sólo así podrá impactarse a las comunidades afectadas y contribuir, a través de estos procedimientos de búsqueda de la justicia, abonar a la reconstrucción de tejido social afectado por violaciones graves o por crímenes internacionales cuyo efecto va más allá de la víctima en lo particular, sino que toca igualmente a un grupo determinado, a una comunidad y en algunos casos a toda una nación.

Esta situación obliga tanto a los tribunales penales, ya sean estatales o internacionales, así como a los mecanismos de derechos humanos, a encontrar la manera de complementar la participación legal con otras formas que puedan darle un verdadero sentido de pertenencia a las víctimas de los procesos de justicia, que en la mayoría de los casos, se hacen en su nombre y sobre el sufrimiento que éstas tuvieron causado por violaciones graves a los derechos humanos o por la comisión de crímenes internacionales.

El papel de las víctimas ante el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos

Ximena Medellín*

Hablar del papel de las víctimas en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos ("Sistema Interamericano" o "SIDH"), no es hablar de un estado estático de cosas que se ha mantenido sin cambios durante décadas. Nada más alejado de la realidad. En línea con la evolución del Derecho Internacional, el papel de las víctimas ante el SIDH se ha ido transformando y consolidando, en una construcción dialéctica entre criterios jurisprudenciales y normas reglamentarias que rigen los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Corte IDH" o "Corte") y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ("CIDH" o "Comisión").

En este marco, este capítulo abordará dos temas esenciales: (i) el concepto de "víctima" para fines del litigo regional de casos individuales[1], y (ii) las reglas que, en la actualidad, rigen la participación de las víctimas en dichos casos, particularmente ante la Corte IDH.

I. CONCEPTO DE "VÍCTIMAS" EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En ausencia de una definición normativa precisa del término "víctima" dentro de los instrumentos interamericanos[2], el mismo se ha desarrollado a través de la

---

* Profesora asociada-investigadora, Centro de Investigación y Docencia Económica, México.

1 Es importante enfatizar que el estudio presentado en este capítulo se refiere únicamente al concepto y papel de las víctimas en los procesos de casos individuales ante ambos órganos del SIDH (en exclusión de otros mecanismos de protección como las medidas cautelares y provisionales). Al respecto véase, por ejemplo, Corte IDH, Caso *"Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párrs. 107 y 108.

2 Desde 1991, el Reglamento de la Corte incluye las definiciones de los términos "víctima" y "presunta víctima". De conformidad con estas disposiciones, las personas tendrán la calidad de "presuntas víctimas" hasta que no se determine la violación de sus derechos; una vez que la Corte ha realizado dicha determinación, las personas tendrán la calidad

jurisprudencia y doctrina interamericanas. Si bien el análisis pormenorizado de esta construcción normativa escapa el objeto de este capítulo, es importante comenzar por resaltar algunos de los elementos esenciales del término (en su estado actual de desarrollo), como preámbulo para el estudio del papel de las víctimas en el SIDH.

En primer lugar, es fundamental resaltar que a la fecha, dentro del SIDH, la "víctima" siempre será una persona física (con exclusión de las personas morales). En este sentido, la Corte ha enfatizado que "la titularidad de los derechos humanos reside en cada individuo, y [...] por ello la supuesta violación de los derechos debe ser analizada de manera [...] individual"[3].

Desde una perspectiva procesal, esto significa que, en los casos contenciosos ante la Corte, las presuntas víctimas deberán ser identificadas e individualizadas desde la demanda de la Comisión[4] o, en su defecto, en las etapas iniciales del proceso[5]. Lo anterior no excluye, sin embargo, la posibilidad de definir a las presuntas víctimas con base en su pertenencia a un grupo específico, cuando las violaciones alegadas se relacionan, por ejemplo, con la falta de reconocimiento de la propiedad comunal o sus condiciones de vida[6]. En estos supuestos, la Corte parece no requerir la identificación individual de las personas, sino que se refiere a las violaciones cometidas contra los "miembros" del grupo en cuestión[7].

---

de "víctimas". Sin minimizar la importancia toral de este criterio, lo cierto es que estas definiciones no precisan aspectos esenciales del concepto tales como "persona" o el alcance y la naturaleza del daño que se debe haber sufrido para ser considerado como víctimas a efectos de los procedimientos individuales del SIDH.

3 Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*, nota *supra* 1, párr. 106. En este mismo contexto, es pertinente resaltar algunas decisiones de la CIDH, en las que también se afirma que únicamente las personas físicas podrán tener la calidad de víctimas en el marco de los procesos de peticiones individuales. Por ejemplo, en el caso *Mevopal S.A. vs. Argentina*, la CIDH afirmó que "[...] la persona protegida por la Convención es 'todo ser humano', —en inglés 'every human being' y en francés 'tout etre humain'—. Por ello, la Comisión considera que la Convención otorga su protección a las personas físicas o naturales, excluyendo de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas o ideales, por cuanto éstas son ficciones jurídicas sin existencia real en el orden material". CIDH, Informe Nº 39/99, *Mevopal, S.A. vs. Argentina*, 11 de marzo de 1999, párr. 17.

4 Al respecto, la Corte ha sostenido que "con el propósito de garantizar [...] la protección efectiva de los derechos de las presuntas víctimas, es preciso que éstas se encuentren debidamente identificadas e individualizadas en la demanda de la Comisión [...]". Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*, nota *supra* 1, párr. 109.

5 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párrs. 72-74.

6 Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146.

7 Por ejemplo, en la sentencia de fondo en el caso de la Comunidad Yakye Axa, al determinar la violación al derecho a la vida, derivado de la omisión del Estado de adoptar

De manera adicional, la Corte ha establecido que, para efectos de la determinación de la calidad de "víctima", se debe establecer que la persona física ha sufrido de un daño como resultado de una conducta (acción u omisión) atribuible al Estado. De forma más precisa, en uno de los procesos evolutivos más interesantes de la jurisprudencia interamericana, la Corte ha determinado que el daño sufrido por la persona puede ser tanto material como moral, emocional o psicológico[8]. Lo anterior ha derivado en el reconocimiento como "víctimas" de algunos familiares, que si bien no resintieron de manera directa la conducta inicial, efectivamente sufrieron graves daños en su integridad personal y psicológica como resultado de una conducta atribuible al Estado[9].

En síntesis, aun cuando ningún instrumento interamericano contiene una definición consolidada de "víctima", los órganos del SIDH han logrado dotar al término de un contenido propio, el cual ha sentado las bases para la protección efectiva de las víctimas directas e indirectas de las violaciones de derechos humanos[10]. Más aun, la construcción normativa del concepto en el marco de la ju-

---

las medidas necesarias para que las víctimas tuvieran una vida digna, la Corte se refirió a "los miembros de la Comunidad Yakye Axa", sin hacer ninguna referencia individual al nombre o identidad de las víctimas. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay,* Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 176 (referente a la violación al artículo 4 de la CADH, atribuible al Estado). Esta argumentación contrasta con aquélla del párrafo 178 (en la misma sentencia), en cuanto a la posible responsabilidad estatal por la muerte de 17 miembros individualizados de la comunidad (cuyos nombres son, efectivamente, incluidos en la sentencia). En este mismo sentido, véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa,* nota *supra* 6.

8 Dentro de las decisiones particularmente relevantes para la evolución de la jurisprudencia interamericana a través de la cual se determina que el daño puede ser tanto físico como psicológico y moral, véase, Corte IDH, *Caso Blake vs. Guatemala,* Fondo, Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C No. 36; Corte IDH, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala,* Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63; Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala,* Fondo, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70; Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101; Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140.

9 A este respecto pueden consultarse, entre otras, las mismas sentencias referidas en la nota anterior.

10 Dentro de la jurisprudencia y doctrina interamericanas, los conceptos de víctimas directas e indirectas fueron abordados a mayor detalle por algunos votos de los jueces. Véase, en particular, los votos de los jueces Augusto Cançado Trindade y Sergio García Ramírez en la sentencia de fondo del caso *Bámaca Velázques vs. Guatemala.*

risprudencia y doctrina interamericanas ha tenido un impacto tangible en otros foros internacionales, tales como la Corte Penal Internacional[11].

II. PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS Y SUS REPRESENTANTES ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Tal como lo afirmó en su momento el Juez Sergio García Ramírez, calificar a una persona como "presunta víctima" de una violación de derechos humanos "[...] reviste fundamental importancia [en el contexto de los procesos ante los órganos del SIDH] [...] tanto por sus implicaciones sustantivas —para identificar al sujeto pasivo de la lesión, titular de los derechos afectados y de aquellos otros que genera la conducta violatoria—, como por sus consecuencias procesales —para precisar la legitimación y la correlativa capacidad de actuación en diversos momentos del proceso—"[12]. Esta última dimensión, *i.e.* los derechos procesales de las víctimas en las peticiones individuales, constituyen el segundo tema sustantivo a analizar en este capítulo.

Como es bien sabido, en el SIDH el conocimiento de un caso individual inicia con la presentación de una petición ante la Comisión, en la cual deben exponerse los "hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por [los instrumentos interamericanos]"[13]. Asimismo, la petición deberá identificar a las presuntas víctimas del caso, quienes deben ser determinadas o determinables[14], lo que excluye la posibilidad de presentar peticiones *in abstracto*[15].

---

11 Al respecto véase, H. OLASOLO, "La influencia en la Corte Penal Internacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparaciones de víctimas", en G. ELSNE (ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2010, pp. 379-427.

12 Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala,* Fondo, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 2.

13 Lectura *contrario sensu* del artículo 47 de la CADH.

14 En casos particulares, la CIDH ha admitido peticiones que, si bien no incluían una identificación precisa de cada una de las presuntas víctimas, las mismas pertenecían a grupos específicos y definidos lo que facilitaría su eventual determinación. CIDH, Informe Nº 34/01, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Caso 12.250, 22 de febrero de 2001. Es interesante recordar que, cuando este mismo caso fue presentado ante la Corte IDH, la Comisión únicamente incluyó en la demanda a 10 víctimas de la masacre y algunos de sus familiares, a pesar que durante la masacre fueron asesinadas al menos 49 personas. Lo anterior, porque la CIDH únicamente pudo identificar e individualizar, de manera precisa, a las primeras 10 víctimas. Esto reafirma que la identificación de las presuntas víctimas es un requisito más estricto en el contexto de los procedimientos ante la Corte.

15 La CIDH ha reiterado que para que una petición "[...] sea admisible deben existir víctimas concretas, individualizadas y determinadas [nota omitida] no siendo admisi-

Con estas bases, una vez determinada la admisibilidad de la petición, los procedimientos ante la CIDH se desarrollan en un triangulo conformado por la propia Comisión, el Estado demandado y los peticionarios. Sin minimizar la importancia que revisten estos procedimientos para la efectiva protección de los derechos en la región, esta sección se centrará en las reglas que, desde la adopción del nuevo Reglamento de la Corte[16], rigen los procesos contenciosos ante la misma.

Dicho Reglamento introduce importantes cambios procesales, entre los que destaca: (i) la ampliación del número de representantes comunes hasta un máximo de tres (artículo 25.2); (ii) el impedimento de los jueces de conocer casos contra el Estado del que son nacional (artículo 19.1); (iii) la delimitación de la figura del juez *ad hoc* a casos interestatales (artículo 20); (iv) la ampliación de los medios por los cuales se pueden presentar escritos y pruebas (artículo 28); (v) la posibilidad de determinar la acumulación de medidas cautelares y supervisión del cumplimiento de dos o más sentencias dictadas respecto de un mismo Estado (artículo 30 incisos 4 y 5); y (vi) reglas más precisas con respecto a la producción de testimonios, comparecencias e interrogatorio de declarantes y peritos (artículo 47-52)[17].

Sin minimizar la importancia de estos cambios, la nueva normativa introduce otros cuatro elementos que no sólo refinan el procedimiento, sino que transforman sustancialmente la configuración del litigio ante la Corte: (i) el **cambio del papel procesal de las presuntas víctimas y sus representantes**, quienes se consolidan ahora como los titulares de los derechos materiales y procesales; (ii) la consecuente **modificación del papel de la Comisión Interamericana** en

---

bles peticiones realizadas *in abstracto*, desvinculada de los derechos de seres humanos individualizados.[nota omitida]". CIDH, Informe Nº 88/03, *Parque Natural Metropolitano vs. Panamá*, Petición 11.533, 22 de octubre de 2003, párr. 28. Además, véase, entre otros, CIDH, Informe Nº 51/02, *Janet Espinoza Feria y otras vs. Perú*, Caso 12.404, 10 de octubre de 2002, párr. 35. En este contexto, como nota adicional, es importante recordar que en el SIDH no existe una identidad entre el peticionario y la presunta víctima de las violaciones; en otras palabras, la persona quien presente la petición ante la CIDH puede ser una persona distinta a aquélla quien ha sufrido la presunta violación, atribuible al Estado.

16 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

17 Sobre las nuevas reglas que rigen la presentación de declarantes y peritos véase, por ejemplo, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Abrill Alosilla y otros vs. Perú*, 8 de septiembre de 2010; Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Abrill Alosilla y otros vs. Perú*, 14 de noviembre de 2010.

dichos litigios[18]; (iii) la introducción de la figura del **Defensor Interamericano**, y (iv) la creación e implementación del **Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos** ("Fondo")[19], el cual tiene por objetivo "[...] facilitar acceso al sistema interamericano de derechos humanos a aquellas personas que actualmente no tienen los recursos necesarios para llevar su caso al sistema"[20].

1. El cambio del papel procesal de las presuntas víctimas y sus representantes

Desde la perspectiva del papel de las víctimas ante la Corte, no cabe duda que el punto esencial de las modificaciones normativas es su consolidación procesal *vis-à-vis* el Estado demandado. No obstante, para entender el verdadero alcance de esta afirmación, es importante hacer un breve recorrido por la evolución reglamentaria y jurisprudencial que nos trajo hasta aquí.

Como punto de partida, es crucial recordar que dentro del marco normativo establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("CADH")[21], únicamente la Comisión o un Estado Parte pueden someter un caso a la Corte[22].

---

18 Artículos 35.1.f y 52.3 del Reglamento de la Corte (2010).

19 A este respecto, es importante precisar que el Fondo fue creado por una resolución de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, y no por el nuevo Reglamento de la Corte. AG/RES.2426 (XXXVIII-O/08) "Creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008. Las reglas financieras y funcionales del Fondo fueron adoptadas por el Consejo Permanente de la propia OEA: CP/RES.963 (1728/09) "Reglamento para el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", aprobado en la sesión celebrada el 11 de noviembre de 2009. Los aspectos operativos, relacionados con la aprobación de la asistencia a las víctimas, se regulan por dos reglamentos independientes, aprobados por la Comisión y la Corte, respectivamente.

20 AG/RES.2426 (XXXVIII-O/08), nota *supra* 19.

21 La CADH no es sólo el tratado esencial para el reconocimiento de los derechos humanos en la región, o el instrumento constitutivo de la Corte Interamericana, sino que también establece el andamiaje normativo esencial del sistema de peticiones individuales ante los dos órganos del SIDH. Véase, artículos 44-51 y 61-69 de la CADH.

22 Véase, artículo 61 de la CADH. En este contexto, es importante recordar que según el marco establecido por la CADH, el procedimiento ante la CIDH es una condición *sine qua non* para la presentación de un caso contencioso ante la Corte. En consecuencia, sólo después de haber agotado el conocimiento de la petición ante la CIDH sin que se haya llegado a una solución o el Estado haya dado cumplimiento a las recomendaciones emitidas por aquélla, el Estado o la propia Comisión podrán someter el caso para el conocimiento de la Corte, de conformidad con el artículo 61.1 de la CADH. Véase, además, Corte IDH, *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, Serie A No. 101.

Esto excluye, sin más, la posibilidad de que las víctimas (como personas físicas) tengan acceso directo a la misma. Por ende, en tanto que no exista una reforma o modificación al marco convencional, cualquier evaluación del papel de las víctimas en los litigios ante la Corte debern darse dentro de las posibilidades normativas determinadas por la CADH.

Lo anterior no significa, sin embargo, que la Corte no haya reconocido, con la fuerza necesaria, el papel sustantivo que tienen las víctimas en los casos contenciosos, aun en los momentos en que su estatus procesal era muy limitado. De hecho, si bien de conformidad con los primeros reglamentos que rigieron el litigio ante la Corte, los representantes de las víctimas acudían a los procesos en calidad de "asesores" de la CIDH[23], sin posibilidad de actuar de manera independiente, las decisiones continuamente resaltaban el verdadero papel de las víctimas. De manera precisa, en el marco del primer caso contencioso ante la Corte, *Velázquez Rodríguez vs. Honduras,* el Juez Rodolfo E. Piza Escalante contundentemente afirmó que "[...] en el proceso ante [la Corte], la única parte activa, en sentido sustancial, son las víctimas o sus causahabientes, titulares de los derechos reclamados y acreedores de las prestaciones que en la sentencia se declaren [...]. En cambio la Comisión, parte imparcial e instrumental, al modo de Ministerio Público del [SIDH], lo es solamente en el sentido procesal, como actora en el juicio, nunca en el sustancial o material, como acreedora de la sentencia"[24].

El siguiente paso se dio en 1996, con la aprobación de un nuevo reglamento de la Corte. En los procedimientos regidos por el mismo, los representantes de las víctimas seguían compareciendo en calidad de "asesores" de la CIDH[25], aunque ahora podían ser ***invitados*** por la Corte a presentar alegatos independientes en materia de reparaciones[26]. Aunque esta nueva posibilidad parece empatar los derechos materiales y procesales de la víctima, al menos en tanto titular del dere-

---

23 De conformidad con el artículo 21 del Reglamento de la Corte, aprobado en 1980, la CIDH podía nombrar "asesores" para los litigios ante la Corte. Con base en esta norma, la Comisión desarrolló una práctica en la que los representantes de las víctimas (en los procesos ante la propia CIDH) eran designados como "asesores" ante la Corte. Esta práctica se formalizó en el Reglamento de la Corte aprobado en 1991 al determinar que si entre los asesores de la Comisión se encontraban "los representantes designados por el denunciante original", la Corte debía ser notificada. De manera adicional, el mismo reglamento estableció que la demanda presentada ante la Corte debe ser notificada tanto al "denunciante original" como a la víctima y sus familiares. Véase, los artículos 22.2 y 28 del Reglamento de la Corte aprobado en 1991.

24 Voto razonado, Juez Piza Escalante, Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 4.

25 Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Castillo Páez vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C No. 34, párr. 14.

26 Véase, el artículo 44 del Reglamento de la Corte (1996).

cho a ser beneficiaria de reparaciones, desde una perspectiva normativa, su ejercicio estaba todavía sujeto a la determinación que al respecto realizara la Corte.

No obstante lo anterior, lo cierto es que, en la práctica, las víctimas comenzaron a tomar un papel central en el debate sobre reparaciones. Así, por ejemplo, en el caso *El Amparo vs. Venezuela*, los representantes de las víctimas avanzaron argumentos que diferían sustancialmente de las apreciaciones presentadas por la Comisión con respecto al cálculo de las indemnizaciones[27]. Esta misma práctica se sostuvo, por ejemplo, en el caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, dentro del cual los representantes plantearon las bases para un importante debate sobre las indemnizaciones ejemplares en el marco de los casos contenciosos ante la Corte[28].

Si bien estos datos podrían pasar desapercibidos, la relevancia de la participación de las víctimas en el contexto de la determinación de las reparaciones fue enfatizado por el Juez Antonio Cançado Trindade, al advertir que "[e]n el presente dominio de protección, las víctimas de violaciones de derechos humanos ocupan una posición central; y como claramente lo revela el contencioso de reparaciones e indemnizaciones, son ellas, las víctimas —y no la Comisión [...]— la verdadera parte demandante ante la Corte"[29].

Así, la consolidación de la actuación independiente de las víctimas en la etapa de reparaciones sentó las bases para otra modificación normativa de mayúsculas dimensiones. De conformidad con el reglamento de la Corte aprobado en 2000, las víctimas y sus representantes podrían participar, de forma autónoma, en todas las etapas del procedimiento ante la Corte, litigando al lado de la Comisión y dentro del marco fáctico establecido por la misma[30].

---

27 Corte IDH, *Caso El Amparo vs. Venezuela*, Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C No. 28, párrs. 24-27.

28 Corte IDH, *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C No. 39, párrs. 27, 31 y 42 a 44 (estos últimos, sobre el debate de la indemnización ejemplar).

29 Voto disidente del Juez A. Cançado Trindade. Corte IDH, *Caso El Amparo vs. Venezuela*, Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C, No. 28, nota al pie de página correspondiente al párrafo 8.

30 Artículo 23.1 del Reglamento de la Corte (2000). Con respecto a la sinergia entre derechos materiales y procesales, frente a la participación de la víctima y la CIDH en los casos ante la Corte, el Juez Antonio Cançado Trindade enfatizó que, en el proceso de reforma reglamentaria del año 2000, la Corte "[...] tuvo presentes los enfoques tanto de la *tesis de derecho procesal*, con énfasis en la facultad privativa de los Estados Partes y de la Comisión de someter un caso a la Corte [artículo 61 (1) de la Convención Americana], y la *tesis de derecho sustantivo*, con énfasis en la condición de los individuos de titulares de los derechos consagrados en la Convención. De la tensión ineluctable entre las dos tesis (que corresponden a dos corrientes del pensamiento jurídico), resultó el entendimiento de que la

A este respecto, la Corte afirmó que "[e]n la actual etapa de evolución del [SIDH], la facultad de las presuntas víctimas, sus familiares o representantes de presentar en forma autónoma solicitudes, argumentos y pruebas no puede ser interpretada sino en forma consecuente con su condición de verdaderos titulares de los derechos reconocidos en la Convención y destinatarios de la protección ofrecida por el sistema, sin desvirtuar por ello los límites convencionales a su participación ni al ejercicio de la competencia de la Corte"[31].

En términos más concretos, la Corte sostuvo que "[...] puesto que ***un caso contencioso es sustancialmente un litigio entre un Estado y un peticionario o presunta víctima*** [nota omitida], éstas pueden referirse a hechos que permitan explicar, contextualizar, aclarar o desestimar los que han sido mencionados en la demanda [...] [así como introducir] [...] hechos supervinientes [nota omitida], siempre que se encuentren ligados a los hechos del proceso [nota omitida]"[32]. Más aún, según la interpretación avanzada entonces por la Corte sobre su propio reglamento, las víctimas y sus representantes podían argumentar la violación de derechos distintos a aquéllos contenidos en la demanda de la Comisión[33]. Lo anterior, en reconocimiento de su condición de verdaderos titulares de los derechos humanos, así como de sujetos del Derecho Internacional de derechos humanos[34].

Este fortalecimiento procesal de las víctimas también se materializó, como era de esperarse, en el debate sobre reparaciones. En el caso *Pueblo Bello vs. Colombia*, por ejemplo, la propia Comisión afirmó que "[...] en atención a las disposiciones reglamentarias de la [...] Corte[,] que otorgan representación autónoma al individuo, la [CIDH] solamente desarrollará [...] los criterios generales en materia de reparaciones y costas [...][,] [bajo el entendido] que corresponde a los fami-

---

nueva facultad de los peticionarios de presentar de forma autónoma sus alegatos ante la Corte debía atenerse a los elementos fácticos y jurídicos contenidos en la demanda presentada por la Comisión". Voto Razonado Juez Antonio Cançado Trindade, Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, párr. 6.

31 Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia,* Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 58; Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, nota *supra* 8, párr. 55.

32 Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México,* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220, párr. 56. [Énfasis añadido]. No obstante el margen establecido por la Corte a favor de las víctimas, es importante apuntar que la propia Corte se ha negado a conocer de hechos completamente ajenos a la demanda introducidos por los representantes. *Ídem,* párr. 60.

33 Véase, en particular, Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas,* nota *supra* 30, párr. 155 (al ser el primer caso resuelto en su totalidad conforme al reglamento de 2000).

34 *Ídem*, párr. 155; Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú,* Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párr. 179.

liares de las víctimas y sus representantes la concreción de sus pretensiones, de conformidad con el artículo 63 (1) de la Convención Americana"[35].

Con estos antecedentes, y después de un largo proceso de debates entre los actores del sistema, la Corte adoptó un nuevo Reglamento en 2009. De conformidad con el mismo, el proceso se inicia con "la presentación [por parte de la CIDH] del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención [en contraposición con la antigua "demanda"], que contenga todos los hechos supuestamente violatorios, inclusive la identificación de las presuntas víctimas"[36]. La Comisión deberá señalar de manera específica los hechos que se somete al conocimiento de la Corte, los cuales continúan determinando el marco fáctico al cual deben adecuarse las presuntas víctimas y sus representantes[37]. Lo anterior, no excluye, en línea con la jurisprudencia previa de la Corte, la posibilidad de referirse a otros hechos que "permitan explicar, contextualizar, aclarar o desestimar los que han sido mencionados"[38] en el informe, o aquéllos que puedan calificarse como supervinientes.

Además, las presuntas víctimas y sus representantes conservan, por supuesto, el derecho a presentar su propio escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, en el que pueden alegar la violación de derechos distintos a los señalados en el informe de la Comisión[39]. Más aun, en línea con la consolidación procesal de las presuntas víctimas, son ellas (y no la Comisión) quienes están facultadas para presentar, producir y promover los medios necesarios para probar los hechos y violaciones alegadas en el caso[40]. En otras palabras, más allá de las pruebas presentadas ante la CIDH que sean transferidas a la Corte con el expediente el caso[41], son las presuntas víctimas y sus representantes quienes podrán solicitar la comparecencia de declarantes, peritos, así como la producción e introducción de pruebas documentales o de otra naturaleza, de conformidad con las reglas

---

35 Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, nota *supra* 8, párr. 52.

36 Artículo 35 del Reglamento de la Corte (2010). Evidentemente, un Estado parte también puede someter para el conocimiento ante la Corte (aunque hasta la fecha, todos los casos contenciosos han sido presentados por la CIDH). En caso que sea el Estado quien someta el caso, se deberá atender a lo establecido por el artículo 36 del Reglamento.

37 Artículos 35.3 y 40.2.a del Reglamento de la Corte (2010). De manera adicional, la Comisión debe señalar los hechos sometidos al conocimiento de la Corte ya que, como es bien sabido, de conformidad con las normas de competencia de cada uno de los órganos del sistema, la Comisión bien puede determinar en su informe de fondo la violación a derechos con base en hechos que no pueden ser conocidos por la Corte.

38 Véase, nota *supra* 32.

39 Artículo 25.1 del Reglamento de la Corte (2010).

40 Artículo 40 del Reglamento de la Corte (2010).

41 Artículo 35.1.e del Reglamento de la Corte (2010).

que en materia de valoración y carga de la prueba han sido establecidas por los instrumentos correspondientes y jurisprudencia interamericana.

Si bien es claro, entonces, que las víctimas aún no tienen acceso directo a la Corte, es importante enfatizar que las modificaciones introducidas por el nuevo Reglamento no son menores. Desde la perspectiva del reconocimiento de la víctima como titular de derechos (y parte agraviada) era indispensable empatar su calidad material y procesal. El proceso es, en términos concretos, el vehículo a través del cual se establece la verdad jurídica, de manera que pueda existir una correspondencia entre la determinación de las violaciones y las reparaciones ordenadas. En este sentido, desde las nuevas reglas procesales, será la víctima quien pueda, dentro del marco fáctico establecido por la Comisión, proyectar en el litigio y en la sentencia su propia narrativa sobre las violaciones; dar el énfasis necesario a los hechos presentados, para construir la experiencia de las violaciones. En otras palabras, la calidad de parte procesal plena, reconocida ahora a la víctima, podrá tener un efecto empoderador al hacerla dueña material de la búsqueda de la verdad, la justicia y las reparaciones a través de los procesos ante la Corte.

2. La modificación del papel de la Comisión Interamericana

En el contexto de estos cambios, es indispensable analizar también el lugar de la CIDH en esta nueva dinámica procesal. Además de continuar siendo quien detona la jurisdicción de la Corte, la Comisión ocupará ahora un papel (procesalmente) mucho más limitado, aunque no por eso menos importante. De conformidad con el Reglamento de la Corte, la CIDH habrá de intervenir en el proceso "cuando se afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos"[42]. En este contexto, la Comisión está facultada para: (i) presentar peritos de forma independiente (si se considera que existe tal afectación) (artículo 35)[43]; (ii) interrogar a los testigos y declarantes presentados por las partes, siempre que la Corte la autorice (artículo 52.3); y (iii) presentar observaciones finales, de manera autónoma a las partes (artículo 56.2).

---

[42] Artículo 35.f.1 del Reglamento de la Corte (2010).

[43] Al respecto, la misma Corte ha enfatizado que "[e]l sentido de esta disposición hace de la designación de peritos por parte de la Comisión un acto más bien excepcional que se sujeta a ese requisito que no se cumple por el solo hecho de que el peritaje que se procura producir tenga relación con una alegada violación de derechos humanos. Tiene que estar afectado de 'manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos', correspondiendo a la Comisión sustentar tal situación". Resolución del Presidente de la Corte en el caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, 14 de abril de 2011, párr. 10.

Más allá de estos aspectos específicamente procesales, es importante hacer una breve referencia a la calidad material que ha adquirido la Comisión. Si bien el concepto de la "afectación relevante al orden jurídico interamericano" no parece tener limitados (o nulos) antecedentes dentro del SIDH, la Corte ha dado ya algunas líneas importantes sobre su significado. En concreto, la Corte parece afirmar que hay una afectación (positiva o negativa) al orden jurídico interamericano cuando el objeto o la prueba propuesta por la Comisión trasciende los intereses específicos de las partes o el caso en concreto, de manera que tiene la posibilidad de impactar la conducta de otros Estados Parte de la CADH o fortalecer las necesidad de protección en la región[44]. En síntesis, según el desarrollo actual de la cuestión, los temas que afectan al orden jurídico interamericano son aquéllos que "[...] conciernen a todos los integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos"[45].

3. El Defensor Interamericano

Una tercera modificación esencial en el Reglamento de la Corte fue la introducción de la figura del Defensor Interamericano[46]. Esta incorporación se entiende al considerar el cambio procesal de la propia Comisión, quien en el pasado había asumido la representación, para efectos del litigio ante la Corte, de las presuntas víctimas que no contaran con otro representante[47]. Más aún, al menos desde una perspectiva normativa, la figura del Defensor Interamericano parece ser un ejercicio de congruencia de la Corte, que se sujeta a su propia interpretación jurisprudencial en cuanto a la obligación de eliminar todos los obstáculos legales o materiales para el acceso a la justicia, lo que incluye el deber de proporcionar asistencia legal especializada a aquéllas personas que por su condición así lo requieran[48].

---

44 *Ídem*, párrs.12-14.

45 *Ídem*, párr. 14.

46 Según el artículo 37 del Reglamento de la Corte (2010), "[e]n casos de presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada, el Tribunal podrá designar un Defensor Interamericano de oficio que las represente durante la tramitación de caso".

47 La Corte se refirió a la posición de la CIDH como garante del "interés público bajo la Convención Americana [...]", cuando la misma asumía la representación ante la Corte de presuntas víctimas que no contaban con otra asesoría legal. Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello,* nota *supra* 8, párrs. 58 y 59. Véase, también la exposición de motivos del Reglamento de la Corte (2010). Disponible en: http://www.Corte IDH.or.cr/reglamento.cfm.

48 Véase, entre otros, Corte IDH, *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de*

Los retos más importantes en cuando a la figura del Defensor Interamericano parecen estar, entonces, no en su diseño normativo sino en las medidas que la propia Corte tome para hacerlo operativo. Hasta el momento (junio de 2011), la Corte únicamente ha celebrado un acuerdo de entendimiento con la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas ("AIDF"), con el fin de que sea la propia AIDF "[...] quien designe al defensor/a pública [...] para que asuma la representación y defensa legal durante todo el proceso [ante la Corte IDH] [...]"[49]. Sin poner en tela de juicio la capacidad y profesionalismo de los miembros de la AIDF, llama la atención que la Corte no haya optado por la fórmula utilizada en otros tribunales internacionales, en los que se ha creado una lista de litigantes, con experiencia comprobada y certificada, quienes podrán asumir la representación de las personas sujetas a la jurisdicción del órgano respectivo[50].

En la misma línea, con respecto a los retos para la operatividad de la figura del Defensor Interamericano, será indispensable determinar con toda claridad el alcance de sus responsabilidades, particularmente en cuanto a los procesos de supervisión de las sentencias. Sin lugar a dudas, el papel de los representantes en los casos ante la Corte no se limita al litigio ante la misma, sino que implica su involucramiento en el cumplimiento de la sentencia por parte de las autoridades nacionales, lo que muchas veces requiere el impulso de acciones legales adicionales[51]. Si el papel del Defensor Interamericano se restringe, entonces, a

---

los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18.

49 Cláusula Primera del Acuerdo de Entendimiento entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, suscrito en San José, Costa Rica el 25 de septiembre de 2009.

50 Como ejemplo de un modelo de listas de representantes legales resalta, sin duda, el establecido por la Corte Penal Internacional ("CPI"). De conformidad con distintos instrumentos que rigen el funcionamiento y organización de la CPI se ha creado un sistema que va mucho más allá de una compilación de nombres, casi asimilándose a una colegiatura *ad hoc*. De esta forma, se puede garantizar que los representantes incluidos en la lista (a la cual podrán recurrir tanto víctimas como acusados), cuentan con conocimiento y experiencia comprobada (mínimo 10 años de experiencia en procesos penales). De la misma forma, a través de este sistema de listas, los abogados o abogadas que comparezcan a la CPI en representación de la víctima o el acusado quedan sujetos al *Código de conducta profesional de los abogados*, documento aprobado por la Asamblea de Estados Partes de la CPI mediante la Resolución ICC-ASP/4/Res.1, del 2 de diciembre de 2005. Toda la información relacionada con la lista de representantes legales de la CPI está disponible en la página de dicha Corte.

51 En una entrevista realizada por la autora a Sergio Méndez Silva, representante legal en distintos casos ante el SIDH, se enfatizó que, una vez emitida la sentencia de la Corte, la labor de representación de las víctimas ciertamente continúa e incluye: (i) acudir a constantes reuniones con diversas instancias de Gobierno, lo que se complica por la descoor-

la representación de las presuntas víctimas en el proceso judicial internacional, sin abarcar otras etapas, aquéllas podrían quedar desprotegidas en un momento crucial para la protección efectiva de sus derechos.

4. Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Como complemento a las modificaciones reglamentarias de la Corte, el recién creado Fondo ha comenzado a tener un lugar primordial en los debates sobre las posibilidades materiales de las presuntas víctimas para buscar justicia a través del SIDH. De manera más precisa, en el litigio ante la Corte, la importancia de contar con este Fondo se relaciona, una vez más, con la nueva dinámica procesal. Como la propia Corte ha reconocido, bajo el modelo reglamentario anterior la asistencia que la CIDH prestaba a aquéllas no se limitaba a su representación (bajo determinadas circunstancias), sino que se extendía al sufragio de los costos relacionados con la producción y presentación de ciertas pruebas[52]. En el nuevo modelo, en que las presuntas víctimas y sus representantes están encargados de producir y presentar las pruebas en todas las etapas del proceso (ante la CIDH y ante la Corte), la falta de recursos puede atentar contra su derecho a acceder a la jurisdicción interamericana.

Frente a las preguntas respecto a las capacidades reales del Fondo para responder a las necesidades de asistencia financiera que pueden derivarse de un litigio internacional, es importante atender a los criterios emitidos a la fecha por la propia Corte. En primer lugar, se ha determinado que el momento procesal para solicitar la asistencia del Fondo es el escrito de solicitudes, argumentos y privas, ya que los recursos de asistencia deben estar destinados para sufragar los ***gastos necesarios y razonables*** relacionados con los ***procesos en casos contenciosos***, hasta an-

---

dinación entre las propias autoridades; (ii) dar seguimiento puntual a las investigaciones y procesos penales, a fin que los mismos integren de acuerdo los criterios establecidos en la propia sentencia de la Corte IDH; (iii) participar en diligencias probatorias; (iv) promover incidentes y recursos como apelaciones, tutelas o juicios de amparos contra actos de autoridad contrarios a lo ordenado por la sentencia. Más aún, en la etapa de cumplimiento, las víctimas y sus representantes se enfrentan con la resistencia que devine de la cultura que continúa permeando entre las autoridades. En particular, muchos funcionarios ven el cumplimiento de la sentencia como un mero trámite burocrático, y no alcanzan a percibir el efecto reparador del proceso. Se debe de luchar, incluso por asegurar que un trato digno y humano a las víctimas.

52 Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la solicitud presentada por la Interviniente Común de los representantes de las víctimas y sus familiares caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, 2 de septiembre de 2010, párr. 5.

tes de la emisión de la sentencia[53]. La solicitud debe contener, además (i) una "[...] declaración jurada y otros medios probatorios idóneos [...] [para establecer que las presuntas víctimas] carece[n] de recursos económicos suficientes para solventar los costos del litigio ante la Corte [...]", así como (ii) una identificación precisa de los "aspectos de su defensa en el proceso que requieren el uso de recursos del Fondo [...]"[54].

De manera más precisa, la Corte ha establecido que los recursos deben servir para producir o presentar pruebas ante el tribunal, lo que incluye los gastos relacionados con las declaraciones notariadas (*afidávits*), así como la comparecencia de declarantes, peritos y representantes legales a las audiencias de la Corte[55]. En una lógica de racionalización de los pocos recursos disponibles, la Corte ha limitado, además, el número de pruebas que efectivamente podrán ser sufragadas con los recursos del Fondo en cada caso[56].

La Corte también ha afirmado que el Fondo no puede tenerse como un mecanismo supletorio ante el incumplimiento del Estado de las ordenes de pagar los gastos y costas relacionadas con el litigio de casos contenciosos; aun cuando dicho incumplimiento haya mermado la capacidad económica de las víctimas y sus representantes para cubrir los gastos relacionados con el cumplimiento de la sentencia[57]. En esta línea, la propia Corte ha señalado que, de manera excep-

---

53 Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la solicitud presentada por la Interviniente Común de los representantes de las víctimas y sus familiares caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, 2 de septiembre de 2010, párr. 15.

54 Artículo 2 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Victimas, adoptado el 4 de febrero de 2010.

55 Véase, entre otras, la Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *González Medina y Otros vs. República Dominicana*, 23 de febrero de 2011, párrs. 10-11 y 13; la Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 3 de marzo de 2011, párrs. 9-10 y 12; la Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, 4 de marzo de 2011, párrs. 11-12 y 14, y la Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Torres y Otros vs. Argentina*, 14 de abril de 2011, párr. 13.

56 Esta práctica ha sido constante en las decisiones que, a la fecha, se han adoptado con respecto a los usos del Fondo. A manera de ejemplo, en el caso *Torres y otros vs. Argentina*, la Corte únicamente autorizó cubrir los gastos necesarios para asegurar la asistencia de un testigo, un perito y un representante legal a las audiencias de la Corte; lo anterior, a pesar que en la solicitud se pedía cubrir los costos relacionados con la producción de dos declaraciones, dos pericias, y el viaje de dos representantes a las audiencias de la Corte.

57 Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la solicitud presentada por la Interviniente Común de los representantes de las víctimas y sus familiares caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, 2 de septiembre de 2010, párrs. 12-14.

cional, se podrá autorizar el acceso a los recursos del Fondo fuera del proceso contencioso (es decir, en etapas como la supervisión de cumplimiento), siempre que se trate "[...] de gastos razonables y necesarios, debidamente comprobados, para que las víctimas o sus representantes que demuestren que carecen de los recursos económicos suficientes pudieren atender a una eventual convocatoria a audiencia"[58].

De manera paralela al uso de los recursos del Fondo, será importante encontrar formas en que su operación no implique una sobrecarga administrativa para la Corte, en particular, de la Secretaría Ejecutiva. Este siempre es un riesgo que, sin restar importancia a la función del Fondo, en la práctica puede resultar en detrimento del ejercicio de las funciones judiciales del órgano[59].

III. CONCLUSIONES

Sin duda alguna, el papel de las víctimas ante los órganos del SIDH, particularmente la Corte, debe entenderse desde un proceso de consolidación progresiva de sus derechos materiales y procesales. Si bien aquéllas fueron siempre reconocidas como las verdaderas titulares de los derechos consagrados en los instrumentos del Sistema y, por ende, destinatarias materiales de la protección, su calidad procesal *vis-à-vis* la Comisión Interamericana y el Estado demandado no respondía a dicha titularidad. Con la aprobación del nuevo Reglamento de la Corte, este desfasamiento entre derechos materiales y procesales parece llegar a su fin.

El nuevo paradigma procesal indiscutiblemente traerá aparejado un periodo de adaptación para todos los actores del Sistema que puede, incluso, resultar convulso. De manera más precisa, los cambios conllevarán importantes retos para las víctimas, sus representantes o, en su caso, el Defensor Interamericano, particularmente en lo que se refiere a la producción y presentación de material

---

58 Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la solicitud presentada por la Interviniente Común de los representantes de las víctimas y sus familiares caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, 2 de septiembre de 2010, párr. 16.

59 Es importante recordar que, a diferencia de otros órganos judiciales nacionales e internacionales, la Corte no cuenta con la presencia permanente de los jueces en la sede, además de tener una estructura financiera y humana reducida. En este contexto, tanto el Reglamento de la Corte como el Reglamento del Fondo parecen otorgar aún más responsabilidades administrativas a la Secretaría Ejecutiva, sin garantizar un incremento en las capacidades económicas y humanas de la misma. Lo anterior bien podría derivar en una sobrecarga del trabajo, de manera que se dificulte la operación diaria de la institución, en detrimento del papel central de la Corte: la protección efectiva de los derechos.

probatorio suficiente para establecer los hechos y las violaciones. Frente esta realidad, los operadores, usuarios y observadores del Sistema debemos mantenernos vigilantes, con el objetivo de poder responder, de forma oportuna, a cualquier señal de debilitación de aquél.

Nada de lo anterior minimiza, sin embargo, la relevancia de estos cambios. Si bien las víctimas aún no tienen la posibilidad de acceder de forma directa a la jurisdicción de la Corte, bajo el nuevo modelo, serán ellas las verdaderas protagonistas de la búsqueda de la verdad, la justicia y las reparaciones que, por medio de un proceso legal, se propone como un ejercicio reparador y de empoderamiento. Nada más erróneo que minimizar la importancia de la materialización judicial de los reclamos de justicia, propuestos desde la perspectiva y activa participación de las personas que vieron irremediablemente truncada su vida, integridad, destino y relaciones por la perpetración de una violación en contra de sus derechos humanos.

SECCIÓN V

REPARACIONES Y PROCEDIMIENTO DE REPARACIÓN

Régimen de las reparaciones por atentados graves a los Derechos Humanos

Asdrúbal Aguiar*

I. PRELIMINAR

El estudio del contenido de la responsabilidad internacional por crímenes internacionales, sean del Estado, sean de los individuos, demanda considerar dos ideas centrales. El asunto hace relación, por una parte, con el sujeto obligado a reparar, pues en el ámbito jurisdiccional internacional de los derechos humanos se presenta como tal, con carácter pasivo o reparador, fundamentalmente el Estado, quien a diferencia del individuo ostenta, además de su capacidad plena para adquirir derechos y obligaciones internacionales, tanto el deber como las posibilidades reales inmediatas de asegurar el derecho a la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos ocurridas bajo su jurisdicción.

No obstante, las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos o violaciones manifiestas, como las violaciones graves del llamado Derecho Internacional Humanitario o antiguo Derecho de la guerra, tienen como actores o ejecutores materiales e intelectuales a individuos. Ello es así con independencia del apoyo que el Estado preste a éstos o del uso por los mismos de medios estatales o que sus responsabilidades convoquen la competencia de las jurisdicciones penales internacionales hoy existentes o, acaso, de modo exclusivo o por vía de subsidiariedad, la de los tribunales nacionales; que deben aplicar —los últimos— las leyes internas o, según el caso, las normas internacionales pertinentes mediante un desdoblamiento funcional de las competencias internacionales y dada las remisiones que éstas hacen hacia el Derecho nacional por las carencias estructurales que aún acusa el ordenamiento jurídico internacional para su realización.

La gravedad de las violaciones a los derechos humanos y libertades fundamentales predica, por otra parte, la posibilidad de que en el ámbito penal inter-

---

* Doctor en Derecho; Profesor Titular de Derecho Internacional Público; Ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Miembro Asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya; Académico Correspondiente de las Academias Nacionales de Ciencias Morales y Políticas y de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

nacional la justicia inquisitorial —que se centra en la figura del acusado y en la garantía de sus derechos— encuentre su equilibrio con la justicia controversial o acusatoria, donde la víctima de los crímenes internacionales tiene algo o mucho que decir y reclamar, como también indica o se refiere al agravamiento correlativo de las consecuencias jurídicas de la ilicitud internacional o, dicho con más propiedad, del contenido de la responsabilidad internacional por crímenes de Derecho Internacional.

A tal propósito y para responder de modo integral y en apretada síntesis a las indicadas cuestiones, tomamos en consideración los aspectos históricos y dogmáticos de la responsabilidad internacional por delitos y crímenes internacionales como el *corpus iuris* que forman, en la actualidad, la codificación acerca de la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional, y los principios y directrices dictados en materia de reparaciones por las Naciones Unidas. Algunas referencias al Derecho Internacional interamericano y su jurisprudencia serán necesarias, o acaso pertinentes.

II. EL ESTATUTO DE ROMA

Lo primero que precisa indicarse es que si bien la responsabilidad penal internacional por crímenes internacionales, exigible a los individuos, tiene su antecedente en los célebres juicios de Nüremberg y sus principios, adoptados por la Asamblea General de la ONU en 1946, a pesar de la más reciente creación de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda y el que nace del Estatuto de Roma de 1998, las normas sustantivas y adjetivas internacionales que rigen al respecto no alcanzan ser constitutivas de un Derecho Internacional general pacíficamente aceptado por todos los Estados. Y en lo relativo a las reparaciones que se deben por tales crímenes, más allá del castigo que reciben los individuos autores materiales de éstos, el propio Estatuto de Roma deja el asunto en manos de la *lege ferenda*.

El artículo 75 del Estatuto, tomado como fuente convencional de la responsabilidad penal individual, es consistente con lo anterior a la vez que resuelve, eso sí, para los crímenes internacionales de su competencia y para los Estados Partes de aquél, el reconocimiento de la víctima y sus derechos como elemento de la trama procesal internacional. Sin embargo, como puede apreciarse en dicho artículo, dada incluso la novedad del asunto de las reparaciones y las eventuales complejidades que pueden suscitar desde un punto de vista práctico y de cara a los individuos responsables de crímenes internacionales, el Estatuto opta, en lo inmediato, por exigir de los Estados que sean ellos quienes identifiquen y busquen "objetos", practiquen "decomisos", o inmovilicen "el producto o los bienes

y haberes" obtenidos del crimen por el respectivo criminal; aun cuando la norma de referencia claramente indica que se trata de bienes que hacen vínculo con el crimen internacional que se juzga, no así de todos los bienes y haberes que posee el criminal y puedan satisfacer las eventuales reparaciones que acuerde la Corte Penal Internacional.

En todo caso, corresponde al Estado, según el artículo 109, hacer efectivas las multas y órdenes de decomiso decretadas por la Corte, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, y transferir a la Corte "los bienes, o el producto de la venta de bienes inmuebles o, según proceda, la venta de otros bienes que el Estado Parte obtenga al ejecutar" la respectiva decisión; bienes cuya masa, en todo caso, integran el Fondo Fiduciario que crean los mismos Estados Partes del Estatuto a su cargo y bajo administración de la Corte Penal Internacional, para "beneficio de las víctimas de crímenes", como lo dispone el artículo 79 *ejusdem*.

En suma, no precisa el Estatuto el contenido de la responsabilidad internacional comprometida o las modalidades de reparación correspondientes, salvo las de carácter aflictivo, como se indica con anterioridad y que constan en su artículo 77.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, en su amplia y nutrida jurisprudencia —ha dictado 220 sentencias desde 1987— logra desarrollar los contenidos de la responsabilidad internacional del Estado —sin calificar la comisión por éste de crímenes de lesa humanidad, lo que aún debate la doctrina— en los casos, aquí sí, de las llamadas "violaciones agravadas" de derechos humanos, tal y como lo muestra su reciente decisión de fondo en el caso *Manuel Cepeda Vargas contra Colombia*, de 26 de mayo de 2010[1]; violaciones que concitan, como consecuencia jurídica primaria, la obligación de restablecer la fuerza de la Convención Americana de Derechos Humanos y, como obligaciones secundarias del Estado, entre otras, la investigación y castigo de los responsables individuales, sean materiales e intelectuales; medidas de satisfacción y no repetición (como la publicación de la sentencia condenatoria, el público reconocimiento de su responsabilidad por el Estado, y homenajes a la víctima y su memoria); rehabilitación o atención médica y psicológica de las víctimas; e indemnizaciones de los daños materiales e inmateriales causados por las llamadas "violaciones agravadas".

---

[1] La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede consultarse, *in extensu*, en su página web.

III. ESTRUCTURA DE LA COMUNIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL Y REGLAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL: DEL PROYECTO AGO SOBRE DELITOS Y CRÍMENES INTERNACIONALES A LA CODIFICACIÓN DE 2001

Si la decantación del contenido de la responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos agravadas o por crímenes internacionales se encuentra aún en proceso de forja, tanto normativa como jurisprudencial, mediante un avance parcelado por crímenes internacionales y según las jurisdicciones competentes, ello es así por dos razones que sólo ahora supera, no sin resistencias y progresivamente, la comunidad jurídica internacional, a saber: a) los límites que a la institución del hecho ilícito internacional y la fijación de sus consecuencias determina la soberanía del Estado; y b) la circunstancia a cuyo tenor, incluso admitiéndose la responsabilidad penal internacional de los individuos por crímenes internacionales, el Estado, haciendo valer su competencia para el juzgamiento y el castigo penal y/o civil de aquéllos, a la par no acepta que en su caso se le haga sujeto pasivo de crímenes internacionales.

Sólo en el año 2001, como cabe señalarlo, la comunidad internacional logra avenirse sobre una codificación de *lege data*, obra de la Comisión de Derecho Internacional, adoptada de forma indirecta por la Asamblea General de la ONU luego de más de medio siglo de avances y retrocesos sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[2]. Dicha codificación e incluso las normas jurídicas convencionales en vigor, integrantes del *corpus iuris* sobre la responsabilidad internacional por delitos y crímenes internacionales y su contenido variable, es el producto de una evolución lenta y compleja.

Puede decirse que hasta el momento en que concluye la Segunda Guerra Mundial la doctrina científica y la jurisprudencia son permeables a la graduación de los hechos ilícitos internacionales, atendiendo a una igual graduación en el contenido de las obligaciones internacionales secundarias —o de responsabilidad— que les sobrevienen y en los derechos e intereses que éstas buscan proteger.

---

[2] Al respecto, pueden consultarse los trabajos de codificación y la exégesis del articulado en la obra de James CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'état*, Editions Pedone, Paris, 2003. Véase también, para una mejor comprensión de lo dicho, algunas explicaciones teóricas e históricas en Asdrúbal AGUIAR, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Monte Ávila Latinoamericana/Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1997; y A. AGUIAR, *Código de derecho internacional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009.

Se admite desde antiguo la diversificación de las consecuencias jurídicas «civiles» de los ilícitos (*v.gr.* la reparación material y moral del daño) cuanto la licitud de las denominadas medidas coercitivas o aflictivas que se aplican los Estados entre ellos (así, las *represalias*, el bloqueo pacífico, el embargo, la intervención o la misma guerra), pero la procedencia de estas últimas no es el resultado de una división de los hechos internacionalmente ilícitos en civiles o penales, o en graves o menos graves. El célebre *dictum* en el caso *Naulilaa*[3] es revelador al respecto, pues en su criterio las medidas coercitivas apenas pueden derivar del intento fallido del Estado para obtener la reparación del daño que le haya sido injustamente causado por otro Estado, en otras palabras, la aflicción o castigo es un medio para la realización del contenido de la responsabilidad.

Desde mucho antes de su ingreso a la CDI, Roberto Ago, ex presidente de la Corte Internacional de Justicia y padre —sin mengua de los otros relatores quienes le anteceden o suceden en su obra— del modelo que guía a la codificación de la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, sostiene que "en el Derecho internacional existen reparaciones y sanciones como efectos posibles de los hechos ilícitos internacionales"; mas advierte que "tal constatación no implica por sí sola la posibilidad de establecer una categoría de delitos internacionales civiles y otra de delitos internacionales penales". Sin embargo, no deja de reconocer que la práctica muestra una cierta orientación a separar o distinguir las especies de los delitos, pensando en ciertas formas de éstos contenidas en el Derecho Internacional de la guerra y para las cuales "el efecto jurídico... se reduce prácticamente a la facultad de infligir, mediante represalias, una sanción al Estado culpable. Y, contrariamente, podría pensarse en la posibilidad de individualizar una categoría de delitos de menor importancia... en los que la sola reparación sea suficiente, excluyendo la contingencia de las represalias".

Por otro lado, si la definición del contenido de las obligaciones internacionales —según que se trate o no de una norma de *ius cogens* o que su validez sea o no *erga omnes*— favorece el establecimiento como grados o categorías del hecho ilícito a los crímenes internacionales y a los delitos internacionales, no debe inferirse de ello que toda violación de una norma imperativa o de una obligación *erga omnes* es de suyo un crimen internacional. Al respecto es importante tener presentes los fallos de la CIJ en el asunto del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán y en el asunto sobre las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua.

---

[3] Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1011 (1928).

La categoría especial de los crímenes internacionales llega así con buena fortuna. Responde a evidentes propósitos moralizadores. Tiene por objeto reprimir acciones u omisiones que, por menospreciar la conciencia jurídica de los Estados [o de la Humanidad], en función de su gravedad y por afectar intereses colectivos acrecentados, son susceptibles de engendrar un régimen de responsabilidad internacional particularmente severo e integral, sea para el Estado en lo general, sea para los individuos conforme al Derecho Internacional particular.

En este orden, cabe tener presente que los proyectos de artículos elaborados por la CDI sobre la responsabilidad del Estado antes de su codificación final de 2001, son el derivado de una codificación *stricto sensu* pero que no abandona en su desarrollo progresivo las nuevas orientaciones y tendencias que acusa la sociedad internacional contemporánea. El proyecto elaborado por el profesor Ago sobre el origen de la responsabilidad internacional del Estado (artículos 1 a 35), adoptado dentro del texto de 1996, revela en su conjunto el pugnaz pero ineluctable tránsito que ha lugar desde la sociedad primitiva y relacional de los Estados hacia otra más civilizada, todavía en ciernes, restrictiva de la voluntad omnímoda de estas entidades políticas y por ello más humana y solidaria. Las normas que lo integran, proyectadas como descripción de la responsabilidad en el marco de una realidad internacional sobreviniente, intentan romper con la visión atomista y contractual del Derecho Internacional Público clásico en el que no tienen cabida ora las normas del Derecho imperativo (*ius cogens*) ora las obligaciones de validez *erga omnes*.

Así, en el artículo 19 del Proyecto Ago se clasifican los hechos ilícitos en delitos y crímenes internacionales, haciendo buenos tanto los lineamientos jurisprudenciales del caso *Barcelona Traction* que distingue "entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto de otro Estado..." cuanto "las disposiciones sobre el *ius cogens* del Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados". Refiriéndose a la noción de crimen internacional, la norma correspondiente se refiere a la violación de una "obligación internacional... *esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad* internacional", entre las cuales cita Ago para la CDI y a manera de ejemplo las relativas a la proscripción de la agresión, el mantenimiento por la fuerza del dominio colonial, la violación grave y en gran escala de derechos humanos, la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares, etc. Las acciones u omisiones no encuadrables dentro de tales supuestos son constitutivas de delitos internacionales, en su criterio.

En orden a lo anterior, la sucesión de un hecho ilícito internacional puede comprometer la conducta activa o pasiva de todos los Estados miembros de la comunidad internacional y no sólo la de quienes resulten directamente señalados como autores o como afectados o dañados por el respectivo ilícito.

Los términos del artículo 19 del Proyecto Ago sugieren así, de entrada, la necesidad de un avance hacia la diversificación civil y penal del contenido de la responsabilidad. Por oposición a la responsabilidad civil, cuyo propósito primordial es el de reparar económicamente el daño causado por el hecho ilícito determinando la sustitución de la obligación originaria por otra obligación secundaria, la responsabilidad penal desde siempre tiene una función regulatoria de lo social mucho más evidente. Esta última trata de reprimir las violaciones de ciertas reglas que se consideran perjudiciales a un orden social determinado.

Ello no sugiere, en todo caso, que dada la diferenciación entre delitos y crímenes internacionales, mecánicamente deba corresponder al delito internacional un régimen de responsabilidad de contenido económico y compensatorio, en tanto que al crimen otro de carácter punitivo o aflictivo. Toda regla de responsabilidad, cualquiera sea su naturaleza, encierra en su interioridad un propósito reparatorio y sancionador a la vez. La responsabilidad civil puede acusar una finalidad punitiva y de ordinario los hechos que atentan contra el orden público pueden aparejar consecuencias tanto penales como civiles. Y si bien la noción de crimen internacional del Estado introducida por Ago en su señalado artículo 19 impone desde entonces, a la propia CDI, armonizar dicha categoría con la relativa al crimen de Derecho Internacional que compete juzgar a los Tribunales de Nüremberg y de Tokio y, más recientemente, a los Tribunales para la ex-Yugoslavia y Ruanda o a la Corte Penal Internacional, en modo alguno la primera de ellas excluye la posibilidad de que el mismo Estado pueda transformarse en sujeto pasivo de una acción punitiva internacional.

En orden al planteamiento inaugural de Ago en la materia que nos ocupa, cabe observar que en el texto de los artículos propuestos en su oportunidad por quien le sucede, el relator Riphagen, y acerca del contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional (Segunda parte del proyecto adoptado en 1996), la *restitutio in integrum* casi constituye la forma de reparación de los hechos internacionalmente ilícitos, sean delitos o crímenes internacionales, en consonancia con la más pura tradición jurídica clásica. Y de resultarle difícil al Estado lesionado alcanzar del Estado responsable el restablecimiento de la legalidad vulnerada, puede aquel exigir de éste el pago de una indemnización pecuniaria correspondiente "al valor que tendría el restablecimiento de la situación que existía antes de la violación".

Luego, Arangio-Ruiz, sucesor de Riphagen, propone un articulado que mejor se adecua al naciente principio de la legalidad institucional en el ámbito de la responsabilidad que se comenta, según se lee el artículo 52 del Proyecto de 1996. Según la versión de éste, "sin perjuicio de [las otras consecuencias jurídicas de] la responsabilidad en la que ya haya incurrido" el Estado, la cesación de la ilicitud —en los supuestos de un hecho continuo— y la restitución *in natura* constituyen reglas y no meras opciones entre aquellas y la indemnización por equivalente.

El restablecimiento del orden primario vulnerado, por ende, sólo admite como excepciones la imposibilidad material de su cumplimiento o su excesiva onerosidad para el Estado responsable y, en todo caso, su no contrariedad con el orden público, es decir, con obligaciones nacidas "de una norma imperativa de Derecho internacional general".

No obstante lo anterior, es necesario destacar que las propuestas atinentes a las consecuencias jurídicas adicionales, concretas o específicas que deben colegirse de un crimen internacional, son regresivas y nada satisfactorias en su percepción estructural, por parte de la CDI. En los proyectos que siguen al de Ago y hasta antes de la adopción de la codificación de 2001, apenas queda a salvo y de manera muy relativa el crimen de agresión, pues si bien operan para él las consecuencias indeterminadas de todo crimen internacional, la norma del artículo correspondiente redactado entonces remite por vía subsidiaria al régimen jurídico e institucional previsto en la Carta de San Francisco.

La sistemática de la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos acusa, sin embargo, una regresión a la luz de la codificación que adopta en 2001 la Comisión de Derecho Internacional y aprueba la Asamblea General de la ONU mediante su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, luego de casi cuarenta años de trabajos[4].

El artículo 19 redactado por Ago, que bifurca el hecho ilícito internacional en delitos y crímenes internacionales, y también las consecuencias jurídicas específicas previstas para los crímenes internacionales, incluso en su versión reparatoria ya comentada, desaparecen. Al respecto, la codificación repite el criterio que acoge el Tribunal Militar Internacional en 1946 y que más tarde lo hacen propio los tribunales para Yugoslavia y Rwanda en cuanto a que "los crímenes contra el derecho internacional se cometen por hombres". Y si bien es cierto que el Estatuto de Roma, en su artículo 25, párrafo primero, limita su competencia a las "personas naturales" con ocasión de "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto", a la vez precisa que ello no afecta "a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional".

La citada codificación de 2001, al consagrar la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general —lo que implica flagrante o sistemático incumplimiento de dicha obligación— fija a título de consecuencias particulares una norma abierta *mutatis mutandi* como la del Estatuto de Roma. Dispone, al efecto, que si bien todos los Estados deben cooperar entre sí para poner fin a la ilicitud grave de un tercer Estado y les impide reconocer

---

4 CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'état*, cit., passim.

como lícita la situación que crea una violación grave del Derecho Internacional, quedan a salvo las consecuencias jurídicas reparatorias del perjuicio —según la mejor tradición civilista— que pueden adoptar "la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada", como lo prevén los artículos 34 y siguientes de la codificación *in comento*, pero, además, cabe "toda otra consecuencia que una violación...[grave] pueda generar según el derecho internacional. Restan sujetas a su desarrollo, por lo mismo, las consecuencias aflictivas que eventualmente comprometa la responsabilidad internacional del Estado por crímenes internacionales".

IV. LA RESPONSABILIDAD POR VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS Y LAS OBLIGACIONES DE *IUS COGENS*

El desplazamiento progresivo del tema de los derechos humanos, desde el ámbito excluyente de competencia nacional hacia el ámbito supra ordenador y subsidiario de la comunidad de los Estados, trastorna las bases del Derecho Internacional clásico, por ende los perfiles clásicos de la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, tal y como puede apreciarse de lo explicado hasta el momento.

Actualmente convergen, sin excluirse, un «Derecho común» o *corpus iuris* en formación sobre la responsabilidad por violación de derechos humanos y una gama bastante institucionalizada de normas internacionales particulares y regionales. Estas últimas son el producto de los múltiples convenios que agrupan el tratamiento de los derechos humanos en términos espaciales (universales y regionales); por generaciones de derechos (civiles y políticos; económicos, sociales y culturales); por derechos específicos (genocidio, esclavitud, tortura, asilo, libertad de información y vida privada, seguridad social); por categorías bajo protección especial (refugiados y apátridas, emigrantes, trabajadores, mujeres, familia, matrimonios y niños, combatientes, prisioneros y civiles en tiempos de guerra); y por supuestos de discriminación (raza, sexo, educación, empleo y profesión), entre otros.

El régimen de la responsabilidad por violación de los derechos humanos, a tenor del Derecho Internacional particular, ofrece una portada más orgánica pero no abandona en su totalidad el sistema voluntarista de las relaciones *vis-a-vis* entre los Estados. Por ello, las consecuencias ordinarias de la responsabilidad dentro de tal contexto son de índole esencialmente reparatorio a pesar de que adicionen algunas fórmulas retributivas y de control de la legalidad vulnerada; fórmulas éstas que, por vía de un desdoblamiento funcional, permiten requerir a los Estados la cesación de sus conductas ilícitas o la imposición de penas a los

individuos responsables de crímenes internacionales o crímenes contra la Humanidad, como lo muestra la experiencia judicial del Sistema Interamericano.

Por otra parte, la doctrina contemporánea excluye de todo debate la existencia de una obligación *erga omnes*, de origen consuetudinario, que le impone a los Estados por vía heterónoma (*ius cogens*) el respeto y la garantía de los derechos humanos. Ella se encuentra plasmada en el Preámbulo y en los artículos 1.3 y 55 c) de la Carta de San Francisco, que hacen relación —estos últimos— con los fines de las Naciones Unidas y de la cooperación económica y social internacional, respectivamente. Además, la misma ha sido expresamente reconocida en el fallo de la CIJ sobre el Caso de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua (1986), donde se afirma que "la inexistencia de una obligación jurídica (formal entre los Estados) no significa que (alguno de ellos)... pueda violar impunemente los derechos del hombre". Sin embargo, continúa siendo objeto de controversia la determinación de la naturaleza y contenido de dicha obligación y, por consiguiente, de las consecuencias que podrían asignarse a su eventual violación.

En este orden cabe observar que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948) es considerada interpretativa de las normas correlativas de la Carta de San Francisco, en cuyo caso la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos se extiende a todos los derechos descritos por aquella. Algunos autores, sin embargo, prefieren ajustarse al criterio según el cual dicha obligación comprende únicamente los denominados *derechos fundamentales*. La Carta, ciertamente, proclama la fe de los pueblos de las Naciones Unidas en los derechos fundamentales del hombre, pero la Declaración Universal no diferencia entre generaciones o categorías de derechos, menos aún precisa cuales tienen preeminencia sobre los otros.

La tendencia dominante, fijada entre otros por el Instituto de Derecho Internacional, indica la consagración de dos orientaciones complementarias. Una, de carácter cuantitativo, según la cual los Estados están obligados a responder ante la comunidad internacional de las llamadas violaciones masivas o sistemáticas. Otra, de carácter cualitativo, a cuyo tenor el Estado responde de la violación de los derechos absolutos, o sea, de aquellos que no pueden limitarse en su ejercicio bajo ningún respecto, como por ejemplo el derecho a la vida, la prohibición de la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud, etc. Queda pendiente resolver, según tal criterio, si la violación de los «otros» derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, pueden sumarse al contenido de la obligación internacional consuetudinaria de respeto a los derechos del hombre, cuando son objeto de violaciones "graves, generalizadas, indiscriminadas o penetrantes".

Existe consenso, sin embargo, en que determinadas violaciones por ser particularmente repugnantes a la conciencia humana (*v.gr.* los citados casos de geno-

cidio, de esclavitud, de discriminación racial y *apartheid*, y el atentado al derecho de autodeterminación de los pueblos), imponen deberes proporcionales de carácter inderogable, y, por lo demás, asumidos frente a la comunidad internacional en su conjunto. Ellos provienen de una costumbre cristalizada en la concordancia de muy diversos tratados universales y regionales suscritos y puestos en vigencia por los mismos Estados. Y, justamente, a propósito de estas obligaciones imperativas (*ius cogens*) es que la Comisión de Derecho Internacional propone desdoblar los hechos internacionalmente ilícitos en delitos y en crímenes internacionales, aun cuando su visión final es matizada en 2001.

Cohen-Jonathan[5] aconseja actuar con mucha cautela y prudencia en la fijación del contenido de la mencionada obligación de respeto a los derechos humanos que corre a cargo de los Estados conforme al Derecho Internacional general, sin perjuicio de las obligaciones que adquieren conforme al Derecho Internacional particular o convencional. Recomienda, en tal sentido, acudir al criterio acumulativo de la progresividad jurídica, desarrollado prolijamente por el ex-juez Nikken. Así, es posible precisar qué derechos humanos en lo particular, fuera de los que ya integran el núcleo impermeable de la mencionada obligación imperativa o de *ius cogens*, alcanzan el rango de éstos últimos quedando sujetos a la tutela inmediata de la comunidad internacional. Entre tanto, los otros derechos humanos no reconducibles hacia los ámbitos del *ius cogens* corren la suerte de los asuntos internacionales a los que se aplican *in extensu* los principios ordinarios de la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos.

En consonancia con lo expuesto, dada la estructura aún inorgánica de la comunidad internacional mundial y sumada a las obligaciones que impone el Derecho de la post guerra acerca de las contra medidas, limitándolas, es evidente que en presencia de violaciones de los derechos humanos por los Estados aquélla y éstos no tienen otro recurso —en el Derecho común— que el avenimiento consensual o el sometimiento del infractor a las críticas disuasivas de la opinión pública regional o universal. La posibilidad de restablecer el orden vulnerado transita, entonces, por los cauces ordinarios de la diplomacia, que eventualmente pueden desembocar en fórmulas jurisdiccionales no compulsivas. Las consecuencias específicas de la responsabilidad, en virtud de las magras estructuras de soporte del Derecho común internacional no pueden trascender más allá del plano estrictamente reparatorio. La cesación adicional de los ilícitos que dan origen a los daños resarcibles está sujeta a la voluntad unilateral del Estado responsable. Las posibles contramedidas del Estado víctima o de los otros Estados

---

[5] De especial importancia es el estudio de Gérard COHEN-JONATHAN, "Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme", en Société Française pour le Droit International, *La responsabilité dans le système International*, Editions A. Pedone, Paris, 1991, pp. 101 y ss.

jurídicamente interesados, apenas cumplen dentro de tal esquema una función garante de lo pactado o de lo debido.

El uso de la fuerza, en especial las intervenciones militares por razones humanitarias, está proscrito como medida unilateral pues sólo procede a instancia de los mecanismos universales y regionales de seguridad colectiva (*v.gr.* el Consejo de Seguridad de la ONU) cuyas competencias formales todavía no alcanzan a las violaciones de los derechos humanos, a menos que comprometan el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Este incongruente contraste entre la evolución de las obligaciones internacionales sobre derechos humanos y el primitivismo de los medios que buscan hacer efectiva la responsabilidad por incumplimiento, lleva a la jurisprudencia internacional a concluir en la necesidad de supeditar al previo agotamiento de las instancias regionales, de suyo más evolucionadas, todo recurso subsidiario al Derecho Internacional común. Esto parece indicarlo, cuando menos el citado fallo sobre el citado Caso de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua, donde la CIJ rechaza el argumento de los Estados Unidos quien alega que su intervención en Nicaragua protege *les droits de la population*. A la sazón, la Corte observa que los órganos del sistema interamericano ya han tomado iniciativas al respecto y a ellos corresponde decidir lo conducente.

Cohen-Jonathan piensa que en el campo del Derecho común de la responsabilidad por violación de los derechos humanos "la [actual] generosidad normativa y conceptual ha de estar acompañada de una institucionalización más acabada de los mecanismos colectivos de control y de sanción" internacionales, que siguen siendo deficientes y sobre todo morosos.

No huelga referir, en cuanto a las relaciones jurídicas de responsabilidad u obligaciones secundarias que sobrevienen a la violación o incumplimiento por los Estados de las obligaciones primarias que enuncian ora la Carta de la OEA ora la Convención Americana de Derechos Humanos quedan sujetas, por su parte y sin perjuicio de las otras disposiciones específicas o los desarrollos progresivos que emergen de tales instrumentos o se hacen necesarios, a los principios generales de la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos; que no son otros que los mencionados *ut supra* como objeto de la codificación que tiene a su cargo la CDI y adopta en 2001. Ello es así, cuando menos en lo atinente a la imputación o atribución al Estado de acciones u omisiones internacionalmente ilícitas y, de manera general, en lo que hace a la determinación de las consecuencias jurídicas que tales acciones u omisiones aparejan regularmente.

El fundamento de tal responsabilidad según el Derecho común regional y respecto de las relaciones *vis-a-vis* del Estado infractor contra la comunidad interamericana o los demás Estados miembros del sistema, se inscribe en las previsio-

nes de los artículos 9, 12 y 14 de la Carta de la OEA, que no hacen sino repetir lo que son principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Estos proclaman la igualdad entre los Estados, que significa no otra cosa que son iguales tanto en derechos como en deberes; reconocen, por otra parte, que dichos derechos no pueden ser ejercidos en perjuicio del derecho de los otros Estados limitándose unos y otros derechos recíprocamente; describen, asimismo, "el derecho que tiene el Estado de proteger y desarrollar su existencia [lo cual] no lo autoriza a ejecutar actos injustos contra otro Estado"; y, finalmente, aceptan que "el respeto y la fiel observancia de los tratados constituyen normas para el desarrollo de las relaciones pacíficas entre los Estados".

La Carta de la OEA, a diferencia de la Convención Americana mencionada, que es Derecho particular, no avanza más allá de la consagración genérica de las obligaciones primarias sobre la observancia y la defensa de tales derechos por parte de todos los Estados miembros del sistema. En tal sentido, sobrevenido el incumplimiento de las mismas por acción u omisión atribuible a uno de dichos Estados, el restablecimiento del orden infringido transita ineludiblemente por la aplicación *in extensu* de los principios generales de la responsabilidad acopiados por la doctrina y la jurisprudencia internacionales. El Pacto de San José, de su lado y como se avanza al principio de esta comunicación, encuentra un desarrollo amplio en la materia de reparaciones por violaciones de derechos humanos, incluidas las violaciones agravadas, todo ello a tenor de la previsión contenida en el artículo 63.1 de la Convención, que manda en primer término el restablecimiento o cumplimiento de las obligaciones primarias convencionales, antes de que se proceda a la declaración de las obligaciones secundarias o de responsabilidad y la determinación de su contenido. La norma reza así:

> "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

V. LAS REPARACIONES DE VIOLACIONES MANIFIESTAS DE DERECHOS HUMANOS Y DE VIOLACIONES GRAVES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En su Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005, la Asamblea General de la ONU estatuye sobre la materia de las reparaciones para los supuestos de violación manifiesta o agravada de los derechos de la persona humana, tomando en consideración las iguales previsiones que al respecto realizan, previamente y el mismo año, tanto la Comisión de Derechos Humanos como el Consejo Eco-

nómico y Social. Lo que es más importante, junto a la remisión que los artículos de aquella hacen, de manera expresa, a los artículos 68 y 75 del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, precisa que la misma no contiene nuevas obligaciones internacionales para los Estados en la materia, pues se trata de "mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones existentes". En otras palabras, dado que tal régimen para las reparaciones por crímenes internacionales al paso se adopta por consenso entre los Estados miembros de la ONU, cabe entender que las normas al respecto son interpretación auténtica tanto del mencionado Estatuto de Roma como de los demás instrumentos internacionales universales sobre derechos humanos y sobre el Derecho Internacional Humanitario o Derecho de La Haya y de Ginebra, así como complementarias de las normas del Derecho interno de los Estados comprometidas.

El régimen de las reparaciones así previsto, bajo el título de "principios y directrices", se funda sobre varios elementos cuyo reconocimiento cabe destacar:

a) El derecho de las víctimas a un recurso eficaz que les asegure sus derechos a la verdad, a la justicia, a la no repetición asegurándoseles el derecho a vivir libres de temor, y a obtener una reparación "adecuada, efectiva y rápida".

b) El criterio de complementariedad entre las normas internacionales y nacionales que rigen sobre la materia, de donde las fuentes del régimen de reparaciones no se excluyen unas a otras, a saber, los tratados, el Derecho Internacional consuetudinario, el Derecho interno de cada Estado.

c) El derecho a la participación de la víctima —trátese de personas individuales o de grupos de personas tomadas como objetivo colectivo de las violaciones a sus derechos— en todas las fases del juicio que considere conveniente.

d) El carácter integral de las reparaciones debidas a la víctima, en especial en los supuestos de violaciones manifiestas de derechos humanos y de violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, a cuyo efecto cada Estado tiene el deber de investigar, enjuiciar y castigar a las personas naturales responsables de las violaciones, incorporando a su legislación, cuando así se lo exijan sus obligaciones jurídicas internacionales, el principio de la jurisdicción universal.

e) El principio de la asistencia y protección por el Estado de las víctimas y de los testigos de las violaciones graves a los derechos humanos.

f) La no prescripción de las violaciones manifiestas de derechos humanos y de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, cuando

sean constitutivas de crímenes internacionales en virtud del Derecho Internacional.

g) En fin, la obligación de cada Estado de adecuar la legislación nacional en modo tal de que el régimen de las reparaciones y sus elementos antes enunciados adquieran certeza jurídica y se tornen eficaces.

En orden a lo anterior, la lectura y análisis de los principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de crímenes internacionales a las reparaciones, merece de algunas precisiones.

El criterio de la complementariedad entre las fuentes del derecho a las reparaciones, sugiere la idea a cuyo tenor el Derecho interno no debe fijar un estándar que sea inferior al mínimo grado de protección que ofrecen las normas internacionales.

En cuanto a los recursos a favor de las víctimas y a objeto de que alcancen una justicia integral (derechos a la verdad, a la justicia, a las reparaciones) debe tratarse de recursos que faciliten un acceso "equitativo, efectivo, y rápido" a la misma justicia. No se trata, por ende, que el Estado disponga a favor de aquéllas recursos, sino que han de ser esos que, a manera de ejemplo, consagra la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 25 sobre protección judicial: recursos sencillos, rápidos y efectivos, susceptibles de proveer al amparo inmediato de los derechos vulnerados.

El régimen "onusiano" de las reparaciones prescribe, por ende, el deber de información del Estado acerca de los recursos; el deber de protección de las víctimas y sus representantes, comprensivo de la minimización de inconvenientes para su ejercicio, el cuidado de la intimidad de éstas contra injerencias ilegítimas, y cuidarlas contra actos de intimidación y represalia, incluidos sus familiares.

Por último, prevé la normativa en cuestión, por tratarse de víctimas de violaciones graves de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario constitutivas de crímenes internacionales, que el Estado no solo debe apoyarlas en sus reclamaciones a través de los mecanismos diplomáticos y consulares de que disponga —como la protección diplomática— sino que, el ejercicio de los recursos internacionales en modo alguno puede afectar el derecho al sostenimiento, con fines de reparación, de los procedimientos internos correspondientes; con lo cual, el principio de agotamiento de los recursos internos sufre una morigeración en los supuestos de comisión de crímenes internacionales, a cuyo efecto las jurisdicciones nacionales de todos los Estados y la jurisdicción internacional actúan cooperativamente y no por vía de la subsidiariedad.

El sujeto de las reparaciones es la víctima y también sus familiares, pero en el último caso, si por familia se entiende a la inmediata e incluye a los terceros que están a cargo de la víctima directa o las personas que sufren daños por intervenir

en asistencia de la víctima, corresponde al Derecho interno proveer al respecto. Así, se entiende "por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual y colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas, o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario".

Lo dicho supone la existencia de un daño como fundamento de la responsabilidad internacional, pero cabe aclarar que el principio de la responsabilidad reside o se apoya, en el estado actual de evolución del Derecho Internacional sobre la materia, en el hecho ilícito internacional. Ello es así, tanto que, por nueva vía de ejemplos, el Pacto de San José manda, en su artículo 63.1, como primera consecuencia de la responsabilidad el cumplimiento por los Estados de sus deberes de respeto y garantía de los derechos que aquél reconoce; es decir, una vez acaecido, si cabe, el "daño jurídico". Las consecuencias reparatorias de otro orden o las obligaciones secundarias de responsabilidad, aquí sí, han lugar o se agravan de mediar un daño material o inmaterial cierto que sufre la víctima. En suma, si el hecho ilícito basta para la afirmación de la responsabilidad internacional por crímenes internacionales, la determinación de las consecuencias jurídicas de la responsabilidad exige la prueba o inferencia del daño cierto a la víctima y a sus familiares.

Las reglas de la reparación por los daños sufridos, a tenor del régimen prescrito por la ONU, son, en líneas generales, las siguientes:

En primer término, la reparación ha de contar con una teleología que no se reduce al ámbito propio de la víctima, como la es remediar "las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario". De modo que, el Estado al proveer dentro de su Derecho interno y conforme a sus obligaciones jurídicas internacionales en materia de reparaciones, ha de afirmar el principio de la proporcionalidad con relación a la gravedad de las violaciones ocurridas; a cuyo efecto queda obligado al otorgamiento de una reparación proporcional el Estado quien haya comprometido su responsabilidad y asimismo los individuos a quienes el Estado o la comunidad internacional determine como responsables materiales o intelectuales, contra quienes cabe el derecho de repetición si el Estado ya ha reparado a la víctima.

La imposibilidad o la negativa del responsable individual por crímenes internacionales a reparar a la víctima, no excluye, por lo mismo, el deber preferente del Estado de establecer programas de reparación y asistencia en beneficio de ésta.

Hemos dicho, además, que a tenor tanto del Estatuto de Roma como de la Convención Americana, en este caso conforme a su artículo 68, los Estados quedan obligados al cumplimiento y ejecución de los fallos de reparación dictados, sea por la Corte Penal Internacional, sea por la Corte Interamericana; y en el último supuesto han de ejecutarlos mediante el procedimiento previsto en el Derecho interno o nacional, cuando impongan al Estado el pago de una indemnización compensatoria.

Según el régimen de la ONU, dado el carácter cooperativo y no supletorio que demanda el deber de reparación a las víctimas de violaciones graves de derechos humanos, la ejecución a que se compromete el Estado no sólo es la que corresponde a las emanadas de la jurisdicción internacional o de la nacional correspondiente, sino que éste queda obligado también a ejecutar las sentencias extranjeras "válidas" —acaso sometidas a su exequátur y de buena fe— que impongan reparaciones y como consecuencia del reseñado principio de la jurisdicción universal.

Para concluir, la reparación apropiada y proporcional, plena y efectiva, que demandan los crímenes internacionales y benefician a sus víctimas, cristaliza o es tal cuando adquiere la forma de *restitutio in integrum*, en sus modalidades variadas de restitución en el ejercicio pleno de sus derechos humanos a la víctima o el restablecimiento del llamado *statu quo ex ante*; la indemnización de los daños y perjuicios, que incluyen las reparaciones del daño físico o mental, la pérdida de oportunidades laborales, los daños materiales incluido el lucro cesante, los perjuicios morales, y los gastos de representación jurídica o médicos y sociales; la rehabilitación de la víctima; la satisfacción; y las garantías de no repetición. La jurisprudencia interamericana, como se comenta al principio, es amplia y prolija al respecto, y constituye acaso el mejor referente en esta materia.

La satisfacción y las garantías de no repetición de los crímenes internacionales, demandan un comentario adicional. En cuanto a la primera, juega un rol determinante el llamado derecho a la verdad judicial, que no solo corresponde a las víctimas sino también a la opinión pública, pues contribuye tal conocimiento de la verdad de las violaciones agravadas de derechos humanos un acicate para evitar la impunidad como la repetición de éstas. De modo que, las investigaciones realizadas al efecto por el Estado con el propósito cierto y no fingido de obtener la verdad, sus declaraciones y disculpas reivindicatorias de la dignidad de las víctimas, los homenajes que le rinda, y la aplicación de las sanciones penales y administrativas que procedan en contra de los responsables individuales, satisface ampliamente esta exigencia reparatoria en lo particular.

Y en lo relativo a las garantías de no repetición, el régimen de la ONU afirma elementos que apuntan directamente al contexto sin el cual se hacen imposibles el respeto y garantía de los derechos humanos, tal y como lo confirman, desde el

derecho particular, las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos. Estas fijan su realización dentro del marco de las instituciones democráticas, mandan la interpretación de los derechos según las exigencias de la democracia representativa, y establecen como sus únicos límites las justas exigencias del bien común en sociedades democráticas.

En el caso de las reparaciones por crímenes internacionales, el estatuto onusiano recuerda que son imprescindibles, como garantías de no repetición, la subordinación y el control efectivo de las fuerzas armadas por el poder civil, el ajuste de los procedimiento civiles y militares a las garantías procesales que fijan los tratados internacionales de derechos humanos, y el fortalecimiento de la autonomía del Poder Judicial, entre otros; siendo de destacar como medida de fondo o estructural, por amortiguadora del clima que alimenta a los crímenes internacionales, "la promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar, y resolver los conflictos sociales".

Reparaciones a las víctimas en el Derecho Internacional

Christian G. Sommer*

I. INTRODUCCIÓN

El rol del individuo como sujeto de Derecho Internacional con posibilidades de accionar ante esferas internacionales por la violación de sus derechos fundamentales o de ser llevado ante estrados internacionales por graves crímenes contra la comunidad internacional, ha tenido una incidencia sin precedentes desde mediados del siglo XX. La constitución de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio para juzgar a los máximos responsables de crímenes de guerra, de lesa humanidad y otros delitos, en su calidad de responsables directos de los Estados que llevaron adelante aberrantes vulneraciones contra la dignidad humana o la posibilidad que el individuo accediera a tribunales internacionales de derechos humanos tanto en el ámbito europeo como en el americano para reclamar ya no a través de su Estado, sino precisamente el reclamar en forma directa contra su propio Estado la conculcación de derechos, ha significado un progresivo pero imparable proceso de mayor participación de los individuos como sujetos en la comunidad internacional.

Parte de ese fenómeno, ha sido el rol que las víctimas por violaciones de derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario han ido adquiriendo en los ámbitos jurisdiccionales de los Tribunales internacionales y en particular, como progresivamente se ha reconocido no solo el derecho a ser oídas en procesos testimoniales para alcanzar una verdad real de los hechos, sino a lograr una justa reparación por los daños que se les ocasionó.

---

* Abogado (Universidad Nacional de Córdoba - UNC). Doctorando en Derecho (UNC). Profesor de Derecho Internacional Público - Facultades de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Católica de Córdoba y Universidad Nacional de Córdoba). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI). Miembro de la European Community Studies Association - sede Argentina (ECSA). Asesor jurídico de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados de la Nación (2007-2011). Consultor y capacitador en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional.

En la actualidad, es innegable la necesidad de que las víctimas de violaciones a sus derechos fundamentales deban tener una participación activa y trascendental en los procesos judiciales que se lleven a cabo para investigar, juzgar y condenar a los responsables de tales delitos, ya sean Estados y/o individuos. Pero también se ha tornado trascendental que las víctimas puedan tener voz al momento de considerar si las "reparaciones" que establezcan los tribunales locales o internacionales son adecuadas a sus pretensiones, evitando así que se les siga negando su capacidad procesal como parte en los procesos judiciales. El presente trabajo constituye una introducción sobre la temática que procura reflejar a los interesados en el tema algunas consideraciones que posibiliten su comprensión y alcance en nuestros días.

II. LOS ALCANCES INTERPRETATIVOS DEL CONCEPTO DE VÍCTIMA/S

Como parte del proceso interpretativo sobre el que se circunscribe la posibilidad de que la/s víctima/s accedan a una justa reparación por violación de sus derechos fundamentales, los textos internacionales, la jurisprudencia y la doctrina calificada, han permitido el caracterizar diversos "tipos" de víctimas y como, cada uno de estas clasificaciones han tenido una mayor o menor aceptación al momento de ser consideradas por los Tribunales internacionales, a la vez de interpretar los alcances del rol de la víctima y las reparaciones que pueden ser conducentes[1]. La principal y más clara conceptualización de éstos, es el de *víctima*

---

[1] Cfr. H. LLANOS MANSILLA, *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público. La Persona humana ante el Derecho Internacional, T. III*, Edit. Jurídica de Chile, 3ª Ed, Santiago, 2011, pp. 195 y ss.; I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 6ª Ed., Oxford, 2003, pp. 441 y ss.; A. A. CANÇADO TRINDADE, "La Consolidación de la Personalidad y Capacidad Jurídicas Internacionales del Ser Humano en la Agenda de los Derechos Humanos del Siglo XXI", en A. A. CANÇADO TRINDADE y M. E. VENTURA ROBLES (ed.), *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª Ed., 2003, pp. 171, 182-83; S. A. FERNÁNDEZ de GURMENDI, "Definition of victims and General Principles", en R. S. LEE. (ed.), *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Trasnational Publishers, Nueva York, 2001, pp. 427 y ss.; H. OLASOLO, "Cuestiones Procesales y Procedimentales sobre la posición de la víctima en las actuaciones ante la Corte Penal Internacional", en K. AMBOS y M. de HOYOS SANCHO (Dir.), *Cuestiones en la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, pp. 75 y ss.; P. SAAVEDRA ALESSANDRI, "La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de derechos humanos y sus consecuencias", en AAVV, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, un cuarto de Siglo: 1979-2004*, Corte IDH, San José de Costa Rica, 2005, pp. 408 y ss.; J. P. PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, "El individuo como sujeto de derecho internacional.

directa. Es decir, la persona o personas sobre las cuales el Estado o los individuos bajo responsabilidad del Estado les han conculcado sus derechos. Es sobre estas víctimas que los Tribunales hacen hincapié al momento de indemnizar. Sin embargo, no siempre (y lamentablemente suelen ser la mayoría de los casos) la víctima "directa" puede ser beneficiaria de una reparación ya que, o bien ha perdido la vida o se encuentra desaparecida, por lo que son considerados como tales los familiares de la víctima[2].

Por su parte, el criterio de *víctima indirecta* suele estar referido a la familia indirecta de la víctima o a las personas que hayan intervenido para asistir o se encontraban con la víctima directa. De hecho, en algunos casos, aunque una persona no sea considerada como una víctima, él o ella podrían haber sufrido algún daño y tener derecho a una reparación. De allí que la noción de víctima puede ser menos amplia que la noción de persona titular del derecho a la reparación.

Un tercer "tipo" de víctima lo constituiría la *colectiva*. En este sentido cabe remontarse a lo establecido por la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder,* la que contiene ciertas referencias a los derechos colectivos[3]. El artículo 1º reconoce que las personas pueden sufrir daños y menoscabo de sus derechos fundamentales en forma colectiva y reconoce en otros dispositivos de la Declaración la posibilidad de una reparación colectiva cuando se dañe a la "comunidad" (artículo 10). En ese sentido cabe recordar la jurisprudencia del Tribunal interamericano sobre los alcances de las reparaciones a víctimas colectivas[4].

Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2008, México, pp. 599-642, Disponible en: http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/8/cmt/cmt18.pdf.

2 El Comité de Derechos Humanos determinó en algunos casos que la madre de una persona desaparecida también había sido víctima de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, prohibidas por el artículo 7 del PIDCP, en razón de la extrema angustia y sufrimientos padecidos por la incertidumbre sobre la suerte y paradero de su hija. Caso *Almeida de Quinteros et al c. Uruguay*, 15 de octubre de 1982, 21 de julio de 1983, CCPR/C/OP/2, párrafos 14 y 16; En el sistema interamericano de derechos humanos la Corte Interamericana se ha explayado en indemnizar a familiares de las víctimas. Corte IDH, Caso *Blake vs. Guatemala (Reparaciones)*, Sentencia del 22 de enero de 1999, párrafo 37; Corte IDH, Caso *Loayza Tamayo vs. Perú (Reparaciones)*, Sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C No. 42, párrafo 92; Corte IDH, Caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras,* Sentencia del 7 de junio de 2003, Serie C No. 99, párrafo 152; Corte IDH, Caso de *19 Comerciantes vs. Colombia*, Sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C No. 109, párrafo 249.

3 Adoptada por la Asamblea General de ONU a través de la Resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985.

4 Corte IDH, Caso *Gangaram Panday vs. Surinam,* Sentencia del 4 de diciembre de 1991, Serie C; Corte IDH, Caso de la *Comunidad de Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua,*

Una noción amplia de víctimas la podemos encontrar en los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*[5]. Este instrumento define en su artículo 8 los alcances conceptuales de víctima, tanto en su carácter de víctima directa como indirecta y colectiva:

> "A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término "víctima" también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización".

III. LA REPARACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Recordemos que una reparación —adecuada—, frente a la violación de una norma u obligación primaria, ha dejado de ser solamente un "principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas", tal lo estipulado por el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, para ser reconocido como *una obligación* dentro del Derecho Internacional general, por el cual toda violación a un compromiso internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente[6]. Así, la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional podrá consistir en la plena restitución *(restitutio in integrum),* lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y/o el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacer efectiva una reparación.

Sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, entre otros.

5 Adoptados por la Asamblea General de la ONU a través de la Resolución A/RES/60/147 del 16 de diciembre de 2005 (también denominados Principios de Van Boven/Bassiouni). Disponible en: http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm.

6 Cfr. PCIJ, *Factory at Chorzów*, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, Series A, No. 9, p. 21; y PCIJ, *Factory at Chorzów*, Merits, Judgment No. 13, 1928, Series A, No. 17, p. 29; ICJ, Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory opinión, Reports 1949, p. 184.

Como sostiene la doctrina, al hablar de reparación y de indemnización se está haciendo alusión a dos nociones diferentes, que están en relación de género a especie, ello porque es necesario destacar que, en un sistema de protección de los derechos humanos, tanto las reparaciones como las indemnizaciones desempeñan un papel de trascendental importancia; la indemnización a la víctima o a quienes le sucedan en sus derechos, que tiene el propósito de compensar el daño causado en una proporción equivalente, no puede excluir la adopción de otras medidas reparadoras, de carácter *no pecuniario*, y cuya función es dar cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en cuanto al respeto y garantía de los derechos humanos, y en cuanto a evitar la repetición de hechos similares[7].

Sin embargo, esta postura colisiona con los criterios establecidos en el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en donde la *reparación* por satisfacción sólo presenta *un carácter subsidiario*[8]. Ello trae a colación el actual debate sobre los alcances y límites (o no) de los tribunales internacionales que por medio de la jurisprudencia, extienden los alcances interpretativos prescriptos en los Tratados.

---

7 Cfr. H. FAÚNDEZ LEDESMA, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3ª Ed., San José, Costa Rica, 2004, pp. 802 y ss; D. SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2001, p. 432; C. H. BASSIOUNI, "Searching for Peace Achieving Justice: The need for accountability", *Nouvelles Etudes Penales*, Vol. 14, Toulouse, 1998, p. 399; R. A. BUXBAUM, "Legal history of International Reparations", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 23.2, University of California, 2005, p. 314; Y. DANIELI, "Justice and Reparations: Steps in the healing process", *Nouvelles Etudes Penales*, Vol. 14, Toulouse, 1998, p. 303; M. MINOW, "Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence", *Journal of International Affairs*, Beacon Press, 1999, p. 224; J. P. PEREZ-LEON ACEVEDO, "Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional", *American University Internacional Law Review*, Vol. 23, Núm. 1, Washington, 2008, pp. 8 y ss.

8 Cfr. L. LÓPEZ ZAMORA, "Algunas reflexiones en torno a la reparación por satisfacción ante violaciones de normas de protección de derechos humanos y su relación con la teoría general de la responsabilidad internacional del Estado", *American University. International Law Review*, Núm. 23, 2008, pp. 183 y ss.; J. ROJAS BÁEZ, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y los criterios del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos", *American University Internacional Law Review*, Vol. 23:91, Washington, 2007, pp. 91 y ss.

IV. INSTRUMENTOS INTERNACIONES QUE ALUDEN A LA OBLIGACIÓN DE REPARAR

El derecho a la reparación se encuentra legislado en diversos instrumentos internacionales, ya sea que se enfoquen en reparaciones a víctimas directas, indirectas o colectivas[9].

A fin de procurar armonizar las diversas interpretaciones de los tratados y principios existentes a la época, en 1993 se dio a conocer el *Estudio Relativo al Derecho de Restitución, Indemnización y Rehabilitación de las Víctimas de Violaciones Flagrantes de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, preparado por el experto Theo van Boven[10]. Posteriormente, el 17 de abril de 1998, la Comisión de Derechos Humanos de ONU, decidió designar un experto para que preparase una versión revisada de los principios y directrices elaborados por van Boven. El eminente jurista Cherif Bassiouni sería el designado para elaborar tal revisión. Paralelamente, un año antes, se dio a conocer el *Informe Acerca de la Cuestión de la Impunidad de los Autores de las Violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos)*, también denominados los "Principios Joinet/Orentlicher"[11]. Estos Prin-

---

9 Cfr., entre otros, el Artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Artículos 2 (3), 9 (5) y 15 (6) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; El Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, ha acordado repetidamente, con base en el Protocolo Facultativo, el pago de indemnizaciones por violaciones de derechos humanos reconocidos en el Pacto (comunicaciones 4/1977; 6/1977; 11/1977; 132/1982; 138/1983; 147/1983; 161/1983; 188/1984; 194/1985); etc.; Artículo 6 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Artículo 14 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Artículo 5 (5) y 41 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos; Artículos 25 y 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Artículo 21 (2) de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos; Artículo 12 de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para las Víctimas de Crímenes y Abuso de Poder; Artículo 19 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las desapariciones forzadas; Artículo 68 de la Tercera Convención de Ginebra relativa al tratamiento de los prisioneros de guerra; Artículo 91 del Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra relacionadas con la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales; Principio 20 de los Principios sobre la Protección Efectiva e Investigación de las Ejecuciones Extra-judiciales, Arbitrarias o Sumarias.

10 Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1993/8, aprobado el 2 de julio de 1993.

11 Vid. Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, *Informe Revisado Acerca de la Cuestión de la Impunidad de los Autores de los Violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos)*, Preparado por Louis 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). Dichos Principios fueron revisa-

cipios disponen que "El derecho a reparación implica tanto medidas individuales como medidas generales y colectivas"[12].

Como consecuencia de ese cúmulo de antecedentes, es que en el seno de Naciones Unidas, se aprobarían en 2005 los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* que anteriormente aludiéramos.

En lo referente a la reparación a las víctimas, es relevante destacar lo prescripto en el art. 18 de los Principios de 2005, al establecer entre otros puntos que, conforme al Derecho interno y al Derecho Internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, *se debería dar a las víctimas* de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, *de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación* y a las circunstancias de cada caso, *una reparación plena y efectiva*. A su vez, acorde los artículos 19 a 23, estas "formas apropiadas" pueden consistir en:

A) Restitución,

B) Indemnización,

C) Rehabilitación,

D) Satisfacción, y

E) Garantías de no repetición.

A su vez, dentro de la ponderación sobre los criterios de reparación se debería tener en cuenta (artículo 20):

a) el daño físico o mental;

b) la pérdida de oportunidades;

c) los daños materiales;

d) los perjuicios morales, y

e) gastos de asistencia médica y/o jurídica, psicológica o social.

Un punto de importancia de los elementos que se estipulan como *formas apropiadas de* reparación lo constituye el punto E anteriormente enunciado. Dentro de las obligaciones generales a todos los Estados, de adoptar medidas, *la garantía*

---

dos por Diane Orentlicher que entregara a la entonces Comisión de Derechos Humanos su informe con las reformas en 2005.

[12] Punto C. 40 a 42 de los Principios.

de no repetición constituye una obligación con fuerte impacto en la consolidación del respeto y resguardo de los derechos humanos. Tal como se plantea esta obligación del Estado, ésta tiene un potencial transformador de la realidad y está dirigida a prevenir la ocurrencia de mayores o nuevas violaciones. Como se sostiene, incluye, entre otras medidas: la promoción de mecanismos destinados a prevenir y vigilar los conflictos sociales; la revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del Derecho Humanitario; la garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; el fortalecimiento de la independencia del poder judicial; la educación en derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario de todos los sectores sociales, y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; la promoción del respeto de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales por los funcionarios públicos, personal de las fuerzas de seguridad, medios de información, entre otros puntos[13].

V. EL ROL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA DE REPARACIONES

La reparación con base en la responsabilidad del Estado también se encuentra en el Derecho interamericano de los derechos humanos. Así, el artículo 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), consagra la responsabilidad del Estado de reparar los daños causados por actos atribuibles al Estado que violan las obligaciones primarias de respetar o garantizar los derechos consagrados en la Convención[14]. Aunque la Corte Interamericana de Derechos

---

[13] Cfr. COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *El derecho a interponer recursos y obtener recursos por graves violaciones a derechos humanos*, Serie de Guía para profesionales, Nº 2, Ginebra, 2006, pp. 102 y ss.; G. ORE AGUILAR, "Derecho a la reparación y género en los conflictos armados", en F. GÓMEZ ISA (Ed.), *El Derecho a la memoria. Instituto de Derechos Humanos*, Empleo e Inserción social de la Diputación de Guipúzcoa, Bilbao, 2006, pp. 77 y ss.; F. SALVIOLI, "Algunas reflexiones sobre la indemnización en las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Serie: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Tomo III, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1995, pp. 160 y ss.

[14] Cfr. J. FERRER LLORET, *Responsabilidad Internacional del Estado y Derechos Humanos*, Tecnos - Universidad de Alicante, 1998, pp. 120 y ss.; En asuntos relativos a la reparación por violación de estas normas internacionales se pueden presentar dos aspectos procesales de exigibilidad. En el plano interno, mediante la exigibilidad de justicia por violación de una norma primaria, con la necesidad de agotar los recursos internos y, en su defecto, la

Humanos (Corte IDH) ha sostenido que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción, sin embargo, refiriéndose a la teoría de no atribución de actos particulares y del delito distinto con respectivas excepciones de los principios sobre la responsabilidad internacional del Estado, la Corte estableció en el caso *Velázquez Rodríguez* que "(...) un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención"[15].

A su vez, como ha sostenido la Corte desde su primer caso (que enunciáramos *ut supra)*, que al momento de verificar el cumplimiento de la sentencia y de las reparaciones, "(...) *la indemnización* por violación de los derechos humanos, constituye un medio idóneo de reparación y encuentra fundamento en instrumentos internacionales de carácter universal y regional"[16].

A su vez, la Corte IDH, ha determinado que dentro de los *perjuicios materiales, corresponde hablar de daño emergente y lucro cesante,* en donde el principio de equidad juega un rol de trascendencia, según el Derecho Internacional[17].

---

jurisdicción internacional por violación de una norma primaria si se tratara de la primera jurisdicción impetrada, o como violación de una norma secundaria por no haber cumplido la obligación de reparar una obligación primaria.

15 Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras,* Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4., párr. 172.

16 Ídem.

17 Corte IDH, Caso *Aloeboetoe y otros vs. Suriname,* Reparaciones, Sentencia del 10 de diciembre de 1993, párr. 50; Corte IDH, Caso *Godìnez Cruz vs. Honduras*, Indemnización compensatoria, Sentencia del 21 de julio de 1989, párr. 25.; Corte IDH, Caso *El Amparo vs Venezuela,* Sentencia del 27 de enero de 1995; Vid. también: F. SALVIOLI, "Algunas reflexiones sobre la indemnización en las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", cit.; A. KAWABATA, "Reparación de las violaciones de Derechos Humanos en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos", en M. ABREGÚ y CH. COURTIS (Comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Edit. Del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997, pp. 365 y ss.; Z. DRNAS de CLEMENT, "¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una cuarta instancia?", *XVIII Reunión conjunta de Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires,* Serie II-Obras-nº 33, Buenos Aires, 2009, pp. 5 y ss.; S. GARCÍA RAMÍREZ, "Las reparaciones en el sistema interamericano de derechos humanos", en *El Sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, T. I, Corte Interamericana de derechos Humanos, 2ª Ed., Costa Rica, 2003, pp. 139 y ss.; S. A. REY, "Desarrollo en materia de reparaciones no pecuniarias en el sistema interamericano de derechos

Además, ha señalado la Corte que toda cuantificación individual de una adecuada indemnización debe tener en cuenta el denominado "*daño al proyecto de vida*"[18]. En igual sentido se pudo apreciar los criterios de la Corte sobre este tópico en el caso *Cantoral Benavides*[19]. En este caso, decidió ordenar la indemnización por el menoscabo del proyecto de vida de la víctima, cuya detención ilegal le impidió seguir sus estudios.

Tal como la práctica de la Corte Interamericana lo ha venido sosteniendo y sostuviera en los casos *Vargas Areco vs. Paraguay* y *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, la violación de los derechos consagrados en la Convención Americana genera en el Estado responsable la obligación de reparar las consecuencias del acto ilícito de *manera adecuada*[20]. En los casos *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* y *Servellón García y Otros v. Honduras*, entre otros, la Corte IDH sostuvo que esas reparaciones podrían adoptar la forma de una *justa indemnización* a favor de la parte lesionada[21]. Por su parte, en lo referente a *reparaciones no pecuniarias,* en el caso *Barrios Altos*, la Corte ordenó que, de conformidad con un acuerdo celebrado entre las víctimas y el Estado, este último debía otorgar a las víctimas becas de estudio, apoyo a quienes deseaban continuar con sus estudios y material educativo. En ella no solo se tiene en cuenta los aspectos de daños personales, sino

---

humanos", en V. BAZÁN (Dir), *La judicialización de los Derechos Humanos*, AADI - Ediciones Legales, Perú, 2009, pp. 195 y ss.

18 Corte IDH, Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, Reparaciones, Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Ver votos razonados de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli; Ver también, A. A. CANÇADO TRINDADE, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esencia y Trascendencia (votos en la CIDH 1991-2006)*, Porrúa - Universidad Iberoamericana, México, 2007; V. BAZÁN (Dir), *La judicialización de los Derechos Humanos*, AADI - Ediciones Legales, Perú, 2009.

19 Corte IDH, Caso *Cantoral Benavides vs. Perú,* Sentencia del 3 de diciembre de 2001 (reparaciones y costas), Voto razonado del Juez A. Cancado Trindade, punto 12.

20 Corte IDH, *Vargas Areco v. Paraguay,* 2006 Corte I. D. H. (ser. C) No. 155, 43, 139-142 (26 de septiembre de 2006) (arraigando la obligación de reparar en el artículo 63.1 de la Convención Americana); Corte IDH, *Almonacid Arellano y Otros v. Chile,* 2006 Corte I. D. H. (ser. C) No. 154, 134-135 (26 de septiembre de 2006).

21 Corte IDH, Caso *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (*ser. C) No. 160, 417, 423-456. 2006 (ordenando reparación monetaria, médica, educativa, y simbólica); Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y Otros,* 2006 Corte IDH (ser. C) No. 154, 158-164 (determinando la reparación de la perdida de ingreso, denegación de justicia, y gastos y costos a las víctimas); Corte IDH, Caso *Servellón García y Otros v. Honduras*, 2006 Corte IDH (ser. C) No. 152, 186-204, 21 de septiembre de 2006 (obligando, aparte de compensación monetaria, la investigación de los hechos generando las violaciones, publicación de la sentencia, un acto público de reconocimiento de responsabilidad, el nombramiento de una calle o plaza en honor a las víctimas, o la creación de una base de datos de jóvenes que han muerto por violencia, entre otras medidas).

también las compensaciones no pecuniarias que puedan satisfacer "*integralmente*" a las víctimas.

En el caso *Escué Zapata* los representantes de la víctima solicitaron al Tribunal que ordenara al Estado una serie de medidas no pecuniarias tales como: la implementación de programas de protección para líderes de comunidades indígenas, no sólo desde el punto de vista de la seguridad pública, sino también desde el punto de vista de la protección cultural, ancestral, de las costumbres, de las tradiciones de la autonomía jurisdiccional y de la cosmovisión de dichos grupos, o la creación de un plan que facilitara la reestructuración del plan de vida de la Comunidad, "tendiente a recuperar sus más arraigadas costumbres, sus usos y sus formas tradicionales, de tal suerte, que los indígenas puedan convivir aceptando la forma indígena de desarrollo para todos sin injerencia del Estado (...)" y que los restos de Germán Escué sean "sembrados en la Madre Tierra, en un espacio del Resguardo que se denomine 'Reserva de Vida Germán Escué', que el gobierno reconozca como zona protegida, y que su establecimiento se realice en concertación con la Comunidad Indígena de Jambaló"[22].

Entre las graves consecuencias por las que los Estados suelen ser condenados, basta referir el caso *González y otras ("Campo Algodonero")* por el cual la Corte sentenció en noviembre de 2009 al Estado mexicano y le exigió como medida de reparación acciones concretas para *garantizar la no repetición* de desapariciones y asesinatos contra mujeres y niñas como los ocurridos en Ciudad Juárez, Chihuahua[23]. En el caso de incumplimiento de las obligaciones secundarias dentro del Derecho Internacional, en el caso *Caballero Delgado,* la Corte sostuvo que para garantizar plenamente los derechos reconocidos en la Convención no es suficiente que el gobierno emprenda una investigación y trate de sancionar a los culpables, sino que es necesario, además, que toda actividad del gobierno culmine con la reparación a la parte lesionada[24]. Además se sostuvo que el Estado puede ser responsable por omisión cuando no ha procedido a realizar una justa reparación en favor de las víctimas o de sus deudos, aspecto que no había quedado suficientemente establecido en los casos contra Honduras.

Sin embargo, sobre los compromisos y obligaciones de los Estados para cumplir las sentencias de la Corte, es propicio enunciar las expresiones del ex magistrado A. Cançado Trindade en el caso de los *Trabajadores cesados del Congreso,*

---

22 Corte IDH, Caso *Escué Zapata Vs. Colombia,* Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C No. 165, párrs. 180-183, 184.

23 Corte IDH, Caso *González y otras ("Campo Algodonero) vs. México,* Sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C, párr. 464 y ss.

24 Corte IDH, Caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia,* Sentencia del 8 de diciembre de 1995, Serie C No. 22.

donde se llamó la atención sobre su "preocupación con la actitud de esta Corte, que, de modo un tanto paradójico, parece últimamente estar dando *demasiada latitud a los Estados demandados para cumplir determinadas formas de reparación* según los medios o el comportamiento que *ellos propios elijan*"[25].

VI. EL ROL DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA DE REPARACIONES

En el ámbito del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) el régimen de reparación del Tratado es más modesto; y por regla general la mayoría de estas reparaciones se enfocan en otorgar indemnización por daños materiales y no-materiales (satisfacción equitativa) tal como lo establece el actual artículo 41 del CEDH[26].

La Corte EDH ha considerado en el caso *Papamichalopoulos y otros* que la reparación es una consecuencia de la naturaleza jurídicamente vinculante de sus sentencias y que la *restitutio in integrum* es el medio principal de reparación y que (...) "la comisión de una violación impone al Estado demandado la obligación jurídica de poner fin a la violación y reparar las consecuencias de manera que pueda restablecer lo más rápido posible la situación que existía antes de la violación"[27].

Por su parte, la Corte Europea ordenó en el caso *Aydin, una justa indemnización en razón* que "la violación de una persona detenida por un agente del Estado debe considerarse como una forma especialmente grave y aberrante de tratamiento cruel, dada la facilidad con la cual el agresor puede explotar la vulnerabilidad y el debilitamiento de la resistencia de su víctima. Además, la violación deja profundas huellas psicológicas en la víctima que no pasan con el tiempo como otras formas de violencia física y mental"[28]. La Corte regional también ha reconocido el derecho de los *parientes* a la reparación, ya sea como víctimas por derecho propio o como partes perjudicadas según lo dispuesto en el artículo 41 del CEDH. En el caso *Kurt*, el Tribunal ha sostenido que los parientes de una persona desaparecida pueden ser ellos mismos víctimas de tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes, actos prohibidos por el artículo 3 del CEDH, si su su-

---

25 Corte IDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, cit., voto disidente Cançado Trindade, párr. 57.

26 Convenio aprobado el 4 de noviembre de 1950 en el marco del Consejo de Europa. Revisado de conformidad con los Protocolos 11 y 14.

27 Corte EDH, Caso *Papamichalopoulos y otros vs. Grecia*, Sentencia del 31 de octubre de 1995, Serie A No. 330-B, párrafo 34.

28 Corte EDH, Caso *Aydin vs. Turquía*, Sentencia del 25 de septiembre de 1997. (57/676/866).

frimiento es distinto a la aflicción emocional que inevitablemente se causa a los familiares de una víctima de violaciones graves de derechos humanos[29].

En el caso *Opuz*, se aludió a la importancia de procurar una reparación bajo equidad a fin de alcanzar una indemnización pecuniaria por daño material y moral[30]. En los casos *Assanidze* y *Ilascu and Others*, El Tribunal Europeo consideró que "debe existir una conexión causal entre la reclamación por daños y perjuicios formulada por el peticionario y la violación de la Convención y que esto puede, si hubiere lugar a ello, comprender la indemnización por lucro cesante"[31].

Por su parte, respecto a las reparaciones no pecuniarias, la Corte Europea ha establecido también diversas obligaciones a los Estados a fin de adoptar medidas que eviten en el fututo la repetición de actos lesivos[32].

VII. EL ROL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN LA REPARACIÓN A LAS VICTIMAS

Uno de los principales avances del establecimiento del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ER), ha significado, conjuntamente con la implementación de un Tribunal permanente de justicia penal para investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de graves crímenes, el materializar un mecanismo que posibilite que las víctimas puedan acceder a reparaciones por los daños sufridos[33].

---

29 Corte EDH, Caso *Kurt vs. Turquía*, Sentencia del 25 de mayo de 1998, Informes, 1998-III, párrafo 174.

30 Corte EDH, Caso *Opuz vs. Turquía,* Sentencia del 9 de junio de 2009. (33401/02).

31 Corte EDH, Caso *Assanidze vs. Georgia*. Sentencia del 8 de abril de 2004. (71503/01); Corte EDH, Caso *Ilascu y Otros vs. Moldavia y Rusia*, Sentencia del 8 de julio de 2004; Véase también, Corte EDH, caso *Aktas vs. Turquía*, Sentencia del 24 de abril de 2003, y Corte EDH, caso *Ipek vs. Turquía*, Sentencia del 17 de febrero de 2004.

32 Corte EDH, Caso *Ribitsch vs. Austria*, Sentencia del 4 de diciembre de 1995, Series A No. 336, párr. 34; Corte EDH, Caso *Selmouni vs. France*, Sentencia del 28 de julio de 1999, Reports of Judgments and Decisions 1999-V, párr. 87; Corte EDH, Caso *Iwanczuk vs. Polonia*, Sentencia del 15 de noviembre de 2001, App. 25196/94, párr. 53.

33 K. AMBOS, *La Corte Penal Internacional*, Editora Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007; A. CASSESE, P. GAETA y P. JONES (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford University Press, 2002; H. OLÁSOLO, *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2009; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, "La Corte Penal Internacional", en M. DÍEZ DE VELASCO, *Las Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 13ª Ed., Madrid, 2003; M. FLORES, "Desarrollo de la responsabilidad penal individual", en Z. DRNAS DE CLÉMENT (coord.), *Estudios de Derecho Internacional Público - En homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Lerner Editores, Córdoba, 2002.

Como se ha sostenido desde la propia Institución, la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP) en el caso *Thomas Lubanga Dylo* expresó que "(...) En la opinión de la Sala, el esquema de reparación dispuesto en el Estatuto es no solamente una de las características únicas del Estatuto. Es también una característica clave. En opinión de la Sala, el éxito de la Corte está, en cierto sentido, vinculado al éxito del sistema de reparación"[34].

Ya sea a través de disposiciones específicas del Estatuto de la Corte (art. 15.3, art. 75 y 79, entre otros), como a través de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) (Regla 50, 85, 92, 107, entre otras), y el Reglamento del Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas (RFFV), el sistema de la Corte Penal Internacional se encuentra en la actualidad en un proceso de construcción no solo de los alcances de a quienes considerar como víctimas, sino también en concordar los alcances de, en qué *etapas del proceso pueden las víctimas ser partes actuantes.*

Bajo el sistema de la CPI no se define expresamente quienes deben ser considerados como víctimas. Sin embargo, la Regla 85 prescribe una expresión general sobre el tema[35]. Debemos señalar en este sentido que la SCP I en una decisión sobre el tema, basándose en jurisprudencia de la Corte IDH, ha señalado que además de las víctimas (en sentido estricto), también son cubiertas por la Regla 85 tanto los familiares como los dependientes de las víctimas, siempre que se prueben los requisitos que se desarrollan en los parágrafos de la Regla 85[3637].

Por su parte, la SCP III, ha dado curso a las solicitudes de *herederos de las víctimas* cuya muerte haya sido resultante de algunos de los delitos de la competencia de la Corte. Según la Sala, "es evidente que una víctima no deja de ser tal por causa de su fallecimiento". Esta interpretación, tal como lo sostuvo la Sala, es compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos[38]. Lo

---

34 ICC-01/04-01/06-8-Corr, para. 136.

35 Regla 85 RPP: "Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Prueba:
a) Por "víctimas" se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte;
b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios."

36 CPI, SCP I, *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings Submitted by VPRS 1 to VPRS 6 in the Case the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decisión del 29 de junio de 2006, p. 7.

37 CIDH, Casos *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, *Fairén Garbi y Solís Corrales v. Honduras, "Niños de la calle" v. Guatemala*, y *Caso "Panel blanca" v. Guatemala.*

38 CPI, SCP III, Fourth decision on victims participations, 12 de diciembre de 2008, ICC 01/05-01/08-320, para. 39 a 52.

expresado anteriormente debe ser analizado, tal como lo expresa la doctrina especializada, a la luz de la regla de interpretación prevista en el artículo 21 (3) del Estatuto de Roma, que indica que la aplicación e interpretación del Estatuto y las Reglas debe efectuarse de manera compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos[39]. Esta postura, también se encontraría convalidada a tenor de lo prescripto por el artículo 89 (3) de las RPP.

Pero los aportes de la Corte Penal Internacional con respecto a la situación de las víctimas no solo radican en el reconocimiento formal del derecho a reparación. Conscientes del riesgo de insolvencia del infractor, los Estados firmantes del Estatuto de Roma también han creado un Fondo Fiduciario cuyo principal objetivo consiste en compensar la insuficiencia de los recursos financieros del condenado, y evitar que se obstaculice la efectividad de la reparación[40]. Pese a las apariencias, el sistema de reparaciones internacionalmente consagrado es del todo original ya que cuenta con el respaldo de un mecanismo de solidaridad autónomo.

El Fondo Fiduciario es un mero mecanismo de garantía de la deuda del condenado. Tratándose de reparaciones individuales, el artículo 98, inc. 1° de las RPP y concordante con el capítulo II del RFFV, dispone que: "Las órdenes de reparación individual serán dictadas directamente contra el condenado", y el inc. 2 (concordante con el capítulo III del RFFV) solo señala que el Fondo será el depositario y el intermediario del pago cuando al momento de dictarlo: "resulta imposible o impracticable hacer pagos individuales directamente a cada víctima". Al referirse a reparaciones colectivas, el art. 98, inc. 3 de las RPP y concordante con el capítulo IV del RFFV, establece que el condenado pague las indemnizaciones por conducto del Fondo cuando el número de víctimas, el alcance, las formas y las modalidades de la reparación hagan más aconsejable un pago colectivo. Las RPP no descartan que, jurídicamente, la reparación quede a cargo del condenado si este posee fondos suficientes para ello.

A su vez, el funcionamiento del FFV posee un segundo mandato hacia la atención y asistencia a las víctimas. En este sentido a través del Consejo de Dirección del FFV, se acordó que supletoriamente al pago de indemnizaciones, el FFV tiene en su poder el brindar rehabilitación física y psicológica o el apoyo material a las víctimas y sus familiares. En la actualidad, según datos de expertos, se encontraban en ejecución 34 programas con aproximadamente 42.000 personas benefi-

---

39 H. OLÁSOLO y A. KISS, "El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de Participación de Víctimas", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 12-13, 2010, pp. 13 y ss. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/.

40 Reglamento del Fondo Fiduciario en beneficio de las Víctimas, Resolución ICC-ASP/4/Res.3, adoptado el 3 de diciembre de 2005.

ciadas directamente y unos 20.000 beneficiarios indirectos, principalmente en el Congo y Uganda[41].

El artículo 75 del Estatuto de Roma establece diversos medios de reparaciones. En su inciso 1º, se señala que la Corte establecerá principios aplicables a la reparación incluidas *la restitución, la indemnización y la rehabilitación.*

En lo que respecta a los criterios que pudieran aplicarse en el sistema de la CPI, el Estatuto de Roma no establece con precisión qué daños deben ser los considerados por los Tribunales para determinar las reparaciones, pero se podría ahondar en la lista establecida por el artículo 20 de los Principios de 2005, a fin de encontrar una guía válida sobre este punto. A su vez, como sostiene la doctrina, la CPI podría inspirarse en otros mecanismos y normativas regionales e internacionales para tener parámetros más específicos al momento de establecer si las indemnizaciones que ésta dictamine o si las estipuladas por los Estados, son acordes a los estándares internacionales[42].

De allí que compartimos las expresiones de la doctrina especializada al considerar que en la búsqueda de responsabilidades penales y sus sistemas de indemnización, más allá del ámbito de aplicación u origen de sus normas, se trata finalmente de enjuiciar delitos e imponer penas. En otras palabras, la pena del Derecho interno y la del internacional, deben ser iguales y existen como reacción de hechos punibles que no se diferencian en su estructura[43].

Finalmente, a diferencia de otros sistemas de enjuiciamiento por graves violaciones a los derechos fundamentales, el sistema de la CPI no prevé la posibilidad que la Corte establezca reparaciones de tipo no pecuniario. En parte, ello podría obedecer a que se tornaría de poca aplicabilidad exigir a uno o varios individuos responsables de graves violaciones al Estatuto de Roma que lleven adelante reparaciones, de las cuales muchas de ellas podrían ser de difícil aplicabilidad, responsabilidad que sí suele ser más clara y constitutiva en manos del Estado, aunque algunas de ellas podrían ser efectuadas por el FFV. Sin embargo dicho tema fue planteado y debatido al momento de analizar los alcances del borrador

---

41 Anexo V.a, Apéndice C.3 del Documento de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la CPI. Kampala, 31 de mayo al 11 de junio de 2010, Documentos oficiales, La Haya, 2010.

42 M. MANTILLA MARTÍNEZ, "Hacia el pleno reconocimiento del derecho a la reparación de las víctimas. Un desafío para la Corte Penal Internacional", en R. A. PRIETO SANJUÁN (ed.), *Corte Penal Internacional. Salvaguardas y revisión del Estatuto de Roma*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, pp. 202 y ss.

43 Cfr. D. PASTOR, "Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *Colección Internacional nº 13*, Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia, 2009, pp. 160 y ss.

sobre las estrategias de la CPI en relación a la víctimas, en las cuales, la propia Corte expresó que la reparación no debe entenderse como limitante solo a una indemnización sino que puede incluir "otras formas colectivas de reparación"[44]. Sin embargo, esta posición que pretendía incluirse en la reforma al Estatuto de Roma a efectuarse en la Conferencia de Kampala de 2010 no fue receptada finalmente por los Estados Miembros.

VIII. REFLEXIONES FINALES

Como se puede apreciar, la temática de las reparaciones a las víctimas por violaciones a sus derechos fundamentales refleja una amplia consideración por parte de los tratados, como también por la jurisprudencia y la doctrina especializada. Ello porque constituye un punto central en el proceso de garantizar un verdadero acceso a la justicia y posibilitar que las víctimas no solo alcancen la justicia a través de sentencias que condenen a los responsables por graves violaciones de derechos humanos o Derecho Internacional Humanitario, sino que logren una adecuada y justa reparación ya sea en manos del Estado, que por su acción u omisión ha posibilitado los hechos juzgados, sino también por los responsables en forma individual.

Cada vez más, se puede avizorar como la comunidad internacional viene reconocimiento a las víctimas el derecho a reclamar por los daños sufridos, pero también a exigir una mayor participación en los procesos que se encaminan por los delitos cometidos.

Queda entonces por delante el continuar observando cómo se desenvuelven los procesos futuros en los tribunales internacionales, los que en la actualidad no están exentos de dificultades al momento de cumplimentar sus decisiones. Si bien se ha avanzado sobre los alcances interpretativos sobre las reparaciones, queda por delante el lograr un mayor compromiso por parte de los Estados Partes, a fin de cumplimentar debidamente las sentencias, las que en ciertos casos han llevado décadas desde su disposición hasta que son efectuadas plenamente, o incluso aun siguen sin materializarse.

---

[44] Draft ICC Strategy in Relations to Victims, Section 5.1, Documento ICC, 18 de agosto de 2008.

Reparaciones a las víctimas de violaciones graves de los Derechos Humanos constitutivas de delitos de genocidio, lesa humanidad y/o crímenes de guerra

Javier Dorado[*]

I. EL DEBER DEL ESTADO Y EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A LA REPARACIÓN INTEGRAL POR VIOLACIONES GRAVES DE LOS DERECHOS HUMANOS CONSTITUTIVAS DE GENOCIDIO, LESA HUMANIDAD Y/O CRÍMENES DE GUERRA Y SU CONTENIDO

Aunque la obligación de reparar del Derecho Internacional clásico[1] tiene tanto como sujetos activos y pasivos de la relación a los Estados, en las últimas décadas, con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, y el Derecho Penal Internacional, se ha ido estableciendo esta misma obligación que alcanza ahora ya, como sujeto pasivo y, por tanto, titular de un derecho a la reparación, a los ciudadanos víctimas de graves violaciones de los derechos humanos, especialmente aquellas constitutivas de genocidio, lesa humanidad y/o crímenes de guerra.

Este principio, ha sido reafirmado tanto en el Derecho consuetudinario como en instrumentos convencionales y declarativos, tanto del sistema Universal como de los sistemas regionales.

Aunque este *corpus iuris* no había sido sistematizado, a inicios de los años 90, las víctimas de violaciones masivas de derechos humanos, con el apoyo de organizaciones no gubernamentales, hicieron *lobby* ante las Naciones Unidas para que adoptara medidas eficaces contra la impunidad frente a esa clase de violaciones[2].

---

[*] Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, España.

[1] *Vid.* la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 13 de septiembre de 1928, Caso *Fábrica Chorzow* (Alemania c. Polonia), Serie A, nº 17, p. 47. Igualmente, las sentencias de la Corte Internacional de Justicia en los casos *Estrecho de Corfú* (1949) y *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986).

[2] *Vid.* N. ROHT-ARRIZA, "Reparations in the aftermath of repression and mass violence", en STOVER, E., y WEINSTEIN, H. M (eds.), *My Neighbor, My Enemy. Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity,* Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

De esta forma, surgirá la Resolución 60/147 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2005, de *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.*

Por otro lado, los estatutos de los dos tribunales penales internacionales de la ex-Yugoslavia y Ruanda, reconocieron el Derecho a la reparación de las víctimas de tales violaciones. Con este precedente, el Estatuto de Roma, de creación de la Corte Penal Internacional, reconoció un derecho de reparación muy amplio a las víctimas, haciéndose eco de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario a la que nos hemos referido anteriormente y que refleja un concepto más protector del individuo considerado como víctima[3].

En cuanto al contenido de la obligación del Estado y el derecho de la víctima a la reparación de las violaciones de los derechos humanos, la Resolución 60/147 afirma que la reparación debe ser adecuada, efectiva y rápida (Principio VII.11.b), proporcional a la gravedad de las violaciones y el daño sufrido (Principio IX.15) y en las formas siguientes: restitución[4], indemnización[5], rehabilitación[6], satisfacción y garantías de no repetición[7] (Principio IX. 18).

---

[3] *Vid.* S. LEE ROY, *The Internacional Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues. Negotiations. Results,* Kluwer Law International, Switzerland, 1999, p. 264.

[4] La *restitución*, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. Se trata, por tanto, de devolver a la persona, en la medida de lo posible, al *statu quo* anterior a la violación, y comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes. (Principio IX. 19).

[5] La *indemnización* ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario. Se trata, aquí, de reparar a través de la cuantificación económica de las siguientes situaciones: *a*) El daño físico o mental; *b*) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; *c*) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; *d*) Los perjuicios morales; *e*) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos, psicológicos y sociales. (Principio IX. 20).

[6] La *rehabilitación*, que supone asistir a la víctima en su recuperación por un daño físico o psicológico serio. Esta clase de reparación incluye todos los tratamientos médicos y clínicos futuros tendentes al cuidado de esos daños, y se extiende también a los servicios legales y sociales necesarios para la víctima. (Principio IX. 21).

[7] La *satisfacción y garantías de no repetición*, son categorías muy amplias que incluyen medidas tan distintas como la cesación de las violaciones, la verificación de los hechos y la reve-

II. DOS FORMAS DE ACCESO A LA DEMANDA Y RECONOCIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN

Según la propia Resolución 60/147, existen dos formas de acceso a las medidas de reparación y de que éstas se reconozcan: el "acceso individual a la justicia" (Principio VIII.13), que supone el reconocimiento caso a caso, y por vía judicial, de dichas medidas, y los programas nacionales de reparación (Principio IX. 16) en los que la petición y concesión de las reparaciones se produce por vía administrativa. Veámoslos.

1. Reparación caso a caso (vía judicial)

Según el Principio III. 4. de la Resolución 60/147, en los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas. Además, en estos casos los Estados deberán, en conformidad con el derecho internacional, cooperar mutuamente y ayudar a los órganos judiciales internacionales competentes a investigar tales violaciones y enjuiciar a los responsables, incluso, incorporando a su derecho interno y aplicando las disposiciones apropiadas relativas a la jurisdicción universal (Principio III.5).

Resulta, por tanto, evidente, que la persecución judicial de los reos de estos crímenes, e igualmente el acceso a la demanda de las medidas reparativas y el reconocimiento de las mismas, puede realizarse o bien por los tribunales del Estado en el que han tenido lugar dichas violaciones, o por tribunales internacionales.

En todo caso, por cuestiones expositivas —al estar localizado el caso ficticio de la competencia ante la CPI en el que este seminario está inserto, en Latinoamérica— y de espacio, voy a referirme exclusivamente a la jurisprudencia en materia de reparación de la Corte Interamericana de Derechos humanos[8].

---

lación pública y completa de la verdad, la búsqueda de las personas desaparecidas, las disculpas oficiales, la realización de conmemoraciones y homenajes a las víctimas, fallos judiciales que establezcan la dignidad y reputación de las víctimas, la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los victimarios, así como la reforma institucional, legal y social. (Principios IX. 22 y 23).

[8] Sobre este punto puede consultarse A. J. CARRILLO, "Justice in Context: The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past", en DE GREIFF,

El primer hito de la Corte Interamericana en esta materia es el caso *Velásquez Rodríguez*, primero en articular el deber de prevenir, investigar y castigar las violaciones de los derechos humanos junto con el deber del Estado de reparar material y moralmente a las víctimas individuales de tales violaciones, afirmando que incluso cuando no puede castigarse al criminal, hay otras responsabilidades contraídas con las víctimas en la forma de reparaciones, y especialmente a través de la indemnización[9].

Paso ahora a analizar de forma general la jurisprudencia de la Corte Interamericana refiriéndome específicamente a esta forma de reparación más común: la indemnización[10].

En el contexto de los derechos humanos, normalmente se refiere a pagos monetarios que deben hacerse a las víctimas y otros beneficiarios por pérdidas

---

P. (editor), *Handbook of Reparations*, ICTJ-Oxford University Press, New York, 2006, pp. 504-538.

9 Caso *Velásquez Rodríguez*, Serie C. n. 4. 1988. En este caso se establecía que el Estado es responsable incluso si la violación fue cometida por una persona privada o no identificada y, por tanto, no es directamente imputable al primero.

10 Aunque la *restitución* plena es imposible en la mayoría de los casos, la Corte Interamericana ha intentado, en varias ocasiones, restablecer el *status quo ante*, a través de diferentes mecanismos: la liberación de personas detenidas arbitrariamente (Caso *Loayza Tamayo*, Reparaciones. Serie C, n. 42, 1998, 155-158), el abandono de juicios penales por irregularidades en el procedimiento (Caso *Castillo Petruzzi et. al.* Serie C, n. 52,1999; Caso *Cantoral Benavides*, Reparaciones, Serie C, n. 88. 2001, 42; y Caso *Hilaire et al.* Serie C, n. 94.2002.214-22), o la anulación de condenas basadas en procedimientos que violaron las garantías judiciales básicas (Casos *Loayza Tamayo*. Reparaciones. 121-122; y *Suárez Rosero*. Reparaciones. Serie C, n. 44. 1999. 113). Por lo que hace a la *rehabilitación*, la Corte ha reconocido la importancia específica de esta forma de reparación en los casos *Loayza Tamayo* (Reparaciones. 113), *Caracazo* (Reparaciones. Serie C. n. 95. 2002. 86-87*), Villagrán Morales (*Reparaciones, Serie C. n. 77. 2001, 86-87*), Durand y Ugarte* (Serie C. n. 89. 2001*), Cantoral Benavides* (Reparaciones. 51-52*), Trujillo Oroza* (Reparaciones. Serie C. n. 92. 2002*) y Barrios Altos* (Reparaciones. Serie C. n. 87. 2001*)*. Por último, en cuanto a la *satisfacción y las garantías de no repetición*, la Corte ha reconocido que algunos daños morales sólo pueden ser compensados a través de medios no-económicos o simbólicos. Las medidas más comunes de *satisfacción* son la orden de cesación de las repetidas violaciones, la revelación pública y completa de la "verdad"; la identificación de los restos de las personas asesinadas o desaparecidas y su entrega a los familiares más cercanos; la expedición de declaraciones oficiales reconociendo la responsabilidad en los hechos y pidiendo disculpas; o la creación de monumentos recordando los hechos. *Vid.* Casos *Barrios Altos* (Reparaciones, 41-44), *Aloeboetoe* (Reparaciones. Serie C. n. 15. 1993), *Villagrán Morales et. al.* (Reparaciones. Serie C. n. 77. 2001*)* y *Suárez Rosero* (Reparaciones. 79-80). Como garantía de no repetición, se ha ordenado a algún Estado (Caso *Benavides Ceballos*. Serie C. n. 38. 1998. 51-52) a ratificar y cumplir un tratado particular: La Convención interamericana sobre la desaparición forzada de personas.

materiales resultado de una violación de derechos humanos, por un lado, y por ciertas formas de daño moral, como el dolor y el sufrimiento, por otro.

En cuanto a la *indemnización de daños materiales*, ésta incluye aquellos que son objetivamente cuantificables en términos económicos, y han sido divididos por la Corte en pérdida de ingresos —incluido el *lucro cesante*— y *daños derivados* —aquellos gastos en que incurren las víctimas como consecuencia de los efectos de la violación—.

El primero de estos dos tipos hace referencia a la pérdida de ingresos pasados o futuros. Cuando la víctima ha sido asesinada o ha desaparecido, lo que —como afirma Arturo J. Carrillo[11]— suele ocurrir en la mayoría de los casos del sistema interamericano, lo que se pretende es proporcionar una indemnización por los ingresos que, si no se hubiera producido la violación, se habrían incorporado al patrimonio de la víctima "basándose en los ingresos que habría recibido la víctima... hasta el momento de su posible muerte natural"[12]. Si el difunto o desaparecido es un menor, los ingresos se calculan desde el momento de la mayoría de edad legal[13].

En aquellas ocasiones en las que la víctima sobrevive a la violación, la Corte compensa por la pérdida de ganancias así como por los posibles efectos perjudiciales del hecho dañino en futuros empleos, como por ejemplo, algún tipo de discapacidad que limite su plena incorporación al mercado laboral[14].

Por lo que afecta a los daños derivados o indirectos, se trata de las pérdidas o gastos materiales en que incurren las víctimas y sus familias como resultado de las violaciones, tales como facturas médicas o gastos de búsqueda y funerales de las víctimas, así como los gastos de representación en tribunales nacionales e internacionales[15]. En estos casos se debe tratar de gastos reales y probados en cada caso concreto[16].

Centrémonos ahora en la *indemnización por daños no pecuniarios o daños morales*. La Corte ha afirmado aquí que "este daño no pecuniario puede incluir tanto el

---

11 A. J. CARRILLO, "Justice in Context: The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past", cit., p. 513.

12 Caso *Velásquez Rodríguez* (Indemnización), 146.

13 Casos *Caracazo*, 88; y *Villagrán Morales* (Reparaciones), 74 (a), n. 68.

14 Casos *Corte Constitucional* (Serie C. n. 71. 2001) y *Blake* (Reparaciones. Serie C. n. 48. 1999).

15 En los casos más recientes, como *Myrna Mack* (Serie C. n. 101. 2003), *Bámaca Velásquez* (Reparaciones. Serie C. n. 91. 2002) y *Garrido y Baigorria* (Reparaciones. Serie C. n. 39, 1998), estos gastos han tenido indemnización en una rúbrica aparte.

16 Casos *Loayza Tamayo* (Reparaciones), *Blake* (Reparaciones) o *Villagrán Morales* (Reparaciones).

sufrimiento y angustia causados a las víctimas directas y parientes más próximos, y el impedimento de valores que sean altamente significativos para ellas, así como otros sufrimientos que no pueden ser valorados en términos económicos"[17].

De esta forma se consagran dos categorías de daño moral: aquellos que pueden compensarse en términos económicos, a los que voy a referirme a continuación, y otros cuya reparación no puede hacerse en términos económicos, y que estarían incluidos en la reparación entendida como *satisfacción y garantías de no repetición.*

Los valorables en términos económicos son la ansiedad mental de la víctima, la angustia emocional, el daño y el sufrimiento. Dado que el carácter altamente subjetivo de estos elementos los hace difícil de medir, se les trata de forma bastante diferente a otras formas de daño reparadas a través de una compensación económica.

De forma contraria a los daños materiales, que se calculan basándose en criterios supuestamente objetivos como recibos, facturas y proyecciones matemáticas de futuros ingresos, los daños morales deben "determinarse sobre la base de la equidad y con una evaluación prudente... que no puede verse afectada por ninguna regla absoluta"[18].

En todo caso, dicha indemnización se pagará en la forma de un pago único en la misma cantidad para todas las víctimas del caso, a no ser que haya diferencias que justifiquen la distinción, y existe la presunción de la existencia de estos daños tanto para la víctima directa como para sus familiares más cercanos.

Los importes, en caso de asesinato o desaparición forzada, suelen rondar los 20.000 dólares en caso de menores, y 15.000 si son adultos, y las cantidades aumentan en torno a un 30% si no se han encontrado los restos de las víctimas, aunque en algunos casos las cantidades han llegado hasta los 50.000, 80.000 e incluso 180.000 dólares incluyendo el daño emocional de la víctima y de los familiares más cercanos. Y también se han aplicado este tipo de indemnizaciones para violaciones de los derechos a la libertad y la integridad física.

2. Reparación a través de programas masivos de reparación (vía administrativa). ¿Incompatibilidad o complementariedad con la reparación caso a caso (vía judicial)?

Se ha analizado hasta ahora la vía judicial para acceder a las demandas de reparación y para beneficiarse de las medidas a través de las que ésta se lleva a

---

17 Caso *Villagrán Morales* (Reparaciones), 84.

18 Caso *Castillo Páez* (Reparaciones. Serie C. n. 43. 1998), 79-80.

cabo. Sin embargo, como ya dijimos, también existe la posibilidad de que esto se haga por vía administrativa —y no judicial— a través de los programas masivos de reparación, como los que se han llevado a cabo en Alemania, Chile, Argentina, Brasil, Estados Unidos o Sudáfrica.

Ahora bien, en estos programas masivos de reparación hay que elegir diferentes estrategias de reparación, y cada una de ellas, como ha puesto de relieve Pablo de Greiff, tiene sus ventajas y desventajas[19].

Ahora bien, si existen estos dos mecanismos diferentes de reparación, el judicial —caso a caso— y el administrativo —a través de los programas masivos de reparación— ¿Cuál es la relación entre ellos? ¿Debemos elegir entre ellos o pueden complementarse?

Hay, desde mi punto de vista, algunos problemas que desaconsejan, en determinadas circunstancias, y especialmente para los crímenes que se están analizando, la vía judicial, y hacen más plausible la utilización de la vía administrativa.

En este sentido, nos encontramos con unos problemas que tienen que ver con la que podría denominarse la *inadecuación del poder judicial* para hacer frente a las reparaciones en el caso de sistemas transicionales[20]. Entre ellos, y sólo por citar algunos, la gran cantidad de casos que puede colapsar el sistema judicial, cuando se trata de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y que no solamente afecta a las jurisdicciones nacionales sino que también puede afectar

---

[19] Distinguiendo dichas estrategias entre concesiones económicas individuales, paquetes de servicios y medidas simbólicas, tanto individuales como colectivas, se analizan sus ventajas e inconvenientes, P. DE GREIFF, "Justice and Reparations", en DE GREIFF, P. (editor), *Handbook of Reparations*, cit., pp. 451-477, en concreto, pp. 467-471.

[20] Tomo esta idea de J. E. MALAMUD-GOTI, y L. S. GROSSMAN, "Reparations and Civil Litigation: Compensation for Human Rights Violations in Transitional Democracies", en DE GREIFF, P. (editor), *Handbook of Reparations*, cit., pp. 539-559, en concreto, pp. 543-544. Estos problemas han sido los que han dado lugar a que la comunidad internacional creara tribunales internacionales *ad hoc* como los Tribunales Internacionales de la antigua Yugoslavia y Ruanda, a principios de la década de los noventa, o los jueces y fiscales elegidos directamente por la MAPNUK a finales de la misma década. Posteriormente, se exploraron por la comunidad internacional otras alternativas más o menos, según los casos, a medio camino entre la "internacionalización" y el carácter "doméstico", como las *cortes híbridas* —la Corte Especial de Sierra Leona y la propuesta para la Corte de Crímenes de Guerra y Étnicos de Kosovo—, las *cortes domésticas internacionalizadas* —Kosovo, Timor oriental, Camboya o Bosnia Herzegovina—, o *cortes internacionalmente asistidas* —El Tribunal Especial Iraquí, creado por la Autoridad Provisional de la Coalición—. *Vid.*, en este sentido, C. STAHN, "La Geometría de la Justicia Transicional: Opciones de Diseño Institucional", en RETTBERG, A. (Comp.), *Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional*, Ediciones Uniandes, Bogotá (Universidad de los Andes), 2005.

al ámbito internacional[21]; la posibilidad de que muchos de esos jueces hayan sido nombrados en muchos casos por los victimarios; o la posibilidad de que la estructura estatal, en casos de conflicto armado, sea inexistente o esté tan deteriorada como para que no se puedan llevar a cabo los juicios con las garantías suficientes.

Además, en algunos contextos, el acceso a la justicia puede ser particularmente difícil para las víctimas y sus seres queridos, especialmente si son pobres, lo que supone un desigual acceso a la justicia que rompe con la unidad de las víctimas. Y en todo caso, el principio de contradicción del proceso judicial puede situar a la víctima y sus seres queridos en una percepción relativamente escéptica con respecto al Estado.

Por otro lado, los procedimientos judiciales de reparación caso a caso tienden a producir cierta frustración entre sus beneficiarios, quienes se quejan de que estos procesos se mueven solamente en consideraciones económicas, mientras que lo que ellos quieren es hablar de sus experiencias de victimización[22].

Finalmente, encontramos un argumento político que no deja de ser relevante, al menos en contextos de violaciones masivas y sistemáticas en países pobres o en vías de desarrollo. Como afirma Priscilla B. Hayner[23], para muchos gobiernos sería imposible afrontar el coste de las indemnizaciones que los tribunales han fijado en el caso a caso, y que por poner solamente como ejemplo la jurisprudencia de la Corte interamericana, a la que ya nos hemos referido, suponen indemnizaciones de unos 125.000 dólares por persona[24].

---

21 DE GREIFF, P., "Justice and Reparations", cit., p. 454.

22 DE GREIFF, P., "Justice and Reparations", cit., p. 459. Así, es muy importante, que los planes nacionales de reparación, como alternativa que solucione, al menos en parte este problema, cuenten para su elaboración con los agentes sociales. *Vid.*, en este sentido, J. GARCÍA-GODOS, "Victim reparations in transitional justice: What is at stake and why", *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter (Nordic Journal of Human Rights)*, vol. 26 (II), pp. 111-130, en concreto, p. 129. Disponible en: http://www.idunn.no/file/ci/11343695/ntmr_2008_02_pdf.pdf.

23 P. B. HAYNIER, *Unspeakable Truths. Facing the Challenge of Truth Commissions*, Routledge, New York & London, 2002, p. 171.

24 En este sentido Pablo de Greiff pone el siguiente ejemplo: Cuando la Comisión de la verdad y la reconciliación de Perú discutía sus recomendaciones de reparación, la Corte Interamericana decidió casos de tortura y desapariciones en el país, con indemnizaciones que iban entre los 100.000 y los 200.000 dólares por víctima. Sin tener en cuenta otras medidas de reparación, si se hubiera dado esta cantidad a cada una de las víctimas de las 69.000 víctimas de muerte reconocidas por la Comisión, el presupuesto habría sido de 10 billones de dólares, cuando el presupuesto total de Perú para el año 2003 era de 9 billones de dólares. DE GREIFF, P., "Justice and Reparations", cit., pp. 456-457.

Además, los programas de reparación tienen ciertas ventajas frente a la reparación judicial caso a caso. Se trata de procedimientos administrativos que no presentan algunas de las dificultades y costes asociados a la litigación judicial, como los retrasos a la hora de dictar sentencia, los altos costes de la litigación, la necesidad de presentar pruebas que superen el test judicial de admisibilidad (lo que en algunos casos puede llegar a ser imposible), las cuestiones psicológicas asociadas al enfrentamiento con el victimario y a la revelación pública de los hechos, o el riesgo real de una decisión contraria que puede resultar devastadora para la víctima. Los programas de reparación pueden distribuir indemnizaciones más pequeñas en términos absolutos, pero comparativamente más importantes que las garantizadas por los tribunales si se tienen en cuenta estos factores[25].

Finalmente, cuando nos encontramos en contextos transicionales —lo que suele ocurrir en los casos que estamos analizando— los programas de reparación pueden atender mejor al cumplimiento de otras dimensiones de justicia transicional que la vía judicial no suele satisfacer, al estar básicamente centrada en la dimensión de justicia para la víctima, y en concreto, a través de la indemnización.

Frente a esto, los programas masivos de reparación, tienen una consideración de la justicia más amplia, y que casa mejor con la justicia transicional, en la que la misma se desarrolla desde el individuo, pero considerado como ciudadano, y por tanto, insertado en la comunidad política[26].

Con todo lo dicho hasta ahora, parecería que me he decantado ya por los programas masivos de reparación, frente a la reparación judicial caso a caso, pero no es así. Me parece que esta última, también en determinadas circunstancias, puede tener virtudes que no tiene el enfoque administrativo y que tienen que ver con dimensiones como *la verdad, el castigo, y la restauración de la dignidad de la víctima.*

La Verdad, entendida como verdad judicial, es necesaria para sacar a la luz lo ocurrido, al menos allí donde no hay comisiones de la verdad. Pero incluso donde éstas tienen lugar, la verdad judicial, por las garantías con las que es establecida (garantías procesales), puede resultar una verdad más "confiable", mientras que el proceso administrativo puede asociarse con planes que buscan silenciar lo ocurrido, como ocurrió en Argentina con el plan del presidente Menem.

El *castigo*, es otra forma importante de restaurar la dignidad de la víctima. Aunque el mecanismo paradigmático de castigo es la justicia penal, no cabe duda

---

25 DE GREIFF, "Justice and Reparations", cit., p. 459.

26 Desde esta consideración, la reparación se desarrolla, según Pablo de Greiff, desde tres objetivos: reconocimiento, confianza cívica y solidaridad. DE GREIFF, P., "Justice and Reparations", cit., pp. 454 y ss.

de que la indemnización civil juega un papel similar. Por supuesto, esto es cierto en la medida en que el que finalmente paga es el victimario, y no el Estado. Pero en todo caso, en los programas de reparación nunca es el victimario el que paga, y siempre es el Estado.

Además, donde no es posible la persecución penal, el castigo que puede derivar de una acción civil se hace más relevante. El nuevo estado democrático puede carecer de poder para llevar ante los tribunales penales a los victimarios de las violaciones de derechos humanos. Sin embargo, los procedimientos civiles son otra historia, y es mucho más probable que se lleven a cabo, teniendo además también aquí efecto las virtudes de conocimiento de la verdad.

Por último, en cuanto a la *restauración de la dignidad de la víctima,* la vía administrativa homogeniza a todas las víctimas, y esta agregación de las víctimas puede ser problemática, al no enfatizar su individualidad, y generar poca eficacia.

Además, todo programa de reparación debe verse como un fracaso si es interpretado por la mayoría de la población, o al menos por la mayoría de las víctimas, como una forma de manipulación política. Lo normal, en un programa de reparación, es que se negocie políticamente, y que el gobierno sea responsable de las reacciones políticas que genere.

El problema viene cuando o por la forma o por el contenido del programa de reparación, el público considera que el programa es algo así como una concesión del gobierno para aplacar a un grupo político.

Es cierto que no todo programa de reparaciones debe verse como manipulación política, por supuesto. Pero en cualquier caso, el funcionamiento de los tribunales de justicia, como órganos que resuelven con base en reglas y principios, y no en argumentaciones de carácter político, hace más difícil la etiqueta de "manipuladoras" de sus decisiones.

Me parece, por tanto, y esta será mi última reflexión, que lo más adecuado es la complementariedad de los programas masivos de reparación con el acceso a la judicatura, en determinados casos, para conseguir reparación por esta vía.

Si les negásemos a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos la posibilidad de acudir a los tribunales y se les ofreciera como única posibilidad la vía administrativa —lo que se denomina la *judicial closure*[27]—, no sabemos si el

---

[27] J. E. MALAMUD-GOTI, y L. S. GROSSMAN, "Reparations and Civil Litigation: Compensation for Human Rights Violations in Transitional Democracies", cit., pp. 546 y ss. Por lo que respecta a las razones para la *judicial closure*, pueden encontrase las siguientes. En primer lugar, en un escenario en el que algunas víctimas reciben una indemnización judicial bastante más extensa que la indemnización administrativa de la mayoría, esta última

gobierno se gastaría más o menos, ya que eso dependería de cuantas personas ganaran sus juicios y cuales fueran las cuantías de los mismos. Pero en este caso, lo importante es que esto no parece muy compatible con el objetivo de tratar a las víctimas con justicia. Puesto que las indemnizaciones judiciales suelen ser mucho más altas, por cada víctima, que las administrativas, la *judicial closure* implica, claramente, que se trata peor a las víctimas de violaciones de derechos humanos que a otras víctimas que demandan daños "ordinarios", y que pueden acudir a los tribunales para ello, lo que supondría una vulneración del principio de igualdad absolutamente injustificada.

Sin embargo, si la opción judicial se deja abierta, el hecho de que la compensación administrativa sea menor no plantea problemas. Es cuando las víctimas se ven forzadas a escoger una compensación "reducida", y no cuando escogen ésta, cuando son tratados injustamente.

Así, la mayoría de las víctimas que escogieran la vía administrativa serían las que piensen que no pueden ganar el caso en vía judicial o que, en caso de ganarlo, no obtendrían una compensación tan grande como para justificar el riesgo de perder el juicio.

En todo caso, una cosa es cerrar la opción judicial desde el principio, y otra muy distinta es hacerlo una vez que se ha escogido la vía administrativa, como han hecho algunos programas de reparación.

Por último, hay otro escenario posible. Que se permita que las víctimas acudan a los tribunales y que, en caso de no conseguir amparo a sus pretensiones, puedan acudir al programa masivo de reparaciones por vía administrativa. Este es el sistema que el programa de reparaciones argentino estableció para determinados casos. Este escenario tiene el riesgo de que no permite al gobierno prever

---

puede verse por dicha mayoría como insignificante. Esto puede minar el esfuerzo del gobierno por restaurar la dignidad de las víctimas y que muchas de ellas se queden frustradas, penalizando el éxito de los programas de reparación. Sin embargo, estos efectos es más probable que sean todavía peores en caso de *judicial closure*, ya que en estos casos, la frustración viene dada por la consideración de las violaciones a los derechos humanos como menos graves que otros tipos de daños, a los que sí se permite el acceso a los tribunales. Además, puede alegarse que tiene un mejor acceso a los procesos judiciales las personas que son de clases más altas y de zonas urbanas, frente a los pobres y de ámbitos rurales, por lo que permitir, junto con los planes integrales, el acceso a la justicia, puede ser vulnerador del principio de igualdad. Como respuesta, puede decirse que esto ocurre con el acceso a la justicia en general, y no sólo con las violaciones de derechos humanos. Por lo tanto, lo que hay que demandar, de un lado, es la actuación del Estado para gestionar sistemas que permitan el acceso de todos a la justicia (justicia gratuita, sistemas pro bono, etc.). Además, no parece que lo mejor sea nivelar a la baja (como algunos encuentran difícil el acceso a los tribunales, no les permitimos a ninguno que accedan). *Ibídem.*

cuanto habrá de pagar en el total de las indemnizaciones, pero también tiene una ventaja: permite un sistema más flexible, algo que es bueno cuando el gobierno no puede valorar los obstáculos legales y la situación de inadecuación del poder judicial.

En todo caso, esta coexistencia de las dos vías de reparación, que me parece la más adecuada, tiene un claro inconveniente fáctico al que ya antes he hecho alusión: el reducido presupuesto de muchos de los países que se enfrenten con este tipo de situaciones. Así, si bien encontramos razones de principio para defenderla, nos podemos topar con la cruda realidad y sus exigencias. Quizás, una forma de solucionar esta dificultad fuera el establecimiento de un "impuesto de reparación" o alguna otra fórmula impositiva, como se propuso en el ámbito sudafricano, pero esto ya sería objeto de otro debate.

Reparaciones a las víctimas de violaciones graves de los Derechos Humanos constitutivas de delitos de genocidio, lesa humanidad y/o crímenes de guerra

Manuel Ollé Sesé[*]

I. LAS VÍCTIMAS COMO OBJETO DE PROTECCIÓN POR EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

La violación de los derechos humanos ha sido una desgraciada realidad a lo largo de la historia de la humanidad; sus autores, en la inmensa mayoría de las ocasiones, han quedado impunes, y a las víctimas y a sus familiares[1], en otras tantas, se les ha privado de la necesaria tutela judicial en sus tribunales domésticos. Y, el Derecho Internacional, especialmente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha pasado inadvertido en un doble sentido. *Ad intra* porque los diferentes Estados garantes de la protección de sus víctimas y del pleno reconocimiento de sus derechos no han incorporado a sus legislaciones los correspondientes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, o porque aún haciéndolo han inaplicado sistemáticamente el Derecho Internacional, bien ignorando deliberadamente su supremacía, bien dictando leyes internas de impunidad favorecedoras de ésta, en detrimento de la tutela de las víctimas. Y *ad extra* porque la comunidad internacional, a pesar de los esfuerzos significativos

---

[*] Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos; Abogado; Vicepresidente de la asociación Pro Derechos Humanos (APDHE), España.

[1] En el contexto de este trabajo me referiré al concepto de víctima —ofrecido por *Los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones* (aprobados por la Resolución 60/147 de la AG, el 6 de diciembre de 2005, A/RES/60/147)— como "toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término *víctima* también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización". Vid. *infra*, notas 39 y 40.

de finales del siglo pasado —como fue la creación de tribunales supranacionales o de otros instrumentos cuasi jurisdiccionales en ámbitos regionales y universales— ha sido incapaz de garantizar los derechos de las víctimas de los más graves crímenes internacionales con la efectividad deseada y proclamada, al menos, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Se constata que, en la dimensión judicial, las víctimas de las graves violaciones de los derechos humanos han sido las grandes olvidadas.

La importante evolución del Derecho Internacional en su desarrollo teórico no se ha correspondido con resultados prácticos. El progresivo reconocimiento formal del individuo y su dignidad —que fue conquistando terreno a la añeja preocupación del Derecho Internacional por los Estados, como sujeto exclusivo de esta disciplina— en la praxis dista mucho de los fines y objetivos a alcanzar[2]. La consideración del individuo y de su dignidad como un valor autónomo de la sociedad internacional, que se convierte en un bien jurídico protegible en sí mismo por el Derecho Internacional, con independencia de la condición o circunstancias en que se encuentre la persona objeto de protección, pasa a ser un elemento fundamental del Derecho Internacional[3].

Los derechos humanos y, en concreto, la dignidad humana, se convierten en objeto de protección supranacional. Toda la comunidad internacional en su conjunto, no sólo cada Estado individualmente considerado, está obligada a respetar y garantizar los derechos humanos, como se ha puesto de manifiesto de forma constante y permanente en múltiples instrumentos internacionales universales y regionales protectores de los derechos humanos, al reconocer su valor como último fundamento del régimen jurídico internacional de los derechos humanos. El deber de garantía, en el plano jurisdiccional, como se verá, está íntimamente relacionado con la obligada previsión en las legislaciones domésticas de recursos efectivos y eficaces a disposición de los ciudadanos, ante una eventual violación de sus derechos humanos.

Es indudable que la defensa de los derechos humanos, con el individuo como actor principal, pasa a ser, en consecuencia, una cuestión preferente de la comunidad internacional. El denominado "núcleo duro" de los derechos humanos fundamentales contiene bienes jurídicos definidos en el Derecho Internacional y los graves atentados contra estos derechos se convierten, entonces, en la base

---

2 J. CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo,* Tecnos, Madrid, 1996, pp. 13-22, recordaba como "junto al clásico principio de la soberanía, ha aparecido otro principio constitucional del orden internacional contemporáneo: el de los derechos humanos".

3 DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público,* Tecnos, Madrid, 1999, p. 535.

para la tipificación de los elementos de los crímenes internacionales de primer grado[4] o de los más graves crímenes internacionales. Si, además de producirse la violación grave del considerado núcleo duro de los derechos humanos, concurren los elementos normativos del correspondiente tipo penal será un crimen internacional.

El primer deber en la defensa de las víctimas de graves crímenes internacionales dimana de cada Estado. Es una obligación estatal interna y, cuando ésta es inoperante por falta de voluntad o de capacidad para el enjuiciamiento, la protección de los derechos humanos deja de ser una cuestión estatal para internacionalizarse. Esta protección jurisdiccional penal, a través de la aplicación del Derecho Penal Internacional, se convierte en el último estadio (última *ratio*) de protección de las víctimas; tutela penal que, además, cumplirá la función de reforzar otros mecanismos extrapenales o cuasi jurisdiccionales en el amparo de los derechos humanos[5].

La Corte Internacional de Justicia (en la opinión relativa a la interpretación de los tratados de paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumania[6], así como en el dictamen de 21 de junio de 1971 sobre consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia, Sudoeste africano[7]) declaró que la protección de los derechos humanos no pertenece a la jurisdicción doméstica sino a la universal y que, al amparo de los arts. 55 y 56 de la Carta de San Francisco, la promoción universal y la efectividad de los derechos humanos y libertades de todos es una obligación jurídica internacional.

Esta doctrina del Tribunal Internacional de Justicia fue asentándose en la jurisprudencia internacional, reconociendo que para todos los Estados es obligatorio el respeto a los derechos humanos y cualquier violación a los mismos es contraria e incompatible a la Carta de Naciones Unidas[8].

---

4 Sobre crímenes internacionales de primer grado, Vid. M. OLLÉ SESÉ, *Justicia Universal para Crímenes Internacionales,* La Ley, Madrid, 2008, pp. 184-200; Desde la elaboración de los trabajos preliminares del *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad* (CDI, 48ª Sesión, 6 de mayo al 26 de julio de 1996, NU-Doc. A/CN.4/L.532) se entendió que la protección del núcleo duro de los derechos humanos estaba presente en los crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad.

5 Cfr. G. WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 98-102.

6 Dictámenes de 30 de marzo de 1950 (primera fase) y de 18 de julio de 1950 (segunda fase), caso *Interpretation of Peace Treaties,* ICJ Rep. 1950, pp. 65 y 221.

7 *Namibia, Legal Consequences for Status of the Continued Presence of South Africa in Namibia, South West Africa, notwithstanding Security Council Resolution* 276 en ICJ Rep. 1971, p. 55.

8 Caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran,* ICJ Rep. 1980, p. 42.

En definitiva, los Estados ostentan una doble obligación en materia de derechos humanos; por un lado, el deber de respetar, asegurar y proteger los mismos; y, por otro, la obligación de garantía, concretada en el plano jurisdiccional, en brindar a sus ciudadanos los recursos efectivos si son violados: deber de investigar, juzgar, en su caso sancionar y reparar[9]. Deberes que exigen por parte de los Estados —y, muy especialmente, por el del *locus delicti commissi*— juzgar a los responsables de esos crímenes internacionales. En la misma medida que los Estados son garantes de la protección de los derechos humanos, son responsables de tutelar a las víctimas mediante el enjuiciamiento y, en su caso, de sancionar penalmente —como consecuencia necesaria y legítima de aquella protección— a los agentes de las violaciones más graves contra los derechos humanos. Obligación de enjuiciamiento que, cuando es obviada por las jurisdicciones domésticas, se traslada a la comunidad internacional, como desarrollaré más adelante[10].

II. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS Y OBLIGACIONES *ESTA Y SUPRA* ESTATALES

Los derechos de las víctimas, y las obligaciones de los Estados respecto de aquéllas, han experimentado una importante evolución en el Derecho Internacional. El deber de respeto y garantía, por parte de los Estados, en el Derecho Internacional escrito, está reconocido o, mejor, impuesto, en el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en los arts. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. Estos textos, en síntesis, proclaman de forma similar, que los Estados-Parte se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en cada uno de esos convenios 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.

---

9 Sobre las obligaciones específicas en el deber de garantía, Vid. J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Parthenon, Madrid, 2007, pp. 250-262; También la Observación General núm. 31, *Comentarios generales* adoptados por el Com. DH, "La índole de la Obligación Jurídica general impuesta", 80º período de sesiones (2004), párr. 18, UN. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004).

10 Vid. *infra* epígrafe IV.

La concreta obligación de establecer recursos efectivos, como parte del contenido del deber de garantía, se contempla en instrumentos genéricos y específicos de protección de los derechos humanos. En los genéricos, se advierte en los artículos 2.3 PIDCP, 8 DUDH, 13 CEDH, 25 CADH, y 7 de la Carta Africana, que garantizan el derecho de las víctimas a un recurso efectivo cuando sus derechos y libertades garantizadas en los respectivos convenios o pactos se hubieren violado; y, por tanto, determinan la obligación de los Estados de respetar, asegurar y garantizar los derechos humanos así como el de facilitar los medios necesarios para tal fin mediante un recurso efectivo. Derechos-deberes de garantía que también se reconoce en diferentes tratados específicos, como en el Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (art. 1), en la Convención contra la Tortura (arts. 4, 12, 13 y 14), en la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación Racial (art. 6), o en la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas (arts. 7, 8 y 12), entre otros.

Del contenido de estos textos convencionales o declarativos se infiere expresa o tácitamente la obligación de los Estados de respetar, asegurar y garantizar los derechos humanos así como la de procurar las herramientas jurídicas precisas para tal fin, mediante un recurso efectivo. Obligaciones que adquieren una dimensión supraestatal cuando, como he señalado, el Estado llamado a observarlas, omite sus deberes.

Los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos han experimentado una especial consideración y desarrollo en los últimos años del siglo pasado. Los principales instrumentos universales, sin ánimo exhaustivo, han sido tres. En primer lugar, la *Declaración de Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos del Abuso de Poder*[11] se erigió en la expresión naciente internacional que reconocía los derechos de las víctimas ante los sistemas judiciales internos; principios extensivos al ámbito judicial supranacional. El objetivo de la Declaración se concretaba en asegurar a todas las víctimas tanto el acceso a la tutela judicial como el apoyo durante el procedimiento judicial al que se vieran sometidas[12], ofreciendo modelos para que los derechos de las víctimas ante los sistemas judiciales sean efectivos.

Esta Declaración exige, además, a los Estados, que las víctimas sean tratadas con compasión y respeto por su dignidad[13] (respeto que incluye el derecho de las víctimas a estar informadas del devenir del procedimiento judicial en todas

---

11 Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Esta Declaración se desarrolla en el manual de la ONU sobre Justicia para las víctimas.

12 Principio 4: "Las víctimas [...] tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido".

13 Principio 4.

sus fases); que se adopten las medidas de seguridad necesarias para las víctimas, sus familias y testigos[14], así como las medidas de asistencia y apoyo (material, médico, psicológico y social) que se les debe brindar antes, durante y al concluir el procedimiento[15].

En segundo lugar, los citados *Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones*[16] declaran la "obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario"[17]. Proclama el derecho de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos o de infracciones del Derecho Internacional Humanitario a un recurso efectivo y a obtener la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido y proporcional respecto de éste[18], frente a las obligaciones estatales de prevenir, investigar, perseguir y sancionar a los autores, otorgar la tutela judicial efectiva y la reparación integral a las víctimas[19]. Principios que, al igual que la anterior Declaración de 1985, promulgaron que la víctima debe ser tratada con humanidad y respeto por su dignidad y derechos humanos[20]; y que se les debe garantizar a ellas y sus familias, la seguridad, el bienestar físico y psicológico y su intimidad[21] antes, durante y después del procedimiento; así como facilitar la asistencia necesaria cuando acceden a la justicia[22].

Y, en tercer lugar, el *Conjunto de Principios Actualizado para la Protección de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad de las Naciones Unidas,* determinan, por un lado, el derecho de las víctimas a saber, a la justicia, a la reparación[23] y a la garantía de que no se repetirán las violaciones[24]; y, por otro,

---

14 Principio 6.

15 Principios 14 a 17.

16 Vid. *supra*, nota 1.

17 Principio 1. Este principio añade que estas normas, según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos, dimanan de los tratados en los que un Estado sea parte, del derecho internacional consuetudinario y del derecho interno de cada Estado.

18 Principio 11.b).

19 El preámbulo de los principios es elocuente: "Reconociendo que, al hacer valer el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones, la comunidad internacional hace honor a su palabra respecto del sufrimiento de las víctimas, los supervivientes y generaciones futuras y reafirma el derecho internacional en la materia".

20 Principio 10.

21 *Ibídem.*

22 Principio 12.

23 Reparación tanto de la víctima como de sus derechos habientes, lo que implica el deber del Estado a reparar y el derecho de aquélla de dirigirse contra el autor (Principio 31).

24 Principios 2 a 38.

el deber de los Estados de investigar las violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, de enjuiciar a los perpetradores de esas violaciones y la obligación general de los Estados de combatir la impunidad[25].

En el ámbito regional europeo también los derechos de las víctimas y las obligaciones de los Estados han sido objeto de estudio y recomendaciones. Por su importancia, hay que destacar, por un lado, como el Consejo de Europa, desde su Recomendación de 1985[26], ha reconocido la ineludible protección de la víctima, ante la constante preocupación del Derecho Penal por el delincuente. Su Preámbulo refleja como la tradicional relación entre el Estado y el delincuente ha tendido a incrementar y no a disminuir los problemas de la víctima y considera que la justicia penal debe responder a las necesidades de la víctima y a la protección de sus intereses en todas las fases de los procesos penales nacionales. La Recomendación expresamente propugna el derecho de información a las víctimas en todas las fases del procedimiento penal, el derecho a su inicio, a re-

---

[25] El Principio 1 se pronuncia al respecto: "la impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones". Respecto de la obligación de castigar, Vid. el estudio sobre la impunidad de Louis JOINET, Relator Especial de NU sobre la impunidad, presentado el 2 de octubre de 1997 (Distr. General. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1) a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. También Vid. los "Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias" —recomendados por el Consejo Económico y Social, en su Resolución 1989/65, de 24 de mayo de 1989, para que fueran tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de su legislación y prácticas nacionales— que sugieren la investigación exhaustiva (principios 9 a 17) y el sometimiento a un proceso judicial de los responsables de las ejecuciones extralegales, arbitraras o sumarias (principios 18 y 19), así como el derecho a recibir, por parte de las familias y personas que estén a cargo de las víctimas de esas ejecuciones, una compensación justa y suficiente (principio 20). Igualmente, sirve de ejemplo la "Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos", NU: A/RES/53/144, de 8 de marzo de 1999, que recuerda, reafirma y destaca el deber de la comunidad internacional de promover y fomentar el respeto de los derechos humanos (art. 2), y garantiza en el art. 9 recursos eficaces en caso de violación de los derechos humanos.

[26] Recomendación R (85) 11 del Consejo de Europa sobre la Posición de la Víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal.

currir ante la inanición de la acción penal y el derecho a la reparación[27]. Y, por otro lado, la Unión Europea, adoptó la Decisión Marco sobre el estatus de la víctima en el proceso penal, de 15 de marzo de 2001, con el fin de armonizar las diferentes legislaciones para garantizar los principales derechos de las víctimas y su protección, antes y después de la comisión del delito[28].

Por tanto, los derechos de las víctimas de graves crímenes internacionales se pueden concretar en: i) derecho a un recurso efectivo, ii) derecho a ser tratadas con respeto y dignidad, iii) derecho a la seguridad, protección y a la asistencia; y iv) derecho a la reparación.

III. LA TUTELA CUASI JURISDICCIONAL DE LAS VÍCTIMAS POR RESPONSABILIDAD ESTATAL

El Derecho Internacional, en los espacios universales y regionales, ha contemplado, en un primer momento, mecanismos indirectos en la protección de los derechos humanos, basados en la reclamación a un Estado concreto por la responsabilidad estatal incurrida al infringir una norma internacional de derechos humanos.

En el espacio universal de la Organización de las Naciones Unidas, el particular, individual o colectivamente, puede presentar denuncias o quejas contra el Estado en cuyo territorio se encontraren en el momento de producirse los hechos objeto de esa denuncia. El procedimiento, de naturaleza cuasi contenciosa, es limitado y sólo admite la presentación por violación de los derechos

---

[27] Estas recomendaciones generales fueron reproducidas sucesivamente por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (V. R (87) actualizada en 2006 y R (2000) 19; y recomendaciones específicas: R (85) 4, respecto violencia intrafamiliar; R (97) 13, sobre intimidad de testigo y derechos de defensa; R (99) 19, concerniente a la mediación penal; R (2000) 11 relativa a la trata de personas con fines de explotación sexual; R (2001) 16 referida a la protección de la niñez en casos de explotación sexual y R (2001) 16 de protección de testigos y otros colaboradores de la administración de justicia.

[28] Decisión (2001/220/JAI), Diario Oficial L 82/1, 22 de marzo de 2001. Esta Decisión, en síntesis, determina el principio de reconocimiento y respeto (art. 2); de audición y presentación de pruebas (art. 3); el derecho a recibir información (art. 4); de garantías de comunicación (art. 5); de asistencia específica (art. 6); la sufragación de gastos de la víctima (art. 7); el derecho de protección (art. 8); el derecho de indemnización (art. 9); la mediación penal (art. 10); el régimen de las víctimas residentes en otro Estado miembro (art. 11); la cooperación entre los Estados (art. 12); los servicios especiales de apoyo (art. 13); la formación de las personas que intervienen en los procedimientos y están en contacto con las víctimas (art. 14); o las condiciones prácticas relativas a las víctimas durante su actuación (art. 15).

proclamados en los siguientes convenios: Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad; Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y los dos Protocolos Facultativos relativos, uno, a la Participación de Niños en los Conflictos Armados y, el otro, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía[29].

La queja o denuncia es tramitada en cada uno de los órganos de control y vigilancia creados por decisión de los convenios citados. Son los denominados Comités que, de conformidad con lo previsto en sus reglamentos y en los correspondientes tratados y protocolos, bajo los principios de voluntariedad —aceptación voluntaria por parte de los Estados Parte de la actuación del Comité por quejas de particulares—, obligatoriedad —del procedimiento una vez que ha sido admitido por cada Estado—, legalidad —del procedimiento de acuerdo al propio reglamento de cada Comité—, escrito —todo el procedimiento es escrito con ausencia de oralidad—, confidencialidad —excepto para el quejoso y su representación—, contradicción —entre el quejoso y su representante y el Estado denunciado—, definitivo —la decisión es definitiva, sólo revisable en caso de nuevas informaciones sobrevenidas—, sancionador pero no vinculante —la opinión del Comité en caso de que constate la existencia de la violación del derecho alegado determina las medidas de reparación e indemnización que el Estado deberá resarcir al denunciante, que, a pesar de su no obligatoriedad, los Estados suelen actuar—, e interpretativo —de los derechos analizados en su opinión, con independencia de la estimación o no de la queja emiten el correspondiente dictamen—[30].

En los escenarios regionales existen también órganos encargados de velar por los derechos humanos de las personas individualmente consideradas. Dentro del

---

[29] Vid. N. GARCÍA SANZ, y L. ACEBAL MONFORT, "Mecanismos para la garantía de los Derechos Humanos en las Naciones Unidas", en OLLÉ SESÉ, M.; ACEBAL MONFORT, L.; GARCÍA SANZ, N. (coords.), *Derecho internacional de los Derechos Humanos: su vigencia para los Estados y para los ciudadanos,* Anthropos, Barcelona, 2009, pp. 170-176.

[30] Puede verse el procedimiento ante los Comités en C. VILLÁN DURÁN, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos,* Trotta, 1ª reimpresión, Madrid, 2006, pp. 456-486.

Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[31], que, a los efectos que ahora interesan, se aparta de la naturaleza de los Comités, siendo un tribunal jurisdiccional donde el justiciable puede acudir, una vez agotados los recursos jurisdiccionales internos, ante la violación de cualquiera de los derechos del CEDH[32].

En el ámbito de la Organización de Estados Americanos, la CADH, a semejanza del CEDH, en el que se inspira, creó dos órganos para la protección de los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión, además de las funciones de promoción y asesoramiento en materia de derechos humanos, ostenta facultades de protección mediante la recepción de quejas interestatales e individuales[33]. La Corte ejerce competencias consultivas[34] y contenciosas. El individuo no puede acceder de forma directa a la jurisdicción contenciosa ya que está reservada solo a los Estados Parte que han aceptado la jurisdicción de la Corte, y a la Comisión.

En el espacio regional africano, la citada Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos creó la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, a la que se puede acceder por distintos procedimientos, diferenciados en la Carta, pero asimilados en la práctica, a saber: denuncias o quejas interestatales o individuales. Es un mecanismo con facultades muy limitadas que se convierte, en la práctica, en un instrumento infrautilizado al ejercer órganos políticos un control férreo sobre el mismo[35].

---

31 Sobre el procedimiento ante el TEDH, Vid. C. MORTE GÓMEZ, *El Procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Requisitos de Admisibilidad de la Demanda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

32 Vid. M. TAYLOR, "Protección jurisdiccional de los Derechos Humanos en el Sistema Europeo", en OLLÉ SESÉ; ACEBAL MONFORT; y GARCÍA SANZ (coords.), *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, cit., pp. 179-193.

33 Vid. F. GONZÁLEZ MORALES, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: principales aspectos", en C. FERNÁNDEZ LIESA (Dir.), *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano,* Thomson-Civitas, Madrid, 2009, pp. 81-109; y S. ASTETE MUÑO, "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: avances y retos", en FERNÁNDEZ LIESA (Dir.), *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano,* cit., pp. 41-80.

34 Vid. A. DULITZKY, "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en OLLÉ SESÉ; ACEBAL MONFORT; y GARCÍA SANZ (coords.), *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, cit., pp. 194-201.

35 Vid. J. ALCAIDE FERNÁNDEZ, "El sistema Africano de Derechos Humanos", en OLLÉ SESÉ; ACEBAL MONFORT; y GARCÍA SANZ (coords.), *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, cit., pp. 202-209.

IV. LA TUTELA JUDICIAL DE LAS VÍCTIMAS POR RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL

En la actualidad nadie discute la obligación internacional de enjuiciar los crímenes internacionales de primer grado, para exigir la responsabilidad penal individual de sus autores, por los Estados donde se cometieron los hechos, aunque sí se cuestiona el ejercicio jurisdiccional por parte de terceros Estados extraños a los del lugar de comisión, en aplicación del título jurisdiccional universal, o por otros tribunales supranacionales. En este sentido, son significativos los citados Principios sobre las violaciones internacionales de derechos humanos y, en concreto, el segundo, al declarar —en caso de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del Derecho Internacional— la obligación de los Estados de investigar; y, si hay pruebas suficientes, de enjuiciar a los presuntamente responsables de las violaciones; y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas[36].

Hoy es indiscutible el carácter universal de estos bienes jurídicos y su deber de protección por parte de los Estados. Bastaría citar el proyecto de "Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad", que ya determinaba que todos los Estados adoptarían las medidas necesarias para establecer su jurisdicción por los delitos de genocidio, contra la humanidad y de guerra con independencia tanto del lugar de comisión como de quién los hubiere cometido.

En el Derecho Internacional convencional, el preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) recuerda que "teniendo presente que, en este siglo [XX], millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades [graves crímenes que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad] que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad" "*es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales*[37]" que al ser "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo".

---

[36] En ese mismo principio y en el primero se desarrollan las medidas y las obligaciones que se deben adoptar en las legislaciones internas para el eficaz cumplimiento de las normas internacionales. Igualmente, señala la obligación de los Estados de cooperar mutuamente y ayudar a los órganos judiciales internacionales competentes a investigar las violaciones y enjuiciar a los responsables.

[37] Énfasis añadido. Nótese que el Estatuto de la CPI resalta que el ejercicio de la acción penal por estos crímenes es deber de *todo Estado,* es decir, es una obligación para todos los Estados y no sólo para los que hayan firmado y/o ratificado el Estatuto.

El escenario judicial adecuado y deseable para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales es el de la jurisdicción interna del lugar donde se han cometido, sin embargo las frustraciones de las víctimas en la materialización de la justicia en los órganos judiciales domésticos ha sido una constante a lo largo de todos los tiempos.

La deliberada impunidad de los responsables de estos crímenes no podía perpetuarse, por lo que la correlativa defensa efectiva de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos evolucionó, en el aspecto represivo supranacional, materializándose en la instauración de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* de la antigua Yugoslavia y Ruanda, en la creación de la CPI, y en la adopción de diferentes instrumentos jurídicos que instituyeron los tribunales mixtos o internacionalizados[38]. Tribunales propicios para que, en el ámbito de sus específicas competencias, depuren las responsabilidades penales individuales de los autores de los crímenes internacionales de primer grado. Escenarios jurisdiccionales a los que hay que sumar el ejercicio de la jurisdicción universal por tribunales nacionales.

Merece especial mención la consideración de las víctimas en el Estatuto de la CPI, donde gracias a los esfuerzos de organismos de Derechos Humanos y de las delegaciones de los Estados Parte se pudieron unificar criterios y posturas encontradas de los diferentes sistemas jurídicos universales y articular, tanto en el Estatuto como en las Reglas de Procedimiento y Prueba, normas que ofrecieran un rol activo a las víctimas en el procedimiento y no sólo la consideración estricta de testigos, como había sucedido en los tribunales internacionales *ad hoc*.

El Estatuto, aunque no ofrece una definición de víctima, en la Regla 85 considera que lo son todas las personas físicas que hayan sufridos daños como consecuencia de la comisión de algún crimen competencia de la Corte y a las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a algunos de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios. La consideración de víctima en la Corte da acceso al procedimiento y a interesar la correspondiente reparación[39].

---

38 El Tribunal Especial para Sierra Leona; El Tribunal Especial de Camboya (Salas Especiales); El Tribunal Especial de Timor Leste; El Tribunal *ad hoc* de Derechos Humanos de Yakarta; La Sala de crímenes de guerra del Estado de Bosnia y Herzegovina y El Tribunal Especial para el Líbano.

39 El Estatuto se inspiró, de acuerdo con los trabajos preparatorios de las Reglas de Procedimiento y Prueba (A/CONF/.183/C.1/WGPM/L.2./Addd.7 de 13 de julio de 1998, nota. 5, p. 5.), en la definición de víctima ofrecida por la citada Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder y también en la brindada por el referido Conjunto de Principios para la

El Estatuto demuestra la evolución del Derecho Internacional en relación con los derechos de las víctimas. Se ha pasado de la consideración de la víctima exclusivamente como testigo (Nuremberg, Tokio, Ruanda, Ex Yugoslavia) a su reconocimiento, con un estatus que les permite participar en el procedimiento penal para obtener la verdad judicial, la necesaria justicia y la debida reparación[40]. En este sentido fue determinante, por el punto de inflexión que supuso, la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, de 17 de enero de 2006, de la CPI, que dejó definitivamente sentado que "el régimen de participación para las víctimas establecido por quienes redactaron el Estatuto surgió después de un debate en un contexto de énfasis creciente sobre el papel de las víctimas, establecido por el conjunto de normas de derechos humanos y de derecho internacional humanitario [...] el Estatuto le otorga a las víctimas una voz independiente y un papel en los procedimientos ante la Corte. Debe ser posible ejercer esta independencia, en particular y personalmente con el Fiscal de la Corte Penal Internacional para que las víctimas puedan presentar sus pretensiones"[41].

En conclusión, los escenarios judiciales posibles, y dentro de las limitaciones competenciales de cada uno, a los que pueden acudir las víctimas en demanda de tutela judicial penal efectiva[42] son: los tribunales domésticos donde se produjeron los hechos; los tribunales internos distintos al del *locus delicti commissi,* en

---

Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad. Vid. *supra,* nota 1.

40 La Secretaría de la CPI a través de dos unidades específicas, la de *Dependencia de Víctimas y Testigos* y la *Sección para la Participación y Reparación de las Víctimas* adopta las medidas necesarias para el apoyo y asistencia a víctimas y testigos (Vid. Reglamento de la Secretaría). Además, los Estados Partes, el 9 de septiembre de 2002 crearon el Fondo Fiduciario mediante la Resolución *Creación de un fondo en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte, así como de sus familias*, cuya misión es ejecutar las órdenes de reparación de la CPI y realizar los proyectos de asistencia para las víctimas y sus familias "en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte, así como de sus familias". Sobre la participación de las víctimas ante la CPI, la elección de sus representantes legales, la oficina de defensores de las víctimas, asistencia letrada y protección y apoyo a víctimas, Vid. CPI, *Víctimas ante la Corte Penal Internacional: Un Manual para la Participación de Víctimas en los Procedimientos de la Corte.*

41 Decisión sobre las solicitudes de participación de SPRV 1 a 6 en los procedimientos, Sala de Cuestiones Preliminares I, de 17 de enero de 2006, párr. 51, 53 y 63. Traducción del autor.

42 Sobre los estándares de un proceso penal efectivo puede consultarse, M. OLLÉ SESÉ y C. LAMARCA PÉREZ, "La reforma del principio de Justicia Universal", *La Ley Penal,* núm. 83, año VIII, Madrid, 2011, pp. 12-19.

aplicación del principio de jurisdicción universal[43]; los tribunales penales internacionales *ad hoc*; la CPI y los tribunales mixtos o internacionalizados.

V. LA VÍCTIMA COMO TESTIGO DE CARGO

La praxis judicial demuestra que la prueba del testigo-víctima que ha sufrido los hechos es la más importante del procedimiento; tal vez, en términos cualitativos sea el 50% del acerbo probatorio. Sin embargo, este testigo, no es cualquier testigo ajeno a los hechos delictivos que hubiere presenciado los hechos como mero espectador, sino que ha sido directa o indirectamente víctima de una violación grave de sus bienes jurídicos más preciados. Víctima que, en ocasiones, a su vez, se convierte en testigo espectador, al sumar al estatus de testigo-víctima la de testigo directo de las atrocidades sufridas por terceros[44].

En el aspecto meramente probatorio, la cautela judicial en la valoración de su testimonio incriminatorio está íntimamente ligado con las garantías de los sometidos a enjuiciamiento. La víctima, en estos supuestos, gozará de una triple condición, será testigo, será víctima y, por lo general, será parte procesal en el procedimiento, cuando ejercite la correspondiente acción penal[45]. Esta triple dimensión exigirá un estándar valorativo probatorio riguroso con la finalidad de verificar la ausencia de motivos incriminadores espurios, que el contenido del testimonio goza de la persistencia continuada en el tiempo y, ante la ausencia de otras pruebas directas, que, al menos, existe una corroboración mínima o periférica. La experiencia demuestra que, al tratarse de crímenes graves que obedecen a una modalidad comisiva y connotaciones específicas, es prácticamente nulo el riesgo de una narración de la víctima que obedezca a finalidades acusatorias adulterados, más allá de la comprensible ansia por parte de las víctimas de realización de la justicia; anhelo disculpable jurídicamente porque en nada afecta a la veracidad del testimonio.

Es fundamental para el proceso penal que la víctima narre su verdad y los hechos tal y como los vivió y los recuerda, lo que añade un plus "curativo", si se quiere, al presentar la víctima-testigo su propia voz ante los tribunales, sin

---

43 Se pueden añadir también los tribunales domésticos distintos del lugar de comisión de los hechos, en aplicación del principio de personalidad activa, cuando existieran víctimas nacionales de ese tercer Estado.

44 Por ejemplo, sería el caso de una persona que ha sido detenida ilegalmente, torturada en un centro de detención clandestino y allí ha presenciado torturas o asesinatos de otras personas también secuestradas en el mismo centro.

45 En España podría constituirse como acusación particular. En todo caso, dependerá del sistema judicial del tribunal nacional o supranacional donde se enjuicie el caso.

intermediarios. La verdad material, en la mayoría de los casos, nace de la verdad sedativa con la que ha convivido la víctima desde el mismo día de los hechos, esto es, interioriza y cuenta su verdad que no duele y apacigua el sufrimiento (sedativa), relatando lo que le ha ocurrido, sin ocultar la verdad, pero eliminando casi inconsciente y paulatinamente los detalles que le ayudan a soportar su dolor de víctima. Esto exige para los profesionales del derecho y especialmente para sus abogados aprender a "escuchar entre líneas" y extraer esas partes de la verdad real sin excepción, que serán claves para la historia, para la verdad judicial y para la determinación de una estrategia probatoria.

Para que emerja esta verdad es necesario, por lo general, ante víctimas traumatizadas o retraumatizadas, dedicar diferentes sesiones, espaciadas en el tiempo para que ésta se reconozca y su testimonio se transforme en testigo judicial. Sus abogados mediante un diálogo dirigido, tras un primer relato libre y espontáneo de la víctima, retornan a su historia de forma guiada y matizada, donde conocerán profundamente su historia y así les ayudarán para trasladarla al tribunal. Sólo así se comienza a conocer cuáles son las partes fundamentales de su testimonio y qué partes no son tan relevantes. La víctima aprende de manera espontánea y se familiariza con la dialéctica y el escenario donde, por fin, verterá su testimonio en busca de la justicia que solicita[46]. Al finalizar las víctimas-testigos sienten que saben lo que sabían que sabían y se convierten en los verdaderos protagonistas del escenario judicial.

Por último, los principios o deberes éticos que deben regir en la praxis de la preparación de los testimonios de las víctimas son: proporcionar un trato digno a la víctima, evitar la victimización secundaria, proporcionarle una asistencia integral, informarle, organización del agente y seguridad[47].

---

[46] La metodología y estrategia, así como los desafíos de protección de las víctimas (Vid. *infra*, nota 47) dependerá de si éstas se encuentran en el país de comisión de los crímenes o en un tercero, y de si el procedimiento judicial se celebra en un país o tribunal supranacional distinto al de residencia de aquellas. En múltiples ocasiones, y aunque el procedimiento se esté ventilando en países ajenos al de la residencia de las víctimas, estas entrevistas se producen en el lugar de residencia, con la antelación necesaria y, por lo general, con la necesaria coordinación y colaboración consensuada de equipos jurídicos y/o interdisciplinares o, por ejemplo, de líderes de comunidades a las que pertenezcan. En ocasiones, razones de seguridad impiden que esta preparación se realice en el territorio de residencia.

[47] Sin ánimo exhaustivo, estos principios en la práctica se pueden concretar, entre otras: en la programación del lugar, día y hora concreto de la cita; en el espacio de privacidad e intimidad donde realizar la reunión; en la creación de una atmósfera de confianza; en el protocolo de presentación del abogado, recordando su sujeción al secreto profesional; en el protocolo de preguntas respecto de la identidad de la víctima y el hecho padecido; en los medios técnicos de grabación del testimonio; en la obtención de pruebas gráficas cor-

porales; en el tratamiento integral con equipos multidisciplinares (abogados, psicólogos, médicos, asistentes sociales, etc.); en la información de los derechos que le asisten; en la información del devenir del procedimiento; o en el traslado de las víctimas a sus abogados de opiniones, sugerencias y preocupaciones, según el devenir procesal. Vid. ZAVALA, A., y UGÁS, F., *Buenas prácticas en las entrevistas de víctimas de violaciones graves de Derechos Humanos,* trabajo en la clínica jurídica Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, inédito, Madrid, 2008.

Especial mención merece el principio de seguridad de las víctimas-testigos, la preparación del testimonio y el trabajar con ellos les supone un riesgo directo que hay que valorar y adoptar las medidas legales necesarias para minimizarlo. Riesgo que está presente muy especialmente en los lugares de residencia y no sólo respecto de las propias víctimas-testigos, sino también planea sobre sus familiares. Si el testimonio se produce en un tribunal supranacional o de otro país distinto al de su residencia, como suele ser lo habitual, éstos tribunales deben adoptar igualmente todas las medidas de protección necesarias, como, por ejemplo, declararlos testigos protegidos y, por tanto, ocultar su identidad, porque, aunque en el lugar donde se haya prestado el testimonio no exista ese riesgo, éste puede renacer a su regreso al país de procedencia.

El derecho a la reparación en el sistema universal de protección de los Derechos Humanos y su aplicación en el Derecho Penal Internacional

Diana Esther Guzmán[*]

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha consolidado en el Derecho Internacional el principio de la reparación integral. Dicha consolidación se ha dado de la mano del desarrollo de instrumentos internacionales de derechos humanos entre los que se destacan los documentos del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (Sistema ONU), los cuales contribuyen a concretar el sentido y alcance del derecho a la reparación, así como el contenido de las obligaciones que se derivan del mismo[1].

El proceso de consolidación del principio, especialmente vigoroso en los últimos veinte años, ha generado un consenso general sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y de crímenes internacionales a obtener una reparación integral, adecuada y oportuna. Esto ha contribuido de manera definitiva a generar expectativas legítimas en las víctimas frente a las reparaciones.

Sin embargo, el análisis de las experiencias concretas en las que deberían aplicarse estos estándares muestra serias deficiencias que desvirtúan la garantía efectiva del derecho. En la práctica, los estándares internacionales no son aplicados plenamente, lo cual, constituye una denegación de los derechos de las víctimas que afecta la construcción de sociedades más democráticas.

Este parece ser el caso de la primera sentencia emitida por el Tribunal Especial de Camboya, que juzga actualmente a los principales responsables de los

---

[*] Investigadora Principal, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad —DeJuSticia—.

[1] Los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, como el Sistema Interamericano, también han jugado un papel fundamental en la consolidación del principio de reparación integral, promoviendo su aplicación y precisando jurídicamente su contenido. No obstante, la presentación hace énfasis únicamente en el sistema universal, por cuanto dentro del panel este es el tema que le corresponde abordar a la autora.

crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra cometidos en Camboya por el régimen Khmer Rouge entre 1975 y 1979, en donde el derecho a la reparación no fue efectiva y plenamente garantizado y respetado.

El objetivo de esta presentación es poner a dialogar los estándares internacionales de reparaciones desarrollados en el Sistema de Naciones Unidas con la decisión en materia de reparaciones emitida en el Caso 001 por el Tribunal Especial de Camboya, con el fin de derivar algunos elementos que permitan proyectar el debate sobre reparaciones en el escenario de la Corte Penal Internacional.

Para esto, el documento está dividido en tres partes. En la primera se enfatizan los principales parámetros de reparación desarrollados en el sistema de Naciones Unidas. En la segunda se describen y analizan brevemente los elementos de la sentencia en materia de reparaciones, señalando sus alcances y límites. Finalmente, en la última parte, a modo de conclusión, se retoman algunos elementos de la discusión presentada, con el fin de analizar los retos y oportunidades que ofrece el Estatuto de Roma en materia de reparación.

II. LOS ESTÁNDARES DEL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE REPARACIÓN

En los últimos años se ha consolidado el principio jurídico y político según el cual las víctimas de violaciones a las normas de derechos humanos deben ser reparadas de forma integral, adecuada y oportuna[2]. Este principio se encuentra plasmado tanto en tratados internacionales de derechos humanos[3], como en otros instrumentos que codifican las obligaciones internacionales de los Estados en la materia[4]. La reparación es una norma consuetudinaria y un principio

---

[2] R. UPRIMNY, *Reparaciones transformadoras de violaciones masivas a los derechos humanos: entre justicia correctiva y justicia distributiva*, Universiteit Utrecht, Holanda, 2009.

[3] En este sentido, por ejemplo, el artículo 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: "Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación". Así mismo, de acuerdo con el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando se compruebe la violación a uno de los derechos contenidos en la Convención, la Corte deberá disponer que se reparen sus consecuencias.

[4] Se trata principalmente de conjuntos de principios elaborados por expertos internacionales y adoptados por órganos autorizados del Sistema de Naciones Unidas, que sistematizan las obligaciones de los Estados en el tema de derechos de las víctimas, impunidad y reparaciones. Aunque algunos autores los consideran no vinculantes, catalogándolos como *soft law*, constituyen una codificación de obligaciones del Derecho Internacional que los Estados están llamados a cumplir.

general del Derecho, del cual se derivan obligaciones específicas para los Estados[5].

En este sentido, los dos instrumentos del sistema universal de protección de los derechos humanos que sistematizan y delinean sus componentes y dimensiones de manera más detallada son, el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, aprobados en 2005 por la Comisión de derechos humanos de la ONU[6], y los *Principios y directrices básicos sobre derechos de las víctimas de violaciones manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos y de graves violaciones al derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, aprobados por la Asamblea General en 2005[7].

Estos documentos desarrollan tanto el fondo como la forma de la reparación, precisando que se trata de un derecho de las víctimas, del cual surgen obligaciones específicas para los Estados[8]. Estos instrumentos permiten identificar al menos cinco elementos que resultan fundamentales para caracterizar y entender el alcance de la reparación.

En primer lugar, de acuerdo con dichos estándares internacionales, el derecho a la reparación surge desde el mismo momento en que una persona sufre una violación a los derechos humanos. En este sentido, el titular del derecho es toda víctima de una violación a sus derechos humanos, "con independencia de que el autor de la violación sea identificado", juzgado o condenado, así como "la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa"[9]. El sujeto obligado es el Estado, el cual está llamado a garantizar la reparación[10].

---

5 Véase: COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2007.

6 Estos principios fueron desarrollados inicialmente por el experto independiente Louis Joinet, actualizados posteriormente por la experta Diane Orentlicher y aprobados por la Comisión de Derechos Humanos mediante la Resolución 2005/81.

7 Aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución A/RES/60/147, del 21 de marzo de 2006.

8 Comisión de Derechos Humanos, *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Naciones Unidas, E/CN.4/2005/102/Add 1, 8 de febrero de 2005, Principio 31.

9 Asamblea General, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Naciones Unidas, Resolución A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006, Principio V.

10 El Estado debe conceder reparación a las víctimas por las acciones u omisiones de las cuales sea responsable. Cuando una persona natural o jurídica deba conceder la reparación, deberá reparar o indemnizar al Estado si este ya ha pagado. Asamblea General, *Principios*

En segundo lugar, establecen que la finalidad de la reparación es "promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario"[11]. Esto implica enfrentar todos los daños sufridos por las víctimas[12] y responder a los mismos de manera proporcional, adecuada y oportuna[13], procurando desaparecer los efectos de las violaciones sufridas.

En tercer lugar, se entiende que para que la reparación sea integral, además de ser proporcional, adecuada y oportuna, debe procurar enfrentar todos los daños sufridos por la víctima y, por lo tanto, debe incluir medidas tendientes a restituir, indemnizar, rehabilitar, satisfacer y garantizar la no repetición de los hechos. La restitución incluye todas aquellas medidas encaminadas a volver a la víctima a la situación anterior a la violación. Esto puede incluir el restablecimiento de la libertad, de la vida familiar y de la ciudadanía, así como la reintegración en el empleo o la devolución de los bienes. En los casos en los que la restitución no sea posible, la víctima tiene derecho recibir una compensación, la cual puede tomar la forma de bienes o dinero.

La indemnización debe concederse para responder a todos los daños que sean evaluables económicamente, por ejemplo, los daños físicos, mentales y materiales, así como los perjuicios morales y el lucro cesante entre otros. La rehabilitación tiene como finalidad asegurar la recuperación plena de la víctima, lo cual debe incluir medidas de atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales. La satisfacción pretende restablecer la dignidad de la víctima y comprende generalmente medidas de reconocimiento público de responsabilidad, la búsqueda de las personas desaparecidas, la verificación de los hechos y el establecimiento de la verdad, así como las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas[14]. Finalmente, las garantías de no repetición pretenden prevenir la ocurrencia de nuevas violaciones a los derechos humanos, lo cual puede implicar reformas institucionales, el desmantelamiento de las fuerzas armadas paraestatales, y el fortalecimiento del poder judicial[15].

---

y directrices básicos..., cit. nota 9, Principio IX, y Comisión de Derechos Humanos, *Conjunto de principios actualizado...*, cit. nota 8, Principio 31.

11 Asamblea General, *Principios y directrices básicos...*, cit. nota 9, Principio IX.

12 Comisión de Derechos Humanos, *Conjunto de principios actualizado...*, cit. nota 8, Principio 34.

13 Asamblea General, *Principios y directrices básicos...*, cit. nota 9, Principio IX. En cuanto a la proporcionalidad, el principio señalado establece que: "La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido.

14 Asamblea General, *Principios y directrices básicos...*, cit. nota 9, Principio IX.

15 Comisión de Derechos Humanos, *Conjunto de principios actualizado...*, cit. nota 8, Principios 35-38.

En cuarto lugar, como consecuencia del reconocimiento del derecho a la reparación, el Estado está obligado a garantizar un recurso accesible, rápido y eficaz, para que las víctimas puedan acceder a la reparación, bien sea por vía judicial o administrativa. Dichos recursos deben gozar de la publicidad necesaria para que las víctimas puedan efectivamente conocer su existencia y llevar a cabo la exigibilidad de su derecho[16]. En consecuencia, un componente del derecho a la reparación es que existan garantías formales para que las víctimas puedan acceder a la realización del mismo, lo cual incluye también la obligación de que se prevean medidas destinadas a garantizar la participación efectiva.

En quinto lugar, para que pueda ser verdaderamente integral, la reparación puede tomar diversas formas. Puede ser material o simbólica, así como individual o colectiva. Estas formas no son excluyentes entre sí y, por el contrario, pueden ser complementarias. Así, una medida material como la indemnización, debería acompañarse de medidas simbólicas tendientes a la redignificación, para evitar que sea interpretada como un pago (por ejemplo por la vida de un familiar), pues eso puede tener implicaciones éticas problemáticas para las víctimas[17].

En suma, de acuerdo con los estándares del sistema de Naciones Unidas, la reparación debe ser integral, para lo cual debe abarcar todos los daños sufridos por las víctimas, así como ser adecuada tanto en el fondo (contenido de las medidas), como en la forma (los mecanismos y vías previstas para su garantía), y concederse de manera oportuna.

Estos estándares son de la mayor importancia, no solamente porque precisan el sentido, contenido y alcance del derecho a la reparación, sino porque tienen una amplia aceptación a nivel internacional. En efecto, se trata de parámetros reconocidos por los Estados, en la medida en que constituyen una sistematización de obligaciones estatales generales derivadas de otras fuentes del Derecho Internacional[18]. Además, son usados ampliamente en el Derecho Internacional y Comparado, siendo incorporados en múltiples ordenamientos nacionales, o tomados en cuenta como parámetros relevantes en la definición de competencias y en las decisiones de órganos internacionales. Finalmente, su consagración

---

16 Comisión de Derechos Humanos, *Conjunto de principios actualizado...*, cit. nota 8, Principios 32,33.

17 Véase, C. BERISTAIN, *Diálogos sobre la reparación. Experiencias del Sistema Interamericano de derechos humanos*, Tomo II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2008, p. 153 en adelante.

18 Véase, entre otros, C. BOTERO y E. RESTREPO, "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", en R. UPRIMNY et. al., *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad —DeJuSticia—, Bogotá, 2006; y COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*, cit., Presentación.

y aceptación genera expectativas legítimas en las víctimas, que los usan como herramientas de exigibilidad de derechos. Por esto, constituyen un parámetro fundamental para todo análisis sobre reparaciones en casos de violaciones graves a los derechos humanos.

III. LAS REPARACIONES ORDENADAS EN LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CÁMARA EXTRAORDINARIA DE LAS CORTES DE CAMBOYA

El 26 de julio de 2010, la Cámara Extraordinaria de las Cortes de Camboya (en adelante ECCC, la Cámara o el Tribunal) emitió su primera sentencia. Se trata de la condena de un alto oficial del régimen Khmer Rouge, Kang Guek Eav, alias "Duch", quien tuvo a su cargo el centro de detención S-21. De acuerdo con los hechos corroborados en la sentencia, el procesado dirigió y refinó un sistema en virtud del cual, en un poco más de tres años, fueron ejecutadas cerca de 12.272 personas, la mayoría de las cuales fueron sistemáticamente torturadas[19]. Duch fue declarado responsable por la comisión de Crímenes contra la humanidad[20] e infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949[21]. En consecuencia, fue condenado a 35 años de prisión, con una reducción de cinco años en virtud de factores atenuantes[22].

La ECCC es un tribunal híbrido creado por un acuerdo entre Camboya y la ONU, con el fin de investigar y sancionar a los altos mandos del régimen. Hace parte del sistema judicial de dicho país, aunque incorpora elementos propios del Derecho Internacional[23]. Aún así, siguiendo el Derecho camboyano, adoptó un modelo inquisitorial, en virtud de lo cual permite la participación de las víctimas como partes civiles en los procesos[24].

---

19 *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia before the Supreme Court Chamber*, Judgement, Case File 001/18-07-2007/ECCC/TC, Camboya, 26 de julio de 2010, párr. 597 y siguientes. Disponible en:http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/20100726_Judgement_Case_001_ENG_PUBLIC.pdf [Consulta: 15 de febrero de 2011].

20 Como esclavitud, exterminio, prisión forzada, tortura (incluyendo violación sexual) y otros actos inhumanos.

21 Incluyendo asesinato, tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes y confinamiento ilegal de civiles.

22 La lista completa de los crímenes puede ser consultada en: *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia before the Supreme Court Chamber*, Judgement, cit. nota 19, párr. 677.

23 International Center for Transitional Justice, Q&A: Cambodia's First Khmer Rouge Trial, International Center for Transitional Justice, 26 de julio de 2010. Disponible en: http://es.ictj.org/en/news/features/3913.html [Consulta: 20 de febrero de 2011].

24 Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Internal Rules (Rev.7), 23 de febrero de 2011. Disponible en: http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/

Esta posibilidad generó una gran expectativa en torno a la reparación. De hecho, se presentaron solicitudes para el reconocimiento de 94 víctimas y a 90 de ellas se les permitió actuar como partes civiles en los procedimientos, para lo cual se organizaron en cuatro grupos, con la correspondiente representación legal[25].

En septiembre de 2009 los abogados de las partes civiles presentaron una petición conjunta en materia de reparaciones. En concreto, solicitaron que se ordenara: i) la compilación y diseminación de las disculpas ofrecidas por Duch a lo largo del proceso, incluyendo comentarios de las partes civiles; ii) acceso a tratamiento médico gratuito (físico y psicológico), incluyendo transporte gratis y otras facilidades médicas; iii) la creación de programas de educación que permitieran informar al pueblo camboyano sobre los crímenes cometidos por el régimen, en particular en S-21; iv) el establecimiento de memoriales en S-21, así como en otras comunidades a las que pertenecen las víctimas; y v) la inclusión de los nombres de las partes civiles en la decisión final, junto con una descripción de su conexión con el centro de reclusión. Además de las solicitudes generales, los grupos 1, 2 y 3 presentaron, en los días siguientes, peticiones suplementarias particulares en las que ampliaron y concretaron las solicitudes de reparación. Por ejemplo, el grupo 1 precisó que los memoriales incluyeran una placa conmemorativa con la lista de los nombres de todas las víctimas conocidas, y pidió medidas adicionales como: i) asistencia en la forma de capacitación vocacional y para la formación de microempresas; y ii) la declaración de un día nacional de conmemoración. Las solicitudes suplementarias del grupo 2 incluyeron: ordenar al procesado que escribiera y enviara una carta al Gobierno de Camboya ofreciendo una genuina y sincera disculpa a las partes civiles; y la producción de al menos 100 horas de material audio-visual del juicio, para su distribución en las provincias[26].

Aunque la decisión en materia de reparación era esperada con gran expectativa por la comunidad de derechos humanos y por las víctimas por ser la primera de un tribunal penal internacional en ocuparse de este derecho, su concreción fue, por decirlo menos, una auténtica decepción para las partes civiles, que terminó por no garantizar el derecho de las víctimas a la reparación.

Este resultado puede explicarse por la suma de varios factores entre los que se destacan: restricciones normativas, interpretaciones literales restrictivas, imposición de requisitos adicionales a los establecidos en las reglas del Tribunal, y la

---

IRv7-EN.pdf [Consulta: 22 de mayo de 2011].

25 *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia before the Supreme Court Chamber*, Judgement, cit. nota 19, párr. 637.

26 *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia before the Supreme Court Chamber*, Judgement, cit. nota 19, párr. 617 y ss.

falta de creatividad por parte de la ECCC. Así, en primer lugar, de acuerdo con las reglas de la ECCC, solo podía ordenar medidas colectivas y morales de reparación[27]. Aunque esto implica una reducción importante del ámbito de aplicación de las reparaciones, pues excluye por ejemplo las reparaciones individuales, deja un espacio importante para la reparación adecuada a las víctimas. En segundo lugar, la Cámara interpretó su mandato en un sentido restrictivo, señalando que solo podría emitir órdenes dirigidas a Duch, quedando excluida cualquier tipo de indicación para el Gobierno Camboyano[28]. Además, solo podría ordenar aquello cuyo cumplimiento pudiera ser asegurado por el Tribunal, por lo cual, solo habría lugar a órdenes cuyas consecuencias pudieran ser cumplidas por el condenado, con sus propios recursos. Así, al declararse insolvente, se limitaron fuertemente las posibilidades de reparación. En tercer lugar, el Tribunal impuso a las partes civiles la obligación de precisar las solicitudes al punto de ser lo suficientemente concretas como para poder derivar de ellas una orden. Dicha obligación no está contenida en los documentos que regulan la ECCC y no fue explicada a las víctimas antes de que presentaran sus peticiones de reparación[29].

Estos factores llevaron a que la ECCC desestimara la mayoría de las solicitudes presentadas por las víctimas, incluso aquellas que parecían más compatibles con las restricciones normativas generales contenidas en el mandato del Tribunal, omitiendo así la búsqueda de una reparación integral de acuerdo con los estándares del sistema universal.

En este sentido, por ejemplo, las solicitudes relacionadas con la producción de piezas audiovisuales y la diseminación de la sentencia, que pueden ser consideradas como medidas de carácter simbólico compatibles con las reglas internas, fueron desestimadas por considerarlas poco específicas, en la medida en que las víctimas no determinaban el valor de las actividades a realizar. En el mismo sentido, las solicitudes relacionadas con el establecimiento de memoriales, que son el tipo de medidas de carácter colectivo y moral que resultan compatibles con las reglas de la Cámara, fueron desestimadas por falta de especificidad, ya que las partes civiles no expresaron el número exacto de memoriales, su naturaleza y valor estimado, y no incluyeron la autorización de los dueños de los predios

---

27 Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Internal Rules (Rev.7), 23 de febrero de 2011, Regla 23.1.

28 Esta interpretación se basó fundamentalmente en la falta de jurisdicción de la ECCC sobre el Estado camboyano.

29 Co-Lawyers for Civil Parties, *Appeal against judgment on reparations by co-lawyers for civil parties-Group 2,* Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia before the Supreme Court Chamber, Case No: 001/18-07-2007, Camboya, 2 de noviembre de 2010, párrafos 65 y siguientes. Disponible en: http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/F13_EN.PDF [Consulta: 20 de febrero de 2011].

para edificar o establecer los memoriales, ni los permisos de las autoridades administrativas correspondientes[30]. La decisión no tomó en cuenta, por ejemplo, la solicitud del grupo 1 que incluía la placa conmemorativa con los nombres de las víctimas conocidas, cuyo nivel de especificidad es indiscutible. Por razones similares a las señaladas fueron rechazadas las peticiones relacionadas con la preservación de los archivos de S-21.

Las solicitudes relacionadas con la creación de fondos, incluidos aquellos destinados a proveer entrenamiento vocacional o capacitación para la formación de microempresas, fueron desestimadas por considerarlas una concreción de medidas individuales de carácter monetario, que estarían prohibidas por el reglamento de la ECCC. Las medidas médicas y educativas fueron también desestimadas por considerarlas competencia del Estado. Así se desestimaron también todas las medidas que involucraran de alguna forma al gobierno camboyano, como la conmemoración de un día nacional para las víctimas.

En la Sentencia solamente se reconocen dos medidas a título de reparación. En primer lugar, la ECCC aceptó incluir el nombre de las víctimas en la decisión final, a pesar de no ser una medida que pudiera ser cumplida directamente por el condenado. En segundo lugar, ordenó la compilación y publicación de las disculpas ofrecidas por Kaing Guek Eav durante el juicio, sin embargo, rechazó ordenar que se incluyeran también comentarios de las partes civiles a dichas disculpas.

Las partes civiles criticaron fuertemente la decisión del Tribunal en materia de reparaciones y, en consecuencia, presentaron escritos de apelación en contra de la sentencia con el fin de que se amplíen las medidas concedidas[31]. Para las víctimas, la decisión fue la más mínima posible, mostrando así un carácter conservador y poco imaginativo[32]. Como lo señalan los escritos de apelación, la ECCC llevó a cabo interpretaciones restrictivas de sus competencias (y en algunos casos contradictorias) en virtud de las cuales desconocieron la obligación

---

30 *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia before the Supreme Court Chamber*, Judgement, Case File 001/18-07-2007/ECCC/TC, Camboya, 26 de julio de 2010, párr. 672.

31 Véase, Co-Lawyers for Civil Parties, *Appeal against judgment on reparations by co-lawyers for civil parties-Group 2,* cit. nota 27; y Co-Lawyers for Civil Parties, *Appeal of the Co-Lawyers for the Group 3 Civil Parties against the Judgement of 26 July 2010*, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia before the Supreme Court Chamber, Case No: 001/18-07-2007, Camboya, 5 de octubre de 2010. Disponible en: http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/F9_EN_0.pdf, [Consulta: 20 de febrero de 2011].

32 Véase, Human Rights Now, *Policy Arguments and Legal Observations regarding Reparations Appeal of ECCC Case 001*, Human Rights Now, 2011. Disponible en: http://hrn.or.jp/activity/HRN_Memo_on_ECCC_Case_001_Reparation__012111_.pdf [Consulta: 23 de mayo de 2011].

de garantía que recae sobre el Estado Camboyano y el alcance del derecho a la reparación[33]. Así mismo, habría omitido referirse a algunas de las peticiones concretas que se formularon y presentado argumentaciones muy pobres para desechar las solicitudes. Además, se impusieron requisitos adicionales que implican cargas desproporcionadas para las víctimas, como especificar el costo de las medidas solicitadas y obtener los permisos de dueños y autoridades estatales para el establecimiento de memoriales.

Aunque la participación de las víctimas en el proceso y la posibilidad de acceder a la reparación por esta vía son elementos innovadores y deseables a la luz de los desarrollos del Derecho Internacional de los derechos humanos, las medidas finalmente reconocidas por el Tribunal no permiten avanzar en una reparación integral para las víctimas. A pesar de que la sentencia tiene un efecto simbólico importante[34], éste resulta insuficiente para las víctimas, en especial porque la sentencia no contribuyó al reconocimiento del daño y de los efectos diferenciados de la violencia. El balance es entonces negativo. La ECCC no tomó en cuenta los estándares del sistema ONU en materia de reparaciones, y por lo tanto no emitió órdenes que permitieran contribuir efectivamente a la reparación integral de las víctimas.

Aunque se trata de una decisión particular cuyas consecuencias pueden ser ampliadas en virtud de la apelación, su falta de concreción de los estándares internacionales permite cuestionar las posibilidades de que los tribunales penales internacionales respondan adecuadamente en materia de reparación, en especial porque las lógicas propias del Derecho Penal pueden generar interpretaciones restrictivas.

IV. LAS OPORTUNIDADES Y RETOS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE REPARACIONES

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) constituye una nueva oportunidad para que los estándares internacionales en materia de reparación tengan una acogida más clara por parte de las instituciones encar-

---

[33] Esto es particularmente claro si se toma en cuenta que de acuerdo con los estándares internacionales en la materia, los Estados "han de procurar establecer programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones". Asamblea General, *Principios y directrices básicos...*, cit. nota 9, Principio IX.

[34] Especialmente por tratarse de un tribunal independiente que estableció la responsabilidad de uno de los responsables con más alta jerarquía, que genera un relato público de lo ocurrido.

gadas de aplicar el Derecho Penal Internacional. En efecto, aunque el Estatuto se fundamenta en la lógica penal, en la que lo fundamental es el establecimiento de responsabilidades, tiene amplitud a la reparación y no está enteramente centrado en la posibilidad de que el responsable repare.

Dicha amplitud se revela en tres elementos fundamentales. En primer lugar, de acuerdo con el Estatuto, la Corte establecerá los principios aplicables a la reparación, y señala que deben contener al menos, medidas de restitución, indemnización y rehabilitación[35]. Además, la Corte está facultada para conceder, de acuerdo con la naturaleza, extensión y características del daño, reparaciones individuales o colectivas, o ambas[36]. Este es un primer indicador de sintonía con los estándares internacionales en materia de reparación, pues implica la posibilidad de conceder un amplio número de medidas, de diversa naturaleza, que contribuyan a la reparación integral.

En segundo lugar, la regulación de la CPI concede amplias posibilidades para determinar el alcance y magnitud del daño, así como para que las víctimas accedan a una reparación adecuada. Así, permite conceder asistencia a las víctimas en lo que tiene que ver con la prueba del daño y la estructuración de las solicitudes de reparación[37]. Contar con peritos aumenta las posibilidades de las víctimas de ser adecuadamente reparadas y evita que recaigan sobre ellas cargas que no puedan afrontar debido, por ejemplo, a la falta de recursos. Así, se trata de una medida que puede ayudar a las víctimas a enfrentar la carga de la prueba. Esto resulta fundamental si se tiene en cuenta la experiencia de las reparaciones ordenadas por la ECCC, en donde la exigencia de especificidad hizo ilusoria la reparación para las víctimas y en donde una asesoría experta suministrada por el Tribunal habría permitido que las peticiones tuvieran la forma exigida por la Cámara. Además, la Corte puede actuar de oficio en materia de reparaciones[38]. Esta posibilidad puede jugar un papel esencial en la reparación para las víctimas que no estén en condiciones de presentar sus solicitudes de reparación, y por esta vía, contribuir a que sean efectiva y adecuadamente reparadas.

En tercer lugar, la CPI cuenta con una herramienta innovadora en materia de reparaciones, el Fondo Fiduciario. Este tiene como finalidad beneficiar a las víctimas y sus familiares, para lo cual reunirá recursos provenientes de los Estados, así como las sumas y bienes recolectados por la Corte a título de multas o deco-

---

35 Estatuto de Roma, artículo 75. Además, la regla 94 de las Reglas de Procedimiento y Prueba permite a las víctimas incluir dentro de su solicitud "reparación de otra índole", es decir, ampliar las solicitudes más allá de la indemnización, rehabilitación y restitución.

36 Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma, regla 97.1.

37 Véase: Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma, regla 97.2.

38 Estatuto de Roma, artículo 75.

misos[39]. Este Fondo resulta fundamental por cuanto permitirá conceder medidas de reparación a pesar de la eventual insolvencia del sujeto responsable de los daños. De esta forma, se podrían superar algunas de las limitaciones evidenciadas en la sentencia emitida por la ECCC en el Caso 001, pues en dicha decisión se desestimaron algunas medidas de reparación por cuanto el condenado no contaba con recursos para sufragar los gastos correspondientes.

La CPI ofrece entonces oportunidades importantes para que se concrete el principio de reparación integral para las víctimas en el escenario de los procesos penales que adelante, pues ofrece elementos que le permiten aplicar los estándares internacionales en la materia. A pesar de dichas oportunidades, existen retos que deben ser enfrentados.

Así, la CPI deberá enfrentar el reto derivado de las interpretaciones restrictivas que se pueden dar en virtud de la aplicación de las lógicas propias del Derecho Penal. Aunque el establecimiento de la responsabilidad y la imposición de la pena deben ajustarse a ellas, el debate sobre las reparaciones para las víctimas debe trascenderlas. Cuando se trate de definir las medidas y formas de reparación, la CPI está llamada a llevar a cabo interpretaciones que beneficien también a las víctimas, aplicando para tal efecto los estándares en materia de reparaciones que se han fijado en el Sistema de Naciones Unidas, y orientándose también por los estándares desarrollados por los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Además, eventualmente podrá enfrentar también el reto de relacionarse con los Estados con el fin de invitarlos a respaldar el proceso de reparación, pues para que las reparaciones sean verdaderamente integrales, se puede requerir de la intervención de los mismos.

Para enfrentar estos y otros retos que se puedan presentar a la CPI en materia de reparaciones, será necesario que asuma un compromiso auténtico con la reparación de las víctimas, reconociendo que se trata de un derecho cuya satisfacción resulta fundamental para que las víctimas puedan superar las consecuencias derivadas de las violaciones a sus derechos humanos. Dicho compromiso deberá manifestarse en la búsqueda de fórmulas que permitan reparar proporcional, efectiva y adecuadamente a las víctimas. Para esto, la Corte podrá requerir de interpretaciones creativas que conduzcan a establecer fórmulas y medidas novedosas pero adecuadas para reparar a las víctimas en el marco de las competencias.

---

[39] Estatuto de Roma, artículo 79.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus reparaciones centradas en la víctima

Thomas M. Antkowiak[*]

I. INTRODUCCIÓN

En la sentencia *Plan de Sánchez vs. Guatemala* de 2004, por primera vez un tribunal internacional ordenó reparaciones a los sobrevivientes y familiares de una masacre[1]. Fue un reto histórico: reparar a una comunidad maya que sufrió la pérdida de 250 de sus miembros. La Corte Interamericana de Derechos Humanos utilizó su competencia amplia en este ámbito y mucha creatividad, requiriendo al Estado de Guatemala, además de una compensación monetaria para las víctimas y sus familiares: i) la investigación y sanción de los responsables; ii) un reconocimiento de responsabilidad; iii) un programa de construcción de viviendas; iv) cuidado médico y psicológico para todas las víctimas sobrevivientes; v) la implementación de programas educativos y culturales; y vi) la traducción de la sentencia al idioma maya relevante[2].

Juristas que no han seguido los recientes desarrollos de la Corte Interamericana a lo mejor se sorprenderían frente a estas reparaciones. Por lo general, lo más frecuente es que los tribunales, tanto nacionales como internacionales, en casos de abusos a los derechos humanos simplemente declaren violaciones y otorguen una indemnización económica. Sin embargo, la Corte Interamericana en los últimos 15 años viene rompiendo esquemas en el Derecho Internacional, liderando un movimiento que utiliza un concepto mucho más integral de reparación. A pesar de dichos desarrollos importantes, sus aportes en este sentido no han recibido suficiente atención en el mundo académico.

En el presente ensayo, yo quisiera presentar aspectos importantes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de reparaciones y proponer, a

---

[*] Profesor Asociado de Derecho Internacional, Seattle University School of Law; ex abogado supervisor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[1] Caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala.* Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 49 (2).

[2] Vid. Caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala.* Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párrs. 93-111.

la vez, que otros tribunales incorporen en mayor grado su modelo, en el que se enfatiza los beneficios de las reparaciones no pecuniarias[3].

Primero, veamos brevemente el panorama de reparaciones a nivel internacional. La Corte Europea es el tribunal internacional de derechos humanos con más años de experiencia. Si bien es cierto que recientemente la Corte Europea modificó ligeramente su marco, desde el 1959, fecha en que inició sus actividades, este tribunal casi siempre centró las reparaciones requeridas a los Estados en compensación económica. Ni siquiera solicitaba como reparación la libertad de una persona detenida de forma extremamente ilícita.

A diferencia de la Corte de Estrasburgo, instituciones de las Naciones Unidas —la Corte Penal Internacional y el Comité de Derechos Humanos— han llegado al mismo marco conceptual de la Corte Interamericana, incorporando la restitución, la rehabilitación, la satisfacción y garantías de no repetición. El Comité ha solicitado estas medidas a los Estados en sus comunicaciones y en sus comentarios generales. El Estatuto de Roma, en su artículo 75, garantiza reparaciones para víctimas, incluyendo la restitución, la compensación y la rehabilitación. Sin embargo, el Comité solo emite recomendaciones que no tienen carácter vinculante y la Corte Penal Internacional recién se encuentra en una etapa inicial, sin que hasta la fecha hubiera emitido su primera sentencia.

Para poder comprender en profundidad la aplicabilidad y el potencial que tienen las medidas de reparación no pecuniarias, corresponde examinar la jurisprudencia de la Corte Interamericana, único tribunal internacional de derechos humanos que ha requerido dichas medidas a través de sentencias vinculantes.

II. JURISPRUDENCIA Y COMPETENCIA

1. Introducción

Es pertinente resaltar que la Corte Interamericana, debido al alcance amplio del artículo 63 de la Convención Americana, tiene mucho poder en materia de

---

[3] Para información más detallada sobre estos asuntos, Vid. Thomas M. ANTKOWIAK, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", 46 *Colum. J. Transnat'l L.* 351 (2008); Thomas M. ANTKOWIAK, "An Emerging Mandate for International Courts: Victim-Centered Remedies and Restorative Justice", 47 *Stan. J. Int'l L.* (por publicar en el 2011). Los dos trabajos están disponibles en http://ssrn.com/author=1095068.

reparaciones. A diferencia de la Corte Europea, incluso tiene competencia de supervisión sobre el cumplimiento de sus sentencias. Al supervisar sus sentencias, emite resoluciones vinculantes y así resuelve disputas entre las partes.

2. Época contemporánea

En el 2001 la Corte duplicó su jurisprudencia en esta materia, emitiendo una ola de sentencias de reparaciones, diez en total. Los casos abarcan una diversidad de derechos y medidas de reparación, dirigidas a individuos, comunidades, y a la sociedad en su conjunto. De hecho, el modelo actual de reparaciones que utiliza el Tribunal se formó casi completamente durante ese año crucial. La próxima parte del trabajo describe las categorías generales de medidas no pecuniarias que ahora son ordenadas por la Corte, a saber: restitución, cesación, rehabilitación, actos de perdón, actos de conmemoración, reforma legislativa, programas de capacitación, y programas de desarrollo comunitario.

A) Reparaciones centradas en el individuo

a) La restitución y la cesación

En cuanto a medidas de restitución, se debe resaltar un caso interesante, *Baena-Ricardo y otros vs. Panamá*[4], en el cual la Corte ordenó al Estado que devolviera a 270 empleados estatales su trabajo. Según las conclusiones de la Corte, fueron despedidos de forma arbitraria. Este caso marcó el inicio de análisis de casos con numerosas víctimas, una tendencia que seguirá presentándose en la Corte hasta la actualidad. Antes de este caso panameño, *el Amparo vs. Venezuela* de 1996, había sido el que contaba con mayor número de víctimas, llegando solamente a 16 personas[5].

Bajo la categoría de restitución y cesación la Corte habitualmente otorga reparaciones por violaciones procesales; es decir, por la falta de respetar las garantías judiciales. Al respecto la Corte, a partir de 2001, ha ordenado anular

---

[4] Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

[5] Caso *El Amparo vs. Venezuela.* Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28.

multas[6], sentencias nacionales[7], antecedentes penales[8], y realizar nuevos juicios[9]. Una vez, en el conocido caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, se ordenó la libertad también.

b) La rehabilitación

La Corte ha ordenado compensación para los gastos médicos y psicológicos durante años. Hasta años recientes a veces requería montos adicionales para futuros gastos también. A partir de *19 Comerciantes vs. Colombia* de 2004, sin embargo, se vio una transformación en la metodología[10]. La sentencia otorgó tratamiento médico y psicológico a todos los familiares de 19 víctimas ejecutadas, ahora a través de las instituciones nacionales de salud.

Desde el referido caso, la Corte ha utilizado esta medida de rehabilitación en numerosas sentencias[11]. Una aplicación particularmente ambiciosa de dicho esquema se encuentra en el caso *"Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*, donde el Tribunal dispuso cuidado psicológico para más de 3000 víctimas[12].

---

6 Ver, por ejemplo, Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 248 (5).

7 Ver, por ejemplo, Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 195; Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párrs. 77-78.

8 Ver, por ejemplo, Caso *Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 175 (7), la Corte sostiene en este caso que la reparación funciona como una medida de satisfacción; Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, ¶ 99 (5).

9 Ver, por ejemplo, Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 138 (7); Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 223 (9).

10 Caso *19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

11 Ver, por ejemplo, Caso de *las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148; Caso *Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147; Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

12 Caso *"Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

c) Reconocimiento de responsabilidad y actos de perdón

En el caso de *Cantoral Benavides vs. Perú* de 2001 la Corte por primera vez ordenó a un Estado que pidiera perdón a una víctima y que aceptara responsabilidad por las violaciones de forma pública[13]. Desde entonces, se ha evolucionado bastante esta medida, y ahora frecuentemente se requieren también ceremonias públicas con la participación de funcionarios estatales de alto nivel[14].

Cabe notar también que los Estados con mayor frecuencia piden perdón *motu propio* a las víctimas durante las audiencias públicas. Tal vez uno de los ejemplos más impactantes ocurrió en *Gutiérrez-Soler vs. Colombia*, cuando todos los representantes estatales se levantaron durante la audiencia pública, llegaron a la víctima y le pidieron perdón personalmente, uno por uno[15].

Relacionado con lo anterior se debe mencionar la publicación parcial de la sentencia en diarios oficiales o en periódicos. De hecho, una vez introducida esta medida, en *Cantoral Benavides vs. Perú*, el Tribunal lo ha requerido en casi todos los casos subsiguientes. Por lo general no se puede criticar esta forma de reparación, ya que cuesta poco, pero hace mucho para reivindicar el nombre de la víctima dentro de su sociedad y muchas veces revela verdades encubiertas.

d) Actos de conmemoración

Respecto de los actos de conmemoración, la Corte ha ordenado la instalación de placas[16] y monumentos[17]. Ha ordenado declarar un día nacional de memoria

---

13 Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párr. 81.

14 Ver, por ejemplo, Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 278.

15 Caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, ¶ 59.

16 Ver, por ejemplo, Caso de los *"Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 103; Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párrs. 126, 146 y 285.

17 Ver, por ejemplo, Caso de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134; y Caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

y colocar los nombres de las víctimas en una escuela[18]. Del mismo modo, ha ordenado becas en nombre de la víctima[19].

Muchas veces la Corte requiere que se construyan monumentos en los casos de masacres. La mejor modalidad que tiene la Corte al establecer esta reparación resulta cuando exige al Estado que consulte con la comunidad afectada respecto del diseño, contenido y ubicación del monumento. Dichas consultas respecto de tales factores, con el respeto debido, permite devolver a las comunidades de víctimas su dignidad y les otorga un papel central en la redacción de la historia.

B) Reparaciones dirigidas a la sociedad en su conjunto

a) Reforma legislativa

La jurisprudencia bajo esta categoría no ha sido completamente consistente. Sin embargo, en varios casos la Corte analizó la legislación del Estado demandado y luego requirió su reforma específica. La sentencia más famosa en este sentido, desde luego, es la de *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, donde la Corte ordenó la modificación de la Constitución de Chile[20] y el Estado cumplió con la totalidad de la sentencia.

Lo más frecuente, sin embargo, es un llamado general a que el Estado adecue su legislación y práctica a estándares internacionales. La Corte ha exigido esto en casos de desaparición forzada[21], violaciones al debido proceso[22], abuso de la jurisdicción militar[23], y pésimas condiciones de detención[24], *inter alia*. Los llamados son acompañados con referencias explícitas a principios internacionales en la

---

18 Ver, por ejemplo, Caso de los *"Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 103.

19 Ver, por ejemplo, Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párrs. 126, 146 y 285.

20 Caso *"La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

21 Ver, por ejemplo, Caso *Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 149.

22 Ver, por ejemplo, Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 198.

23 Ver, por ejemplo, Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párrs. 256-57.

24 Ver, por ejemplo, Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párrs 145-146; Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 217.

materia. Sin embargo, el lenguaje tiende a ser bastante ambiguo y, por lo tanto, la Corte no puede supervisar el cumplimiento de la sentencia de una forma muy precisa.

b) Cursos de capacitación

Otras medidas que intentan prevenir la repetición de violaciones incluyen cursos de formación de derechos humanos para funcionarios estatales, sobre todo los agentes de seguridad[25]. Además, se han dirigido cursos a jueces, fiscales y médicos asociados con hospitales estatales[26].

C) Reparaciones orientadas a comunidades específicas

A diferencia de las reparaciones a nivel de la sociedad, tales como reformas legislativas y cursos de formación, la Corte cada vez más ha exigido medidas que benefician a determinadas comunidades. Tal como en el caso *Plan de Sánchez* que ya mencioné anteriormente, la Corte se ha pronunciado en una media docena de casos de masacres. Se han requerido medidas colectivas de reparación, como programas dirigidos a temas de salud, vivienda, educación y otros[27]. Algunos programas ponen objetivos muy específicos; otros dejan la mayoría de las decisiones a un comité, normalmente compuesto de representantes de las víctimas, del Estado y de la sociedad civil.

Sin duda alguna, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha evolucionado mucho en materia de reparaciones. Y vale la pena destacar que las reparaciones no pecuniarias se dan en toda circunstancia —sin importar cuales sean las violaciones, ni cuantas víctimas se hubieren declarado—. De ninguna manera se requieren violaciones de una cierta gravedad o carácter.

---

[25] Ver, por ejemplo, Caso *Del Caracazo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 127.

[26] Ver, por ejemplo, Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 250; Caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párrs. 106-10; Caso *Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 263.

[27] Ver, por ejemplo, Caso de *la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 214; Caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párrs. 105-110.

Dado que las reparaciones no pecuniarias son uno de los elementos centrales y más novedosos de la jurisprudencia interamericana, es preciso identificar sus implicaciones y consecuencias. Es decir, ¿cuáles son las ventajas de un sistema de reparaciones que tanto utiliza las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición?

III. LAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL MODELO DE LA CORTE INTERAMERICANA

Algunas ventajas de este tipo de reparación, es decir, ordenar un tipo de conducta, son familiares, sin duda. Por ejemplo, permite terminar una violación en seguida, tal como liberar a un detenido. Así, el Estado violador no puede simplemente pagar una indemnización y seguir violando los derechos humanos.

Asimismo, las reparaciones no pecuniarias pueden adecuarse al problema. Se puede contextualizar la respuesta restaurativa. Esto es particularmente pertinente en los casos de derechos humanos en los que no se puede cuantificar el sufrimiento y la pérdida en términos económicos. Esta flexibilidad inherente permite a la Corte considerar las preferencias y necesidades de las víctimas. Porque, claro, son las víctimas (y peritos psicológicos, médicos y antropológicos) quienes mejor pueden indicar cómo se puede intentar retornar de la mejor manera posible a la situación que tenían antes de producido los hechos.

Y según las investigaciones de varios, y encuestas con víctimas, éstas prefieren más las reparaciones de carácter no monetario: que el Estado haga algo proactivo para arreglar la situación, para borrar las consecuencias de la violación[28]. Tales reparaciones incluyen un acto de perdón, un reconocimiento de responsabilidad y otras medidas que podrían devolver en cierta medida su dignidad, salud, reputación, y lugar en la sociedad. Por otro lado, la compensación económica produce ambivalencia y emociones encontradas entre las víctimas —y no se considera central al proceso de rehabilitación—[29].

Como se puede imaginar, también es muy importante para las víctimas lograr justicia: terminar con la impunidad de su caso, sancionando a los responsa-

---

[28] Entrevista a Carlos BERISTAIN, Profesor de la Univerdidad de Deusto, España, y coordinador del Informe "Guatemala, Nunca Más", publicado por el Proyecto para la Recuperación de la Memoria Histórica (REHMI), en Washington, D. C., el 4 de noviembre de 2007. Entrevista telefónica con Pablo SAAVEDRA, Secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 2007; Ver también Naomi ROHT-ARRIAZA, "Reparations Decisions and Dilemmas", 27 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 157, 180 (2004).

[29] Ver, por ejemplo, N. ROHT-ARRIAZA, "Reparations Decisions and Dilemmas", cit., 180.

bles[30]. Eso les da un cierto grado de satisfacción, y procura que otros no tengan que sufrir semejantes violaciones. Como se ha notado, la Corte a través de su modelo de reparaciones está respondiendo exactamente a esas preferencias y necesidades de las víctimas.

Por supuesto que las reparaciones de la Corte no son perfectas. A veces omite principios importantes o guías específicas para sus programas de capacitación. Igualmente, algunas de las órdenes de la Corte para reformar legislación son demasiado ambiguas, exigiendo, por ejemplo: "la adopción de medidas legislativas o de otra naturaleza para conformar la orden interna con las normas internacionales de derechos humanos"[31]. Este tipo de directiva puede lograr muy poco en términos de cumplimiento estatal, ya que el Estado no sabe cómo proceder o encuentra amplio espacio para no hacerlo de conformidad con lo solicitado por las víctimas en el litigio ante el sistema.

Por otra parte, los programas de desarrollo comunitario invitan controversia, puesto que son caros, bastante amplios e invasivos. Sin embargo, los que tienen un comité con representantes del Estado, de las víctimas y de la sociedad civil, por orden de la Corte, por lo menos tienen la capacidad de desarrollar sus programas paso a paso, de acuerdo con las necesidades de la comunidad.

Lo cierto es que, primero, a pesar de defectos inevitables —nada es perfecto— la Corte es el primer tribunal internacional que está generando jurisprudencia vinculante que incorpora los principios pro víctima de que hablamos: la restitución, satisfacción, rehabilitación, y las garantías de no repetición. Segundo, está logrando cada vez mayor cumplimiento con sus sentencias. Un estudio actual indica que los Estados han pagado toda la indemnización económica en entre el 40 y 50 por ciento de los casos[32]. Han sido exitosas las resoluciones de la Corte para anular antecedentes penales, publicar sentencias, pedir perdón, y establecer

---

30 Ver, por ejemplo, Entrevista a Carlos BERISTAIN, Profesor de la Univerdidad de Deusto, España, y coordinador del Informe "Guatemala, Nunca Más", publicado por el Proyecto para la Recuperación de la Memoria Histórica (REHMI), en Washington, D. C., el 4 de noviembre de 2007. Entrevista telefónica con Pablo SAAVEDRA, Secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 2007.

31 Caso *Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 162 (5).

32 Vid. Darren HAWKINS y Wade JACOBY, "Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts for Human Rights," presentado durante la *Annual Meeting of the American Political Science Association* (2008).

programas de capacitación[33]. Sin embargo, los Estados han tenido problemas al cumplir las órdenes de la Corte para acabar con la impunidad[34].

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Estamos en un cruce importante del Derecho Internacional donde otros tribunales deberían incorporar el modelo interamericano como manera de reparar víctimas —tanto por razones de obligación como por razones pragmáticas—.

La Corte Europea, como señalé antes, durante mucho tiempo sólo declaraba violaciones y requería compensación económica. Pero ahora está en crisis, ya que tiene demasiados casos para resolver, entre otras dificultades. El año pasado, sólo Rusia tenía más de 30.000 casos pendientes ante la Corte[35]. Ante tantos casos pendientes y problemas con el cumplimiento de sentencias, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha solicitado que la Corte sea más específica en sus órdenes de reparación[36]. En este sentido, por primera vez la Corte ordenó reformas legislativas en dos casos de Polonia[37]. En términos de eficiencia, tiene todo el sentido del mundo: en vez de resolver individualmente los 250 casos que surgen de una legislación violatoria, se resuelve con un solo caso.

Aparte de dichas razones pragmáticas, las reparaciones no pecuniarias —como resultado de la jurisprudencia extensa de la Corte Interamericana y los principios, instrumentos y recomendaciones de las Naciones Unidas— ya son obligaciones esenciales del Derecho Internacional actual. Asimismo, como se ha afirmado antes, son reparaciones realmente preferidas por las víctimas.

Por lo tanto otros tribunales, como la nueva Corte Africana de Derechos Humanos, deberían tomar muy en cuenta este modelo de reparaciones de la Corte Interamericana. Hasta la Corte Penal Internacional, ya que tiene competencia para reparar a víctimas a través del condenado o un fondo común, debe incorporarlo.

---

33 Vid. T. ANTKOWIAK, "An Emerging Mandate for International Courts: Victim-Centered Remedies and Restorative Justice", cit.

34 *Ibíd.*

35 Vid. European Court of Human Rights, Annual Report, 108-115 (2010), disponible en: http://www.echr.coe.int/echr.

36 Vid. Eur. Parl. Ass., *Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, 30th Sess., Res.1226 (2000), 5, disponible en: http://assembly.coe.int//main.asp?link=http://assembly.coe.int/documents/adoptedtext/TA00/ERES1226.htm.

37 Vid. Eur. Ct. H. R, *Hutten-Czapska vs. Poland*, 2006; Eur. Ct. H. R., *Broniowski vs. Poland*, 2004.

Los proyectos del Fondo Fiduciario de la Corte Penal Internacional ya demuestran gran potencial restaurativo: por ejemplo, capacitación vocacional, apoyo médico y psicológico para las víctimas de tortura, medidas de protección para víctimas de violencia sexual. Dichas iniciativas reflejan las reparaciones de la Corte Interamericana, las cuales son formuladas después de escuchar con cuidado las solicitudes de las víctimas. La Corte Penal Internacional, a través de las actividades de su fondo, ha seguido el modelo pro-victima de la Corte Interamericana en materia de reparaciones. Ahora, es preciso que la Corte Penal Internacional mantenga esta postura amplia cuando finalmente ordene reparaciones en los casos particulares.

En fin, por todo lo expuesto, los Estados en transición a la democracia deben también asimilar estos elementos de restitución, satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición a sus programas nacionales de reparación y justicia, con el propósito de devolver la dignidad a las víctimas de estas sociedades fracturadas por el conflicto y la violencia.

El principio de reparación integral en Colombia a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos[*]

Enrique Gil Botero[**]

Desde la Constitución Política de 1991 y, concretamente, en el año 1998, con la expedición de la Ley 446, en Colombia se estableció desde la perspectiva del derecho de daños, sin importar cuál sea la fuente o su origen, la obligación de que la reparación del perjuicio se haga de forma "integral". En esa línea, en el ordenamiento jurídico colombiano se imponía desde hace un par de lustros, el imperativo de reparar de manera integral el perjuicio, siempre y cuando hubiere precedido la verificación de su connotación de antijurídico en los términos del artículo 90 de la Carta Política, esto es, que la persona no esté en la obligación jurídica de soportar la lesión a un derecho, bien o interés legítimo.

Ahora bien, establecido lo anterior, resulta imprescindible hacer referencia al contenido y alcance del principio de "reparación integral" toda vez puesto que el mismo se fundamenta en dos conceptos o pilares básicos que deben ser analizados de manera independiente, para luego reconducirlos bajo un mismo hilo que será el que delimite la aplicación del postulado jurídico. En otros términos, el análisis inicial conduce a estudiar los términos de "reparación" y de "integral", máxime si al menos en Colombia hasta el año 2007, la jurisprudencia contencioso administrativa empleaba, por regla general, el término "indemnización", a efectos de valorar el daño sufrido.

---

[*] Este texto hace parte del libro *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, publicado por la Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010. Asimismo, fue tema de una conferencia dictada por el autor en un evento realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la ciudad de Santiago de Chile en el mes de agosto de 2009.

[**] Abogado de la Universidad de Antioquia. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana y en Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca. Catedrático de varias universidades colombianas. Miembro fundador del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado e integrante de la Asociación de Derecho Administrativo de Antioquia. Ex-presidente del Consejo de Estado. Actualmente Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado. enriquegilb@une.net.co.

I. PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL VS. PRINCIPIO INDEMNIZATORIO

La "reparación", según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (vigésima primera edición) consiste en: i) la acción y efecto de reparar cosas materiales mal hechas o estropeadas; ii) **desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria**. Por su parte, el vocablo "reparar", se define como: i) arreglar una cosa que está rota o estropeada; ii) **enmendar, corregir o remediar**; iii) **desagraviar, satisfacer al ofendido**...; iv) remediar o precaver un daño o perjuicio; v) restablecer las fuerzas, dar aliento o vigor.

Por su parte, la "indemnización", se define según el mismo diccionario como "la acción o efecto de indemnizar o indemnizarse", e "indemnizar" como "resarcir un daño o perjuicio".

Analizados los dos conceptos, podemos arribar a una conclusión inicial, consistente en determinar que el término lingüístico de "reparación" comprende y describe en mayor medida lo que implica el resarcimiento o la recomposición de un daño, tanto así que una de las definiciones ofrecidas es la de **satisfacción completa** de una ofensa, daño o injuria.

De otro lado, la noción de "integral" corresponde según DRAE a "global, total", en ese orden de ideas, y aunque pareciera tautológico, la reparación integral supone el desagravio y la satisfacción completa, total y global del daño antijurídico irrogado.

Efectuado el anterior análisis, es posible afirmar sin anfibología alguna que, en Colombia, salvo contadas excepciones, la jurisprudencia de las diversas jurisdicciones (constitucional, civil, y contencioso administrativa), aplicó lo que pudiera denominarse *"el principio indemnizatorio*" en vez del *"principio de la reparación integral del perjuicio*". Así las cosas, el paradigma vigente desde la perspectiva de resarcimiento del daño consistía en el otorgamiento de una suma de dinero que, en los términos establecidos en el artículo 1614 del Código Civil, pretendía cubrir los perjuicios de orden material e inmaterial irrogados a la persona.

En ese orden de ideas, el problema de cuál debe ser el parámetro o criterio empleado por los jueces para determinar la reparación del daño, podría ser analizado como un aspecto aislado y de política judicial, no obstante, resulta innegable que la perspectiva desde la que se debe abordar el restablecimiento del perjuicio está íntimamente ligada al estudio y valoración del daño, siempre y cuando se estudie éste en su completa e íntegra dimensión.

Significa lo anterior que la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha constatado la insuficiencia del criterio indemnizatorio del perjuicio, puesto que el daño proveniente de la vulneración de derechos humanos

no puede circunscribirse a un aspecto netamente económico, como quiera que, la afección de una garantía de este tipo conlleva la afectación de una serie y multiplicidad de facetas en quien lo soporta. Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido como aquel precepto que orienta la satisfacción completa de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, restablecimiento de la situación anterior a la violación, debe ser interpretado y aplicado de conformidad al tipo de daño producido, máxime si se refiere a la lesión de un bien o interés jurídico que se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH), más aún si se armonizan los preceptos jurídicos nacionales con el contenido de la Convención Americana que, a términos de lo preceptuado en el numeral 1 del artículo 63 se establece la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que una vez constatada la violación a un derecho o libertad de los allí contenidos y desarrollados, ordenar su reparación[1].

II. CONTENIDO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL

En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que, también, implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el que se adoptan una serie de medidas de justicia restaurativa (simbólicas, conmemorativas y garantías de otra índole), que propenden por la reivindicación del núcleo esencial del derecho o libertades infringidos.

Así las cosas, en la sentencia del 19 de octubre de 2007, exp. 29273, M. P. Enrique Gil Botero, el Consejo de Estado Colombiano, aparte de reconocer la existencia de la cosa juzgada internacional en relación con la sentencia proferida el 1º de julio de 2006 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso conocido como las *Masacres de Ituango vs. Colombia*, hizo extensiva la aplicación de las modalidades de reparación pecuniaria y no pecuniaria en el sistema interamericano, así:

---

[1] Cfr. Corte Interamericana. Caso de la *Masacre de Ituangó*, párr 238; Caso *Baldeón García*, párr. 174; Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, párr. 195; y Caso *Acevedo Jaramillo y otros*, párr. 294.

> "(...) a) La restitución o *restitutio in integrum*, que es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, producto del ilícito internacional...[2] b) La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial[3]. c) Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o psiquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole[4]. d) Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc.[5]. e) Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad...[6]".

Entonces, a partir de la citada decisión, el Consejo de Estado reconoció la fuerza vinculante a nivel interno de las decisiones proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al señalar que gozan del atributo de la cosa juzgada material y formal por lo que tienen plenos efectos a nivel interno y los órganos jurisdiccionales nacionales se encuentran sometidos a lo allí dispuesto y, de otra parte, aplicó los parámetros desarrollados por la misma a efectos de garantizar una reparación integral del perjuicio.

En efecto, en la sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 16996, M. P. Enrique Gil Botero, con ocasión del juzgamiento de la responsabilidad extracontractual del Estado, concretamente de la Policía Nacional y del municipio de Tuluá, en un caso en el cual fueron desaparecidos y luego asesinados cuatro hermanos que previamente habían sido detenidos por la fuerza pública, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo precisó:

> "(...) **el juez de lo contencioso administrativo no debe estar limitado por su función principal, es decir, la de establecer y decretar el resarcimiento económico de un perjuicio cuya valoración económica y técnica es posible en términos actuariales, sino que debe ir mucho más allá, con el fin de que el principio de reparación integral se vea claramente materializado** (...) **Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad con el tipo de daño producido**, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH)... **La anterior conclusión se impone, a todas luces, como quie-**

---

2 Corte Interamericana. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del Caso *Bámaca Velásquez*. Sentencia de 22 de febrero de 2002.

3 Corte Interamericana. Caso *Aloeboetoe y otros*, Sentencia de Reparaciones, párr. 50.

4 Corte Interamericana. Caso *Masacre de Pueblo Bello*, párr. 273.

5 Corte Interamericana. Caso *Las Palmeras vs. Colombia*. Sentencia del 6 de diciembre de 2001, párr 68.

6 *Ibídem*.

ra que, en estos eventos, el reconocimiento de una indemnización económica con miras al cubrimiento de un determinado perjuicio o detrimento, en modo alguno puede catalogarse como suficiente..." (Negrillas adicionales).

De igual manera, en el referido pronunciamiento se desarrollaron los criterios o parámetros en los que se fundamenta el principio de reparación integral, en los términos trazados por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación Colombiana, así:

> "a. Que la definición de la medidas concretas de reparación se haga en estrecha consulta con los beneficiarios de las medidas, dado que el efecto reparador de las mismas sólo se obtiene cuando se toman en consideración las aspiraciones, intereses y necesidades de las víctimas, sobre todo en el caso de las reparaciones simbólicas y colectivas. b. Que las reparaciones sean coherentes y complementarias con las medidas de justicia transicional, es decir, con el esclarecimiento de la verdad, y la reconstrucción de la memoria histórica. c. Que las reparaciones mantengan la integralidad, es decir, que logren un adecuado balance entre medidas individuales y colectivas, así como entre medidas materiales y simbólicas. El concepto de reparación integral implica que las medidas de reparación contemplen la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición. d. Que la reparación sea adecuada, en el sentido de que las medidas de reparación deben ser acordes y proporcionales con los tipos de daño cometidos. e. Que las reparaciones sean efectivas, es decir, que se cumplan en los términos decretados. f. Que la reparación sea rápida, lo cual implica que los plazos en los cuales se ejecuten sean razonables. g. Que la reparación sea proporcional al daño cometido y que esté acorde con los perjuicios causados. h. Que la reparación incluya el enfoque de equidad de género. i. Que la reparación tenga en cuenta las diferencias de edad y condición social de los beneficiarios, así como los grupos especialmente vulnerables tales como las comunidades y pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes"[7].

De otro lado, la jurisprudencia contencioso administrativa, en la mencionada oportunidad, ponderó los principios de "reparación integral" (vs) el "principio de congruencia", este último según el cual el juez no puede desbordar los extremos planteados en la litis, para concluir que, ante la violación de derechos humanos, el postulado de la reparación integral debe primar sobre cualquier restricción relacionada con aspectos de índole procesal dirigidos a evitar pronunciamientos judiciales *extra* o *ultra petita*.

Del anterior planteamiento se pueden extraer algunas conclusiones en relación a los alcances del principio de reparación integral en su aplicación judicial: i) prevalece sobre otros principios, específicamente sobre aquellos de tipo procesal como el de congruencia, sin que ello suponga una alteración al principio constitucional al debido proceso; ii) si se trata de apelante único, el principio de la *no reformatio in pejus* debe ceder ante la reparación integral, pero sólo en cuanto se

---

[7] Cfr. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, "Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa", 2007, pp. 24 y 25.

refiere a las condenas de tipo no pecuniarias. En otros términos, el juez de segunda instancia puede hacer más gravosa la situación del apelante único condenado en la primera instancia, en aquellos procesos de violación a derechos humanos, pero en aquellos aspectos relacionados con medidas de justicia restaurativa, sin que se pueda agravar la condena económica o pecuniaria del apelante; no obstante, se podrán decretar todo tipo de medidas de satisfacción, rehabilitación, o garantías de no repetición, así no estuvieren contenidas en el escrito de demanda o no hagan parte de la apelación; iii) el fundamento de esta serie de conclusiones se encuentra en el artículo 93 de la Carta Política Colombiana que establece la prevalencia de los convenios, tratados y protocolos relativos a derechos humanos en el orden jurídico interno, lo cual significa que integran el bloque de constitucionalidad, y iv) en asuntos en los cuales se juzgue la responsabilidad del Estado, derivada de la violación a los derechos humanos, es imperativo en primera medida, por parte del funcionario judicial, garantizar la *restitutio in integrum* del daño y, en caso de que ésta se torne imposible, decretar las medidas pecuniarias y no pecuniarias que sean necesarias para reversar los efectos del daño.

Así mismo, resulta pertinente destacar la reciente providencia proferida el 26 de marzo de 2009, por la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. 17994, M. P. Enrique Gil Botero, providencia en la que se analizó la responsabilidad extracontractual del Estado por el desaparecimiento de tres campesinos que se movilizaban desde Villavicencio (Meta) al municipio de Monfort de ese mismo departamento. El pronunciamiento cobra importancia en relación con la responsabilidad extracontractual del Estado, toda vez que se abordaron los siguientes temas:

a. La responsabilidad del Estado por la omisión de la fuerza pública, en tanto se hizo énfasis en el deber de protección y seguridad que deben cumplir los agentes estatales, así como la posición de garante en la que se hallan los servidores públicos —especialmente los que integran la fuerza pública— cuando el daño se produce dentro de su órbita de dominio, esto es, si pudiendo evitar el daño antijurídico no se adoptaron las medidas idóneas para ello, el resultado deviene imputable fácticamente por omisión. En el caso concreto, el lugar de producción de los hechos fue a menos de 10 minutos del lugar en donde se encontraba localizado el retén de la fuerza pública y, de otro lado, se trataba de una única vía.

b. La importancia del constitucionalismo moderno a que se refiere Gustavo Zagrebelsky, en donde las cartas políticas adquieren la connotación de antropocéntricas y, por ende, los derechos humanos se erigen en el fundamento de la legitimidad del poder político y público.

c. La posibilidad de aplicar, en aquellos eventos en que el juez se enfrente a la violación de derechos humanos, la regla de Radbruch [*leyes que no son de-*

recho y derecho por encima de las leyes], esto es que, excepcionalmente, ante la constatación de la existencia de derecho injusto que enerve la posibilidad de la reparación integral del daño derivado de una violación a derechos humanos, el juez puede inaplicar (v.gr. excepción de inconstitucionalidad) o desconocer el contenido legal, al afirmar que por ser normas injustas no constituyen derecho, con el propósito de obtener el efectivo resarcimiento del perjuicio.

d. Se estableció el deber de prevenir una violación a los derechos humanos, en los términos señalados en el artículo 1º de la Convención Americana de los Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica".

e. Se dispuso, como medida de satisfacción en el asunto concreto, que la Fiscalía General de la Nación abriera las investigaciones correspondientes a efectos de establecer las responsabilidades de tipo penal por acción o por omisión en los hechos antes mencionados. Lo anterior, como quiera que los resultados arrojados por la Justicia Penal Militar no fueron satisfactorios; el Consejo de Estado Colombiano dispuso entonces exhortar a la Fiscalía General de la Nación para que asumiera la investigación de los hechos ocurridos, a efectos de obtener la verdad y la declaratoria de las responsabilidades específicas de los hechos, como requisito indispensable para la reparación integral de las víctimas[8].

Ahora bien, con ocasión del análisis del delito de desaparición forzada que, valga la pena decirlo, desencadena de forma simultánea la violación de múltiples derechos humanos reconocidos a nivel nacional e internacional, es oportuno hacer referencia al auto proferido el 19 de julio de 2007, exp. 31135, M. P. Enrique Gil Botero, en el que se admitió una demanda de reparación directa formulada por los familiares de una de las personas víctimas de la toma del Palacio de Justicia Colombiano que terminó con la vida de varios de los honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y con la desaparición de algunas personas que laboraban en el mismo, acto execrable perpetrado el 11 de noviembre de 1985. En esta oportunidad, el Consejo de Estado constató que, al margen de que los hechos (desaparición forzada) se produjeron en el año 1985, lo cierto es que, al no haber aparecido la víctima directa del crimen de lesa humanidad, no es posible que se inicie el cómputo de la caducidad o prescripción de la acción para demandar la responsabilidad patrimonial del Estado, como quiera que, por tratarse de un daño continuado que se prolonga en el tiempo, el cómputo de

---

[8] Al respecto ver: Corte Internacional de Derechos Humanos. Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia de 12 de agosto de 2008. Así mismo, se pueden consultar los siguientes casos: Caso *Myrna Mack Chang*, párr. 156; Caso *La Cantuta*, párr. 115, y Caso *Goiburú y otros*, párr. 89.

la caducidad (plazo extintivo del derecho de acción) no puede iniciarse hasta tanto no cese el daño, que, para el caso del delito de desaparición, sería cuando la persona no aparezca.

Y, si bien en Colombia la Ley 589 de 2000 estableció un término específico para el conteo de la caducidad en la acción de reparación directa de dos (2) años contados a partir del momento en que la persona aparece o se profiera sentencia definitiva en el proceso penal, lo cierto es que, en el caso concreto no se presentó ninguna de las dos circunstancias a que se refiere el precepto normativo y, de paso, resulta lógica la posición hermenéutica fundada en el hecho de que hasta tanto no aparezca la persona no puede iniciarse el cómputo mencionado, toda vez que el daño es continuado, y no ha cesado. En efecto, si se trata de un delito imprescriptible según los postulados contenidos en las disposiciones vigentes (Ley 742 de 2002 —aprobatoria del Estatuto de Roma—), lo lógico es que la posibilidad de deprecar la reparación de sus efectos lo sea en el mismo sentido[9].

III. PLAZO DE CADUCIDAD, DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL

Por último, hay dos temas que la jurisprudencia colombiana ha tenido la oportunidad de abordar, y que, revisten vital importancia en relación con el contenido y alcance del principio de reparación integral.

El primero, se refiere a la posibilidad de afirmar que los plazos de caducidad deben ceder frente al principio de reparación integral del daño cuando éste proviene de una violación a los derechos humanos. En otros términos, aceptar la posibilidad de reclamar el resarcimiento del daño antijurídico derivado de una vulneración a derechos humanos en cualquier momento. Este criterio, que ya fue sometido a discusión de la Sección Tercera del Consejo de Estado, desafortunadamente no ha sido avalado por la posición mayoritaria de la Corporación, razón por la cual constituye uno de los grandes retos que deben seguir siendo sometidos al análisis de la jurisprudencia y doctrina colombianas.

De mi parte, debo señalar que defiendo el criterio según el cual las acciones de reparación del daño, tratándose de violaciones a derechos humanos, no pueden ser sometidas a un término o plazo de caducidad.

---

[9] En ese sentido ver: salvamento de voto del Consejero Enrique Gil B. frente al auto proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 15 de diciembre de 2008, expediente 34.831, M. P. Myriam Guerrero de Escobar.

Lo anterior, como quiera que los parámetros del Derecho de los derechos humanos (DDHH) parten del supuesto de la imprescriptibilidad de las acciones que se relacionen con la persecución, sanción, y reparación de los responsables y de las conductas atentatorias de los mismos.

En esa perspectiva, los Estados constitucionales modernos parten de un supuesto indiscutible, consistente en el reconocimiento expreso de la existencia de una serie de garantías mínimas de las cuales es titular la persona por el solo hecho de serlo. De allí que de acuerdo con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (principio *pacta sunt servanda*), así mismo, las partes de un tratado internacional no podrán invocar su Derecho interno so pena de excusarse de las obligaciones que se derivan de la Convención.

Es por lo anterior, que constituye un imperativo categórico el compromiso internacional relativo a la protección de los derechos humanos; responsabilidad que, en manera alguna, resultó ajena en la expedición y promulgación de la Carta Política de 1991, toda vez que el constituyente fue explícito en señalar que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Así mismo, la Constitución hace especial énfasis en este aspecto cuando de manera expresa puntualiza que los derechos y deberes establecidos en ese cuerpo normativo deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 93 CP).

No significa lo anterior que las normas sobre caducidad procesal sean, por sí mismas, violatorias del sistema de derechos humanos; por el contrario, las disposiciones sobre la oportunidad para el ejercicio de los instrumentos de reclamación de perjuicios, por regla general, deben contar con términos y plazos claros y específicos para su interposición. No obstante lo anterior, es claro que si la demanda tiene como fundamento la presunta vulneración o trasgresión de derechos humanos, no puede invocarse la caducidad de la acción de reparación directa, a nivel interno, como fundamento de la pérdida del derecho de acción. Lo anterior tiene su *logos*, en tanto las violaciones de derechos humanos están dotadas de la condición de imprescriptibilidad, de allí que la reparación integral que de la conducta violatoria se deriva, no puede hacerse depender del oportuno ejercicio de la acción respectiva, dentro de los términos legales establecidos en el Derecho interno.

En efecto, una posición contraria conllevaría a que la persona se viera compelida a acudir, de manera automática, al Sistema Interamericano o Universal, con el fin de que una Corte Internacional restableciera el derecho vulnerado, y reparara el perjuicio padecido. Esa óptica, a todas luces, desconocería los principios-derecho de acceso efectivo y material a la administración de justicia (art.

229 CP), así como el de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (art. 228 CP).

En ese orden, el juez de lo contencioso administrativo requiere emplear instrumentos y mecanismos como el principio de proporcionalidad, para aliviar la tensión que se genera entre el principio de la seguridad jurídica —en el que se fundamentan las normas de caducidad—, frente al principio de la reparación integral derivado de violaciones o trasgresiones de derechos humanos. Si se parte del supuesto que el principio procesal, en estos eventos, debe ceder frente al principio sustancial de la reparación integral y el derecho a la verdad, se requiere entonces verificar si dicha conclusión es necesaria, razonable y efectiva para la protección del derecho correspondiente[10].

Y el segundo tema se refiere a las dimensiones de los derechos fundamentales. Es así como el Tribunal Constitucional de la República Alemana, y el Tribunal Constitucional Español han avanzado en la construcción y reconocimiento de las dos dimensiones de los derechos fundamentales, la primera denominada subjetiva que parte del concepto o noción de derecho subjetivo, entendida como una potestad, interés o facultad que se radica en cabeza de un sujeto y le otorga la posibilidad de exigir un determinado deber de conducta de otro sujeto de derecho; la segunda, por su parte, fundamentada en la noción de orden constitucional, entendido como un todo compuesto por principios y valores que irradian el ordenamiento jurídico y las políticas públicas a cargo de la organización estatal.

En Colombia, desde la sentencia T-406 de 1992 de la Corte Constitucional, se reconoció la existencia de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, cuando se estableció que esta última faceta de los mismos se entronizaba con la estructura y funcionalidad del poder público, en la medida que la fuerza vinculante del derecho fundamental se desplaza o traslada de la órbita subjetiva y particular, para otorgar un carácter vinculante en relación con la estructura del poder público. La finalidad de la dimensión objetiva consiste en que otorga una nueva finalidad y esencia de los derechos constitucionales fundamentales, ya que no sólo permite que sean entendidos como una relación bilateral en el que se solicita del aparato estatal una acción, abstención o prestación en rela-

---

[10] "El derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite de los procesos. Estos deben asegurar, en un tiempo razonable, el derecho de las víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se identifique, juzgue y sancione a los eventuales responsables... En todo caso, como lo ha señalado la Corte IDH, en los procesos por violaciones de derechos humanos, el deber del Estado de satisfacer plenamente los requerimientos de la justicia prevalece sobre la garantía del plazo razonable." Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *"Recomendaciones de Criterios de Reparación y de Proporcionalidad Restaurativa"*, p. 46.

ción con un individuo determinado, sino que se proyecta la fuerza vinculante del derecho con los principios, valores y reglas constitucionales lo que hace que las autoridades públicas tengan en cuenta las garantías fundamentales a la hora de establecer políticas, así como en la aplicación del principio de precaución o prevención.

En ese orden de ideas, es posible que a partir de la violación a un derecho fundamental se constate la afectación, en general, de la dimensión objetiva del mismo, ya que se atenta contra los fines, valores y principios del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, en sede de la reparación integral de un daño, es posible que el juez ante la constatación de la vulneración de un derecho fundamental, determine las medidas económicas o de justicia restaurativa solicitadas en la demanda encaminadas a resarcir el derecho lesionado, y de igual forma, sin que se desconozcan los principios y garantías constitucionales al debido proceso y al derecho de defensa, se adopten medidas —de oficio o a petición de parte— encaminadas a restablecer la dimensión objetiva del derecho afectado, principalmente con la orden a las autoridades competentes que se adopten las decisiones o políticas encaminadas a restablecer las medidas de protección, garantía y satisfacción del respectivo derecho, con miras a que: i) se eviten nuevas trasgresiones a la garantía constitucional (garantías de no repetición); ii) se redefinan las políticas públicas necesarias a nivel administrativo o legislativo; y iii) se apliquen las sanciones y correctivos administrativos a que haya lugar.

Ahora bien, en sede de la acción de tutela —acción de rango constitucional preventivo— el juez constitucional puede adoptar cualquier tipo de medidas encaminadas a la protección y salvaguarda tanto de la dimensión subjetiva como de la objetiva de los derechos fundamentales objeto de análisis. No sucede lo propio en relación con el juicio de responsabilidad patrimonial, como quiera que tratándose de un proceso ordinario de tipo contencioso administrativo, a nivel del mismo operan de manera plena las garantías constitucionales y procesales para el demandado, además de tratarse de un proceso de carácter definitivo y no de naturaleza preventiva o subsidiaria.

La importancia de reconocer la dimensión objetiva del derecho fundamental y su posibilidad de afectación radica en la facultad con que cuenta el juez ante circunstancias en que se lesiona de manera grave una garantía constitucional de adoptar medidas tendientes a que se restablezca el orden jurídico alterado con la vulneración, de tal forma que se imponga a las autoridades públicas competentes la obligación de cumplir con el orden axiológico fijado por el constituyente primario, y que cobra la mayor relevancia tratándose del servicio público de salud.

En la sentencia del 19 de agosto de 2009[11], el Consejo de Estado juzgó la responsabilidad por el deceso de las trillizas Echeverry Giraldo debido a una falla del servicio médico al practicar una cesárea cuando sólo tenían 24 semanas de gestación y por considerar que se trataba de un embarazo a término; en esta oportunidad, se reconoció que la órbita subjetiva del derecho a la salud de las niñas no podía ser amparado, ya que no fue solicitado en la demanda y, consecuencialmente, porque fallecieron luego no era posible decretar medidas de justicia restaurativa frente a un derecho que era inexistente, ya que el derecho subjetivo a la salud desapareció con su deceso, razón por la cual la garantía constitucional no podía ser amparada sino en virtud de la dimensión objetiva, circunstancia por la cual, de forma adicional a la condena patrimonial a favor de los padres, se adoptaron garantías de no repetición, de manera concreta la remisión por parte de la entidad demandada de copias de la sentencia a todas las empresas promotoras de salud del país. Decisiones de esta naturaleza, que lejos de intervenir en la definición de políticas públicas, garantizan la protección efectiva de los derechos, de manera especial en la órbita objetiva, es decir en el componente axiológico de las garantías esenciales del ser humano[12].

Como se aprecia, resulta innegable la constitucionalización del derecho de daños en tanto se reconoce la importancia no sólo se reparar el daño causado, sino también de proteger y amparar los derechos humanos que sean lesionados o afectados con el comportamiento de la administración pública.

---

11 Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 18364, M. P. Enrique Gil Botero.

12 La anterior explicación circunscrita desde la perspectiva del derecho fundamental y su reparación, como quiera que nada impedía que, en el caso concreto, los padres de las niñas hubieran podido solicitar los perjuicios padecidos por sus hijas derivados del daño antijurídico, dentro del ámbito propio del derecho de daños.

El esquema de reparación acogido por la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz de Bogotá en el caso de la masacre paramilitar de Mampuján

Uldi Teresa Jiménez[*]

Con el objeto de alcanzar la paz en Colombia, bajo los parámetros señalados por la Ley 975 de 2005 y sus decretos reglamentarios, se diseñó un proceso de justicia transicional[1], regido por los principios del sistema penal acusatorio, en procura de obtener la desmovilización y reincorporación de los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, quienes tras ser postulados por el Gobierno Nacional y reunir los presupuestos legales, puedan acceder al trámite y a los beneficios por ellos contemplados, respetando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Fue así como el 25 de noviembre de 2003 se inició el proceso de desmovilización en Medellín con el Bloque Cacique Nutibara y terminó el 15 de agosto de 2006 con el Bloque Elmer Cárdenas en la Vereda El Tigre, Municipio de Unguia, departamento de Chocó, para un total de 34 bloques de las autodefensas y 31.671 de sus integrantes desmovilizados[2]. Durante el periodo comprendido entre agosto de 2002 y agosto de 2009, se presentaron 3.682 desmovilizaciones individuales, para un total de 35.353 desmovilizados individuales y colectivos: 94% hombres y 6% mujeres.

---

[*] Magistrada de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz de Bogotá; Profesora Asociada de la Universidad de la Sabana, Colombia.

[1] En su informe anual correspondiente al año 2004, el Secretario General de las Naciones Unidas refiriéndose a la noción de "justicia de transición" sostuvo que "abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación." Tales mecanismos, agregó, "pueden ser judiciales o extrajudiciales, y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos."

[2] Estadísticas sobre reinserción en Colombia, reportadas por el Programa de Atención Humanitaria al desmovilizado (PAHD) de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz.

I. EL CASO DE LA MASACRE Y DESPLAZAMIENTO FORZADO DE *MAMPUJÁN*

En el marco legal descrito y luego de superar las dos etapas, una administrativa y otra judicial, última compuesta por los ciclos preprocesal, a cargo de la Fiscalía General de la Nación, y procesal, de competencia de las Salas de Justicia y Paz de los Tribunales de Distrito Judicial[3], se produjo un fallo condenatorio en contra de los postulados *Edwar Cobos Tellez* y *Uber Enrique Banquez Martínez*[4], desmovilizados de los grupos de autodefensas que operaban en Colombia, el primero en calidad de comandante del Bloque Montes de María, también reconocido como el jefe político o ideólogo o, como él se autodetermina, el canciller de las autodefensas, y el segundo, como comandante del Frente Canal del Dique; una vez se verificó la concurrencia de los requisitos legales[5], fueron beneficiados con la pena alternativa[6].

En efecto, luego del proceso de diálogo entre los grupos de autodefensas y el Gobierno Nacional, fueron incluidos dentro de las listas de elegibles confeccionadas con arreglo a las previsiones del artículo 3º del Decreto 4760 del 30 de diciembre de 2005, reglamentario de la Ley 975 de 2005, que posteriormente envió al Ministerio del Interior y de Justicia por intermedio del Alto comisionado para la Paz, Institución que la remitió a la Fiscalía General de la Nación, donde se dio inicio a la etapa previa o preliminar[7] y en desarrollo de la misma se adelantaron actividades investigativas necesarias para establecer la verdad material, determinar los autores intelectuales, materiales y partícipes, esclarecer las conductas punibles cometidas e identificar los bienes con vocación reparatoria y las fuentes de financiación y armamento de los respectivos grupos armados al margen de la ley a los que pertenecía cada uno de los postulados.

Culminada la etapa preprocesal (ante la Fiscalía General de la Nación) y luego de las audiencias de imputación de cargos y formulación de los mismos, asumió competencia la Sala de Conocimiento para realizar el control formal y material a los cargos[8] aceptados por los postulados. Agotado el trámite de la misma y reconocido desde el punto de vista objetivo la existencia de un conflicto armado

---

3 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicado 27873 del 27 de agosto de 2007, M. P. Dr. Julio E. Socha Salamanca.

4 Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Radicado 110016000253200680077 del 29 de junio de 2010, Magistrada Ponente, Dra. Uldi Teresa Jiménez López.

5 Artículo 10 de la Ley 975 de 2005.

6 Artículo 3º de la Ley 975 de 2005.

7 Reglamentada por los artículos 16 y 17 de la Ley 975 de 2005; 4, 9 y 1 de los Decretos 4760 de 2005, 3391 de 2006 y 4417 de 2006.

8 Artículo 19, inciso 3º de la Ley 975 de 2005.

interno, por el cumplimiento de las exigencias del artículo 1º del Protocolo II de Ginebra, se concluyó que el desplazamiento forzado de que fue víctima la población de Mampuján[9], la masacre de 11 habitantes de la vereda las Brisas y el saqueo a las viviendas de sus habitantes, constituyen graves atentados contra el Derecho Internacional Humanitario[10].

De la misma manera, se dejó claro que estos hechos, no solo configuraban una violación al Derecho Internacional Humanitario, sino que además merecían el calificativo de ofensa grave a la humanidad, pese a que la legislación interna no sanciona este tipo especial de conductas[11]. El calificativo de delitos de lesa humanidad fue sustentado por la generalidad y sistematicidad con que fueron cometidos, pues no se trató de hechos aislados, sino de prácticas comunes en los grupos paramilitares que tenían como finalidad cumplir con los objetivos declarados: "*combatir a la guerrilla en cualquier tiempo y lugar, armada, desarmada, en combate o fuera de él, uniformada o de civil...*"[12].

Pese a lo anterior, se hizo claridad que, si bien es cierto los delitos cometidos se adecuan a las categorías de delitos contra el Derecho Internacional Humanitario y graves atentados contra la humanidad, por virtud del principio de favorabilidad, su calificación y sanción penal se realizaba con fundamento a las normas que se encontraban vigentes para el momento de la comisión de los hechos. De esta manera, finalmente fueron condenados por la comisión de los punibles de homicidio agravado; concierto para delinquir agravado; deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil; secuestro simple; hurto calificado y agravado; utilización ilegal de uniformes e insignias; y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, cometidos en concurso heterogéneo y homogéneo.

---

9 Pequeña población del departamento de Bolívar Colombia.

10 Artículo 3º común y 4º del Protocolo II.

11 Se han presentado intentos por introducir en nuestra legislación penal categorías delictivas señaladas como crímenes de lesa humanidad: El proyecto de Ley 129 de 1997, propuso el título I A "delitos de lesa humanidad" que incluía la desaparición forzada, genocidio y tortura; El proyecto de Ley número 40 de 1998, "delitos de graves violaciones a los derechos humanos" contentivo de delitos como la desaparición forzada, el genocidio, la tortura y el desplazamiento forzado. En ninguna de las dos oportunidades se logró su inclusión en la legislación penal Colombiana.

12 Manifestación de uno de los máximos dirigentes de las Autodefensas, Salvatore Mancuso, en diligencia de versión libre, ante la Fiscalía delegada para la justicia y la paz.

II. REPARACIONES EN EL CASO DE *MAMPUJÁN*

Superado el control formal y material, se dio paso al trámite del incidente de reparación integral, con la participación de 1.194 víctimas directas e indirectas, con ocasión de los cargos parcialmente formulados y quienes solicitaron, a través de sus representantes legales, la indemnización del daño material e inmaterial en cuantía de $132.784.810.858 (aproximadamente US$66.500.000).

Por su parte, la Fiscalía acreditó la ocurrencia del daño colectivo a las comunidades de Mampuján y Las Brisas, razón por la que el Ministerio Público y la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación solicitó la construcción de varias obras, comenzando por la reconstrucción de la población abandonada por exigencia del grupo paramilitar.

Bajo este entendido, como medidas de reparación colectiva se dispuso, entre otras, el arreglo de vías, de redes eléctricas, adecuación de pozos profundos, la construcción de escuelas y de escenarios deportivos, etc.

En el plano de reparación individual y conforme al Derecho Internacional contemporáneo y en los términos señalados por la Corte Constitucional Colombiana, se hizo claridad que abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima; comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción, y (v) garantía de no repetición[13].

Frente a cada una de esas medidas, se ordenó lo siguiente:

– Restitución: No se acreditó que luego del desplazamiento se hubiera presentado ocupación de tierras, por lo tanto, no hay ninguna orden de restitución; no obstante, como parte de esta medida se dispuso proceder a la formalización de los títulos sobre los predios que ostentaban los habitantes de las poblaciones afectadas cuando fueron sacados de su territorio.

– Rehabilitación: Se pidió al Ministerio de la Protección Social presentar un programa de recuperación para las víctimas del conflicto armado, dando prioridad de atención a los habitantes de las zonas de Mampuján, San Cayetano y las Brisas que resultaron afectados con la incursión paramilitar del 10 y 11 de marzo del año 2000.

---

[13] Artículo 33 del conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad; Corte Constitucional C-370 de 2006; Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicado 29472 del 10 de abril de 2008, M. P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas.

– Satisfacción: Se ordenó la reconstrucción del cementerio y la Iglesia, por tener un especial significado para los habitantes de Mampuján. Se ordenó realizar una ceremonia de recordación a las víctimas de los hechos ocurridos, con la presencia del Gobierno Nacional, Departamental y Municipal y el reconocimiento público de los abusos cometidos por las autodefensas en esos lugares. Igualmente, un documental que tenga como guión la sentencia, con entrevistas a víctimas y victimarios y que contenga un acto público de perdón por parte de los dos postulados; este documental debe ser transmitido en una franja horaria de máxima audiencia. Un monumento de recordación, a cargo de los dos postulados. Igualmente, se ordenó que se comience a trabajar en el proyecto del museo de Víctimas.

– Garantías de no repetición: Se extendió una especial invitación para efectuar monitoreo por parte de MAP OEA, de la situación de seguridad en las áreas afectadas con los delitos mencionados. Se solicitó al Ministerio de Defensa Nacional, para que en coordinación con la Fiscalía y la Procuraduría, adopten medidas necesarias para que los pobladores que quieran regresar a los lugares de donde fueron desplazados, puedan hacerlo. Como medida preventiva, se solicitó al Ministerio de Defensa que tome las medidas necesarias para cambiar de lugar de desempeño de sus funciones a todos los miembros del ejército nacional y de la fuerza pública que eventualmente hayan participado en la comisión de los delitos, o que aparezcan mencionados en las versiones o en los documentos de los postulados. Igualmente se dispuso que el Ministerio de Defensa cumpla con la obligación de una particular educación en derechos humanos a los miembros de la fuerza pública y del ejército.

– Indemnización: ante la imposibilidad de evaluar de acuerdo a las reglas probatorias ordinarias el daño material e inmaterial causado, debido (i) a la cantidad de víctimas, (ii) al carácter masivo de violaciones de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario, y (iii) al hecho de que en casos como el de los desplazados forzadamente tuvieron que huir de repente, sin poder llevarse con ellos documentación relativa a la titularidad de los bienes que tuvieron que dejar atrás u otros que acreditaran su pertenencia de muebles, se recurrió a un sistema de reparación basado en la equidad, como se explicará adelante. A más de lo anterior, también se tuvo en cuenta factores como: quienes son los obligados a reparar (y la obligación subsidiaria del Estado en este aspecto), bienes entregados por los postulados al momento de su desmovilización, las diferentes formas de tazar la indemnización en nuestro País, la financiación de la reparación integral y finalmente las disposiciones para el financiamiento.

III. REPARACIONES DERIVADAS DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

De cara al primer ítem tenido en cuenta para recurrir a la equidad como criterio de indemnización individual, la cantidad de hechos y víctimas registradas en el sistema SIYIP de la Fiscalía General de la Nación a 1º de mayo de 2010 reportó un total de 281.638 conductas delictivas (156.870 homicidios, 63.526 desplazamientos forzados, 30.130 desapariciones forzadas, 13.796 hechos contra el patrimonio económico, 5.222 lesiones personales, 3.044 extorsiones, 2.740 secuestros, 1.310 constreñimientos ilegales, 524 actos de terrorismo, 13 tráficos de armas, 6 conciertos para delinquir y 4.296 de otros delitos) y para el presente proceso (Masacre de Mampuján, desplazamiento forzado y otros) se registraron 1.111 conductas punibles (1.081 desplazamientos, 11 homicidios, 17 secuestros y 2 contra el patrimonio económico), es decir, un 0.39% de los registrados por la Fiscalía.

Como víctimas fueron reportadas por la Fiscalía, un total de 282.938 personas, hasta la fecha indicada (1º de mayo de 2010); y por los hechos de este proceso, 1.194 personas, que representan el 0.42% del universo de víctimas registradas.

Para cubrir el valor de la indemnización individual, el Fondo de Reparación de que trata la Ley 975 de 2005 cuenta con bienes entregados por los postulados, cuya cuantía asciende a 36 mil millones de pesos; en proceso de ser recibidos, bienes por valor de 110 mil millones de pesos aproximadamente, para un gran total de 146 mil millones de pesos, dinero que alcanzaría para atender un poco más del 0.39% de los hechos registrados hasta el momento por la Fiscalía.

Siguiendo las directrices señaladas en la Ley de Justicia y Paz y lo expuesto en la sentencia de Constitucionalidad[14], el primer obligado a indemnizar a las víctimas es el desmovilizado postulado: la Corte Constitucional no solo se limitó a señalar que los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que refiere la normatividad de justicia y paz responderán con todos sus bienes lícitos e ilícitos por los daños ocasionados con su actuar delictual, sino que también afirmó el principio de responsabilidad solidaria entre todos los miembros del grupo, en tanto que el Estado en esa cadena solo ingresa de manera residual. Así lo dejó consignado cuando precisó que: "*...Los primeros obligados a reparar son los perpetradores de los delitos, en subsidio y en virtud del principio de solidaridad el grupo específico al que pertenezcan los perpetradores. Antes de acudir a recursos del Estado para la reparación de las víctimas, debe exigirse a los perpetradores de los delitos, o al bloque o frente al que pertenecieron, que respondan con su propio patrimonio por los daños ocasionados*

[14] Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-370 de 2006, que declaró la exequibilidad de la Ley 975 de 2005.

a las víctimas de los delitos. El Estado ingresa en esta secuencia solo en un papel residual para dar una cobertura a los derechos de las víctimas...".

De otra parte, la Sala de conocimiento realizó el ejercicio de establecer el valor de la indemnización individual, conformada por la suma de los daños materiales e inmateriales y lo que representaría para el Estado (quien debe acudir a responder de manera subsidiaria), atendiendo diversos criterios como son: (i) las peticiones de los representantes legales de las víctimas en este proceso, (ii) el Decreto 1290 de 2008 relativo a reparaciones por vía administrativa, (iii) la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre reparaciones, y (iv) la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior, frente a los hechos que son materia de esta sentencia, y a la totalidad de los registrados a primero de mayo de 2010 en la Fiscalía General de la Nación.

Como complemento de lo anterior y para apreciar de una mejor manera esas cuantías, se aclara que el presupuesto general de la Nación para el año 2010 ascendió a 148.3 billones de pesos (83 billones destinados a gastos de funcionamiento, 40 billones al servicio de deuda y 25.3 billones a inversión pública), referencia que se hace para contrastar la cuantía de la indemnización individual, según los criterios enunciados en el párrafo anterior y lo que representaría en relación con el Presupuesto Nacional.

Realizadas las anteriores precisiones, se pasó a determinar el valor de las reparaciones individuales y colectivas a las víctimas tanto en el proceso adelantado contra los postulados *Edwar Cobos Tellez* y *Uber Banquez Martínez*, como en el conjunto de los hechos derivados de la aplicación de la Ley 975 de 2005, de cara a la totalidad de los hechos registrados a 1º de mayo de 2010. En lo que tiene que ver con la reparación individual, la Sala pudo determinar que la cuantía difiere notablemente dependiendo de los criterios aplicados.

Acogiendo las peticiones individuales de reparación realizadas por los apoderados de las víctimas, las mismas ascenderían a ***$132.784.810.858.*** Si los criterios utilizados para establecer dicho monto se extendieran al conjunto de víctimas registradas por la Fiscalía, el total sería de ***81 billones de pesos***, esto es, el 54,6% del Presupuesto Nacional de Colombia para el 2010[15], sin tener en cuenta víctimas de los delitos de desaparición forzada, contra el patrimonio económico, lesiones personales, extorsión, constreñimiento ilegal, hechos de terrorismo, tráfico de armas o concierto para delinquir.

Aplicando el criterio señalado por el programa de reparación individual por la vía administrativa para las víctimas de grupos armados organizados al margen

---

[15] Para el año 2010 el Presupuesto Nacional equivalía a 148,3 billones de pesos.

de la ley[16], se tendría, que por cada homicidio se debería una reparación equivalente a 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes; en caso de desplazamiento forzado hasta 27 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por cada secuestro 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo que equivaldría a un total de ***$15.607.505.000***. Aplicados estos criterios al total de los hechos de homicidio, desplazamiento forzado y secuestro registrados por la Fiscalía, la indemnización equivaldría a ***4,17 billones de pesos***, esto es, el 2,18% del Presupuesto Nacional de Colombia para el 2010.

Si se acude a las fórmulas aplicadas por el Consejo de Estado en reparaciones directas por vía judicial, la cantidad total de la indemnización por daños materiales e inmateriales causados con ocasión de los hechos de desplazamiento forzado y homicidio objeto del presente proceso, sería entre ***ciento trece mil y ciento quince mil millones de pesos***. Por su parte, de acuerdo a estos criterios, la cantidad a pagar para indemnizar la totalidad de hechos de desplazamiento forzado y homicidio registrados por la Fiscalía oscilaría entre ***107,5 y 138,7 billones de pesos***, equivalente a un porcentaje entre el 72,5% y el 93,5% del Presupuesto Nacional de Colombia para 2010. Se hizo claridad que sólo se refiere a la indemnización de dos tipos de delitos y que no incluye los montos correspondientes a los demás punibles relacionados por la Fiscalía.

También se hizo referencia de los criterios señalados por la Corte Interamericana en procesos donde se ha condenado al Estado colombiano por casos relativos a homicidios y desapariciones forzadas, conocidos como "*19 comerciantes*", "*masacre de Mapiripan*", "*masacre de Pueblo Bello*" y "*masacre de Ituango*".

IV. CRITERIOS DE REPARACIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En el primero de los referidos, "*19 comerciantes*", se otorgó una indemnización global de 6,5 millones de dólares, de manera que por cada persona asesinada, el conjunto de miembros de su familia recibió una media de 684 millones de pesos, cantidad significativamente inferior a los 482 millones de pesos solicitados por cada una de las 90 víctimas indirectas de los 11 homicidios, pues esta última petición supone una media de 3.856 millones de pesos por núcleo familiar. Aplicados los criterios de la Corte en dicha decisión a los 156.870 hechos de homicidio registrados por la Fiscalía, el monto total de la reparación individual solo por este delito alcanzaría los 107 billones de pesos, equivalente al 72.15% del Presupuesto Nacional de Colombia para el año 2010.

---

[16] Decreto 1290 de 2008.

En el Caso de la *Masacre de Mapiripan*, la Corte estableció una reparación que supone un incremento de aproximadamente 80.000 dólares en relación con la media de daños materiales concedidos en el caso de *19 comerciantes*. Esto significa que la cantidad por núcleo familiar se incrementó hasta los 840 millones de pesos, cantidad que a pesar de ser inferior a los 3.856 millones de pesos por núcleo familiar solicitados de media por las víctimas indirectas en el proceso, supondría que el total de las reparaciones individuales a pagar por los 156.870 hechos de homicidio registrados, alcanzaría los 131,8 billones de pesos, lo que equivale al 89,3% del presupuesto Nacional para Colombia en el año 2010.

En el caso de *Pueblo Bello*, se aprecia una reducción en los estándares de reparación individual y colectiva. En la misma, la Corte concede indemnizaciones por daños materiales e inmateriales a 6 de las víctimas fallecidas o desaparecidas en una suma de 120.000 dólares (240 millones de pesos), suma inferior a los 3.856 millones reclamados por las víctimas en el proceso, a los 844 millones otorgados en el caso de *Mapiripan* y a los 684 millones concedidos en el caso de *19 comerciantes*. De aplicarse el monto previsto por la Corte en el caso de *Pueblo Bello*, la indemnización individual por este delito alcanzaría los 37,5 billones de pesos, esto es, el 25,35% del Presupuesto Nacional de Colombia para el año 2010.

Finalmente, en el caso de la masacre de *Ituango*, la Corte Interamericana concedió una reparación por daños materiales e inmateriales a cada uno de los núcleos familiares en promedio de 118.500 dólares (237 millones de pesos). Es una suma similar a los 240 millones de pesos concedidos por núcleo familiar en el caso de *Pueblo Bello*, inferior a los 3.856 millones reclamados por las víctimas en el proceso, a los 844 millones otorgados en el caso de la *masacre de Mapiripan* y a los 684 concedidos en el caso de los *19 comerciantes*. Así mismo, de aplicarse el monto de los 237 millones de pesos por núcleo familiar a los 156.870 hechos de homicidio registrados por la fiscalía, el monto de la indemnización individual por este tipo de delito alcanzaría los 37,5 billones de pesos, equivalente al 25% del Presupuesto Nacional de Colombia para el año 2010.

V. EL CONCEPTO DE EQUIDAD EN LAS REPARACIONES DE LA SALA DE CONOCIMIENTO DE JUSTICIA Y PAZ

Debido a la cantidad de víctimas, al carácter masivo de las violaciones de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario, al hecho de la falta de elementos probatorios que acrediten la titularidad de los bienes que tuvieron que abandonar —en el caso de los desplazamientos— la Sala consideró la necesidad de establecer un sistema de reparaciones basado en el concepto de equidad, dadas las circunstancias en que se desarrolla el proceso de Justicia y Paz. Para el efecto se elaboraron unas tablas de indemnización individual por delito

y parentesco de carácter fijo que traten conjuntamente los daños materiales e inmateriales.

Se partió del valor atribuido con ocasión del daño sufrido por el delito más grave, que es el homicidio y se fijó por dicho concepto la suma de 240 millones de pesos, valor que se corresponde con el aproximado medio concedido por la Corte Interamericana en los casos de *Pueblo Bello* e *Ituango*, sobre la base de núcleos familiares entre 6 y 7 personas. De esta manera, el promedio por persona es de 40 millones de pesos. En consecuencia, se concedió a cada víctima indirecta (cónyuge, padre, madre o hijo) la suma de 40 millones de pesos, mientras que a los que tuvieran la condición de hermano la suma de 4 millones de pesos, con un límite de 240 millones por núcleo familiar.

En los casos de desplazamiento forzado se aplicó la jurisprudencia del Consejo de Estado, que de acuerdo a sus fórmulas atribuye a cada persona de un mismo núcleo familiar la suma de 17 millones, con un máximo por núcleo familiar de 120 millones de pesos.

Para el caso de los secuestros, la Sala concedió una media entre lo que se concede por vía administrativa y lo que reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el delito de homicidio. En consecuencia, la indemnización para la víctima indirecta es de 30 millones de pesos, sin que el valor de lo concedido por núcleo familiar exceda de 180 millones de pesos. Se aclaró que para hermanos igualmente se reconocía 4 millones de pesos.

En caso de que una misma persona haya sido víctima de varios delitos, la Sala hizo claridad que el cálculo de la indemnización debería tazarse en un máximo de 40 millones de pesos, con un límite por núcleo familiar de 240 millones de pesos.

La sentencia señaló que la liquidación y pago de los montos reconocidos a las víctimas debería realizarse a través del Fondo para la Reparación de las Víctimas establecido en el artículo 54 de la Ley 975 de 2005, que al tenor del inciso segundo, está integrado por: (a) Bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados ilegales a que se refiere la presente ley; (b) Recursos provenientes del presupuesto nacional; y (c) Donaciones en dinero o especie nacionales o extranjeras. De igual manera se consideró que se podía acudir a las donaciones nacionales o extranjeras.

No obstante, se lograron detectar una serie de inconvenientes que pondrían en riesgo estas indemnizaciones. En primer lugar, los bienes entregados por los postulados desmovilizados y recibidos por Acción Social, no llegaría a cubrir sino la mitad de la reparación colectiva solicitada para los casos de *Mampuján* y *San Cayetano*. Si se tienen en cuenta los bienes que se encuentran en proceso de verificación, se contaría con algo más de 146 mil millones de pesos, cantidad poco

más que suficiente para hacer frente a los 115 mil millones de pesos solicitados por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación para *Mampuján* y *San Cayetano*, situación de particular gravedad si se tiene en cuenta que los hechos objeto del proceso constituyen el 0,39% de conjunto de hechos registrados por la Fiscalía hasta el 1º de mayo de 2010.

Adicionalmente, según lo informó la Fiscalía, un número importante de los bienes ofrecidos por los principales líderes de los grupos armados a que se refiere la Ley 975 de 2005 han sido transferidos por la Unidad de Justicia y Paz a la Unidad de Extinción de Dominio y las actuaciones aún están en su fase inicial sin que se hayan adoptado medidas cautelares al respecto, hecho que no solo impide el ingreso de los mismos al Fondo de Reparación, sino que al aplicar la ley de extinción de dominio[17], se evita que puedan ser destinados para la reparación integral de las víctimas. Aunado a lo anterior, a la fecha de la sentencia, no existía una partida presupuestal destinada por el Estado para la indemnización de las víctimas, tampoco se contaba con donaciones nacionales e internacionales.

Con la finalidad de garantizar el pago de las indemnizaciones reconocidas a las víctimas, la Sala adoptó una serie de medidas, dentro de las que se cuentan: afectar los bienes de personas condenadas por la justicia permanente por concierto para delinquir en relación con las actividades de los grupos armados a que se refiere la Ley 975 de 2005, con destino a la reparación de las víctimas, teniendo en cuenta que existen numerosas personas adicionales a los grupos armados, en particular aquellos que no hicieron un acto formal de entrega, bien porque no decidieron desmovilizarse o porque no tuvieron la necesidad de movilizarse para realizar sus actividades de promoción, financiación y apoyo a los mismos, como ocurre en los casos de parapolítica.

Adicionalmente y teniendo en cuenta que el Estado responde de manera subsidiaria tal como lo dejó establecido la Corte Constitucional, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 54.2 de la Ley 975 de 2005, deberá asumir parte del programa de reparación a las víctimas. De igual manera se propuso la creación de un impuesto especial que grave las personas jurídicas y grupos económicos que hayan podido resultar beneficiados con el actuar ilícito de los grupos armados referidos por la mencionada ley. También se hizo énfasis en la importancia de los recursos provenientes de donaciones nacionales y extranjeras, partida que si bien no puede constituir la principal fuente de financiación, sí se convierte en un factor relevante, motivo por el que se dejó consignado que la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación debía realizar esfuerzos encaminados a la obtención de donaciones que incrementen la capacidad monetaria del Fondo para la reparación de las víctimas. Finalmente, como instrumento de financiación de

---

[17] Ley 793 de 2002.

las reparaciones a víctimas de graves atentados contra los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, subrayado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en su informe de 2008, se consideró la posibilidad de realizar el canje de deudas.

La decisión descrita fue recurrida por la Fiscalía, Ministerio Público y Abogados representantes de víctimas, actuación que motivó la remisión del proceso a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que en decisión del 27 de abril de 2011 decidió revocar la cuantificación de las reparaciones en equidad, para proceder a tasarlas en derecho[18].

[18] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicado 34547, del 27 de abril de 2011, Magistrada Ponente, Dra. María del Rosario González de Lemos.

Reparaciones por violaciones graves sistemáticas o generalizadas de Derechos Humanos en Brasil

Davi de Paiva Costa Tangerino*

I. INTRODUCCIÓN

Brasil ha sido demandado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre los años 2005 a 2010, en razón de cinco violaciones de derechos humanos.

El caso *Ximenes Lopes* trataba de la violación a los derechos fundamentales de una persona con discapacidad mental, el cual ha sido sometido a condiciones inhumanas y denigrantes en un hospital integrado en la red pública de salud. Ya en el caso *Escher y otros*, se investigó la interceptación y el monitoreo ilegal de las líneas telefónicas de miembros de las organizaciones campesinas *"Cooperativa Agrícola de Conciliación Avante Ltda"* y *"la asociación Comunitaria de Trabajadores Rurales"* por parte de la policía militar del estado de Paraná. En el caso *Garibaldi*, Brasil fue condenado por omisión de datos en la investigación de la responsabilidad criminal por el asesinato de un campesino durante el desalojo de familias trabajadoras sin tierra de una hacienda en el estado de Pará (Norte de Brasil). Solamente uno de los casos, el caso *Nogueira*, ha sido archivado por falta de elementos aptos para configurar la lesión a los derechos fundamentales.

Sin embargo, es la última decisión, de finales de 2010, que aporta los elementos más interesantes para el tema de la reparación por violaciones graves, sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos en Brasil, en la medida en que tiene como escenario los crímenes cometidos por la Dictadura militar brasileña.

II. LA DICTADURA MILITAR EN BRASIL

El gobierno de izquierda de *João Goulart*, que asumiera la Presidencia de la República en razón de la renuncia del presidente *Jânio Quadros*, sufrió una fuerte

---

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal do Río de Janeiro. Doctor en Derecho Penal y Criminología por la Universidade de São Paulo. Ex-becario DAAD/Capes (doctorado-*sandwich* en la Humboldt Universität zu Berlin) y del Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Friburgo de Brisgóvia (*post doc*).

resistencia de los sectores conservadores de la sociedad brasileña. El 13 de marzo de 1964, se organizó una gran manifestación en São Paulo que se denominó la "Marcha de la Familia con Dios por la Libertad", preanunciando el golpe militar que sobrevendría el 31 de marzo de aquel mismo año. *João Goulart,* buscando evitar una guerra civil, se refugió en Uruguay.

Tan sólo nueve días después se promulgó un Acto Institucional, norma hasta entonces desconocida del sistema jurídico brasileño, considerada supraconstitucional: este Acto, que fue posteriormente denominado *AI-1*, ya que le siguieron otros muchos, suspendió los derechos políticos de 102 personas durante 10 años, siendo 41 de ellas diputados federales elegidos. En el año 1965 se promulgó el *AI 2*, que supuso una desactivación del pluripartidismo, además de transferir al Parlamento la elección del Presidente de la República y reactivar el poder presidencial de cesar y expulsar a los subversivos de la vida pública, además de permitirle decretar estado de sitio por 180 (ciento ochenta) días sin consultar al Congreso Nacional. También, autorizaba al Presidente a destituir funcionarios públicos civiles y militares que ejercieran actividades contra la autodenominada revolución. Por último, el referido Acto permitía la intervención federal y posibilitaba el cierre del Congreso por el Ejecutivo en cualquier momento. El *AI 4*, de 1966, revocaba, definitivamente, la Constitución Federal de 1946.

No obstante, el *AI-5*, de 24 de enero de 1967, fue el marco legal que instituyó el terror en Brasil. El pretexto para la medida fue la negativa de la Cámara de los Diputados a conceder la licencia para que el diputado *Márcio Moreira Alves* pudiera ser procesado por un discurso en el que exigía que el Ejército no amparase a los torturadores, además de pedir a los brasileños que boicotearan la festividad del 7 de septiembre, fecha en la que se celebra la Independencia de Brasil de Portugal. De hecho, el *AI-5* subordinaba los Poderes Legislativo y Judicial al Poder Ejecutivo ya que al Presidente le era permitido disolver cualquier Cámara legislativa de Brasil, y los actos cometidos con base en el *AI-5* no estaban sujetos a ninguna forma de revisión judicial.

Por otra parte, se prohibían actividades o manifestaciones sobre asuntos de naturaleza política; se autorizaba al Ministro de Justicia a aplicar, sin intermediación del Poder Judicial, medidas de libertad condicional, prohibiciones para frecuentar determinado lugar, y limitaciones en la determinación del domicilio. Finalmente, el *AI-5* suspendió la garantía del *habeas corpus* para los delitos políticos, los delitos contra la seguridad nacional, además de aquellos contra el orden económico y social y contra la economía popular.

El secuestro del embajador norteamericano en Brasil, Charles Elbrick, organizado por los movimientos de izquierda denominados *MR-8* y *ALN* como forma de forzar la liberación de 15 presos políticos, fue el detonante de la promulgación de la nueva Ley de Seguridad Nacional el 29 de septiembre de 1969. La referida

ley restituyó la pena de muerte en tiempos de paz en Brasil, así como la cadena perpetua.

Así, el llamado milagro económico generaba la sensación de expansión de la economía, lo que explica, en parte, el relativo apoyo del régimen militar. El retroceso de esta expansión, en 1974, coincide con los primeros pasos rumbo a la redemocratización en Brasil, cuando el Presidente *Geisel* comenzó a hablar de apertura política lenta, gradual y segura.

En 1978, el *AI-5* fue revocado por enmienda constitucional y los sucesivos actos perdieron fuerza. La garantía constitucional del *habeas corpus* fue retomada. El pluripartidismo retornó en 1979. En 1984 se inició un fuerte movimiento popular llamado "Diretas Já" (directas Ya), que demandaba elecciones directas para Presidente. La elección indirecta, en 1985, del Presidente Civil *Tancredo Neves* fue considerada el marco final del período dictatorial brasileño. Sin embargo, Tancredo falleció justo antes de asumir el cargo de presidente, hecho que conllevó la elección de *José Sarney*, su vicepresidente. Por último, ya en 1988 se promulgó la actual Constitución brasileña, democrática, teniendo lugar las primeras elecciones directas en 1989.

Comparada a otras dictaduras latinoamericanas, la criminalidad del Estado, en Brasil, produjo un número de víctimas relativamente bajo: fueron 354 (trescientos cincuenta y cuatro) muertos y desaparecidos, 130 (ciento treinta) expulsados del país, 4.862 (cuatro mil ochocientos sesenta y dos) personas víctimas de suspensión de sus derechos políticos, y cerca de 20 (veinte) torturados. El impacto en la vida social y la llaga en la consolidación democrática fueron altísimos y, hasta hoy, se paga un precio muy alto por el Golpe Militar. Además, Brasil se convirtió en exportador de la tecnología del terror para Argentina, Chile y Uruguay, siendo, por tanto, parcialmente responsable por las brutalidades cometidas en estos países.

Entre las víctimas de la criminalidad del Estado brasileño se incluyen 70 (setenta) personas víctimas de desaparición forzada, miembros del Partido Comunista de Brasil, fuertemente perseguidos entre los años 1972 y 1975 por constituir la Guerrilla de Araguaia, grupo de resistencia al régimen dictatorial. Ellos componen el grupo de víctimas en el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilla de Araguaia) contra Brasil* en la última decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Brasil.

Este es el caso paradigma en el tema de las reparaciones de violaciones graves, sistemáticas o generalizadas de los derechos humanos en Brasil, ya que la Dictadura Militar representa el episodio más claro de la reciente historia brasileña en cuanto a las violaciones graves generalizadas de derechos humanos. Además de eso, Brasil, cuando presentó sus argumentos defensivos, apuntó las principales medidas tomadas para reparar las violaciones contra los derechos humanos de

aquel período. Ilustra, por tanto, de manera actualizada el estado de la cuestión sobre el tema.

III. LAS MEDIDAS REPARADORAS DE LOS DELITOS DEL ESTADO COMETIDOS EN LA DICTADURA MILITAR

Pese a que el año 1985 sea considerado el marco final de la Dictadura Militar en Brasil, fue en 1979 cuando se promulgó la Ley de Amnistía, que perdonó los delitos llevados a cabo por los militares, así como aquellos cometidos por los militantes de izquierda. A pesar del clima de transición democrática, la sociedad civil participó activamente en la construcción de la referida Ley, posteriormente ratificada por una enmienda constitucional, en 1986.

Han sido necesarias dos décadas para que se comenzara la investigación acerca de la responsabilidad del Estado sobre los delitos operados en la época de la dictadura militar, y, consecuentemente, para que las primeras reparaciones empezasen a realizarse.

De ello se ha derivado que, ya a mediados de la década de 1990, algunas de las medidas reparadoras se han tornado inviables, como por ejemplo el tratamiento médico para la restauración de la salud. También así la *restitutio in integrum*, en la medida en que el transcurso del tiempo hacía inviable que parte de los amnistiados retomaran sus actividades laborales.

En el campo de la anulación de las medidas administrativas y de las indemnizaciones ha sido donde el Estado brasileño más ha avanzado, especialmente durante los gobiernos del Presidente Lula.

Aún en el segundo gobierno del Ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso fue promulgada la Ley nº 9.140 de 1995, que reconocía como muertos a los desaparecidos políticos listados en su anexo. Además creó una Comisión Especial con poderes para proceder al reconocimiento de otras personas desaparecidas, y de personas que, por haber participado, o por haber sido acusadas de participación, en actividades políticas, hayan fallecido por causas no naturales en dependencias policiales o similares. En 2004 sus poderes fueron ampliados para reconocer a quien hubiese fallecido en virtud de represión policial sufrida en manifestaciones públicas o en conflictos armados con agentes del poder público, así como los que hayan fallecido a consecuencia de suicidio practicado en la inminencia de ser detenidas o a consecuencia de secuelas psicológicas resultantes de actos de tortura practicados por agentes del poder público. Eran, no obstante, atribuciones de la Comisión unir esfuerzos para la localización de los cuerpos de personas desaparecidas, en el caso de que existieran indicios sobre el lugar en el que pudieran estar depositados.

En el campo de las reparaciones, se ha creado el deber de indemnizar a los parientes sobrevivientes de los desaparecidos. La Ley fijó un patrón inicial de R$ 3 mil (tres mil reales), aproximadamente 3 (tres) millones de pesos colombianos, multiplicado por el número de años correspondientes a la expectativa de vida del desaparecido, nunca pudiendo ser inferior a R$ 100 mil (cien mil reales) o cien millones de pesos colombianos. Así, por ejemplo, un hombre desaparecido con 25 años, tenía una expectativa de vida de 41 (cuarenta y un) años, debería, así, recibir 3 (tres) veces 41 (cuarenta y un), o sea, R$ 123 mil (ciento veintitrés mil reales).

En 2002 el Gobierno Lula amplió el espectro de las reparaciones para los amnistiados políticos por medio de la Ley nº 10.559, que creó la Comisión de Amnistía, definidos de manera amplísima por la ley. Así, fueron considerados amnistiados no solo aquellos que tuvieron sus derechos políticos restringidos *stricto senso*, sino también los que fueron sancionados administrativamente, los que fueron transferidos a otras localidades, arbitrariamente dimitidos, etc.

La ley ha garantizado a los amnistiados la "reparación económica, de carácter indemnizatorio, en un único pago o en pagos mensuales, permanente y continuadamente, asegurada la readmisión o la promoción en la inactividad". Por lo tanto, se tomó en consideración el valor recibido en la época de los acontecimientos, computándose los derechos y las ventajas que habrían sido acumulados de no haberse cometido los hechos. El valor nunca podría sobrepasar el techo constitucional para los salarios federales, o sea, la remuneración de Ministro del Tribunal Supremo Federal, en la actualidad próximo a R$ 30 mil (treinta mil reales) o 30 (treinta) millones de pesos colombianos.

Además, fiel al *restitutio in integrum*, se determinó: (i) el recuento a todos los efectos del tiempo en que el amnistiado político estuvo obligado al alejamiento de sus actividades profesionales, en virtud de castigo o de amenaza fundada de sanción, por motivo exclusivamente político, vetada la exigencia de recogida de cualquier prestación social o cesantía; (ii) finalización de carrera académica, ya sea en escuela pública o no, con prioridad de obtención de becas de estudio a partir del período lectivo interrumpido para el sancionado en la condición de estudiante, en escuela pública, o registro del respectivo diploma para los que concluyeron carrera académica en instituciones de enseñanza en el extranjero, aunque dicho título no tuviera correspondencia en Brasil, exigiéndose para esto el diploma o certificado de conclusión de la carrera académica en instituciones de reconocido prestigio internacional; y (iii) la reintegración de los funcionarios públicos civiles y de los empleados públicos sancionados, por interrupción de actividad profesional como consecuencia de decisión de los trabajadores, por adhesión a la huelga en servicio público y en actividades esenciales de interés de la seguridad nacional por motivo político. Por cautela, se previno que "aquellos que han sido alejados en procesos administrativos, instalados con base en la

legislación de excepción, sin derecho a lo contradictorio y a la propia defensa, e impedidos de conocer los motivos y fundamentos de la decisión, serán reintegrados en sus cargos".

¿Y cuando la *restitutio* ya no fuese posible, considerando que los primeros actos de arbitrariedad databan de 1961? ¿O aún cuando el amnistiado no pudiese comprobar el vínculo laboral?

Para esos casos, la ley ha previsto la reparación económica, de carácter indemnizatorio, de treinta salarios mínimos [cerca de R$ 15 (quince) mil reales o 15 (quince millones) de pesos colombianos] por cada año de castigo sufrido por el amnistiado, no pudiendo superar los R$ 100 mil (cien mil reales) —cien millones de pesos colombianos—.

Para concluir este apartado, me gustaría enfatizar que, en lo que toca a las indemnizaciones derivadas de la Dictadura Militar, es donde Brasil ha hecho mejor sus deberes. Sin embargo, no se puede decir lo mismo en lo que se refiere a los derechos a la verdad, y, de manera correlativa, del derecho de investigar y castigar.

Es importante subrayar *en passant* que, pese a la creación de un proyecto llamado Memorias Reveladas, dentro del Archivo Nacional, existen muchos documentos inaccesibles a los investigadores y al gran público, por estar bajo clasificación a criterio de los militares. Curiosamente, los archivos de la represión política, los cuales contienen la información de los militantes de izquierda, ya están mucho más accesibles a la consulta pública. Ejemplo de esto ha sido el empleo contra la candidatura de la hoy Presidenta Dilma de documentos que comprobarían delitos cometidos por ella durante el período militar.

Más delicado, por fin, es el tema de la sanción. El Supremo Tribunal Federal ha juzgado, en 2010, la constitucionalidad de la Ley de Amnistía, anterior a la Constitución de 1988, decidiendo por amplia mayoría que su promulgación era compatible con el nuevo orden constitucional. Meses después la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha consignado que ningún estado puede invocar amnistía, prescripción, retroactividad de la ley penal y *bis in idem* para no sancionar penalmente a los autores de graves violaciones de derechos humanos.

Data maxima venia, no nos parece acertada la decisión de la Corte en ese particular. Pese a ser comprensibles los argumentos contra la Ley de Amnistía, cabe destacar que, en Brasil, la participación de la sociedad civil fue intensa. Además, la referida Ley ha permanecido sin ser cuestionada durante 30 años, existiendo un espacio institucional claro y seguro desde por lo menos la Constitución de 1988 para cuestionarla. El ambiente de la Asamblea Constituyente se caracterizó por una democracia absoluta y todos los temas fueron ampliamente debatidos. La revisión de la Ley de Amnistía no se ha producido pese a haber muchos diputados amnistiados políticos.

Además de ello, la Constitución Federal brasileña se enclava en garantías que entiende como inmutables y fundamentales para un Estado Democrático de Derecho, precisamente para que nuevos períodos dictatoriales no sobrevengan. De entre ellas, está la imposibilidad retroactiva de la ley penal, salvo *pro reo*, y la prohibición de *bis in idem*. Excepcionar estas reglas para penar a quien sea es esencialmente tan antidemocrático como la propia Dictadura militar.

IV. OTROS EJEMPLOS

Sin embargo, las reparaciones en razón de la vulneración a los derechos humanos en Brasil no se restringen a aquellas derivadas de la Dictadura Miliar, aunque sean estas las que mejor ilustran el punto en debate.

Así, resulta oportuno apuntar, aunque muy rápidamente, el modo en que Brasil viene buscando reparar a un grupo social específico, derivado de un fenómeno social ya extinguido hace más de un siglo, pero que ha dejado huellas profundas en la sociedad brasileña: la esclavitud de los negros africanos.

El comercio de esclavos traídos de África, en especial de Angola y de Guinea, perduró cerca de trescientos años en Brasil [1559-1850, oficialmente] y marcó el modo de producción capitalista brasileño. Con la abolición de la esclavitud, en 1888, los esclavos libertos pasaron a representar una masa de mano de obra no cualificada, barata y sin redes sociales ni raíces locales, extremamente vulnerables a toda suerte de explotación.

¿Cómo reparar esta gravísima lesión a los derechos humanos? ¿Cómo recompensar a los sucesores de los esclavos extraídos de sus patrias y transformados en animales en Brasil?

Aunque la reparación solo podría darse de manera simbólica, debería servir como catalizador de una mejor inserción social de los negros: los cupos raciales en las universidades brasileñas. La apuesta es de fácil comprensión: si, por un período de tiempo, el estado facilitara el acceso de negros a las universidades, ellos tendrían una mejor proyección social y cuando se casaran y tuvieran hijos, ya la educación de la generación subsiguiente se desarrollaría en un nuevo marco social.

El Tribunal Superior de Justicia brasileño analizó, recientemente, la legalidad de las referidas acciones afirmativas. En el voto que confirmó la legalidad, el Magistrado Ponente señaló expresamente que se trataba de "*reparación de daños causados a grupos sociales, raciales o étnicos*", sobre la base de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, "ratificada por Brasil el 27 de marzo de 1968" e "integrada a nuestro orden jurí-

dico por el Decreto n. 65.810/69" (Min. Humberto Martins, Recurso Especial n. 1.132.476-PR, juzgado a 13 de octubre de 2009).

Cabe destacar que los cupos raciales han sido, en muchas universidades, transformados en cupos sociales, esto es: las universidades han dedicado un porcentaje de las plazas a alumnos oriundos de la precaria y empobrecida enseñanza pública brasileña. Esto porque, en razón a todo lo que ha sido anteriormente afirmado en este trabajo, la incidencia de individuos negros en la población necesitada es infinitamente mayor que en las pudientes, de modo que, al garantizar el acceso a la Universidad a los socialmente excluidos, de manera indirecta y segura, se estaría extendiendo esta garantía, también, a los negros.

V. AUNQUE, NO TODO SON FLORES

Diariamente hay intensas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos en Brasil, sin que medidas efectivas de reversión de violaciones sean implementadas, mucho menos las reparatorias.

Por ejemplo, se puede tomar el Sistema Público de Salud Brasileño, absolutamente precarizado, incapaz de atender de manera mínimamente digna a la población necesitada. Brasil ha sido demandado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Ximenes Lopes*, en el cual una persona con discapacidad mental fue sometida a condiciones inhumanas y degradantes en un hospital integrado en la red pública de salud.

Tampoco se puede dejar de apuntar la situación de las cárceles brasileñas, donde cerca de quinientos mil detenidos ocupan prisiones totalmente denigrantes, en condiciones de salud e higiene mas allá de lo que se aceptaría para los cerdos. Los ejemplos más críticos de esta realidad son la Casa de Custodia de Viana y el Presidio de Serra (Espírito Santo), esta última cárcel construida con contenedores metálicos. Las visitas de religiosas no están permitidas y los abogados deben apuntar, con bastante antelación, cita para entrevistar a sus clientes. No hay asistencia jurídica gratuita a los detenidos. La Casa de Custodia soportaría como máximo 370 detenidos, pero alberga 1.177. No hay energía eléctrica ni duchas. Moscas, mosquitos, insectos y ratas pueden ser vistos por todas partes. En la medida en que los agentes penitenciarios no pueden entrar en la cárcel, no es posible saber quien está vivo o muerto. En inspección del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria trozos de cuerpos humanos han sido encontrados en contenedores plásticos. El Consejo ya ha requerido la intervención federal en el Estado de Espirito Santo ante el Supremo Tribunal Federal, que todavía no ha decidido acerca del tema.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Conforme se ha mencionado inicialmente, la democracia es joven en Brasil y las instituciones todavía se están consolidando. El discurso sobre los derechos humanos, otrora muy desacreditado y maliciosamente asociado a la idea de que solo serviría para proteger a los delincuentes, hoy está mucho más incorporado en la sociedad, integrando, incluso, las materias impartidas en las escuelas y universidades públicas, habiendo merecido un Ministerio durante el Gobierno Lula.

En 2004, el Congreso Nacional aprobó, sobre la base de la Enmienda Constitucional que reformó el Poder Judicial, el instituto denominado "desplazamiento de jurisdicción", que federaliza la intervención sobre violaciones graves a los derechos humanos en los supuestos en que el juez originariamente competente se muestre negligente u omiso en la averiguación de la violación. Muy pocos casos han sido juzgados hasta el presente momento, pero en 2010 el Tribunal Superior de Justicia determinó que la investigación de homicidio contra determinado diputado municipal, notorio defensor de los derechos humanos, desplazando la competencia del ámbito de los Estados de Paraíba y de Pernambuco hacia la Justicia Federal. Eso porque las propias autoridades locales han reconocido la precariedad y la limitación de los medios de investigación disponibles (Incidente de Desplazamiento de Competencia nº 2, Rel. Min. Laurita Vaz, juzgado a 27.10.2010).

En 2010 el Gobierno envió al Congreso el proyecto de ley para la institución de una Comisión de la Verdad en Brasil, en aras a investigar las referidas violaciones sobre los derechos humanos cometidos por el gobierno dictatorial brasileño. En este mismo año, el Ministerio de Justicia anunció por primera vez un Programa Nacional de Seguridad Pública ***con Ciudadanía*** (Pronasci). Por primera vez, la política de seguridad era planificada junto con acciones sociales. En este sentido, merece la pena mencionar la ayuda-formación subvencionada para los agentes policiales que participaran en cursos de educación continuada, con fuerte énfasis en los derechos humanos; la inclusión de programas en la formación policial acerca de la seguridad ciudadana a ejemplo de técnicas no letales; la creación de plazas especiales en el sistema penitenciario para grupos específicos, como los de jóvenes de 18 a 24 años; y finalmente, un plan específico de capacitación para funcionarios públicos, del área de seguridad, de baja renta, para que puedan financiar la adquisición de casas propias.

Los retos, sin embargo, siguen siendo inmensos. Diariamente las ciudades brasileñas ocupan las noticias internacionales, mostrando, no raramente, escenas de guerra. La policía de Brasil es la que más mata en todo el mundo. Además de esto, las enormes lagunas sociales hacen convivir ciudadanos con índices de calidad de vida próximos a los países nórdicos con otros que se acercan a la pobreza de algunos países africanos. Las medidas mencionadas, sin embargo,

sugieren optimismo. Los derechos humanos en Brasil están en el orden del día y son crecientemente incorporados al cotidiano de las personas. En definitiva, hay luz al final del túnel.

SECCIÓN VI

MISCELÁNEOS

La Conferencia de Revisión del Estatuto De Roma

Milagros Betancourt*

I. INTRODUCCIÓN

Antes de entrar a considerar el desarrollo y resultados de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, considero necesario ubicarnos en el contexto de las negociaciones que permitieron la adopción del Estatuto. Nos referiremos a algunos aspectos cruciales que requirieron de un esfuerzo importante de la diplomacia para permitir consensos que llevaran a la aprobación del texto al finalizar la Conferencia, pero que era claro requerían volver sobre ellos, por lo que se asumió el compromiso de revisarlo, luego que transcurriera un tiempo prudencial desde su entrada en vigor.

II. LA NEGOCIACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA

Luego de un arduo, complejo y difícil proceso de negociación, en el cual los actores fundamentales fueron los Estados miembros de las Naciones Unidas, pero en el que jugó un papel fundamental la sociedad civil a través de las Organizaciones No Gubernamentales, el 17 de julio de 1998, se aprobó en la ciudad de Roma, al concluir la Conferencia Diplomática convocada especialmente para ello, el Estatuto para el Establecimiento de la Corte Penal Internacional[1].

Con la adopción del Estatuto de Roma y por consiguiente la creación de la Corte, se da una respuesta a la preocupación de tantos años de la comunidad internacional en su conjunto, tanto de los Estados como de la sociedad civil organizada, de combatir, erradicar y prevenir la impunidad de los crímenes contra la humanidad. Es el reflejo de la evolución de las relaciones internacionales y una señal de que la sociedad internacional tiende hacia una estructuración más organizada en donde los organismos internacionales jueguen un papel cada vez

---

* Abogada, egresada de la Universidad Católica Andrés Bello; Embajadora retirada del Servicio Exterior de Venezuela; integrante de la Delegación de Venezuela en las negociaciones del Estatuto de Roma; Jefe de la Cátedra de Derecho Internacional Público de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela.

1 Párrafo quinto del Preámbulo, Estatuto de Roma.

más importante. Una relación basada en la cooperación y no en la imposición y en la cual prevalece la justicia internacional y no la de los "vencedores frente a los vencidos"[2].

1. Negociación política y técnica

La necesidad de lograr un consenso que permitiera la adopción de un texto que fuese aceptable para todos los Estados, pero que a la vez reflejase las condiciones mínimas necesarias para el cabal funcionamiento del órgano que se estaba gestando, dieron como resultado un documento que muchos autores han considerado como perfectible y hasta un poco débil. Fue el producto de intensas negociaciones en las cuales la diversidad de criterios, sistemas jurídicos, realidades culturales, sociales y religiosas dificultaron su conclusión.

En palabras del ex-Presidente de los Estados Unidos, Jimmy Carter, y Presidente del Centro Carter, *"El Estatuto resultado de la Conferencia de Roma es un texto imperfecto como la mayoría de los tratados negociados bajo diversas prioridades y presiones políticas. Sin embargo el delicado compromiso asumido en Roma da al mundo una oportunidad sin precedentes para prevenir y castigar a los peores criminales y eliminar la impunidad producto de los interminables ciclos de violencia en muchos países. Los Gobiernos y los ciudadanos de cada nación deberían verse reflejados en este logro histórico y apoyar firmemente la Corte"*[3].

El Estatuto de Roma define claramente en el Preámbulo su propia fundamentación: la de poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes. De igual manera explícitamente consagra la decisión de los Estados de *"establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas..."* y de *"...garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera"*.

2. Fórmulas de compromiso

La urgencia de cumplir con la fecha convenida para adoptar el Estatuto al final de la Conferencia Diplomática, el 17 de julio de 1998, llevó a la necesidad

---

[2] Discurso del Doctor Miguel Ángel Burelli Rivas, Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, en el 52º período de sesiones de la Asamblea General de la ONU. Ministerio de Relaciones Exteriores.

[3] M. Cherif BASSIOUNI, *The Statute of the International Criminal Court, A documentary History*, Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 1998, introducción.

de consensuar textos de compromiso en algunos de los aspectos más sensibles desde el punto de vista político.

La naturaleza complementaria de la Corte, la definición de los crímenes, el ejercicio de la jurisdicción, el mecanismo de inicio del proceso, el rol del Consejo de Seguridad y la progresiva aplicación de los aspectos sustantivos del Estatuto, así como la cooperación entre los Estados, es decir, los aspectos más sensibles y de contenido político fueron negociados y acordados como un "paquete" entre un número reducido de delegaciones, pero representativo de las diversas posiciones y regiones geográficas. Esto permitió que se llegara al mínimo de consenso requerido, a escasas horas de concluir la Conferencia de Roma para poder aprobar el Estatuto.

A) La complementariedad

Con fundamento en el principio de complementariedad, el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional se basa en el consentimiento de los Estados, los cuales tienen la competencia natural para investigar y enjuiciar a los individuos responsables de hechos punibles conforme a sus legislaciones domésticas. Se establece una presunción inicial a favor de las jurisdicciones nacionales; sólo de no actuar éstas la CPI puede entrar a conocer una causa. Nos encontramos entonces ante la concurrencia de dos jurisdicciones que están llamadas a operar en planos estructuralmente diversos: una jurisdicción estatal, regida fundamentalmente por el Derecho Interno de los Estados y una jurisdicción internacional, sometida a las normas del Derecho Internacional[4].

Este carácter complementario es la base fundamental de la naturaleza de la Corte y uno de los elementos claves en los cuales se basó la negociación del Estatuto. La complementariedad de la Corte está consagrada en el preámbulo del Estatuto, y recuerda la obligación de los Estados de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales. Así mismo, a lo largo del articulado se establecen normas específicas para la admisibilidad de los procesos, aspecto éste que fue objeto de un delicado y sensible proceso de negociación.

---

[4] Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ, *El Principio de Complementariedad en La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional. Casa de América, Madrid, 2000, p. 70.

B) La definición de los crímenes. La agresión

El crimen de agresión quedó incorporado en el artículo 5 del Estatuto de Roma, como uno de los crímenes competencia de la Corte. Sin embargo, se suspende el ejercicio de la misma hasta tanto se logre una definición de la conducta delictiva que configura la agresión. El texto de este párrafo segundo del artículo 5, no es otra cosa que el reflejo de la fórmula de compromiso alcanzada, que logró conciliar las posiciones de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, que no favorecían la inclusión de este crimen dentro de la jurisdicción de la Corte, y un número muy importante de países, entre ellos los árabes y latinoamericanos, así como India y Pakistán, los cuales exigían como condición para adoptar el Estatuto la inclusión del citado crimen.

En todo caso, era muy difícil incluir una definición del crimen de agresión, por cuanto no se contaba con un texto que efectivamente tuviese todos los elementos necesarios para configurarla. El único instrumento existente era la Resolución 3314 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, referida a la agresión por parte de un Estado hacia otro y tomando en cuenta esta, era necesario definir la agresión como un crimen cuya responsabilidad penal pudiese ser atribuida a los individuos.

No se logró un consenso acerca de la inclusión del terrorismo y el narcotráfico como crímenes competencia de la Corte. Luego de intensas negociaciones se convino en que deberían ser considerados nuevamente al momento de la revisión del Estatuto.

C) El ejercicio de la jurisdicción

Uno de los puntos más debatidos y que requirió del esfuerzo de las delegaciones para llegar a un texto de compromiso es la vinculación del ejercicio de la jurisdicción en cuanto al crimen de agresión con la autonomía de la Corte y la actuación del Consejo de Seguridad. De conformidad con el Capítulo VII, artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas, "El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o *acto de agresión* y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas..." (subrayado nuestro)

Estaba claro entonces que, para poder iniciar una investigación a un individuo por el crimen de agresión, se requeriría que el Consejo de Seguridad haya determinado que efectivamente se ha cometido un acto de agresión, de los descritos en la citada Resolución 3314, y es por ello que en la definición que se hiciera del crimen de agresión a los fines del ejercicio de la competencia de la Corte debía encontrarse ese difícil balance entre lo que debe ser una Corte autónoma,

eficaz e independiente, y el cumplimiento de las atribuciones que le corresponde al Consejo de Seguridad, conforme al ya citado artículo 39. Es también la razón por la cual se incluyó en el Estatuto la disposición del artículo 16, referente a la suspensión de una investigación a solicitud del Consejo de Seguridad.

D) La cooperación

En cuanto a la cooperación, el tema de la ejecución de las penas y el país de reclusión y la cooperación entre los Estados condujo a la adopción de un artículo (88) que establece la obligatoriedad para los Estados de garantizar la existencia de procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación establecidas en el Estatuto.

E) La revisión del Estatuto

Ante la imposibilidad de llegar a consensos en puntos muy sensibles, los gobiernos buscaron como una vía para la adopción del Estatuto incorporar una disposición por medio de la cual se asumía el compromiso de revisar el Estatuto luego de un lapso de siete años, a partir de su entrada en vigor, la cual quedó plasmada en el artículo 123, disposición que sirve de fundamento a la convocatoria de la Conferencia que tuvo lugar en Kampala el pasado año, la cual es objeto de este trabajo. Mediante la misma quedaron los Estados comprometidos a revisar, tanto lo referente a la incorporación de otros crímenes, distintos a los contenidos en el artículo 5, así como, la prohibición de las reservas y la posibilidad de permitir a los Estados sustraerse de la jurisdicción de la Corte.

Por la naturaleza propia del Estatuto, se acordó no permitir las reservas. Recordemos que la reserva es "una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado"[5]. Sin embargo, fue necesario buscar una vía para resolver un tema que preocupaba a algunos Estados. Se llegó entonces a la incorporación del artículo 124, que permite a los Estados hacer una declaración, al momento de ratificar el Estatuto, mediante la cual se sustraen al ejercicio de la jurisdicción de la Corte únicamente en los crímenes de guerra, por un período de siete años. En efecto, a nuestro juicio, el artículo 124 puede ser interpretado como una reserva aunque no se le denomine como tal. Esta declaración es limitada (al artículo 8) y transitoria

---

[5] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, artículo 2 d).

(aplicación por siete años), con la posibilidad de que sea excluida en una labor de revisión ulterior[6].

III. LA CONFERENCIA DE REVISIÓN

En cumplimiento de lo dispuesto en el mencionado artículo 123, y de conformidad con la decisión adoptada por la Asamblea de Estados Partes en su Octavo período de sesiones, se convocó a los Estados Parte del Estatuto a la Conferencia de Revisión, que tendría lugar en la ciudad de Kampala, Uganda, del 31 de mayo al 10 de junio de 2010, con el objetivo de revisar las enmiendas al Estatuto de Roma.

Participaron en la Conferencia, además de los Estados Partes, las Organizaciones No gubernamentales invitadas y otros países no partes del Estatuto como China, Rusia y Estados Unidos de América, entre otros. También fueron invitadas las ONGs que participaron en la Conferencia de Roma y en la Comisión Preparatoria que funcionó antes de la entrada en vigor del Estatuto.

1. Agenda de la Conferencia

El Programa de trabajo aprobado por la Conferencia estuvo referido a los temas siguientes:

1) *Balance de la Justicia Penal Internacional*, que incluyó los temas de: a) el impacto del sistema del Estatuto de Roma en las víctimas y las comunidades afectadas; b) Paz y justicia; c) Balance sobre la complementariedad; y d) la cooperación.

2) *Examen de las propuestas de Enmiendas al Estatuto de Roma*. En este punto debemos distinguir entre las enmiendas dispuestas por el propio Estatuto, es decir la revisión del artículo 124 y la definición del crimen de agresión, y otras enmiendas presentadas por los Estados, como la referida al artículo 8 (crímenes de guerra) y los elementos de los crímenes, presentada ésta por Bélgica y aprobada su consideración por la Asamblea de los Estados Partes.

   Hubo otras propuestas de Bélgica sobre este mismo artículo 8 que no contaron con la aprobación de la Asamblea de los Estados Partes; y de nuevo, como en 1998, propuestas para la inclusión de otros crímenes dentro de la competencia de la Corte, como el caso del terrorismo propuesto por

---

6 V. RODRÍGUEZ CEDEÑO, y M. BETANCOURT CATALÁ, *Introducción al estudio del Derecho de los Tratados,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie de Estudios, 90 Caracas, 2010, p. 63.

Países Bajos, o el tráfico internacional de drogas propuesto por Trinidad y Tobago, que tampoco lograron el consenso necesario. México por su parte planteó también la incorporación del uso de o la amenaza del uso de armas nucleares dentro del ámbito de competencia material de la Corte. La Asamblea de Estados Parte decidió crear un Grupo de Trabajo de Reformas que comenzara el estudio de las anteriores propuestas, a partir de su IX periodo de sesiones.

3) *Fortalecimiento del cumplimiento de las penas.*

4) *Otros asuntos*, que incluían la adopción de una Declaración de Alto Nivel y Promesas de los Estados.

2. Desarrollo de la Conferencia

Los análisis y comentarios tanto de los participantes como de otros asistentes a la Conferencia coinciden en que se trató de una Conferencia muy compleja, en condiciones similares, a mi juicio, de la Conferencia de Roma de 1998, pues se adoptaron reglas similares para poder conducirla, tales como que todos tendrían derecho a voz, es decir tanto las delegaciones oficiales de los Estados como las ONGs; la necesidad de organizar las delegaciones en grupos geográficos y en grupos de trabajo para examinar las enmiendas presentadas.

Como antes indicamos, Estados Unidos, Rusia y China, miembros permanentes del Consejo de Seguridad, pero que no son parte del Estatuto de Roma, participaron en la Conferencia en calidad de observadores, con una presencia muy activa durante las sesiones. "Una sombra que amenaza el buen desarrollo y los acuerdos finales de la Conferencia de Revisión, es la amenaza latente de bloqueo por parte del grupo africano, a instancias de la Unión Africana (UA), disconforme con la Resolución 1593 del CSNU, que remitió la situación en Sudán a la CPI para su investigación, al considerar que en Darfur se están trasgrediendo el Derecho Internacional Humanitario y los derechos humanos. A resultas de dicha investigación la CPI dictó una orden de detención contra el presidente sudanés *Omar al-Bashir*, pero la UA niega que la Corte tenga competencia para investigar y enjuiciar tales hechos al no ser Sudán Estado Parte de la CPI ni haber aceptado tampoco la competencia de la Corte, por ello ha pedido a los Estados africanos suspender la cooperación con la CPI"[7].

---

[7] J. Antonio FDZ-TRESGUERRES, "La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 mayo-11 junio 2010", *Documentos de opinión del Instituto Español de Asuntos Estratégicos*, No. 10/2010, Ministerio de la Defensa, septiembre de 2010.

Para el examen de las enmiendas se crearon dos Grupos de trabajo: el de agresión, presidido por el Representante de Jordania, Príncipe Zeid Raiad Zeid Al-Hussein, y el Grupo sobre otras enmiendas bajo la presidencia de los señores Marcelo Bolhke de Brasil y Stella Orina de Kenya.

Los tópicos incluidos en el programa bajo el tema de Balance de la Justicia Penal Internacional (llamado también *Stocktaking*) fueron analizados en paneles y mesas redondas integrados por representantes de diversas delegaciones. En la consideración de la Complementariedad los panelistas analizaron un documento denominado *"Balance del principio de complementariedad: salvar la brecha de la impunidad"*. Coincidieron en la necesidad de adoptar medidas adicionales e intensificar la asistencia internacional. En el tema de la Cooperación, en una Mesa Redonda se examinaron aspectos como el de la legislación de aplicación, acuerdos complementarios, retos que han enfrentado las Partes en relación con las solicitudes de cooperación, cooperación con las Naciones Unidas, fomento del conocimiento de la Corte y la concientización en cuanto a ella.

IV. RESULTADOS DE LA CONFERENCIA

La Conferencia concluyó con la adopción de seis Resoluciones referidas a: la Complementariedad, el Impacto del sistema del Estatuto de Roma sobre las víctimas y las comunidades afectadas, el fortalecimiento del cumplimiento de las penas, el artículo 124, la enmienda al artículo 8 y el Crimen de Agresión; y de dos Declaraciones, la Declaración de Kampala, en la cual los Estados "reafirman el compromiso con el Estatuto de Roma y su plena aplicación, así como su universalidad e integridad"[8] y la Declaración sobre Cooperación.

Se realizó una ceremonia de Promesas, el 1º de junio de 2010, tal como había sido convenido en la Asamblea de Estados Partes. En la misma, los Estados afirmaron su compromiso de aplicar el Estatuto de Roma. En el caso de Venezuela, se asumieron los siguientes: *1) incorporar los crímenes definidos en el Estatuto de Roma en las leyes penales de Venezuela; 2) Promover el conocimiento, la aplicación y la implementación del Estatuto de Roma organizando seminarios de entrenamiento para los funcionarios del gobierno; 3) Otorgarle prioridad al contenido del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y de los crímenes contenidos en él y resaltar la importancia de la Corte en la lucha contra la impunidad; y 4) Trabajar en el marco de la iniciativa regional*

---

[8] Documento oficial de la Conferencia CR/9/11. Publicación de la Corte Penal Internacional.

"Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América-Tratado de Comercio de los Pueblos (ALBA-TPC)" que busca promocionar la ratificación y la adhesión al Estatuto[9].

Me referiré de seguidas a las Resoluciones sobre la Complementariedad y sobre las enmiendas del Estatuto.

1. Complementariedad

Mediante la Resolución RC/RES.1 la Conferencia conviene en cuanto a la naturaleza Complementaria de la Corte en los siguientes puntos fundamentales:

> *"1. Reconoce la responsabilidad primaria de los Estados de investigar y enjuiciar los crímenes más graves de trascendencia internacional;*
>
> *2. Subraya el principio de complementariedad establecido en el Estatuto de Roma y hace hincapié en las obligaciones que el Estatuto de Roma impone a los Estados Partes;*
>
> *3. Reconoce la necesidad de adoptar, si procede, medidas adicionales en el plano nacional y de intensificar la asistencia internacional con miras a enjuiciar eficazmente a los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional;*
>
> *4. Señala la importancia de que los Estados Partes tomen medidas eficaces en el plano nacional a fin de implementar el Estatuto de Roma;*
>
> *5. Reconoce la conveniencia de que los Estados se presten ayuda mutua para fortalecer su capacidad interna a fin de asegurar que la investigación y enjuiciamiento de los crímenes graves de trascendencia para la comunidad internacional puedan tener lugar a nivel nacional".*

Es claro que los Estados Partes reiteran que es este el aspecto medular de la complementariedad para el funcionamiento de la Corte y ratifican sus compromisos en lo que al fortalecimiento de la justicia doméstica puede significar a los fines de la aplicación efectiva de este principio.

2. Revisión del Artículo 124

Durante los trabajos de la Asamblea de Estados Partes, había una mayoría significativa de países que apoyaban la supresión del artículo 124 bajo la premisa de haberse superado los factores que condujeron a su inclusión en el Estatuto de Roma; sin embargo, en el desarrollo de la Conferencia, delegaciones disidentes con esa posición y en la búsqueda de un consenso, dieron lugar a la adopción de la Resolución CR/RES.5 mediante la cual la Conferencia:

---

[9] Discurso del Embajador Jorge Valero, Representante Permanente de Venezuela ante la ONU y Jefe de la Delegación a la Conferencia de Revisión en Kampala. 1º de junio de 2010. Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela.

"1. *Decide mantener el artículo 124 en su forma actual;*
2. *Decide además revisar nuevamente las disposiciones del artículo 124 durante el decimocuarto período de sesiones de la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de Roma",* el cual tendrá lugar en el año 2015.

De nuevo, la sensibilidad política del tema llevó a los Estados a mantener el compromiso de esta especie de reserva velada que contiene el Estatuto, en las mismas condiciones en que fue acordada en la Conferencia del 98. Evidentemente que esta posibilidad de volver a examinar el asunto responde exclusivamente al compromiso para llegar al consenso alcanzado en la Conferencia de Revisión.

3. Enmienda al Artículo 8

Como resultado de las deliberaciones y a pesar de alguna oposición expresada por Francia en el curso de las negociaciones, se adopto la Resolución RC/RES.5 que incorpora tres nuevos incisos al artículo 8 para incluir como crimen de guerra en un conflicto armado no internacional la utilización de ciertas *armas envenenadas y balas que se expanden, gases asfixiantes o tóxicos o cualquier líquido material o dispositivos análogos.* También se adoptan los elementos del crimen, correspondientes a estos nuevos 3 incisos del artículo 8[10].

4. Crimen de agresión

Es esta la enmienda más importante y tal vez la más esperada desde que se adoptó el Estatuto en 1998. En este tema se repiten en la Conferencia de Revisión las mismas inquietudes surgidas durante la Conferencia de Roma del 98, en particular la vinculación con la Resolución 3314 y las atribuciones del Consejo de Seguridad en esta materia, de conformidad con la Carta de la ONU.

La Conferencia aprobó la Resolución RC/Res.6 el 11 de junio de 2010 mediante la cual se aprobó la definición del crimen de agresión. A estos efectos, se suprime el segundo párrafo del artículo 5 del Estatuto, y se incluye un artículo 8 bis en los términos siguientes:

"1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un "crimen de agresión" cuando estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta a la Carta de las Naciones Unidas.

---

[10] Resolución CR/CP.5 adoptada el 10 de junio de 2010 en la 12ª sesión plenaria de la Conferencia de Revisión.

2. A los efectos del párrafo 1, por "acto de agresión" se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o parte de él;

b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos".

Como puede observarse y como era previsible, la definición está fundamentada en la ya mencionada Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y en tal sentido se acordó en considerar como crimen de agresión a aquel cometido por un líder político o militar que por sus características, gravedad y escala, constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

Es de señalar que, a pesar del consenso alcanzado en cuanto a la definición, hubo declaraciones explicativas por parte de las delegaciones de Brasil, Francia, Japón, Noruega y el Reino Unido para dejar establecidas sus posiciones sobre el particular. De la misma manera hubo pronunciamientos de Estados no partes del Estatuto que asistieron a la Conferencia: China, Cuba, Irán, Israel, Rusia y Estados Unidos.

Se aprobaron tres nuevos artículos de seguidas del 15, relativos al régimen para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre el crimen de agresión. Las condiciones establecidas para la entrada en vigor de la enmienda adoptada, determinan que la Corte no ejercerá su jurisdicción sobre el crimen hasta tanto los Estados Parte tomen una decisión para activarlo, luego del 1 de enero de 2017[11].

---

[11] Resolución CR/RES.6 aprobada el 11 de junio de 2010 en la 13ª sesión plenaria de la Conferencia.

V. COMENTARIO FINAL

A nuestro juicio, el balance de la Conferencia es positivo, si se toma en cuenta la importancia de los temas a considerar. Se logró el cometido inicial de adoptar una definición del Crimen de agresión, aun cuando las posiciones tan encontradas hayan tenido que posponer el ejercicio de la jurisdicción sobre el mismo por unos años.

Aún cuando aún hay asuntos pendientes que revisar y perfeccionar en el Estatuto de Roma, las promesas hechas por los Estados y los compromisos asumidos en la Conferencia, en particular en la cabal aplicación de la complementariedad, vislumbran un futuro promisorio a la Corte Penal Internacional para los próximos años.

La persecución penal en la búsqueda de justicia

Leonardo Filippini[*]

I. PRESENTACIÓN

La justicia penal es una de las herramientas más problemáticas de la transición. En parte, debido a que su empleo replica problemas propios del castigo, como la selectividad o la rusticidad y, en parte, porque su uso se asocia a riesgos nuevos y propios, como la posibilidad de desestabilizar a una democracia en formación, de un modo en que parecen no poder hacerlo otras instituciones[1]. Cuando se asume, no obstante —como muchas comunidades lo hacen hoy—, que bajo ciertas circunstancias el recurso a la justicia penal es un curso de acción justificado, los dilemas acerca de si y por qué reprochar ciertas conductas pierden algún interés práctico y los interrogantes se concentran en torno a cómo y cuándo hacerlo, lo que constituye un asunto igualmente complejo y desafiante.

El caso argentino presenta una experiencia relativamente consolidada de transición con aplicación del Derecho Penal. En su desarrollo de casi tres décadas, la Argentina, aun con interrupciones importantes, parece haber sellado una opción favorable a la persecución penal de los crímenes contra la humanidad. Ello ha generado una pluralidad de experiencias concretas en la implementación de la idea de investigar y sancionar penalmente los crímenes y la observación de estos desarrollos presenta un innegable interés para la reflexión acerca de los problemas universales que repetidamente aparecen frente a escenarios de conflicto superados, o que se creen superables. Solo en el ámbito regional, por cierto, la experiencia es efectivamente observada con atención en Brasil, Colombia, Perú, Uruguay y Chile.

Aquí nos detendremos en algunas de las preguntas que la experiencia argentina puede haber iluminado. Haremos primero un brevísimo resumen de los principales acontecimientos de la transición y ofreceremos una caracterización posible del proceso argentino. Como se verá, la opción por la justicia penal es-

---

[*] Profesor de Derecho, Universidad de Palermo. Estas ideas ya fueron presentadas en "Hacer Justicia", Siglo XXI, Bs. As., 2011, pp. 19-47.

[1] H. KIM y K. SIKKINK ponen en duda la existencia de prueba científica del carácter desestabilizador de los juicios, en "Explaining the Deterrence Effect of Human Rights Prosecutions for Transitional Countries", *International Studies Quarterly* 54, 2010, pp. 939-963.

tuvo enmarcada en un reclamo social amplio, sostenido por la resistencia a una forma peculiar de superación del pasado con impunidad. La Argentina tuvo así dos ciclos de persecución penal. El primero, de casi un lustro, fue intentado recién superada la última dictadura, a partir de diciembre de 1983. Los juicios de ese ciclo estuvieron enfocados en los máximos líderes y lograron un alto impacto simbólico. Pero no fueron sustentables y resultaron rápidamente revertidos en sus consecuencias penales por las leyes de impunidad de 1986 y 1987. El segundo ciclo de investigaciones, el actual, nació como fruto de la resistencia a la impunidad y se consolidó a partir de la declaración de nulidad de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, entre 2001 y 2005. A partir de entonces, la persecución penal de los crímenes del terrorismo de Estado parece ser una política estatal consolidada e irreversible en sus notas centrales[2].

La existencia de dos ciclos de persecución penal llama la atención sobre la dificultad de acotar cronológicamente la transición y las consecuencias de un pasado conflictivo. También torna evidente la dificultad de concebir soluciones de factura instantánea a problemas serios. La justicia de hoy, tardía o demorada, implica no solo una decisión sobre los hechos del terrorismo de Estado —facilitada por el tiempo transcurrido desde los sucesos— sino también respecto del valor de las primeras soluciones adoptadas para la superación del pasado. Lo mismo ocurre en Chile, Colombia, Uruguay o Brasil, donde se debate, luego de décadas, la calidad y la validez de los efectos de los primeros mecanismos elegidos para superar el pasado. La Argentina revisa en la actualidad su pasado violento a través del prisma de la justicia penal. Y, para ello, revisó primero las decisiones adoptadas apenas superado el conflicto. La exposición que sigue reflexiona sobre estos dos fenómenos asociados: la revisión de la impunidad, por un lado, y los efectos del tiempo sobre la justicia penal actual frente a hechos ocurridos tres décadas atrás.

II. TREINTA AÑOS EN BUSCA DE JUSTICIA[3]

1. El pasado represivo

Durante los años setenta y al amparo del poder político, se cometieron violaciones masivas a los derechos humanos contra la población civil, incluyendo

---

[2] Así lo expresó el Congreso de la Nación, Declaración de la Honorable Cámara de Diputados, 57-P-2010.

[3] En general, entre muchos otros, véanse H. VERBITSKY, "Entre olvido y memoria", en G. ANDREOZZI (coord.), *Juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Atuel, Buenos Aires, 2011; M. NOVARO y V. PALERMO, *Historia argentina. La dictadura militar 1976/1983.*

desapariciones forzadas, detenciones arbitrarias, ejecuciones, exilios forzosos, torturas, violaciones y abusos sexuales, robo de bienes y actos de pillaje; ataques a las libertades civiles, políticas y sindicales; censuras, persecuciones de todo tipo y hasta el secuestro de los niños nacidos durante el cautiverio de sus madres. El terrorismo de Estado alcanzó su pico máximo el 24 de marzo de 1976, cuando un golpe derrocó a la presidenta María Estela Martínez de Perón, viuda del líder Juan Domingo Perón, e impuso en el gobierno a los comandantes en jefe de las tres fuerzas armadas. Las cuatro juntas militares que gobernaron el país durante los siete años siguientes dejaron como nota distintiva del proceso la práctica sistemática de desapariciones forzadas. Se calcula que treinta mil personas fueron secuestradas, enviadas a cientos de centros clandestinos de detención, e interrogadas bajo tortura, violadas o asesinadas. En 1983, cuando la restauración de la democracia era inminente, entre otros factores, por la derrota militar en la guerra de Malvinas, el gobierno militar sancionó un decreto de autoamnistía y procuró la destrucción de todas las pruebas de la represión.

2. El restablecimiento de la democracia y los primeros juicios

Raúl Alfonsín fue el primer presidente elegido democráticamente luego del fin del gobierno militar. Heredó una infraestructura democrática debilitada y un partido militar fuerte, que resistió activamente rendir cuentas por sus actos pasados. Alfonsín creó la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP) con el propósito de investigar el destino de los desaparecidos y en 1984 el organismo publicó su informe *Nunca más*, donde figura la lista de las víctimas identificadas y los centros de detención detectados, que habían funcionado bajo la autoridad de las fuerzas armadas y de seguridad, y con la complicidad de muchos civiles.

La CONADEP analizó miles de casos y cada uno fue documentado en un registro numerado. Se compilaron más de cincuenta mil páginas, que incluían siete mil trescientos ochenta archivos, con declaraciones de los familiares, de las personas liberadas de los centros de detención, y de los miembros de las fuerzas de seguridad que habían tomado parte en la represión. Asimismo, numerosas

---

Del golpe de Estado a la restauración democrática, Paidós, Buenos Aires, 2003; R. ALFONSÍN, *Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos*, FCE, Buenos Aires, 2004; G. FERNÁNDEZ MEIJIDE, *La historia íntima de los derechos humanos en la Argentina*, Sudamericana, Buenos Aires, 2009; D. WEISSBRODT y M. L. BARTOLOMEI, "The Effectiveness of International Human Rights Pressures: The Case of Argentina 1976-1983", *Minnesota Law Review* 75, 1991; E. LUTZ y K. SIKKINK, "The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America", *Chicago Journal of International Law* 2, 2001, pp. 1-34.

investigaciones realizadas en diferentes partes del país le permitieron recoger información de las Fuerzas Armadas, las fuerzas de seguridad y otros organismos públicos y privados. El informe oficial en español, presentado en 1984, constituye solo un resumen de esa tarea. Frente a los miles de testimonios y hechos terribles, la comisión concluyó con una serie de recomendaciones para iniciar acciones legales contra los responsables, presentó pruebas ante los tribunales y ofreció una lista parcial de los desaparecidos, y de los miembros de las Fuerzas Armadas y de seguridad mencionados por las víctimas. Esos archivos siguen siendo una pieza clave en los procesos en curso.

En 1985, los nueve miembros de las tres primeras juntas militares que gobernaron el país fueron procesados con éxito en el Juicio a los Comandantes. El juicio comenzó apenas dieciocho meses después de finalizada la dictadura y concluyó con la condena de los ex presidentes Jorge Rafael Videla y Roberto Eduardo Viola, los almirantes Emilio Eduardo Massera y Armando Lambruschini y el general de brigada Orlando Ramón Agosti. Se presentaron más de 800 testigos y fueron analizados alrededor de 700 casos, sobre la base de los expedientes de la CONADEP. La condena de algunos de los máximos responsables de las violaciones de los derechos humanos por parte del gobierno democrático fue un hecho sin precedentes y un punto de inflexión en los esfuerzos mundiales de la justicia de transición. Los juicios y el *Nunca más* colaboraron a consolidar el Estado de Derecho en la Argentina y, al mismo tiempo, dieron volumen y credibilidad a las demandas de las víctimas y sus familiares para investigar otros crímenes.

3. La impunidad

A pesar de los avances de la justicia, los juicios penales también cristalizaron las demandas en contra de la revisión judicial del pasado. Hubo levantamientos antidemocráticos puntualmente dirigidos a resistir las órdenes de comparecer ante los jueces. Fruto de esas presiones, se sancionaron las leyes de "Punto Final" y de "Obediencia Debida" en 1986 y 1987. Estas normas expresaron una concesión a la estabilidad amenazada por las demandas de impunidad. La Ley de Punto Final fijó un plazo perentorio luego del cual ya no sería posible presentar cargos criminales por violaciones a los derechos humanos, y la Ley de Obediencia Debida fijó una presunción legal que no admitía prueba en contrario, según la cual el personal de menor rango no era punible por haber cumplido órdenes. En los hechos, las leyes funcionaron como una amnistía general e implicaron el cierre de la gran mayoría de los centenares de investigaciones en marcha. Entre 1989 y 1990, los jefes militares condenados en 1985 y los pocos individuos que continuaban siendo objeto de investigación por hechos no abarcados por las leyes de impunidad fueron indultados por Carlos Menem —el sucesor de Alfonsín— con el argumento de una alegada necesidad de pacificación nacional.

4. La lucha contra la impunidad

A pesar de estos retrocesos, el movimiento de derechos humanos continuó presionando por justicia en foros nacionales e internacionales. En 1992, el Informe 28/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) declaró que las leyes de impunidad y los indultos presidenciales violaban la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En 1996, familiares de las víctimas presentaron varios casos ante los tribunales españoles y obtuvieron el dictado de órdenes de detención y solicitudes de extradición. En el plano interno, los tribunales federales argentinos autorizaron, a instancias de los familiares, los llamados "juicios por la verdad", es decir, procedimientos judiciales destinados a obtener o producir información sobre el destino de las víctimas, ante los tribunales penales, aunque sin la posibilidad de imponer sanciones. Estos juicios fueron controvertidos por quienes reclamaban justicia penal ordinaria y también por los implicados, que consideraban que las leyes de impunidad prohibían incluso ese tipo de investigaciones. Los juicios por la verdad contribuyeron al esclarecimiento de los hechos y las responsabilidades, y sentaron las bases para los desarrollos posteriores. Funcionaron, en definitiva, como un mecanismo de compromiso con la búsqueda de la verdad en un contexto de impunidad[4].

En paralelo, se presentaron miles de peticiones para reclamar reparaciones. En los noventa, el Congreso, de conformidad con las directrices del informe de la CIDH 1/93, estableció un sistema legal de indemnizaciones administrativas[5]. Si bien esta política fue cuestionada por quienes la veían como una forma de ocultar la impunidad, ayudó a consolidar la idea de la responsabilidad del Estado. Los esfuerzos por la verdad se llevaron a cabo también ante los tribunales y la administración, en particular en relación con la identificación de los niños nacidos durante el cautiverio de sus madres. En 1998, comenzó a explorarse una laguna fundamental en las leyes de impunidad: el secuestro de los bebés nacidos en cautiverio no estaba contemplado en las disposiciones de amnistía y ello hizo posible perseguir, en un contexto político que empezaba a cambiar, a delincuentes de alto rango, como el ex presidente Videla.

---

4 Véanse H. CATTANI, "La llamada 'búsqueda de la verdad' por los tribunales federales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* 8, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 1461-1470, y E. MIGNONE, "Editorial: El derecho a la verdad", *Boletín CELS*, año 10, nº 42, julio-agosto de 1998.

5 M. J. GUEMBE, "Economic Reparations for Grave Human Rights Violations: The Argentinean experience", en P. DE GREIFF (comp.), *The Handbook of Reparations*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

5. La reapertura de los juicios

En marzo de 2001, finalmente, en el caso "Poblete/Simón" presentado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), un juez federal declaró por primera vez la nulidad de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, por ser incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado. La decisión fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires. En agosto de 2003, ya durante la presidencia de Néstor Kirchner, el Congreso dictó la Ley 25.779, que declaró la nulidad de las leyes, dejándolas sin efecto. Días después, la Cámara Federal dispuso la remisión de los casos que habían sido clausurados en los años ochenta a los respectivos jueces, para que analizaran su posible reanudación, avalando, con ello, el criterio del Congreso.

En julio de 2005, la Corte Suprema confirmó la decisión del caso "Poblete/Simón" y convalidó, a su vez, la Ley 25.779. Este fallo cerró el camino a las impugnaciones judiciales contra la reanudación del proceso de justicia que se habían presentado desde 2001. En septiembre de 2006, un tribunal declaró también inconstitucionales los indultos a los miembros de la junta militar condenados en 1985; y en 2007 la Corte confirmó esa decisión. Desde entonces, existe un firme apoyo a la persecución de los crímenes del pasado por parte de los tres poderes del Estado. Actualmente, más de un millar de acusados enfrentan cargos ante los tribunales federales, y más de un centenar han recibido condenas[6].

El proceso de la justicia parece haber llegado a un estadio de consolidación. Y si bien hablamos de reanudación, los juicios actuales, a diferencia de los iniciados en los años ochenta, incluyen no solo a los principales dirigentes sino a todos los autores materiales. El enfoque central sigue recayendo sobre el personal militar y de seguridad, pero progresivamente son investigados también muchos civiles que participaron de modos diversos, como sacerdotes, jueces y ex ministros. La persecución penal hoy contribuye a consolidar —y participa de— la idea de un terrorismo de Estado generado y materializado mucho más allá de los límites del aparato militar, e ilumina una faceta del problema no atendida adecuadamente por la justicia penal en los ochenta.

La persecución penal actual, con todo, mantiene sus raíces en el esquema delineado en los ochenta y se afirma resueltamente en las conclusiones sobre la estructura de terrorismo de Estado develada por la sentencia del juicio a los

---

6 Información adicional sobre el estado de los procesos puede consultarse en el sitio de la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante el terrorismo de Estado: http://www.mpf.gov.ar/index.asp?page=Accesos/DDHH/ufi_ddhh1.asp, y en el sitio del CELS http://www.cels.org.ar/wpblogs/.

comandantes. Muchos de los casos en trámite hoy ya habían sido investigados y cerrados por las leyes de amnistía, y fueron reabiertos. Otros, tal vez menos, son casos nuevos, iniciados o activados a partir de las pruebas recogidas durante las décadas posteriores a la clausura, o a raíz del impulso de este segundo ciclo.

En este nuevo escenario, sin renunciar a la persecución de todos los crímenes cometidos, se intenta lograr el mayor número de "juicios significativos" en el menor plazo posible[7]. Para ello, se intenta acumular a todos los hechos perpetrados en el marco de un mismo circuito represivo en un único proceso, y se incentiva que, al menos, haya un caso importante activo en cada una de las jurisdicciones del país.

III. LA JUSTICIA PENAL EN LA BÚSQUEDA DE JUSTICIA

El caso argentino sugiere, en primer lugar, que la justicia penal expresa una parte central de las aspiraciones de justicia frente a un pasado violento. Como vimos, a poco de recuperar la democracia, en 1983, e iniciados los primeros intentos tendientes a investigar el pasado, la impunidad se instaló como nota distintiva de la transición argentina, producto de las presiones y los levantamientos militares contra los juicios penales en curso. Las leyes de impunidad y los indultos presidenciales de Carlos Menem terminaron de amparar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos y pulverizaron casi cualquier esperanza de justicia.

Por todo ello, la reapertura de los juicios debe ser analizada como una decisión adoptada en un ámbito ya limitado por la impunidad generada por las presiones antidemocráticas. La decisión de reabrir los juicios no constituye sólo una reacción diseñada para hacer frente a los crímenes del pasado, sino que, sobre todo, implica una respuesta a la impunidad decretada respecto de esos crímenes en los ochenta. Los juicios de hoy son una respuesta a los crímenes del pasado pero también, y de modo relevante, una reafirmación de la labor de la justicia de la democracia, que en su primer intento no pudo superar las presiones.

Algunos debates sobre esta justicia tardía a veces ubican la cuestión fuera de este contexto histórico, quizá desatendiendo, a mi modo de ver, que el sentido último de los juicios actuales no puede aprehenderse sin una adecuada compresión de que superan también la frustración de un intento fallido anterior. La resistencia moral y política del movimiento de derechos humanos logró hacer efecto en el sistema legal y consiguió que se reanudaran los procesos penales.

---

[7] Procuración General de la Nación, Resolución 13/08, disponible en http://www.mpf.gov.ar//resoluciones/PGN/2008/PGN-0013-2008-001.pdf.

Los juicios y el enorme caudal de actividades asociadas a ellos —testimonios, debates, coberturas periodísticas— han dejado su huella en la construcción de la memoria, la verdad, las reparaciones, la identificación de hijos apropiados y la descalificación de funcionarios y jueces vinculados a la dictadura.

Los juicios penales, por todo ello, materializan en parte y de un modo difícil de sustituir una aspiración de justicia negada por las leyes y los indultos de pobre factura democrática. No están libres de errores y sin duda padecen los problemas propios de la respuesta penal ante un conflicto social profundo. Pero aun así podemos reconocer en ellos la vocación por rechazar la impunidad irrestricta como salida colectiva frente a un pasado vergonzante y doloroso. Los juicios asimilan tres décadas de lucha por la memoria, la verdad y la justicia, y sería dudoso asegurar que alguna otra herramienta institucional, distinta de la reanudación de los mismos procesos interrumpidos por la fuerza —como comisiones de la verdad u otros sistemas de responsabilidad—, hubiese permitido expresar lo mismo.

La decisión de reanudar los procesos penales treinta años después de ocurridos los hechos tampoco fue sencilla. El tiempo transcurrido podría favorecer el olvido, o la necesidad de clausurar etapas para por fin mirar hacia el futuro. Los principales responsables de los hechos investigados son personas mayores, algunos ancianos, que posiblemente hoy carecen del poder real con que resistieron al primer gobierno democrático. Algunos, además, ya habían sido enjuiciados o condenados, antes de beneficiarse con las normas de impunidad. La opción de la Argentina, no obstante, fue confiar en la virtud de la reanudación de la justicia penal.

Al igual que otras naciones, y en línea con el Derecho Internacional, la Argentina parece privilegiar el valor de investigar y reprochar los crímenes contra la humanidad, sin importar el tiempo transcurrido desde su comisión. Y al revisar las normas de impunidad, la Corte y el Congreso no pudieron más que reconocer que ellas habían perseguido primordialmente librar de responsabilidad a los autores de crímenes atroces. No habían sido el fruto de un genuino consenso ni de una decisión conjunta, sino el resultado de las presiones dirigidas a obstaculizar los esfuerzos de las instituciones de la democracia. La reanudación de los juicios implicó un modo de expresar el valor de la justicia por sobre esas presiones.

IV. EL DERECHO INTERNACIONAL EN LA TRANSICIÓN

La Argentina resolvió la tensión entre sus propias normas de impunidad y los principios de justicia que ella misma abrazaba apelando al Derecho Internacional. Eligió revisar su pasado y condenar la clausura de la investigación penal. Aceptó, para ello, que algunas reglas del Derecho Internacional con con-

secuencias penales podían reflejar mejor las propias convicciones que algunas leyes autóctonas acuñadas bajo presión antidemocrática. La preponderancia del recurso a la justicia penal en la transición argentina, al punto de estar asociado a la reapertura de los juicios, para algunos se explica por la influencia del Derecho Internacional sobre el proceso nacional.

Muchas discusiones en torno a la justicia de transición plantean la sospecha de que el marco del Derecho Internacional frente al desafío de superar un pasado conflictivo puede conducir a situaciones indeseadas. Esta sospecha estuvo presente, por ejemplo, en el fecundo intercambio entre Carlos Nino y Diane Orentlicher, precisamente, en torno a las posibilidades y deberes del Estado argentino a poco de recuperado el camino democrático. Orentlicher argumentaba a favor del deber internacional de castigar las violaciones de derechos humanos asumiendo, en parte, que la presión de los distintos países fortalecería al nuevo gobierno democrático. Nino, en cambio, creía que una sujeción excesiva al deber internacional de persecución penal habría desestabilizado el proceso de justicia y aumentado la polarización entre los grupos de derechos humanos y los militares. Para Nino, el deber de perseguir todas las violaciones podía ser un instrumento demasiado riguroso para un gobierno que debía luchar para restablecer la democracia.

El caso de la Argentina, sin embargo, no ha presentado ni presenta hoy un dilema insuperable entre el margen de maniobra nacional y el modo en que algunas soluciones a los problemas de la transición son concebidas en el ámbito internacional. No existió una presión internacional de la intensidad que Nino criticaba, ni tuvo la potencialidad de producir los resultados negativos que auguraba. Tampoco el Derecho Internacional ha ofrecido un esquema moral o legal tan rígido que lo tornara inútil o incompatible con las necesidades de la comunidad nacional. Más bien, el Derecho Internacional, sus instituciones y los ámbitos de influencia y presión política generados a su alrededor han ofrecido recursos valiosos. En algunas ocasiones, como una fuente de presión y, en otras, como un espacio de debate refrescante, donde las fuerzas democráticas pudieron encontrar un lugar de reflexión y acción propio, que les era negado puertas adentro, en especial para cuestionar al propio Estado que debía acoger sus opiniones.

En la Argentina de la transición, la influencia, interacción o diálogo trasnacional ha estado siempre presente y en aumento. Hay una clara progresión desde la ratificación conjunta de varios instrumentos de derechos humanos en los primeros años de la democracia —1983 a 1985—, y su cita en fallos de la Corte en los ochenta, hasta la consagración, primero judicial y luego vía la reforma constitucional de 1994, de la supremacía de los tratados sobre las leyes nacionales. Desde el restablecimiento de la democracia, la jurisprudencia argentina ha participado

de lo que Slaughter y otros han denominado *judicial cross-fertilization*[8]. Es decir, la apelación por parte de los tribunales argentinos a préstamos no autoritativos —o autoritativos, según algunos— del Derecho extranjero, a citas frecuentes de decisiones de cortes de las democracias occidentales más *avanzadas* y a doctrina de los tribunales internacionales. Los jueces también aplican el Derecho Internacional en el juzgamiento de casos individuales y hasta para declarar la inconstitucionalidad de leyes nacionales.

Todo ello, además, es contemporáneo a la creciente importancia del Derecho Internacional en todo el mundo. En la década pasada, la absorción y jerarquización progresiva de normas internacionales decantaron en decisiones concretas vinculadas a la transición. A partir de 2004, fundamentalmente, la Corte revisó todo el andamiaje normativo de las dos décadas precedentes, a la luz de principios y reglas internacionales, en especial en torno a la cuestión penal, pero también respecto de la memoria, la búsqueda de la verdad, la descalificación de funcionarios involucrados en hechos delictivos del pasado, las políticas de reparaciones o la identificación de hijos de desaparecidos.

El sesgo internacionalista de la transición argentina, de tal forma, no constituye una novedad reciente ni la ruptura de una tradición en otra dirección, sino una suerte de continuidad de una política de Estado respetada, a grandes rasgos, desde 1983. La naciente estabilidad democrática, en efecto, se confió, en parte, al aval del Derecho Internacional de los derechos humanos (DIDH). A partir de ahí, y más allá de las numerosas tensiones e incumplimientos, las distintas fuerzas políticas que condujeron el destino nacional han mantenido esa vocación aperturista y receptiva. Todas las administraciones suscribieron los principales tratados y declaraciones de derechos humanos de las últimas décadas, todas se han preocupado por mantener una relación cuanto menos decente con los órganos de supervisión internacional y ninguna ha denunciado seriamente la incompatibilidad entre esos arreglos internacionales y el marco constitucional.

En este contexto, la presencia del Derecho interamericano ha tenido y tiene un lugar destacado. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) visitó el país en 1979, en plena dictadura militar, fuertemente respaldada por la comunidad de derechos humanos. Tal vez no fue casual que Raúl Alfonsín —el presidente de la transición— se entrevistara, junto a otros políticos, con los comisionados, avizorando quizá el potencial democratizador de esa visita y el valor de las redes internacionales de apoyo. El informe de la CIDH cambió el paradigma de la comprensión del terrorismo de Estado. Acreditó las violaciones que el gobierno militar ocultaba y desautorizó para siempre la tesis de los excesos, conso-

---

[8] Anne-Marie SLAUGHTER, "A Global Community of Courts", *Harvard International Law Journal*, 44, 2003, pp. 191-219.

lidando la denuncia de un plan sistemático de represión. Y esa estrecha relación ha perdurado hasta la actualidad. La CIDH tramitó peticiones por la ausencia de indemnizaciones y en 1992 emitió su Informe 28/92, condenando las normas de impunidad. Desde entonces mantuvo un activo monitoreo del proceso nacional. En los últimos años, y dado su creciente caudal jurisprudencial, la Corte IDH pasó a integrar también esta red de interacción regional. La anulación de las leyes de impunidad, como vimos, está anclada en los principios y reglas del sistema interamericano y sigue la interpretación de "Barrios Altos".

El camino iniciado en los años ochenta, de tal forma, decantó en decisiones contundentes dos décadas más tarde, a favor de la aplicación nacional del DIDH para la definición de asuntos sensibles de la transición[9]. El proceso de integración normativa en materia de derechos humanos, por ello, no es tanto un sello distintivo de una particular conformación de la Corte Suprema como una evolución —tal vez no necesaria pero sí predecible— en el camino que la primera administración democrática eligió al anudar la transición nacional a los tratados de derechos humanos.

V. LA REAPERTURA DE LOS JUICIOS Y LA CONSTITUCIÓN

Para algunos críticos, la reapertura de los juicios es objetable por una variedad de razones. Entre sus argumentos, uno relativamente recurrente es señalar que se consagró una solución errada e inconstitucional. Según esta visión, el Derecho Internacional es una interferencia indebida en el desarrollo constitucional del país. La divergencia más importante se presenta para quienes consideran que las consecuencias derivadas de los fallos de la Corte en consonancia con la Corte IDH afectan la construcción constitucional.

Muchos postulan que las normas de impunidad sellaban un proceso cuya conclusión debía ser respetada y cuestionan la interpretación constitucional internacionalista. Varios sostienen que, "para bien o para mal", el tema debía considerarse cerrado definitivamente; que la reapertura ha lesionado garantías básicas de la Constitución, como la cosa juzgada, la prohibición de doble juzgamiento,

---

[9] La Corte dispuso la reapertura de los juicios considerando la evolución de su propia jurisprudencia sobre la recepción del DIDH. Así, el presidente del tribunal expresó que "a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al Derecho Internacional, y en especial frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido, en una evolución claramente limitativa de las potestades del Derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del *sub lite*" ("Simón", cons. 15).

la garantía de precisión en la definición de la ley penal y el requisito de ley penal formal, entre otras, y que ha operado un sobredimensionamiento de los derechos de la víctima a costa de la posición de los imputados. Todo ello conspiraría con la reconstrucción de un auténtico Estado constitucional de Derecho, efectivamente respetuoso de ciertos límites éticos a su accionar. También se critica que la Corte haya reconocido efectos obligatorios a los precedentes de la Corte IDH en casos en los cuales el Estado argentino no había sido parte, y existen reparos a la doctrina del caso "Barrios Altos" y a su utilización como precedente soslayando las diferencias entre el caso peruano y el argentino.

La premisa subyacente en todas estas críticas es que, empujados por o manipulando el Derecho Internacional, hemos caído en una pendiente resbaladiza en dirección a un paulatino socavamiento del Estado de Derecho. Según esta perspectiva, el haber anulado las normas de impunidad ha interferido en la construcción constitucional, que debería haber sido más introspectiva políticamente, más apegada al texto escrito de la Constitución y menos permeable a los argumentos forjados en la comunidad internacional. No se trata de la actualización de los temores de Nino, como se aprecia, sino de una discusión sobre la calidad de los procesos a través de los cuales se ha conformado la decisión de reanudar los juicios.

No creo que la Constitución invalide la solución de "Simón", ni que la reapertura de los procesos sea un ejemplo que exija modificar la apreciación inicial acerca de la sinergia que, en general, el caso argentino expresa —en su transición— entre el espacio internacional y el nacional. Tal como observaron Keck y Sikkink, el foro internacional interamericano ha funcionado como caja de resonancia o espacio de reclamo cuando los canales nacionales fueron bloqueados a ciertos grupos o personas[10]. El proceso internacional mismo operó así, como otro foro donde quienes no eran considerados sujetos de derechos en su propia comunidad pudieron ser reconocidos en su dignidad personal. Esas mismas notas sugieren además que el curso de la transición no fue definido desde fuera, sobre la base de reglas internacionales ajenas a la comunidad, sino que ese cuerpo de Derecho fue evolucionando al paso del proceso nacional, y reflejó, en un momento dado, las aspiraciones de justicia de quienes pudieron liderar el cambio. Las presiones externas casi siempre estuvieron ligadas al esfuerzo de algún miembro perseguido de la comunidad nacional, o allegado a él (los propios exiliados, las agrupaciones de víctimas, las redes de abogados), en busca de tener una voz que le era negada.

---

[10] M. E. KECK y K. SIKKINK, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics,* Cornell University Press, Ithaca-London, 1998.

A pesar del tono imperativo de algunos de sus contenidos, el Derecho Internacional de los derechos humanos ha operado en la transición sobre todo como un ideal regulativo, en términos normativos, y como una presión moral o simbólica en la dirección de la verdad, la justicia y la memoria, en términos más concretos. Nunca ha representado una efectiva amenaza a los equilibrios necesarios para la estabilización democrática. El DIDH siquiera ha incidido durante los tramos en los que el camino de la transición argentina se apartó de sus deberes internacionales. Como muchos han observado, no hay contrastes insalvables entre la Constitución y el DIDH en torno a la cuestión del enjuiciamiento de los responsables por las violaciones a los derechos humanos.

El bloque de constitucionalidad conformado en 1994, sobre el cual se cimentó la decisión por la reapertura, simplemente habilitó una reconstrucción constitucional compatible con los principios de justicia que siempre justificaron el rechazo a la solución de la impunidad[11]. Parece posible postular, en definitiva, que el empleo del DIDH en el caso argentino responde a una práctica constitucional que reconoce la existencia de principios y reglas no escritos en el texto de la Constitución. Posiblemente, además, quienes entendemos que la ley es una provincia del discurso moral, tendemos a mirar con menos rigorismo el empleo de estos principios y a aceptarlos como manifestaciones de principios moral y jurídicamente defendibles.

El Derecho Internacional en la transición argentina, desde esta perspectiva, expresó, de un modo accesible al ejercicio legal, elementos de justicia ausentes o negados por la ley escrita, pero vivos en la comunidad y representados por grupos y voces que fueron excluidos de los procesos de formación de las decisiones colectivas. Fue el catalizador de un discurso moral y posibilitó expresar, en el formato más habitual de reglas legales y fallos de tribunales, el fuerte juicio de condena a la impunidad. Con ello, sin negar virtualidad al Derecho positivo nacional, lo irrigó con contenidos de justicia e igualdad, de otro modo, ausentes.

---

[11] Sobre esta idea véase R. UPRIMNY, "El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", en D. O'DONNELL, I. M. UPRIMNY y A. VILLA (comps.), *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional,* Oficina Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2001; y V. ABRAMOVICH, "Editorial", *Nueva doctrina penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2007.

VI. ACTIVISMO JUDICIAL

Un desafío adicional, llegados a este punto, es la pregunta acerca de la individualización correcta del problema que genera la adopción nacional de principios y reglas del Derecho Internacional, o de criterios menos formalistas de interpretación constitucional. ¿Cuánto hay de propio en estas cuestiones y cuánto corresponde, en verdad, a la tensión generada frente a una intervención judicial activa respecto de un problema social grave? Muchas de las discusiones, en rigor, constituyen una reacción frente a la aprehensión jurídica de un asunto de alta sensibilidad por parte de los jueces, en desmedro de la política, o, si se prefiere, frente a la politización de la justicia.

Concebir un problema de derechos implica "que otros objetivos o preferencias deben subordinarse a la satisfacción y respeto de aquellos [...]. Los derechos son intereses que merecen una protección especial y prioritaria en las agendas y políticas públicas"[12]. Las intervenciones judiciales, evidentemente, exhiben un fuerte contenido de juridicidad en el modo de enfrentar ciertas cuestiones. Esto implica limitar algunos sentidos posibles de los términos de una discusión y acotar los procedimientos disponibles y los remedios a mano. En algún sentido, recortar la política, limitar la discreción y forzar la argumentación.

El Derecho Internacional ha habilitado que los jueces se involucren a través de algunas de sus decisiones en un proceso social frente al cual, de otro modo, tendrían menos principios o reglas de referencia. No esperamos que los jueces jueguen con las reglas de la pura política. Sin embargo, el Derecho Internacional, con su conjunto de reglas relativas a ciertos aspectos de la transición, expandió el ámbito del control judicial hacia zonas que, de otra manera, hubieran sido del exclusivo dominio político. Los jueces, gracias a ello, pueden avanzar sobre la arena social, no como actores políticos puros —algo que les estaría vedado— sino dentro del marco y con el aval de un conjunto de normas de derecho.

Por lo menos en la Argentina, precisamente, una discusión se refiere a la existencia, laxitud y poderes que esas reglas pueden válidamente ofrecer. Existe un auténtico problema con el Derecho Internacional o con la interpretación constitucional de normas penales en tanto los jueces han hallado, efectivamente, reglas para habilitar su competencia y principios para resolver casos que tal vez clásicamente no podrían ser vistos como justiciables. Esta ampliación de las posibilidades judiciales se torna anecdótica, empero, si pensamos la cuestión de modo más general y consideramos, por contraste, en otras posibles intervenciones sobre conflictos transformadores de la sociedad. La interpretación judicial

---

[12] M. ALEGRE, "Pobreza, Igualdad y Derechos Humanos", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, p. 176.

no textualista de cláusulas constitucionales sobre igualdad, por ejemplo, autorizó avances en materia racial y en supuestos de discriminación, o en el derecho al aborto seguro. La defensa judicial más comprometida de los derechos económicos, sociales y culturales se presenta junto a una construcción sostenida de su exigibilidad. La idea del Poder Judicial como árbitro de los procesos políticos alienta la posibilidad de una mayor presencia judicial en áreas vinculadas tradicionalmente a la estricta esfera política.

Todas estas interpretaciones, al igual que los reclamos por la implementación de medidas de transición auspiciadas por el Derecho Internacional, están acompañadas por corrientes de opinión y movimientos de apoyo y de presión. Si pensamos en las diversas intervenciones judiciales asociadas a cambios de paradigmas valorativos, o a claras modificaciones de los existentes, encontramos también variaciones acerca del entendimiento del papel judicial, ya sea propiciando una actitud más activa o más restrictiva en lo procedimental, o avanzando conceptos renovados sobre los derechos involucrados.

La hipótesis que sugiero, entonces, es que gran parte de la atención puesta en la relación entre el Derecho Internacional y la Constitución nacional refleja, en verdad, modos antagónicos de comprender la cuestión sustantiva en juego. La mirada eminentemente prospectiva y sumamente respetuosa de los arreglos institucionales alcanzados en el pasado quedó asociada a las tesis nacionalistas, y el enfoque revisionista y escéptico acerca del valor de la consolidación de soluciones injustas avanzó sobre la base del Derecho Internacional de los derechos humanos. Lo que siempre estuvo en el centro de la escena es la tensión entre estos dos modos de plantarse frente a la impunidad del terrorismo de Estado, tal como ésta se concretó, y frente a la debida escucha y participación de las víctimas en esa discusión.

El Derecho Internacional, cuya evolución fue más o menos contemporánea al desarrollo de la transición argentina, siempre estuvo asociado al reclamo del movimiento de derechos humanos de "juicio y castigo" y al pedido de una participación judicial más activa. Comenzó con la referencia que significó el informe de la CIDH de 1980 y se fue nutriendo de la experiencia local.

Los promotores de salidas alternativas a la justicia penal, en cambio, siempre ofrecieron interpretaciones más limitadas sobre las posibilidades de intervención de los jueces. En los ochenta, alegaron la imposibilidad de que la justicia civil interviniera en hechos de la jurisdicción militar o revisara su autoamnistía, supuestamente por mandato del principio constitucional que obliga a aplicar la ley penal más benigna. Más recientemente, se pronunciaron en contra de la revisión de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, y de la aplicación de reglas del Derecho Internacional de los derechos humanos para la reapertura de casos penales.

El atractivo del Derecho Internacional incorporado a la Constitución, entonces, no sería tanto su contenido transfronterizo sino su aptitud para autorizar intervenciones judiciales más firmes frente a situaciones injustas. En los primeros años de la democracia, la aspiración de justicia por los crímenes se manifestó en construcciones jurídicas activistas, como la declaración de nulidad de la autoamnistía militar, la afirmación de la supremacía de la jurisdicción civil sobre la militar o la tesis de la autoría mediata por la conducción de un aparato represivo, sobre la base de un código penal bastante parco al respecto. Más tarde, ese activismo se asoció al monismo intenso que condujo a la consolidación de un bloque de constitucionalidad. Nuestra tarea pendiente, entonces, es dilucidar cuándo podemos hablar, efectivamente, de un problema fundamental en la aplicación del Derecho Internacional frente a la Constitución y cuando, en cambio, nos embarcamos en esa discusión solo porque un asunto más profundo se manifiesta bajo su piel.

VII. CONTINUIDAD Y RUPTURA EN EL DISCURSO DE LA JUSTICIA Y EN LAS PRÁCTICAS PENALES

La transición persigue dejar atrás un conflicto y, a la vez, aspira a un destino mejor para la comunidad involucrada. Hay interés en identificar el pasado como un supuesto de cierta excepción que no debería afectar otros aspectos de la comunidad necesarios para su continuidad futura. Las nociones de continuidad y de ruptura coexisten, y esa coexistencia está presente también en las instituciones penales. Alguna forma de justicia renovada debe encarar el autoritarismo que se quiere dejar atrás, pero debe hacerlo de algún modo que torne comprensible el cambio. La justicia debe ser innovadora para reflejar un cambio y tener la aptitud de reprochar un hecho del pasado, pero debe ofrecer, asimismo, una respuesta inteligible. Además, es improbable que esta distinción logre cuajar en un fenómeno instantáneo. Puede haber hitos y episodios más o menos paradigmáticos de un cambio de época, pero siempre aparecerá en un proceso más denso.

Esta cuestión se manifiesta en asuntos bastante pedestres aunque complejos en su implementación práctica: ¿qué Constitución y qué leyes deben enmarcar la persecución penal de los crímenes del pasado? ¿Qué jueces, fiscales y defensores deben actuar? ¿Qué fuerzas de seguridad y penitenciarias asistirán la labor de la justicia penal en la transición? ¿Qué reglas de procedimiento deben aplicarse?

En la Argentina hubo cambios notables en materia constitucional y penal que evidencian un quiebre legislativo en el modo de interpelar el pasado. El gobierno democrático de 1983 se restableció sobre la base de la Constitución nacional, y eliminó los Estatutos y Actas para el Proceso de Reorganización Nacional que las juntas militares habían erigido en la cúspide normativa. Como vimos, el país

también ratificó los principales tratados de derechos humanos en los primeros años de la transición. En la campaña electoral de 1983 se discutía, precisamente, si la autoamnistía militar debía ser respetada en virtud del principio de ley penal más benigna de la Constitución o si, en cambio, podía revisarse —como finalmente se hizo— sobre la base de su nula legitimidad de origen. También fueron nuevas reglas procesales de la democracia las que dieron a la Cámara Federal de la Capital Federal la competencia para intervenir en los procesos y sustraerlos de la jurisdicción militar. En virtud de esas reglas fue posible el Juicio a las Juntas.

En la reapertura de los procesos, a partir de 2001, la cuestión reapareció, al debatirse la retroactividad de las reglas sobre imprescriptibilidad, la validez de Ley 25.779 que anuló las normas de impunidad, o la posibilidad de revisar decisiones judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada. Durante estas tres décadas, se ha discutido con intensidad en torno a la conveniencia de contar con nuevas reglas de juego o de respetar las previamente establecidas, y a favor o en contra de propiciar interpretaciones legales más o menos formalistas. La posición contraria a la impunidad parece haber avalado, en todos los casos, posiciones revisionistas antes que conservadoras.

Otros cambios más concretos, sin embargo, solo han aparecido en forma tenue y esforzada. Los hombres y mujeres de la administración de justicia, por ejemplo, han enfrentado cargos penales serios recién a partir del segundo ciclo de persecuciones. Y al igual que las instituciones penitenciarias y policiales, no han atravesado más escrutinios que el del natural recambio que fuerza el paso del tiempo, al igual que ocurre con otros sectores civiles asociados al terrorismo de Estado.

VIII. EL UNIVERSO RELEVANTE DE CASOS EN EL TIEMPO

Otro aspecto sobre el cual el paso del tiempo parece incidir está referido a cómo tasar el valor de las conductas del pasado para establecer aquellas que serán penalmente reprochadas hoy. El ciclo actual de juicios refleja el efecto del tiempo sobre nuestras elecciones, además de los problemas prácticos de su implementación. Los juicios de los ochenta se centraron en los máximos responsables. Esta pudo haber sido una estrategia útil para minimizar el empleo del Derecho Penal y facilitar la factura de un fallo como el de 1985, que, no lo olvidemos, condenó a dos ex presidentes. Sin embargo, el modo en que la cuestión de la responsabilidad de otros responsables de menor jerarquía concluyó provocó que la reapertura decidida en el lapso 2001-2005 no fijara límites. El universo actual de casos depende de la propia capacidad de los tribunales para manejarlos. Y solo algunos lineamientos generales y ciertos condicionantes fácticos dibujan los límites actuales.

Ciertamente, se avanza sobre los responsables más emblemáticos o conocidos, y sobre los hechos de los cuales existe considerable cantidad de pruebas. Sin embargo, y posiblemente a causa de la menor capacidad de resistencia a los juicios, o por el hecho natural de la muerte o la ausencia de pruebas, la Argentina no tiene hoy, a diferencia de los ochenta, una decisión expresa de limitar el alcance de la investigación de todas las conductas previstas en la ley penal.

Ello ha permitido algunas extensiones recientes que ofrecen una lectura distinta del pasado de la que ofrecían los juicios de los ochenta. Por empezar, la fecha de corte ya no es el 24 de marzo de 1976, en que ocurrió el golpe de Estado, sino cualquier momento anterior en que se logre acreditar la persecución política con aquiescencia estatal. Emblemáticamente, se investigan hoy todos los hechos perpetrados por el grupo parapolicial Triple A (Acción Anticomunista Argentina), e incluso anteriores. Estos juicios contribuyen a acreditar la comisión de crímenes aberrantes del poder político anteriores al golpe militar y consolidan la hipótesis, hoy dominante, de que debemos enfrentar el terrorismo de Estado cívico-militar y no únicamente los crímenes de las juntas militares.

Este corrimiento del borde temporal de imputación tiene un reflejo también en el tipo de conductas sobre las que el proceso de justicia hace foco en la actualidad. A poco de reanudada la investigación, el grueso de la atención recayó en los casos clausurados en los ochenta. Una vez consolidado el proceso, la mirada fue alejándose del núcleo de hechos sangrientos perpetrados por el personal militar y de seguridad, y empezó a prestar atención creciente a otras formas de contribución al aparato criminal. Hoy existen condenas e investigaciones respecto de curas y médicos asociados a las prácticas de tortura, de pilotos de avión que condujeron a los detenidos, de personal civil de inteligencia, de jueces y abogados que ofrecían cobertura y apariencia de legalidad a ciertos procesos, y de empresarios que lucraron con el terrorismo de Estado.

El tiempo también generó decisiones divergentes en cuanto al modo de enfrentar la cuestión de la violencia no estatal. En los ochenta, la respuesta predominante fue la de reaccionar tanto frente a la acción represiva estatal como frente a otros actos de violencia política privados. La reapertura de la discusión penal casi veinte años más tarde provocó, en cambio, una respuesta diversa frente a la atención penal que cada grupo de comportamientos merecía. La Argentina ahora solo autoriza la persecución de los crímenes cometidos al abrigo del poder político, fundamentalmente los actos del propio Estado o los ocurridos bajo su amparo. Quedaron excluidas las acciones de los grupos armados de los cuales no se ha probado el elemento de control político. De tal modo que los actos violentos que en los ochenta parecían recibir un interés más o menos homogéneo o simétrico por parte de las estructuras penales hoy son considerados como acontecimientos de disímil relevancia. Los crímenes contra la humanidad

son perseguidos, pero otros actos violentos no, en virtud del diferente efecto del paso del tiempo sobre cada grupo de hechos.

La investigación de casos de niños secuestrados o de bebés nacidos durante el cautiverio de sus madres y criados por familias sustitutas también es fuertemente influida por el paso del tiempo. Las víctimas hoy son adultos y en ocasiones prefieren no cooperar con las investigaciones. El paso del tiempo, de tal forma, podría beneficiar la decisión autónoma de quien esté en contra de la continuidad del proceso, por encima de la de quien desee que avance. Sin embargo, difícilmente podamos cuantificar si el sufrimiento puede ser mayor o menor debido al paso del tiempo. Para los mayores, las chances reducidas de conocer la verdad, a medida que avanza el tiempo, representan una mortificación que quizás no sufran los jóvenes. Todo el ejercicio es poco promisorio, sólo obligado por el paso del tiempo, y somete a unos y otros a comparaciones improbables y revictimizantes.

En un sentido similar, la distancia temporal con los setenta también ha hecho florecer la reivindicación de la militancia política de quienes fueron víctimas. En los ochenta, de algún modo se trataba de una cuestión "invisible" o disimulada, sobre todo ante la existencia, en paralelo, de juicios contra los principales líderes de las organizaciones armadas al margen de la ley. El paradigma de los ochenta era el de una víctima inocente, presentada como un mero "estudiante", "obrero" o "abogado" perseguido por el Estado.

A partir de la reapertura de los juicios, en cambio, existe un reclamo más contundente de la identificación de la pertenencia y actividad política, que se refleja en institutos penales, como el creciente pedido de algunos para que los tribunales empleen la figura de genocidio, queriendo destacar con ello la persecución a diferentes grupos por su actividad política[13]. Alguna analogía ofrece el tratamiento penal de los abusos sexuales. En los ochenta, los casos de violencia sexual no recibieron la atención y contención debidas, pero las décadas transcurridas desde entonces sirvieron para mejorar la compresión social de los problemas de género y dieron algún espacio a las víctimas para que pudieran constituir sus propios relatos y representaciones. El mismo tiempo permitió que las estructuras judiciales se renovaran, incluyendo la incorporación de muchas mujeres y la concientización más palpable sobre las cuestiones de género.

Todo lo dicho deja bien en claro que el proceso de justicia ha servido como un espacio de reivindicación de la dignidad de las víctimas. Sin embargo, no ha

---

[13] El mismo reclamo tal vez podría satisfacerse mediante invocación al "crimen de persecución". Pero, como vimos, las discusiones y los sentidos han ido construyéndose de modos no siempre planeados. Hoy, más allá de la corrección jurídica de tal conclusión, la reivindicación de la militancia política está fuertemente expresada en el pedido de calificación de los hechos como genocidio.

sido una tarea sencilla. A pesar de los dilemas de una justicia demorada o tardía, sin duda el tiempo ha colaborado —a pesar de todo— a la generación de un marco de comprensión más profundo y a un fortalecimiento progresivo de las capacidades de las víctimas antes perseguidas por el Estado para volver a confiar en las instituciones y tener las aptitudes para hacer públicas sus necesidades.

Quizás esa voz antes doblegada es la que ganó fuerza en todos estos años y lideró, en definitiva, la decisión de rechazar la impunidad como salida colectiva.

ANEXO

Línea de tiempo

1971 23 de marzo. Alejandro Agustín Lanusse asume la presidencia de facto.

1972 22 de agosto. Masacre de Trelew.

1973 11 de marzo. Convocatoria a elecciones. Triunfo de Héctor J. Cámpora.
20 de junio. Retorno de Perón. Masacre de Ezeiza.
17 de octubre. Juan Domingo Perón comienza su tercera presidencia.
21 de noviembre. Primer atentado registrado de la Triple A.

1974 1º de julio. Muere Juan D. Perón. Asume la presidencia María Estela Martínez de Perón.

1976 24 de marzo. Golpe de Estado.
6 de julio. Masacre de Las Palomitas.
12 de diciembre. Masacre de Margarita Belén.

1977 30 de abril. Surgen las Madres de Plaza de Mayo.

1979 Fundación del CELS.

1981 29 de marzo. El general Roberto E. Viola asume la presidencia de facto.
22 de diciembre. El general Leopoldo F. Galtieri asume la presidencia de facto.

1982 2 de abril. Guerra de Malvinas.
14 de junio. Rendición argentina en Malvinas.
1º de julio. El general Reynaldo B. Bignone asume la presidencia de facto.

1983 22 de septiembre. Sanción de la Ley de Pacificación Nacional (22 924).
30 de octubre. Elecciones presidenciales.
10 de diciembre. Raúl R. Alfonsín asume la presidencia.

1985 22 de abril. Juicio a las Juntas.
9 de diciembre. Sentencia del Juicio a las Juntas.

1986 23 de diciembre. Sanción de la Ley de Punto Final (23 492).

1987 Procesos contra el Primer Cuerpo del Ejército y la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA).

20 de abril. Levantamiento militar "Carapintada".

4 de junio. Sanción de la Ley de Obediencia Debida (23 521).

1988 14 de enero. Levantamiento de Monte Caseros.

2 de diciembre. Levantamiento de Villa Martelli.

8 de julio. Carlos Saúl Menem asume la presidencia.

1989 6 de octubre. Decretos 1002, 1003, 1004 y 1005, de indulto a los militares y miembros de las organizaciones armadas.

1990 20 de marzo. Fallo "Schwamberger".

Un tribunal francés condena en ausencia a Alfredo Astiz.

29 de diciembre. Decretos 2741, 2742, 2743, 2744, 2745, 2746 y 2747, de indulto a los miembros de las juntas militares, funcionarios de los gobiernos de facto e integrantes de las organizaciones armadas.

1991 Ley 24 043, que otorga beneficios a las personas puestas a disposición del PEN durante la vigencia del estado de sitio, o que hubiesen sufrido detención en virtud de actos emanados de tribunales militares.

1992 Informe 28 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

1994 7 de diciembre. Ley 24 411, que otorga un beneficio extraordinario a los derechohabientes de víctimas de desaparición forzada.

Reforma Constitucional: se otorga preponderancia a los tratados sobre las leyes.

1994 11 de mayo. Ley 24 321 (desaparición forzada de personas).

1995 Comienzo de los Juicios por la Verdad.

Marzo. El capitán de fragata Adolfo Scilingo habla públicamente sobre los "vuelos de la muerte".

2 de noviembre. La CSJN dicta el fallo "Priebke".

1996 Multitudinaria marcha por los derechos humanos.

1997 El juez español Baltasar Garzón solicita la extradición de cuarenta y cinco militares argentinos.

1998 Ley 25 066, que crea el Fondo de Reparación Histórica para la Localización y Restitución de Niños Secuestrados y/o Nacidos en Cautiverio en la Argentina.

2001 El juez federal Cavallo declara nulas las leyes de Obediencia Debida y Punto Final.

2003 25 de mayo. Néstor Carlos Kirchner asume la presidencia.

21 de agosto. Ley 25 779, que declara insanablemente nulas las leyes de Obediencia Debida y Punto Final.

2004 4 de agosto. Ley 25 914, que establece beneficios para las personas nacidas durante la privación de la libertad de sus madres.

24 de agosto. La CSJN dicta el fallo "Arancibia Clavel".

2005 14 de junio. La CSJN dicta el fallo "Simón".

2006 Primer juicio oral luego de la anulación de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida.

13 de diciembre. Ley 26 200 (implementación del Estatuto de Roma).

2007 14 de noviembre. Ley 26 298, que aprueba la Convención Internacional para la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

Diciembre de 2007. Primera sentencia contra militares.

2009 22 de diciembre. Primera condena contra un juez (Víctor Hermes Brusa) por su actuación durante la dictadura.

2011 Primer juez (Luis Francisco Miret) destituido por su actuación durante la dictadura desde el retorno a la democracia.

El Juzgamiento de crímenes de Estado en Argentina

Pablo F. Parenti[*]

Uno de los principios sobre los que se asienta el sistema de la Corte Penal Internacional (CPI) es el llamado "principio de complementariedad" (o "subsidiariedad"), según el cual la CPI sólo actuará cuando el Estado o los Estados competentes para juzgar no lo hagan. Este principio implica reconocer a los Estados la prioridad para el juzgamiento de los hechos, y, en verdad, lo que espera el sistema de la CPI es, precisamente, que sean los Estados los que efectivamente juzguen los crímenes que eventualmente se cometan en su territorio o por sus nacionales. Puede decirse que el ideal del sistema de justicia penal internacional es, en primer lugar, que no se cometan crímenes de derecho internacional (crímenes contra la humanidad, genocidios, crímenes de guerra, crímenes de agresión); pero en caso de que estos crímenes ocurran, sean los propios Estados los que se encarguen del juzgamiento y la sanción de los responsables.

Sin embargo, la historia demuestra que muchas veces los Estados son incapaces de juzgar crímenes de semejante magnitud y esta incapacidad se vincula con diversas razones, pero fundamentalmente con contextos sociales y políticos que impiden llevar a cabo los juicios con normalidad. La historia reciente también demuestra que a menudo los Estados sólo pueden juzgar los crímenes una vez transcurridos varios años y una vez que cambia el contexto social y político que impedía los juicios. El caso argentino es un buen ejemplo de todo esto.

Es claro que los crímenes del terrorismo de Estado en la década de 1970 no podían ser juzgados mientras los crímenes eran cometidos. Lo que vivió Argentina en esa década es el máximo nivel de degradación que un Estado puede alcanzar. Es un ejemplo de los que algunos llaman el "ejercicio criminal de la soberanía estatal", de la soberanía interna del Estado[1]. Es el Estado actuando directamente en contra de sus habitantes. En aquellos años decenas de miles de

---

[*] Coordinador de la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de Causas por violaciones a los Derechos Humanos durante el terrorismo de Estado, Procuración General de la Nación; Profesor de Derecho Penal Internacional, Universidad Palermo de Buenos Aires, Argentina.

[1] Sobre la soberanía interna de los Estados y sus límites, cfr. L. FERRAJOLI, "La soberanía en el mundo moderno", en *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, 2ª ed., Madrid, 2001, pp. 125 y ss.

denuncias y hábeas corpus fueron presentados por familiares y abogados de desaparecidos sin que la administración de justicia diera respuestas. No sólo no daba respuestas, sino que varios abogados que se atrevieron a hacer presentaciones judiciales terminaron siendo nuevas víctimas.

El intento de juzgar estos crímenes se planteó como un tema central una vez que asumieron las autoridades electas a fines de 1983. Se trataba de hacer justicia en un contexto también difícil: por un lado, quienes habían integrado el régimen dictatorial seguían conservando una cuota importante de poder; por otro, varias fuerzas políticas no apoyaban los juicios. En ese contexto, el gobierno de Alfonsín definió una estrategia de persecución penal limitada: limitada en su objeto y limitada en el tiempo. La idea, básicamente, era juzgar a los máximos responsables, es decir, a los altos mandos, y que los juicios concluyeran rápidamente. Otra limitación importantísima que tuvo ese intento de juzgar los hechos fue que se atribuyó la competencia a los tribunales militares y se estableció que la justicia penal solamente podía actuar en caso de que los tribunales militares no avanzaran.

Como era de esperar, los tribunales militares no avanzaron seriamente con los juicios y tiempo después los procesos pasaron a las Cámaras Federales de las ciudades donde habían funcionado las jefaturas de Zona de la estructura militar. El proceso más importante que se logró hacer en aquellos años fue el juicio a los comandantes de las tres primeras juntas militares. Fue un juicio histórico y mundialmente conocido, que concluyó con la condena de cinco acusados y la absolución de otros cuatro[2]. Además hubo otro proceso que concluyó con sentencia (el juicio "Camps"), pero el resto de los hechos quedó sin juzgar. Hubo resistencias en la propia administración de justicia (integrada por muchos funcionarios que venían de la dictadura) y hubo una gran presión de sectores militares, incluso acuartelamientos y alzamientos militares, como el alzamiento de Semana Santa. Los procesos prácticamente se detuvieron entre los años 1986 y 1987 con las leyes de Punto Final[3] y

---

[2] Sentencia de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, en la causa 13/84, "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional", sentencia del 9 de diciembre de 1985. Disponible en: http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Tomo309-005-completo.pdf.

[3] La Ley 23.492 de "Punto Final" (publicada en Boletín Oficial el 29.12.1986) disponía en su artículo 1: "Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley". El mencionado art. 10 de la Ley 23.049 se refiere a los "delitos cometidos por personal de las fuerzas armadas y de seguridad, entre

Obediencia Debida[4]. Después, los indultos terminaron de cerrar los pocos procesos que continuaban abiertos contra algunos oficiales superiores[5].

Vemos entonces que, hasta la reapertura de los procesos en años recientes, hubo muy pocas posibilidades reales de juzgar los hechos: ninguna posibilidad durante la dictadura y, en las décadas de los '80 y '90, apenas un par de años, entre 1984 y 1986 o parte de 1987, pero fueron años en los que hubo muchas limitaciones como ya señalé, por la actuación de los tribunales militares y también por las propias resistencias de la justicia penal en años donde el contexto social y político era verdaderamente complejo.

Las condiciones para juzgar los crímenes del terrorismo de Estado recién empiezan a aparecer en la época en la que se produce la reapertura de los procesos, una reapertura que se va dando gradualmente entre los años 2001 y 2005. El caso argentino, entonces, es un ejemplo más de lo que señalaba al comienzo: muchas veces los Estados sólo pueden juzgar los crímenes masivos después de un largo período.

Hay que decir que este dato de la realidad tiene su respuesta normativa en el Derecho Internacional. Precisamente la regla de la imprescriptibilidad se hace cargo de esta dificultad para juzgar los hechos y asegura que los juicios puedan realizarse a medida que se van superando las condiciones sociales y políticas que impedían el juzgamiento[6]. Sería un sinsentido jurídico y algo moralmente in-

---

el 24 de marzo de 1976 y el 26 de septiembre de 1983, en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir al terrorismo".

4 La Ley 23.521 de "Obediencia Debida" (publicada en el Boletín Oficial el 9.6.1987) establecía: "Art. 1. Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1 de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida. La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes. En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad".

5 Los indultos fueron dictados en 1989 y 1990 y beneficiaron tanto a condenados como a personas sometidas a proceso.

6 La superación de contextos que impiden el enjuiciamiento de crímenes de Estado no siempre es un fenómeno nítido, ni definitivo y es habitual que muchas dificultades permanezcan, con mayor o menor intensidad. De este modo, muy difícilmente puede ponerse una fecha determinada, a partir de la cual el enjuiciamiento puede considerarse

aceptable que los delitos pudieran prescribir cuando no ha habido posibilidades reales de juzgarlos. La regla de la imprescriptibilidad no es, por lo tanto, una regla caprichosa. Además de los fundamentos normativos, en el caso argentino tiene una fuerte legitimidad basada en la imposibilidad de hacer justicia por larguísimos años.

Ahora bien, creo que para comprender lo que viene sucediendo con los actuales juicios es importante tener en cuenta cómo se dio el proceso de reapertura. Como ustedes saben, la reapertura de las causas penales no se dio de un día para otro ni fue fruto de una sola decisión; más bien fue un proceso de reapertura que se fue dando a lo largo de prácticamente cuatro o cinco años y que no tuvo un molde, un esquema prefijado. Comenzó con una decisión judicial en marzo de 2001, a la que siguieron otras; luego en el año 2003 el Congreso sancionó la ley de nulidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida y recién en junio de 2005 la Corte Suprema ratificó la inconstitucionalidad de estas leyes[7]. Todo este proceso de reapertura duró más de 4 años y en algunas provincias las causas comenzaron a reabrirse en el año 2006 o después.

Si uno mira cómo se dio este proceso de reapertura de los juicios, puede ver que lo que se produjo fue una diseminación de las causas judiciales a lo largo y ancho de todo el país. Las Cámaras Federales donde habían quedado radicadas las causas que tramitaron en los años 80, comenzaron a distribuir la competencia entre los juzgados federales de todas las provincias. Esta diseminación de la competencia no tiene que ser vista necesariamente como algo negativo, dado que investigar un hecho en el lugar donde ocurrió siempre es más fácil que hacerlo a la distancia. Investigar lo que sucedió en Tucumán es mejor hacerlo en Tucumán que en Córdoba, donde estaba la sede del Tercer Cuerpo[8]. El tema es que a esta diseminación de la competencia le siguió una gran *dispersión de los casos*. Casos

---

"normalizado". En el caso argentino, si bien se trata de un proceso de juzgamiento que se fue fortaleciendo, aún hoy pueden verse dificultades y resistencias de distinta índole que tienen que ver con el tipo de criminalidad que se intenta juzgar (adicionales a las dificultades habituales en la administración de justicia), por ejemplo, la permanencia de funcionarios judiciales que ya lo eran en la época del terrorismo de Estado, algunos de ellos, incluso, acusados penalmente por su intervención en los crímenes.

7 Un análisis de la jurisprudencia reciente sobre la aplicación de la regla de la imprescriptibilidad y los límites a las amnistías e indultos, puede verse en P. PARENTI, "Argentina", en K. AMBOS y E. MALARINO (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*, KAS, Montevideo, 2008, pp. 21-66, disponible en: http://www.kas.de/proj/home/pub/13/1/year-2008/dokument_id-13211/index.html. También puede consultarse P. PARENTI, "The Prosecution of International Crimes in Argentina", *International Criminal Law Review*, 10, 2010, pp. 491-507.

8 La estructura militar estaba divida, territorialmente, en cinco zonas que abarcaban todo el territorio argentino. Cada zona estaba a cargo de un "Cuerpo de Ejército". La provincia

íntimamente vinculados entre sí comenzaron a ser investigados en causas separadas. Se produjo una excesiva fragmentación de los hechos y las pruebas y se multiplicaron las causas judiciales. Es decir, un fenómeno de macro-criminalidad como el terrorismo de Estado comenzó a ser analizado como si se tratara simplemente de múltiples casos individuales. En algunos muchos lugares se comenzó a formar prácticamente una causa judicial por cada víctima.

En cierta medida esto responde a que no hay una estructura judicial preparada para enfrentar fenómenos de macro-criminalidad. En general, la administración de justicia está acostumbrada a trabajar con casos individuales y relativamente sencillos, pero es bastante torpe al momento de enfrentar investigaciones más o menos complejas. Esto se ve claramente en el caso del terrorismo de Estado. Muchos jueces, en lugar de ajustar la metodología de trabajo al fenómeno que hay que juzgar (es decir un plan sistemático que supuso una cantidad de hechos íntimamente relacionados entre sí), prefirieron descomponer el fenómeno, atomizarlo, y llevarlo a la escala a la que están acostumbrados (es decir, causas relativamente pequeñas, con pocos hechos y acusados).

Esta metodología de trabajo dio lugar a una multiplicación innecesaria de la cantidad de causas judiciales y de los juicios. Si uno mira los primeros juicios que lograron concretarse puede ver que fueron juicios muy pequeños en cantidad de acusados y de hechos. Por ejemplo, el primer juicio en la provincia de Tucumán fue contra dos autores mediatos por un solo caso (el secuestro y la desaparición de Vargas Aignasse). Lo mismo sucedió en Buenos Aires, La Plata, Córdoba y otros lugares.

Es por eso que uno de los objetivos centrales que se propuso la Unidad Fiscal de Coordinación desde su creación en marzo de 2007[9] es el de concentrar las investigaciones según denominadores comunes con la idea de ir hacia juicios orales más grandes, juicios orales significativos en cantidad de hechos y acusados, juicios que reflejen la dimensión de lo que fue el terrorismo de Estado.

Así fue que en marzo de 2008 el Procurador General de la Nación, Dr. Esteban Righi, dictó una instrucción general en la que ordena a los fiscales que pidieran la acumulación de las causas de acuerdo con los criterios que en cada lugar fueran más idóneos. En muchos casos, el mejor patrón de acumulación es el centro clandestino de detención donde ocurrieron los hechos, pero en otros

---

de Tucumán y las demás provincias del noroeste argentino, dependían del Tercer Cuerpo de Ejército con sede en la provincia de Córdoba.

9 La Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de causas por violación a los derechos humanos durante el terrorismo de Estado fue creada por la Res. PGN 14/07 del Procurador General de la Nación. Cfr. el sitio web de la Unidad: http://www.mpf.gov.ar/index.asp?page=Accesos/DDHH/ufi_ddhh1.asp.

casos que no hayan ocurrido en centros clandestinos de detención hay que recurrir a otros criterios como, por ejemplo, agrupar ejecuciones sumarias de varias personas, hechos cometidos dentro de un área de represión determinada, etc. No hay un solo criterio y en cada jurisdicción hubo que determinar cuáles eran las pautas de acumulación más convenientes. Lo que se hizo desde la Unidad Fiscal de Coordinación fue definir *planes de trabajo* para cada jurisdicción que sean adecuados a la realidad de cada lugar. Para eso hubo que estudiar la situación de cada jurisdicción y obviamente dialogar con los actores de cada lugar: no sólo los fiscales, sino con algunos jueces y con querellantes[10].

Claro que estos planes de trabajo del Ministerio Público no son vinculantes para los jueces. Allí nos topamos con una dificultad muy clara al momento de intentar llevar a la práctica nuestros planes de trabajo y que se vincula con las *características del sistema procesal*. Según el Código Procesal, las investigaciones están a cargo de los jueces de instrucción. Corresponde a los jueces y no a los fiscales la toma de ciertas decisiones que son trascendentes para el avance de las causas. Por ejemplo, son los jueces los que deciden si los hechos deben investigarse de manera unificada o separada, a qué persona se llama a indagatoria y en qué momento se lo hace, en qué momento se eleva un caso a juicio, etc. Esto dificulta enormemente las posibilidades de que el Ministerio Público pueda concretar una estrategia de persecución penal a nivel nacional.

Hay que decir que en algunas jurisdicciones los jueces a cargo de las investigaciones han compartido esta preocupación por organizar los procesos e incluso en muchos casos han tomado los criterios de acumulación propuestos por el Ministerio Público Fiscal. En varios lugares a partir de estos planes de trabajo se logró encaminar la marcha de los procesos. Por ejemplo, en la provincia de Santa Fe existía una dispersión enorme de los casos, prácticamente una causa por víctima. Lo que se hizo ahí fue un estudio exhaustivo de todas las causas y se elaboró un plan de acumulación que fue aceptado por el juzgado y que permitió reordenar completamente la instrucción.

Es verdad que también hubo resistencias y hasta hubo negativas a acumular las causas sin dar ningún fundamento, como sucedió en la provincia de Mendoza.

El camino no es nada sencillo y hay que decir que muchas veces nos topamos con respuestas y actitudes por parte de los jueces que son difíciles de explicar, salvo que uno piense en la mala fe o en la falta de voluntad. Estos procesos judiciales por graves violaciones a los derechos humanos ponen al descubierto todas las características de nuestra administración de justicia. Así como podemos ver

---

[10] Tanto la instrucción general del Procurador General de la Nación como diversos planes de trabajo elaborados por la Unidad Fiscal pueden verse en el sitio web de la Unidad.

que hay funcionarios judiciales que se toman muy en serio su trabajo y comprenden la gravedad de los hechos que tienen que juzgar, hay otros funcionarios que muestran desinterés por el tema, y otros que directamente obstruyen las investigaciones.

No es un dato menor el hecho de que existen funcionarios judiciales que se desempeñaron como funcionarios judiciales durante la dictadura militar. En los últimos tiempos varios funcionarios judiciales han terminado imputados en estas causas y otros probablemente resulten imputados en el futuro inmediato. También existen funcionarios que, si bien no han participado en los hechos o no eran funcionarios durante la dictadura, mantienen vínculos con quienes sí lo fueron. Es indudable que, aún hoy, cuando ya llevamos más de 27 años de democracia, siguen existiendo lazos y continuidades con la dictadura militar.

En este sentido, los actuales procesos por el terrorismo de Estado brindan una inmejorable ocasión para ver la justicia que tenemos, con sus notorios contrastes.

A pesar de estas dificultades no podemos negar que en estos años de trabajo se lograron muchas cosas. Vemos un crecimiento y una consolidación del proceso de juzgamiento que se refleja en datos estadísticos: hoy hay 212 condenados, hay más de 800 personas procesadas, casi 400 de estos procesados ya tienen al menos una causa en etapa de juicio; y hay varios juicios en marcha que están terminando. El año 2010 fue un año récord en cantidad de personas juzgadas y la mitad de las condenas desde el regreso de la democracia hasta acá se produjeron durante 2010[11].

Hay que decir también que Argentina está haciendo todo esto *sin reglas procesales ni tribunales especiales* para estos juicios, como sí sucede en otros lugares del mundo. Son juicios hechos por los mismos jueces y fiscales que se encargan de muchas otras causas, lo cual produce ciertas dificultades, pero también otorga a los juicios una legitimidad incuestionable. La verdad es que, a pesar de los avances y retrocesos y de las dificultades que se presentan, los procesos judiciales argentinos son un ejemplo en el mundo[12].

De todos modos, no podemos sentirnos conformes porque todavía queda mucho por hacer. Por ejemplo, en Tucumán faltan todavía los grandes juicios. En

---

[11] Datos de junio de 2011. En el sitio web de la Unidad Fiscal se publican periódicamente los datos actualizados.

[12] Una descripción acerca de cómo se organizó la persecución penal en la década de 1980 y en la actualidad, puede verse en P. PARENTI y I. POLACO, "Argentina", en K. AMBOS (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, ProFis, Bogotá, 2011, pp. 131-176. Disponible en http://www.profis.com.co/anexos/documentos/pdfpublicaciones/GIZ-%20Seleccion%20y%20priorizacion%20web.pdf.

la etapa de instrucción existen procesamientos muy importantes, contra varios acusados por numerosos hechos cometidos en la Jefatura de Policía y en el Arsenal Miguel de Azcuénaga. Estos procesamientos son la base de los futuros juicios, que serán juicios de una gran envergadura.

Teniendo en cuenta lo que aún falta por hacer, sería prematuro hacer un balance; sin embargo, si una mira el avance de los juicios en todo el país, se va imponiendo la sensación de que se ha podido enderezar la historia, una historia que iba a terminar con una impunidad casi total, se va cerrando con justicia. Es cierto que se trata de una justicia tardía y que no podrá juzgar todos los hechos, ni a todos los responsables. Sin embargo, creo que es muy valioso que la justicia haya reaccionado y haya podido quitarse de encima el cepo que imponían las leyes de impunidad. No sólo es reparatorio para las víctimas y familiares, sino que también es un importante mensaje hacia el futuro.

Por último, concluyo con una invitación: la invitación es que vayan a los juicios. Para comprender realmente el horror hay que escuchar los testimonios de las víctimas. En los juicios que se vienen haciendo la verdad aflora de una manera brutal, incontenible. Obviamente los jóvenes, pero también muchas personas que ya no son tan jóvenes y que vivieron aquellos años, aún hoy se sorprenden cuando escuchan los testimonios. Esto sucede incluso con muchos de los jueces y fiscales que participan en los juicios.

Bibliografía

ABRAMOVICH, V., "Editorial", *Nueva doctrina penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2007.

AGUIAR, Asdrúbal, *Código de derecho internacional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009.

– *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Monte Ávila Latinoamericana/Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1997.

ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., "El sistema Africano de Derechos Humanos", en OLLÉ SESÉ, M.; ACEBAL MONFORT, L.; GARCÍA SANZ, N. (coords.), *Derecho internacional de los Derechos Humanos: su vigencia para los Estados y para los ciudadanos*, Anthropos, Barcelona, 2009, pp. 202-209.

ALEGRE, Marcelo, "Pobreza, Igualdad y Derechos Humanos", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*.

ALFONSÍN, Raúl, *Memoria Política. Transición a la democracia y derechos humanos*, FCE, Buenos Aires, 2004.

AMBOS, Kai, "The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court: Is There Sufficient Willingness and Ability on The Part of The Colombian Authorities or Should the Prosecutor Open an Investigation Now?", Universidad de Göttingen, 5 de enero de 2011.

– *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*, GTZ: Universidad de Göttingen, 2010.

– (ed.), *Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre a justiça de transição no Brasil*, Belo Horizonte, 2010.

– "El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)", [En línea], *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 2, 2010. Disponible en http://www.indret.com/pdf/727.pdf [Consulta: 07.07.2011].

– (coord.), *Desaparición Forzada de Personas: Análisis comparado internacional*, editorial Temis, Bogotá, 2009.

– *Et al.*, *Justicia de Transición, Informes desde América Latina, Alemania, Italia y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2009.

– *La Corte Penal Internacional*, Editora Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007.

– *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

– *Nuevo Derecho penal internacional*, INCP, México, 2002.

AMBOS, K.; LARGE, J.; y WIERDA, M., *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Springer- Verlag Berlin Heidelberg, Nueva York, 2009.

AMBOS, K. y WIRTH, S., "The current law of crimes against humanity. An analysis of UNTAET Regulation 15/2000", *Criminal Law Forum* 13 (2002).

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, C., *Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ANTKOWIAK, Thomas M., "An Emerging Mandate for International Courts: Victim-Centered Remedies and Restorative Justice", 47 *Stan. J. Int'l L.* (por publicar en el 2011). Disponible en: http://ssrn.com/author=1095068

– "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", 46 *Colum. J. Transnat'l L.* 351 (2008). Disponible en: http://ssrn.com/author=1095068

ASTETE MUÑOZ, S., "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: avances y retos", en FERNÁNDEZ LIESA (Dir.), *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano,* Thomson-Civitas, Madrid, 2009, pp. 41-80.

AUBERT, Maurice, "The question of superior orders and the responsibility of Commanding Officers in the Protocol additional to the Genève Conventions of 12 August 1949 and relating to the protection of victims on international armed conflicts (Protocol I) of 8 June 1977", *Revista Internacional de la Cruz Roja, nº* 263, marzo-abril 1988, pp. 105 y ss.

BASSIOUNI, M. Cherif, *The Statute of the International Criminal Court, A documentary History*, Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 1998.
- "Searching for Peace Achieving Justice: The need for accountability", *Nouvelles Etudes Penales*, Vol. 14, Toulouse, 1998.
- *Derecho Penal Internacional,* Tecnos, Madrid, 1984.

BAZAN, V. (Dir.), *La judicialización de los Derechos Humanos*, AADI-Ediciones Legales, Perú, 2009.

BERISTAIN, C., *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Tomo 1 y 2, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2008.

BITTI, G. y GONZÁLEZ, G., "La participación de las víctimas ante la Corte Penal Internacional", en J. GUEVARA y T. DEL MASO, *La Corte Penal Internacional: una visión Iberoamericana*, México, Editorial Porrúa, 2005.

BOAS, Gideon; BISCHOFF, James L; y REID, Natalie L., *International Criminal Law Practitioner Library, Volume II, Elements of Crimes under international law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y CONDORELLI, Luigi, "Nueva interpretación del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra para la protección de los intereses colectivos", *Revista internacional de la Cruz Roja*, núm. 837, 2000, pp. 67-87.

BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho Internacional penal: estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004.

BOS, Adriaan, "The International Criminal Court: Recent Developments", en HEBEL et al (eds.), *Reflections on the International Criminal Court,* TMC Asser Press, The Hague, April, 1999.

BOTERO, C., y RESTREPO, E., "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", en R. UPRIMNY *et. al.*, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad —DeJuSticia—, Bogotá, 2006.

BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 6ª Ed., Oxford, 2003.

BUXBAUM, R. A., "Legal history of International Reparations", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 23.2, University of California, 2005.

CANÇADO TRINDADE, A. A., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esencia y Trascendencia (votos en la CIDH 1991-2006)*, Porrúa - Universidad Iberoamericana, México, 2007.
- "La Consolidación de la Personalidad y Capacidad Jurídicas Internacionales del Ser Humano en la Agenda de los Derechos Humanos del Siglo XXI", en A. A. CANÇADO TRINDADE y M. E. VENTURA ROBLES (ed.), *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª Ed., 2003.

CAPELLA i ROIG, M., *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- "La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad como proceso y resultado del derecho internacional general", en *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. 5, 2004, pp. 49-78.

CARRILLO SALCEDO, J., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo,* Tecnos, Madrid, 1996.

CARRILLO, A. J., "Justice in Context: The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past", en DE GREIFF, P. (editor), *Handbook of Reparations*, ICTJ-Oxford University Press, New York, 2006, pp. 504-538.

CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2ª Edición, Nueva York, 2008.
- "A big step forward for international justice", *Crimes of War Project Magazine*, December 2003.
- *Et al.*, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Oxford University Press, New York, 2002.

CATTANI, H., "La llamada 'búsqueda de la verdad' por los tribunales federales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* 8*,* Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 1461-1470.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Parthenon, Madrid, 2007.

CICR, *Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra,* Documento informativo del Comité Internacional de la Cruz Roja.

COHEN-JONATHAN, Gérard, "Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme", en Société Française pour le Droit International, *La responsabilité dans le système International*, Editions A. Pedone, Paris, 1991, pp. 101 y ss.

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2007.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *El derecho a interponer recursos y obtener recursos por graves violaciones a derechos humanos*, Serie de Guía para profesionales, Núm. 2, Ginebra, 2006.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *El proceso penal de justicia y paz. Compilación de autos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,* Tomo I, Centro Internacional para la justicia transicional, Bogotá, 2009.

CRAWFORD, James, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'état*, Editions Pedone, Paris, 2003.

DANIELI, Y., "Justice and Reparations: Steps in the healing process", *Nouvelles Etudes Penales*, Vol. 14, Toulouse, 1998.

DE GREIFF, P., "Justice and Reparations", en DE GREIFF, P. (editor), *Handbook of Reparations*, ICTJ-Oxford University Press, New York, 2006, pp. 451-477.

DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público,* Tecnos, Madrid, 1999.

DIMOULIS, D.; MARTINS, A.; SWENSSON JÚNIOR, L. (eds.), *Justiça de Transição no Brasil*, São Paulo, 2010.

DOMÍNGEZ MATÉS, Rosario, "La doctrina de la responsabilidad del mando a la luz de la actual jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia", *Revista Española de Derecho Militar,* nº 91, enero-junio, 2008, pp. 17 y ss.

DONDÉ MATUTE, Javier, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su relevancia para el Derecho Penal Internacional*, INACIPE, México, 2006.

DRNAS de CLEMENT, Z., "¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una cuarta instancia?", *XVIII Reunión conjunta de Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires*, Serie II-Obras-nº 33, Buenos Aires, 2009, pp. 5 y ss.

DULITZKY, A., "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en OLLÉ SESÉ, M.; ACEBAL MONFORT, L.; GARCÍA SANZ, N. (coords.), *Derecho internacional de los Derechos Humanos: su vigencia para los Estados y para los ciudadanos,* Anthropos, Barcelona, 2009, pp. 194-201.

EL ZEIDY, Mohamed M., "The Ugandan Government Triggers the First Tests of the Complementarity Principle: An Assessment of the First State's Party Referral to the ICC", *International Criminal Law Review*, vol. 5, 2005, pp. 83-119.

– "The principle of complementarity: A new machinery to implement International Criminal Law"*, Michigan Journal of International Law*, Vol. 23, Num. 4, 2002, pp. 869-975.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, "La Corte Penal Internacional", en M. DÍEZ DE VELASCO, *Las Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 13ª Ed., Madrid, 2003.

– *El Principio de Complementariedad en La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional. Casa de América, Madrid, 2000.

FARALDO CABANA, Patricia, "Artículo 78", en P. FARALDO CABANA (dir.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

– "Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el Derecho penal español", *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 2ª época, núm. 16, julio 2005, pp. 29-78.

FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3ª Ed., San José, Costa Rica, 2004.

FDZ-TRESGUERRES, J. Antonio, "La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 mayo-11 junio 2010", *Documentos de opinión del Instituto Español de Asuntos Estratégicos*, No. 10/2010, Ministerio de la Defensa, septiembre de 2010.

FENRICK, William J., "Responsibility of commanders and other superiors", en TRIFFTERER, Otto (editor), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 515 y ss.

FERNANDEZ de GURMENDI, S. A., "Definition of victims and General Principles", en R. S. LEE. (ed.), *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Trasnational Publishers, Nueva York, 2001, pp. 427 y ss.

– "The Role of the International Prosecutor", en R. LEE (coord.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 175-188.

FERNÁNDEZ FLORES, José Luis, "Delitos contra las leyes y usos de la guerra (Artículos 69 a 78)", en R. BLECUA FRAGA y J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (coords.), *Comentarios al Código penal militar*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 807-845.

FERNÁNDEZ MEIJIDE, G., *La historia íntima de los derechos humanos en la Argentina*, Sudamericana, Buenos Aires, 2009.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, 2ª ed., Madrid, 2001.

FERRER LLORET, J., *Responsabilidad Internacional del Estado y Derechos Humanos*, Tecnos - Universidad de Alicante, 1998.

FLORES, M., "Desarrollo de la responsabilidad penal individual", en Z. DRNAS DE CLÉMENT (coord.), *Estudios de Derecho Internacional Público - En homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Lerner Editores, Córdoba, 2002.

FUENTE COBO, Ignacio, "Operaciones de paz para el siglo XXI: Un concepto en evolución". [En línea], Universidad de Granada. Disponible en: http://www.ugr.es/~ceas/Misiones%20de%20paz/Operaciones%20de%20paz%20para%20el%20siglo%20XXI.pdf [Consulta: febrero de 2011]

GARCÍA ARÁN, M., "Artículo 615 *bis*", en J. CÓRDOBA RODA y M. GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo II*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en AAVV, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Memoria del seminario, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2ª edición, San José, 2003, pp. 129-158.

GARCÍA SANZ, N., y ACEBAL MONFORT, L., "Mecanismos para la garantía de los Derechos Humanos en las Naciones Unidas", en OLLÉ SESÉ, M.; ACEBAL MONFORT, L.; GARCÍA SANZ, N. (coords.), *Derecho internacional de los Derechos Humanos: su vigencia para los Estados y para los ciudadanos,* Anthropos, Barcelona, 2009, pp. 170-176.

GARCÍA-GODOS, Jemina, "Victim reparations in transitional justice: What is at stake and why", *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter (Nordic Journal of Human Rights)*, vol. 26 (II), pp. 111-130. Disponible en: http://www.idunn.no/file/ci/11343695/ntmr_2008_02_pdf.pdf

GIL GIL, A., "Artículo 615 *bis*", en M. GÓMEZ TOMILLO (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2011.

– "España", en K. AMBOS y E. MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América latina y España*, Montevideo, 2003.

– "Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los Elementos de los crímenes", en K. AMBOS (coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos Post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "La omisión impropia en la dogmática penal alemana", *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 9, 1999, pp. 357 y ss.

– "Causalidad, omisión e imprudencia", en C. M. ROMEO CASABONA (ed.), *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*, Comares, Granada, 1997, pp. 80 y ss.

– en el Prólogo del *Código Penal,* Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pp. XXIV y XXV.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., "La parte general del Estatuto de la Corte Penal Internacional", *Actualidad Penal*, nº 41, 2003.

– "Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho penal español", en E. BACIGALUPO ZAPATER (Dir.), *El Derecho penal internacional*, CGPJ, Madrid, pp. 16 y ss.

GONZÁLEZ MORALES, F., "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: principales aspectos", en FERNÁNDEZ LIESA, C. (Dir.), *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano,* Thomson-Civitas, Madrid, 2009, pp. 81-109.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta de justicia penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GUARIGLIA, F., "The selection of cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court", en C. STAHN y G. SLUITER (coords.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2009, pp. 209-217.

GUEMBE, María Jose, "Economic Reparations for Grave Human Rights Violations: The Argentinean experience", en DE GREIFF, Pablo (ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, 2006, pp. 21-54.

HALL, C., "Article 7. Crimes against humanity", en TRIFFTERER, O. (ed), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court,* C. H Beck oHG, 2ª ed., München, 2008.

HAWKINS, Darren, y JACOBY, Wade, "Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts for Human Rights," presentado durante la *Annual Meeting of the American Political Science Association* (2008).

HAYNIER, P. B., *Unspeakable Truths. Facing the Challenge of Truth Commissions*, Routledge, New York & London, 2002.

HELLER, K. J., "Situational Gravity under the Rome Statute", en C. STAHN y L. VAN DEN HERIK (coords.), *Future Directions in International Criminal Justice*, T. M. C. Asser/ Cambridge University Press, The Hague, 2009.

HENCKAERTS, Jean Marie y DOSWALD-BECK, Louise (Eds.), *Customary International Humanitarian Law* (2 tomos), CICR y Cambridge University Press, 2005.

HOLMES, J. T., "The Principle of Complementarity", en R. LEE (coord.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 41-78.

HUERTAS DÍAZ, CÁCERES TOVAR, *et. al.*, *CADH, Doctrina y jurisprudencia*, Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 2005.

JUROVICS, Y., *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Librairie Générale de Droit de Jurisprudence, Paris, 2002.

KAWABATA, A., "Reparación de las violaciones de Derechos Humanos en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos", en M. ABREGÚ y C. H. COURTIS (Comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Edit. Del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997, pp. 365 y ss.

KECK, M. E., y SIKKINK, K.**,** *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics,* Cornell University Press, Ithaca-London, 1998.

KIM, H. y SIKKINK, K., "Explaining the Deterrence Effect of Human Rights Prosecutions for Transitional Countries", *International Studies Quarterly* 54, 2010, pp. 939-963.

KLEFFNER, J. K., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press, 1ª Ed., Nueva York, 2008.

KREβ, C., y GROVER, L., "International Criminal Law Restraints in Peace Talks to End Armed Conflicts of a Non-International Character", en M. BERGSMO y P. KALMANOVITZ (coords.), *Law in Peace Negotiations*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo, 2009, pp. 29-53.

LAMARCA PÉREZ, C., "El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile", en *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos In Memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Salamanca, Cuenca, 2001.

LEE, R., *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues. Negotiations. Results,* Kluwer Law International, The Hague, 1999.

LIROLA DELGADO, I., y MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La Corte Penal Internacional*, Ariel, Barcelona, 2001.

LLANOS MANSILLA, H., *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público. La Persona humana ante el Derecho Internacional,* T. III, Edit. Jurídica de Chile, 3ª Ed., Santiago, 2011.

LÓPEZ ZAMORA, L., "Algunas reflexiones en torno a la reparación por satisfacción ante violaciones de normas de protección de derechos humanos y su relación con la teoría general de la responsabilidad internacional del Estado", *American University. International Law Review*, num. 23, 2008, pp. 183 y ss.

LUBAN, David, "A theory of crimes against humanity", *Yale Journal of International Law* 29 (2004) 85.

LUTZ, Ellen, y SIKKINK, Kathryn, "The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America", *Chicago Journal of International Law*, 2, 2001, pp. 1-34.

MALAMUD-GOTI, J. E., y GROSSMAN, L. S., "Reparations and Civil Litigation: Compensation for Human Rights Violations in Transitional Democracies", en DE GREIFF, P. (editor), *Handbook of Reparations*, ICTJ-Oxford University Press, New York, 2006, pp. 539-559.

MALARINO, Ezequiel, "La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón", en: *El Dial*, edición del 14 de septiembre de 2009.

– "Informe de Argentina", en K. AMBOS y E. MALARINO (editores), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, KAS, Montevideo, 2003.

MANTILLA MARTÍNEZ, M., "Hacia el pleno reconocimiento del derecho a la reparación de las víctimas. Un desafío para la Corte Penal Internacional", en R. A. PRIETO SANJUÁN (ed.), *Corte Penal Internacional. Salvaguardas y revisión del Estatuto de Roma*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, pp. 202 y ss.

MÁRQUEZ CARRASCO, M. C., "Los elementos específicos de las conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad en Derecho Internacional Penal", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 10, 2008, pp. 5-69.

– "Los elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en Derecho Internacional Penal", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 9, 2008, pp. 17-31.

– *El proceso de codificación y desarrollo progresivo de los crímenes contra la humanidad*, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008.

MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J. L., "Definición de "militares" (Artículo 8º)", en R. BLECUA FRAGA y J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (coords.), *Comentarios al Código penal militar*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 215-244.

MAUGERI, A. M., *La responsabilità da comando nello statuto della Corte Penale Internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007.

MELONI, Chantal, "Superior responsibility for acts of torture committed by subordinates under international criminal law. The case of U. S. abuse against Iraqi prisoners", *Cahiers de Defense Sociale*, 2006, pp. 91 y ss.

MERTENS, Mitja, *The International Criminal Court: a European Success Story?*, EU Diplomacy Papers. Department of EU International Relations Studies. College of Europe. 1/2011.

MIGNONE, E., "Editorial: El derecho a la verdad", *Boletín CELS*, año 10, nº 42, julio-agosto de 1998.

MINOW, M., "Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence", *Journal of International Affairs*, Beacon Press, 1999.

MORTE GÓMEZ, C., *El Procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Requisitos de Admisibilidad de la Demanda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

NADYA SADAT, L. (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, 2011.

NOVARO, M., y PALERMO, V., *Historia argentina. La dictadura militar 1976/1983. Del golpe de Estado a la restauración democrática*, Paidós, Buenos Aires, 2003.

OLÁSOLO, Héctor, "The Role of the International Criminal Court in Preventing Atrocity Crimes through Timely Intervention", en H. OLÁSOLO, *Essays in International Criminal Law*, Oxford, Portland: Hart Publishing, 2011.

– "La influencia en la Corte Penal Internacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparaciones de víctimas", en G. ELSNE (ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2010.

– "Cuestiones Procesales y Procedimentales sobre la posición de la víctima en las actuaciones ante la Corte Penal Internacional", en K. AMBOS y M. de HOYOS SANCHO (Dir.), *Cuestiones en la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, pp. 75 y ss.

– *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2009.

– "Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional", en J. ALMQVIST, y C. ESPÓSITO (coords.), *El papel de los tribunales en*

contextos de justicia transicional: oportunidades y desafíos actuales en la región Iberoamericana, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, AECID, Madrid, 2009.
– "El desarrollo en Derecho Penal Internacional de la coautoría mediata: Del caso Stakic contra el Presidente de la Región de Prijedor ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia a los casos Katanga, Ngudjolo y Bemba contra los Comandantes en Jefe de las Milicias FRPI y FNI y el Ex Vicepresidente de la República Democrática del Congo ante la Corte Penal Internacional", *Revista Española de Derecho Militar,* núm. 91, enero-junio 2008, pp. 43 y ss.
– "The Lack of Attention to the Distinction between Situations and Cases in National Laws on Cooperation with the ICC: Special Attention to the Spanish Case", *Leiden Journal of International Law*, vol. 20, 2007, pp. 193-205.
– *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Boston: Martinus Nijhoff, Leiden, 2005.

OLÁSOLO, H., y CARNERO ROJO, E., "The Application of the Principle of Complementarity to the Decision of Where to Open an Investigation: The Admissibility of *Situations*", en C. STAHN y M. M. EL ZEIDY (coords.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge University Press, 2011.

OLÁSOLO, H., y GALAIN, P., "La influencia en la Corte Penal Internacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas", en K. AMBOS *et al* (editores), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung e V. 2010.

OLÁSOLO, H., y KISS, A., "El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de Participación de Víctimas", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 12-13, 2010, pp. 13 y ss. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/

OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para Crímenes Internacionales,* La Ley, Madrid, 2008.

OLLÉ SESÉ, M., y LAMARCA PÉREZ, C., "La reforma del principio de Justicia Universal", *La Ley Penal,* núm. 83, año VIII, Madrid, 2011, pp. 12-19.

OLMO PASTOR, J. A. del, "Delitos contra los deberes del mando (Artículos 130 a 143)", en R. BLECUA FRAGA y J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (coords.), *Comentarios al Código penal militar*, Civitas, Madrid, 1988.

ORE AGUILAR, G., "Derecho a la reparación y género en los conflictos armados", en F. GÓMEZ ISA (Ed.), *El Derecho a la memoria. Instituto de Derechos Humanos*, Empleo e Inserción social de la Diputación de Guipúzcoa, Bilbao, 2006, pp. 77 y ss.

PARENTI, P., "The Prosecution of International Crimes in Argentina", *International Criminal Law Review*, 10, 2010, pp. 491-507.
– "Argentina", en K. AMBOS y E. MALARINO (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*, KAS, Montevideo, 2008, pp. 21-66. Disponible en: http://www.kas.de/proj/home/pub/13/1/year-2008/dokument_id-13211/index.html.

PARENTI, P., y POLACO, I., "Argentina", en K. AMBOS (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, ProFis, Bogotá, 2011, pp. 131-176. Disponible en: http://www.profis.com.co/anexos/documentos/pdfpublicaciones/GIZ-%20Seleccion%20y%20priorizacion%20web.pdf

PASQUALUCCI, J. M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

PASTOR, D., "Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *Colección Internacional nº 13*, Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia, 2009, pp. 160 y ss.

PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, "Consideraciones sobre la aplicación del Derecho internacional humanitario, con especial referencia a su aplicación en el orden interno", *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber. Persona Humana y Derecho internacional*, vol. II, Bruselas, 1997, pp. 1087-1113.

PÉREZ GONZÁLEZ, M., y ABAD CASTELOS, M., "Los delitos contra la comunidad internacional en el Código Penal español", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 3, 1999.

PÉREZ MANZANO, M., *La Prohibición Constitucional de Incurrir en el Bis in Idem,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

– "La impunidad de la participación imprudente en el Código Penal de 1995", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. extraordinario, 2000.
– *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, Civitas, Madrid, 1999.

PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, J. P., "Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional", *American University Internacional Law Review*, Vol. 23, Num. 1, Washington, 2008, pp. 8 y ss.
– "El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2008, México, pp. 599-642, Disponible en: http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/8/cmt/cmt18.pdf.

PHILIPPE, X., "Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión", *Internacional Review of the Red Cross*, núm. 862, junio de 2006.

PIGNATELLI Y MECA, Fernando, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003.
– "El Código Penal Militar. Perspectivas de «lege ferenda»", en F. PÉREZ ESTEBAN (dir.), *El derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 146-150.

PIGRAU SOLÉ, A., "Hacia un sistema de justicia internacional penal: cuestiones todavía abiertas tras la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", en *Creación de una jurisdicción penal internacional*, BOE, Madrid, 2000, pp. 63-74.

PIRAGOOFF, D. K, "Article 30: Mental Element", en TRIFFTERER, Otto (editor), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court,* Nomos, Baden-Baden, 1999.

PUEYO LOSA, Jorge, "Derechos humanos, crímenes de guerra y globalización de la justicia", *Revista Española de Derecho Militar,* nº 83, enero-junio 2004.

QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

RASTAN, R., "What is a 'case' for the purpose of the Rome Statute?", *Criminal Law Forum*, 19, 2008, pp. 435-448.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, *Número monográfico sobre la Justicia Penal Internacional en el Siglo XXI,* Núm. 86, julio-diciembre 2005.

REY, S. A., "Desarrollo en materia de reparaciones no pecuniarias en el sistema interamericano de derechos humanos", en V. BAZAN (Dir.), *La judicialización de los Derechos Humanos*, AADI-Ediciones Legales, Perú, 2009, pp. 195 y ss.

RINCÓN, T., *Verdad, Justicia y Reparación. La justicia de la justicia transicional*, Universidad del Rosario, Colombia, 2010.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., "Aspectos procesales más relevantes presentes en los Estatutos de los Tribunales penales internacionales: condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales", en *Creación de una jurisdicción penal internacional*, BOE, Madrid, 2000, pp. 167-190.

RODRÍGUEZ CEDEÑO, V., y BETANCOURT CATALÁ, M., *Introducción al estudio del Derecho de los Tratados*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie de Estudios, 90 Caracas, 2010.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "Comentario al artículo 11", en *Comentarios al Código penal,* Ed. Civitas, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, "Capítulo 2. Fuentes. El sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario", en *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, 2ª Edición, Valencia, 2007.
– "La reforma del Código penal español por Ley Orgánica 15/2003: un paso al frente en «la criminalización de la barbarie»", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 82, 2003, pp. 220 y ss.
– "Los Principios Generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma", *Revista Española de Derecho Militar,* núm. 75, 2000.
– "El Código penal militar en el sistema penal español. Principio de especialidad y concurso de leyes", en F. PÉREZ ESTEBAN (Dir.), *El derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 21 y ss.

ROHT-ARRIAZA, Naomi, "Reparations Decisions and Dilemmas", 27 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 157, 180 (2004).

– "Reparations in the aftermath of repression and mass violence", en STOVER, E., y WEINSTEIN, H. M (eds.), *My Neighbor, My Enemy. Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity,* Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

ROJAS BÁEZ, J., "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y los criterios del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos", *American University Internacional Law Review*, Vol. 23:91, Washington, 2007, pp. 91 y ss.

ROSS, James, "Cuando se infringen los principios básicos del derecho: La respuesta jurídica de Estados Unidos ante los casos de tortura después del 11 de septiembre de 2001", *Revista Internacional de la Cruz Roja,* núm. 867, septiembre de 2007.

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 4. Auflage, Beck, München, 2006.

RUEDA FERNÁNDEZ, C., "Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿Por fin la esperada definición?", en J. A. CARRILLO SALCEDO (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 301-324.

SAAVEDRA ALESSANDRI, P., "La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de derechos humanos y sus consecuencias", en AAVV, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, un cuarto de Siglo: 1979-2004*, Corte IDH, San José de Costa Rica, 2005, pp. 408 y ss.

SACOUTO, Susana, y CLEARY, Katherine, "The Gravity Threshold of the International Criminal Court", *American University International Law Review*, Vol. 23, Num. 5, 2008, pp. 807-854.

SALMON, Elizabeth, *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho interno de los Estados*, Palestra, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007.

SALVIOLI, F., "Algunas reflexiones sobre la indemnización en las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Serie: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Tomo III, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1995, pp. 160 y ss.

SÁNCHEZ PATRÓN, J., "La distinción entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda", *Revista española de derecho militar*, núm. 78, 2001, pp. 53-86.

SÁNCHEZ, H., y SÁNCHEZ, R. E., *Código de Derecho Penal Internacional*, Editorial Universidad del Rosario/DIKE, 2007.

SATZGER, H., y KAYSER, J., "Ne Bis in Idem en el Derecho Penal Internacional: muchas preguntas a segunda vista", en ARROYO, L., y NIETO, A., *El Principio de Ne Bis in Idem en el Derecho Penal Europeo e Internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, pp. 95-111.

SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, New York, 2010.

– "Prosecutorial discretion and gravity", en STAHN, Carsten, y SLUITER, Göran (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 229-246.

– "Principios Generales de derecho penal", en K. AMBOS y O. J. GUERRERO (compiladores), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad de Colombia, 1999, pp. 298 y ss.

SEILS, P., "The Selection and Prioritization of Cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court", en M. BERGSMO (coord.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo, 2009, pp. 55-60.

SHELTON, D., *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El nuevo Código penal: Cinco cuestiones fundamentales,* J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

SLAUGHTER, Anne-Marie, "A Global Community of Courts", *Harvard International Law Journal*, 44, 2003, pp. 191-219.

SMIDT, Michael L., "Yamashita, Medina, and Beyond: Command Responsibility in Contemporary Military Operations", *Military Law Review,* Vol. 164, June 2000, pp. 155 y ss.

SOARES, I. (ed.), *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*, Belo Horizonte, 2009.

STAHN, C., "La Geometría de la Justicia Transicional: Opciones de Diseño Institucional", en RETTBERG, A. (Comp.), *Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional*, Ediciones Uniandes, Bogotá (Universidad de los Andes), 2005.

TANGERINO, D., "Direito penal e justiça de transição: algumas ponderações críticas", en SABADELL, A. y SIMON, J. M., *Justiça de Transição no Brasil*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

– "O Direito penal como instrumento de Justiça de Transição: o caso Brasil", *Revista Acervo. Arquivo Histórico Nacional*, 2010, en prensa.

TAYLOR, M., "Protección jurisdiccional de los Derechos Humanos en el Sistema Europeo", en OLLÉ SESÉ, M.; ACEBAL MONFORT, L.; GARCÍA SANZ, N. (coords.), *Derecho internacional de los Derechos Humanos: su vigencia para los Estados y para los ciudadanos,* Anthropos, Barcelona, 2009, pp. 179-193.

THAN, C. de, y SHORTS, E., *International Criminal Law and Human Rights*, Sweet&Maxwell Limited, Londres, 2003.

TRIFFTERER, O., "Domésticos de ratificación e implementación", en K. AMBOS (coord.), *La nueva Justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 25 y ss.

UPRIMNY, R., *Reparaciones transformadoras de violaciones masivas a los derechos humanos: entre justicia correctiva y justicia distributiva*, Universiteit Utrecht, Holanda, 2009.

– "El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", en D. O'DONNELL, I. M. UPRIMNY y A. VILLA (comps.), *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional,* Oficina Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2001.

VALENCIA, Alejandro, "La aplicación del derecho internacional humanitario dentro del marco de la Ley de Justicia y Paz", Mimeo, marzo de 2010.

VERBITSKY, Horacio, "Entre olvido y memoria", en G. ANDREOZZI (coord.), *Juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Atuel, Buenos Aires, 2011.

VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos,* Trotta, 1ª reimpresión, Madrid, 2006.

WEISSBRODT, David, y BARTOLOMEI, Maria Luisa, "The Effectiveness of International Human Rights Pressures: The Case of Argentina 1976-1983", *Minnesota Law Review* 75, 1991.

WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

WILLIAMSON, Jaimie Allan, "Reflexiones acerca de la responsabilidad del mando y la responsabilidad penal", *Revista Internacional de la Cruz Roja,* 870, junio 2008, pp. 303 y ss.

WILMSHURST, E., "Jurisdiction of the Court", en R. LEE (coord.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 127-142.

YEE, L., "The International Criminal Court and the Security Council", en R. LEE (coord.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 143-152.

ZAVALA, A., y UGÁS, F., *Buenas prácticas en las entrevistas de víctimas de violaciones graves de Derechos Humanos,* trabajo en la clínica jurídica Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, inédito, Madrid, 2008.

Anexo I

Situación hipotética del certamen de simulación judicial de la Corte Penal Internacional en lengua española

EDICIÓN DE 2011

X EDICIÓN DE LA COMPETENCIA "VÍCTOR CARLOS GARCÍA MORENO" SOBRE PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Situación en la República de Almeres

Audiencia sobre la solicitud de autorización para iniciar la investigación de la Fiscalía

Prof. Héctor Olásolo/ Enrique Carnero-Rojo/ Diana Contreras-Garduño

Clínica Jurídica sobre Conflicto Armado, Derechos Humanos y Justicia Internacional de la Universidad de Utrecht & Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH)

Original: Español **ICC-04/11**

Fecha: 15 de enero de 2011

SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES VI

SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA DE ALMERES

Compuesta como sigue: **Magistrada Presidente**
Magistrada
Magistrada

Decisión convocando una audiencia conforme al artículo 15 (4) ER sobre la solicitud de autorización de la Fiscalía para el inicio de una investigación en la República de Almeres

I. ANTECEDENTES DE HECHO[1]

1. La República de Almeres[2] es un Estado de 150.000 kilómetros cuadrados y una población aproximada de 50 millones de habitantes.

2. La República de Almeres[3] colinda en el norte con la República de Heraldo; al sur con la Federación de Estados de Gonda; al este con la República de Chelsia y al oeste con el Estado de Federania. Para el 1 de julio de 2002, todos ellos son parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos y son Estados Partes del Estatuto de Roma[4].

3. La capital de la República de Almeres es Estrella y se encuentra situada en el norte del país.

4. La República de Almeres se constituyó en Estado tras su independencia de Hispania en 1810 y promulgó su Constitución el mismo año. Desde entonces Almeres se ha consolidado como un Estado democrático.

5. La tradición democrática de la República de Almeres se vio interrumpida por el régimen dictatorial del General René Gómez durante los años 1920 a 1932. A diferencia de otras dictaduras, el General René Gómez llegó al poder por la vía democrática siendo candidato presidencial del Partido Social Nacional (PSN). Sin embargo, su ambición de poder lo llevó a instaurar un gobierno autoritario.

6. Las elecciones generales celebradas tras la muerte del General René Gómez en 1932 se caracterizaron por el enfrentamiento electoral entre el Partido Social Nacional (PSN) y el Partido del Frente Revolucionario (PFR). Luis Domínguez Malvaez candidato del PFR fue declarado vencedor de las mismas.

7. Desde entonces, y a pesar de que la Constitución de 1810 de la República de Almeres limita a un máximo de cinco años sin posibilidad de reelección los periodos presidenciales, el PFR se mantuvo en el poder hasta el año 1999.

8. La República de Almeres vivió un momento histórico en el año 1999 cuando por primera vez en la historia de este Estado, el candidato por el PSN, Hugo Cienvalles se posicionó en la silla presidencial. Durante el periodo presidencial de Cienvalles, se

---

1 La presente situación hipotética es el resultado de los hechos y las preguntas aclaratorias publicadas en la X Competencia "Víctor Carlos García Moreno" sobre procedimiento ante la Corte Penal Internacional. En la versión ahora publicada se han insertado como notas a pie de página las preguntas aclaratorias que resultan relevantes para el caso.

2 Tal y como se indica en las respuestas a las preguntas aclaratorias, el sistema de incorporación del Derecho Internacional en Almeres es un sistema monista (*pregunta 35*). La jerarquía de leyes en el Derecho interno de la República de Almeres será: 1. Constitución; 2. Tratados Internacionales ratificados por Almeres; 3. Leyes; y 4. Decretos. Los tratados internacionales ratificados por Almeres son de aplicación directa en el territorio de Almeres y sus normas tienen un valor superior a las normas legislativas nacionales pero inferior a las normas constitucionales. Sin embargo, los tratados de derechos humanos ratificados por Almeres tienen valor constitucional, y deben ser utilizados para interpretar las normas contenidas en propia Constitución de Almeres (*pregunta 38*).

3 La República de Almeres es Estado Parte de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (*pregunta 36*), de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (*pregunta 55*) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus Protocolos Facultativos (*pregunta 56*).

4 El Estado de Almeres no ha reformado su Código Penal para incluir los tipos penales de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra previstos en el Estatuto de Roma (*preguntas 10, 15, 31, 94 y 97*).

crearon cuatro nuevos partidos políticos: Partido por la Defensa Comunitaria (PDC), Partido Demanda Social (PDS), Partido Blanco Pacifista (PBP) y Partido Agrario (PA).

9. Si bien la legalización de los mencionados partidos permitió una "aparente" consolidación democrática, cabe señalar que en el año 2004 se formaron dos grandes coaliciones electorales. La primera formada por el PFR con el PDC el PDS. La segunda compuesta por el PSN con el PBP y el PA. De esta manera se estableció de hecho en la República de Almeres un sistema bipartidista en el que se creaban partidos "fantasmas" cuya función era la de legitimar la falta de representación de los sectores minoritarios y el amplio descontento social.

10. En las elecciones generales de 2004, la coalición liderada por el PSN alcanza nuevamente el mayor número de votos. Ante esa situación, el PFR decidió buscar el apoyo económico y político de los Estados vecinos de Heraldo y Gonda, y mientras que el PSN fortaleció sus relaciones con grupos católicos nacionales e internacionales.

11. Las administraciones del PFR primero, y del PSN posteriormente, se han caracterizado por unos niveles altos de corrupción, favorecidos por las importantes "mordidas" ofrecidas por actores económicos internacionales que desean operar en la República de Almeres. Dichos actores económicos ven a su vez frecuentemente apoyada su gestión por la actividad diplomática de sus países de origen.

12. Los altos índices de corrupción en la Administración Pública afectan de manera muy significativa a la calidad de la educación, la sanidad, las prestaciones por desempleo, y la planificación y ejecución de infraestructuras. Los niveles de corrupción no son inferiores en la Administración de Justicia, las Fuerzas Armadas y la Policía.

13. En las últimas elecciones de 2009, un tercer bloque político, denominado Alianza Nacional contra la Corrupción ("ANC"), creado en el 2008 se alza inesperadamente con la victoria en las elecciones.

14. El ANC es dirigido por sus miembros fundadores: un pequeño grupo de ex senadores y congresistas, junto con algunos antiguos miembros de las fuerzas armadas, la fuerza pública y los servicios de inteligencia. Su victoria se debe a que sabe aglutinar el descontento existente en:

a. una buena parte de la clase media por los altos niveles de corrupción en los dos partidos políticos tradicionales;

b. el campesinado por la inadecuada política de tierras en las últimas décadas;

c. las comunidades indígenas por los problemas ocasionados por la expansión de la política energética y las concesiones de explotaciones mineras, en territorios, reconocidos por Ley como de propiedad colectiva de dichas comunidades; y

d. una parte de las fuerzas armadas y de policía debido a las inadecuadas condiciones en que se presta el servicio y los abusos existentes a nivel interno, incluyendo la práctica de "dar garrote a los subordinados"[5], extendida entre los oficiales de alta y media graduación.

---

[5] Se entiende que la práctica de "dar garrote a los subordinados" consiste en poner al subordinado tumbado en el suelo boca abajo con las piernas extendidas, y golpearlo con una vara de madera (*pregunta 24*).

15. De esta manera, el 26 de enero del año 2009, el Sr. Luis María González, ex Senador del PFR, y presidente desde su fundación del ANC, es investido Presidente de la República de Almeres. Su gobierno se encuentra formado por quince ministros, entre los que se encuentran el Sr. Luis Fajardo (Ministros de Economía), el Sr. Juan Fernández de Roso (Ministro de Defensa), el Sr. Javier García (Ministro de Interior), la Sra. María Dolores Izquierdo (Ministra de Justicia) y la Sra. Ángela Conrade (Ministra de Exteriores).

16. Como primeras medidas, el nuevo Gobierno del ANC decide presentar a la Cámara de Representantes una batería de reformas legislativas de gran alcance, dirigidas a limitar los altos índices de corrupción existentes en las Administraciones Públicas, y a debilitar el control que sobre las mismas han ejercido en las últimas décadas los dos partidos tradicionales.

17. Los dos partidos tradicionales (PFR y PSN)[6], ahora en la oposición, utilizan todos sus resortes políticos, económicos y financieros, así como sus relaciones internacionales cultivadas durante décadas, para evitar la aprobación de los Proyectos de Ley sobre la Función Pública, el Régimen Fiscal, la Reforma Agraria, las Minas y Otros Recursos Energéticos, la Justicia, y las Fuerzas Armadas y de Policía. Asimismo organizan varias jornadas de movilización en la calle, y una campaña de desacreditación del nuevo gobierno en la prensa nacional e internacional[7].

18. En una situación de constante confrontación y con una progresiva debilidad institucional, el nuevo Gobierno del ANC decide en junio de 2009 iniciar los trámites parlamentarios para la aprobación de una nueva Ley Electoral, por la que se pretende crear un nuevo Consejo Electoral, cuyos miembros serán elegidos por la Cámara de Representantes y por el Senado, lo que levanta enormes suspicacias entre los dos partidos tradicionales, que hasta el momento han controlado la Comisión Electoral.

19. La presentación del nuevo proyecto de Ley Electoral y la subsiguiente disolución en julio de 2009 de la Comisión Electoral, multiplican los actos de protesta en la calle, ocasionando graves disturbios durante el mes de agosto que ocasionan la muerte de un policía y tres manifestantes, y la destrucción de varios establecimientos comerciales en el centro de Estrella.

20. En vista de los graves disturbios producidos en el mes de agosto, el Sr. Luis María González, Presidente de la República, previa consulta con sus ministros de Interior y de Defensa, decide poner en marcha a través de la Agencia Almerense de Inteligencia ("AAI") el Programa "Ojo de Halcón", que consiste en la realización sistemática de escuchas telefónicas ilícitas a un amplio abanico de actores nacionales e internacionales que operan en la República de Almeres[8]. Con ello se pretende mejorar las labores de inteligencia para de esta manera anticipar los movimientos de la oposición[9] y evitar disturbios de la gravedad de los producidos en agosto

---

6 Ambos partidos conforman en este momento de manera conjunta y concertada la oposición al Gobierno del ANC (Alianza Nacional contra la Corrupción) (*pregunta 70*).

7 Estas actividades se realizan de manera coordinada (*pregunta 71*).

8 Estas escuchas telefónicas son realizadas de manera sistemática por la Agencia Almeriense de Inteligencia al margen de la legalidad vigente en el Estado de Almeres (*pregunta 72 y 73*). Las intervenciones telefónicas constituyen una limitación de un derecho fundamental a la privacidad consagrado en la Constitución del Estado de Almeres. Por ello, para que se puedan llevar a cabo se exige la autorización del Juez de Garantías previa demostración por la Fiscalía de la necesidad de adoptar dicha medida en la investigación penal que se avanza, y de la proporcionalidad de la misma (*pregunta 74*).

9 Ha de entenderse que las intervenciones telefónicas afectaron a miles de personas sospechosas de tener vínculos con la oposición política del PFR y del PSN (*pregunta 76*).

que han llevado a Almeres a las principales portadas de la prensa internacional. La operación "Ojo de Halcón" se pone en marcha el 1 de octubre de 2009.

21. Asimismo, el 21 de octubre de 2009, el Sr. Luis María González se reúne en Estrella con sus homólogos de los Estados vecinos de Chelsia y Federania (Sres. Ángel Fernández y Juan Sampayo) en la que tratan como tema principal la situación en la región, y en particular:

a. Los graves disturbios ocasionados durante el verano de 2009 en la República de Almeres; así como

b. El apoyo que los Estados de Heraldo y Gonda, varios grupos católicos internacionales, y una buena parte de la prensa regional e internacional continúan dando a los partidos tradicionales del PFR y del PSN, que, a juicio de los tres mandatarios reunidos en Estrella, son los principales responsables de los disturbios acaecidos así como de la situación de extrema tensión en que vive Almeres.

22. Al término de la reunión, los tres presidentes dan una rueda de prensa conjunta en la que hacen especial hincapié en los siguientes tres aspectos:

a. El reconocimiento por parte de los gobiernos de Almeres, Chelsia y Federania de la amenaza que la situación de tensión y graves disturbios que enfrenta la República de Almeres pueda afectar a la estabilidad en la región en caso de agravarse;

b. El compromiso de los gobiernos de Chelsia y Federania de incrementar la coordinación y cooperación policial, judicial y de inteligencia para evitar la expansión de dichos disturbios;

c. La creación de un nuevo programa denominado Coordinación de Inteligencia ("Corintel")[10], dirigido a la formación conjunta de agentes de los servicios de inteligencia de los tres Estados[11], así como a la armonización de sus protocolos de actuación a efectos de maximizar la eficacia de su actuación y facilitar el intercambio de información.

23. Ante el continuo empeoramiento de la situación económica, y la evidente estrategia de confrontación frontal adoptada por la oposición, el Presidente Luis María González autoriza al jefe de la Agencia Almerense de Inteligencia[12] para que el Programa Ojo de Halcón pueda incluir también (i) detenciones por un plazo superior al permitido por la ley; y (ii) ciertas medidas de coerción física para la obtención de información en casos extremos, que se desarrollarán bajo la estricta observación de personal con formación sanitaria, y no sobrepasarán de ninguna manera lo estipulado en el documento "Protocolo de Interrogación"[13] (documento que se encuentra en el archivo de la AAI y que ha sido calificado como "Confidencial por afectar a la Seguridad Nacional").

24. A partir de noviembre de 2009, comienzan a registrarse las primeras denuncias por detenciones arbitrarias y tortura ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos[14]. Para finales de

---

10 El programa "Ojo de Halcón" no se encuentra comprendido en CORINTEL. Este es un programa puesto en marcha de manera unilateral por el Estado de Almeres (*pregunta 80 y 81*).

11 Hay que suponer que, en principio, la AAI estaría formado por nacionales de Almeres (*pregunta 78*).

12 El director de la Agencia Almerense de Inteligencia se llama Héctor Olive (*pregunta 8*).

13 El Protocolo de Interrogación se desarrolla tras los incidentes de agosto de 2009 (*pregunta 18*).

14 La Comisión Nacional de Derechos Humanos del Estado de Almeres es un órgano de carácter administrativo que tiene como finalidades fundamentales: (i) la capacitación de los distintos funcionarios públicos del Estado de Almeres en materia de respeto a los derechos humanos, y en su caso de investigación de presuntas violaciones graves de

marzo de 2010, los informes de Amnistía Internacional, la Federación Internacional de Derechos del Hombre, IKV-Pax Christi, y el Centro Internacional de Justicia Transicional registran al menos un centenar de casos de detención arbitraria y tortura cometidos presuntamente por miembros de la AAI.

25. Con el regreso a la presidencia del Estado de Heraldo en noviembre de 2009 del Sr. Juan Bautista Piqueras, quien había generado unos estrechos vínculos con la dirigencia del PFR durante su primer mandato presidencial entre 2003 y 2006, se incrementa notablemente el apoyo político, económico, logístico, y mediático al movimiento de oposición[15] en la República de Almeres[16].

26. Así mismo, desde diciembre de 2009, comienzan a intensificarse los contactos entre varios dirigentes del FPR y del PSN, ciertos funcionarios del gobierno de Heraldo y aquella parte de la cúpula del ejército y de la policía de Almeres que se encuentra más cercana al FPR y al PSN, para incrementar las movilizaciones entre los funcionarios públicos, y los miembros de las fuerzas armadas y de policía, favorecer un incremento del nivel de violencia en los disturbios, y generar una mayor presión mediática internacional a los efectos de forzar al gobierno del ANC a convocar elecciones anticipadas.

27. En enero de 2010, estos contactos se traducen en una estrategia común de actuación que comenzaría con una concentración mensual el primer lunes de cada mes a la seis de la tarde en la Plaza Mayor de Estrella en recordatorio de los tres manifestantes muertos durante los disturbios acaecidos en agosto de 2009.

28. La primera concentración se programa para el 3 de abril. A pesar de no haber recibido la autorización de las autoridades locales[17] para llevarla a cabo, unas 100.000 personas se concentran en la Plaza Mayor de Estrella en dicha fecha. Entre los asistentes se encontraban seis grupos de unas treinta personas cada uno, que armados con varas de hierro y cócteles molotov, destrozaron las vitrinas de numerosos comercios de la Plaza Mayor y quemaron dos sucursales del Banco de la República de Almeres. Según manifestaciones de los asistentes a la concentración, los distintos grupos actuaban de manera coordinada y sus miembros seguían las instrucciones dadas por quienes parecían dirigir cada uno de los mismos[18].

29. Minutos más tarde aparecieron por las distintas entradas de Plaza unos 500 agentes antidisturbios de la policía de la República de Almeres[19], que sin mediar palabra, comenzaron a lanzar gases lacrimógenos y pelotas de goma contra las miles de personas todavía concentradas en la Plaza Mayor, incluidos los casi dos cientos manifestantes armados con varas de hierro y cócteles molotov[20].

---

derechos humanos; y (ii) presentar informes y recomendaciones al Ejecutivo y al Legislativo del Estado de Almeres sobre violaciones graves de derechos humanos presuntamente cometidas por funcionarios públicos de dicho Estado (*preguntas 1, 14 y 25*).

15 Oposición del PFR y del PSN (*pregunta 84*).

16 Este apoyo sólo se manifestó en las acciones concretas del párrafo 26. Se puede asumir que este apoyo es muy relevante en la actuación de la oposición en general (*pregunta 40*).

17 Es necesario recibir la autorización del Ministro del Interior (*pregunta 85*).

18 No se conoce la identidad de estas personas que parecían dirigir cada uno de los grupos (*pregunta 6*).

19 Los 500 agentes antidisturbios llegaron a la manifestación una vez comenzaron a realizarse los actos de vandalismo por algunos de los manifestantes (*pregunta 42*).

20 Si bien se conocía de la posible presencia de manifestantes, el gran número de personas que participaron en la manifestación y los actos de vandalismo extremadamente graves que se produjeron no fueron previstos con antelación

30. En medio del humo, los agentes antidisturbios se dirigieron contra los distintos grupos de manifestantes armados, que trataron de refugiarse entre el resto de manifestante que en medio de un griterío ensordecedor trataban de salir cuanto antes de la Plaza.

31. En el marco de la confusión comenzaron a escucharse disparos de armas privativas de los cuerpos de seguridad del Estado[21]. A continuación todo fue un caos: los manifestantes trataban de salir de la plaza; los agentes antidisturbios se lo impedían en su esfuerzo por identificar y detener a aquellos que se encontraban armados[22]; varias decenas de estos últimos, al darse cuenta que algunos de sus compañeros habían sido objeto de disparos a quemarropa de la policía, se lanzaron contra los agentes antidisturbios.

32. Al terminar los enfrentamientos la escena era dantesca: ocho manifestantes habían perdido la vida al ser pisoteadas en su intento de salir de la plaza, y otros cinco habían muerto por asfixia[23]. Además, casi cincuenta manifestantes tuvieron que ser trasladados al hospital para ser atendidos de contusiones graves.

33. Por su parte, los manifestantes muertos por herida de bala se elevaba a diecisiete, la mayoría de ellos por disparos a menos de un metro. Asimismo, otras cuarenta personas habían sufrido heridas de diversa consideración por arma de fuego[24].

34. Cinco agentes antidisturbios habían perdido también la vida por golpes recibidos con varas de acero, y otros veinte tuvieron que ser hospitalizados con heridas de diferente consideración. En las horas que siguieron al término de la concentración, se encontraron aproximadamente 250 casquillos de bala en la Plaza Mayor de Estrella[25].

35. Casi un centenar de detenidos fueron llevados a varias comisarías de policía, en donde fueron sometidos a un estricto interrogatorio. Al día siguiente, 35 de los detenidos fueron puestos a disposición de la Fiscalía General de la República, que procedió a formular imputación de cargos y a solicitar su prisión provisional[26] ante el Juez de Garantías[27]. Este último decretó su prisión provisional el mismo día 4 de abril.

36. El resto de los detenidos, tras pasar la noche en prisión, fueron puestos en libertad el 4 de abril de 2010, si bien, en un manifiesto firmado el 10 de abril de 2010 por una docena de los mismos afirmaron haber sido sometidos por agentes antidisturbios a prácticas de asfixia provocada durante el interrogatorio[28].

---

por los cuerpos de seguridad del Estado de Almeres. De esta manera, la estrategia del Capitán Ramírez es diseñada sobre la marcha a raíz de los graves altercados que comienzan a producirse (*pregunta 50*).

21 Conclusión en base a las declaraciones de numerosos manifestantes que se encontraban en el lugar de los hechos en el momento de escucharse los disparos (*pregunta 98*). Se encontraba armada la totalidad de los agentes antidisturbios presentes durante la manifestación (*pregunta 44*).

22 La legislación interna de la República de Almeres contempla la figura de "detención en flagrancia" (*pregunta 41*).

23 Los trece manifestantes muertos por pisoteos y asfixia no pertenecían a los grupos armados (*pregunta 86*).

24 Las personas heridas o muertas por armas de fuego ha de presumirse que pertenecían al colectivo de unas 180-200 personas que se encontraban armadas con varas y cócteles Molotov (*pregunta 86*).

25 Las balas encontradas en la Plaza Mayor de Estrella eran de las armas privativas de los cuerpos de seguridad del Estado de Almeres (*pregunta 4*).

26 Se les imputan los asesinatos de los cinco agentes públicos y lesiones graves causadas a otros veinte. Ha de presumirse que los imputados se encuentran todavía en prisión a la espera de juicio oral (*preguntas 13 y 47*).

27 La prisión provisional es decretada por un juez de garantías en sentido estricto [en vez de un juez de lo penal de primera instancia] (*pregunta 47*).

28 Los firmantes de la declaración afirmaron haber sido sometidos a prácticas de asfixia (*pregunta 99*).

37. Los incidentes de la Plaza Mayor de Estrella llenaron las portadas de la prensa nacional e internacional el 4 de abril de 2010, y fueron objeto de declaraciones de condena por varios mandatarios de la región, incluido el Sr. Juan Bautista Piqueras, presidente de Heraldo, así como los mandatarios de Gonda, Chelsia, y Federania. Si bien, mientras los dirigentes de Chelsia y Federania pusieron el énfasis en "los actos de provocación desarrollados por los varios centenares de manifestantes armados", los presidentes de Heraldo y Gonda condenaron sin paliativos "la matanza de manifestantes por los agentes anti-disturbios de la policía de la República de Almeres". En cualquier caso, los presidentes de estos cuatro países coincidían en la necesidad de realizar una investigación exhaustiva de los hechos. Esta misma necesidad fue subrayada en particular por los mandatarios de una docena de países con compañías con intereses en Almeres.

38. Al día siguiente de los hechos, el propio Secretario General de las Naciones Unidas, expresaba su "intensa preocupación" por los acontecimientos sucedidos el 3 de abril en Estrella, y esperaba que las autoridades de Almeres desarrollaran una investigación objetiva de los hechos y depuran las correspondientes responsabilidades. En términos similares, se expresó el Secretario General de la Organización de Estados Americanos.

39. Durante la semana del 4 al 11 de abril de 2010, el Fiscal de la Corte Penal Internacional recibió hasta tres comunicaciones individuales relativas a:

a. las escuchas ilícitas que con carácter generalizado[29] realizaban agentes del AAI desde noviembre de 2009 contra actores nacionales e internacionales asociados con la oposición política del PFR y del PSN;

b. los más de cien casos reportados hasta finales de marzo de 2010 de detenciones arbitrarias y torturas de personas presuntamente asociadas a la oposición política del PFR y del PSN;

c. el asesinato de, al menos, treinta manifestantes (ocho por contusiones, cinco por asfixia y diecisiete por herida de bala) en la concentración que tuvo lugar el 3 de abril en la Plaza Mayor de Estrella;

d. La lesiones físicas contra, al menos, 90 manifestantes en la mencionada concentración del 3 de abril (cincuenta por contusiones y 40 por heridas de bala);

e. las torturas ocasionadas a varios detenidos tras la concentración del 3 de abril;

40. Dichas comunicaciones fueron presentadas, conforme a los artículos 13 (c) y 15 del Estatuto de Roma, por (i) una delegación conjunta del PFR y del PSN; (ii) dos Organizaciones no Gubernamentales de la República de Almeres en representación de los familiares de varias de las víctimas mortales de los hechos acaecidos el 3 de abril en la Plaza Mayor de Estrella; y (iii) una Organización no Gubernamental con carácter internacional en representación de varias de las víctimas de detención arbitraria y tortura registradas entre noviembre de 2009 y marzo de 2010, y una delegación conjunta del PFR y del PSN.

41. Las Organizaciones no Gubernamentales referidas en el párrafo anterior deciden presentar simultáneamente sendas demandas en nombre de sus representados ante la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos.

---

[29] Afectaron a miles de personas sospechosas de tener vínculos con la oposición política del PFR y del PSN (*pregunta 76*).

42. Como consecuencia de las comunicaciones recibidas, el Fiscal de la Corte Penal decide iniciar el 12 de abril de 2010 un examen preliminar sobre la situación de crisis existente en el territorio de la República de Almeres desde el 26 de enero de 2009, fecha en que comienza la Presidencia del Sr. Luis María González.

43. Ante la exigencia de la Comunidad Internacional de que se investiguen la violaciones graves de derechos humanos presuntamente cometidas por miembros de la policía y de los servicios de inteligencia de Almeres contra personas pertenecientes, o al menos cercanas, a la oposición política del PFR y del PSN, el Gobierno del ANC decidió presentar ante el Parlamento de Almeres un Proyecto de Ley para la Indemnización de las Víctimas de la Concentración del 3 de abril, que fue aprobado en el 14 de mayo de 2010[30]. Asimismo, el Presidente de la República aceptó la dimisión de su cargo del Vice-Ministro de Interior[31], y el Ministro de Justicia, previa aprobación en el Consejo de Ministros, dio instrucciones a la Fiscalía General de la Nación[32] para que, además de los hechos acaecidos el día 3 de abril, investigase los supuestos casos de detenciones arbitrarias y torturas presuntamente acaecidos entre noviembre de 2009 y marzo de 2010. Si bien, en el marco de la misma la Fiscalía debería solicitar autorización del propio Presidente de la República para realizar diligencias que pudieran afectar a la Seguridad Nacional (tales como el acceso a documentos clasificados o la toma de declaración a testigos que posean información clasificada).

44. Como consecuencia de la investigación realizada en relación con los hechos ocurridos el 3 de abril, la Fiscalía General de la República de Almeres[33] imputó a título doloso 17 delitos de homicidio y 40 delitos de lesiones graves a aquellos diez agentes antidisturbios de la policía de Almeres que del expediente se deduce que recurrieron al uso de armas de fuego durante la disolución de dicha Concentración.

45. La Fiscalía procedió también a la imputación a título de imprudencia de 30 delitos de homicidio y 90 delitos de lesiones contra el capitán Luis Carlos Ramírez, quien comandaba el grupo de agente antidisturbios que procedió a la disolución de la concentración del 3 de abril. Según el acta de imputación, la estrategia diseñada por el capitán Ramírez conllevaba un alto riesgo de provocar la muerte, o lesiones graves, a un buena parte de los manifestantes congregados en la Plaza Mayor. Sin embargo, según la Fiscalía, del expediente en ningún momento se deduce que el capitán Ramírez fuera consciente de la tragedia que la estrategia por él mismo diseñada terminaría por acarrear.

46. Asimismo, la Fiscalía procedió a la imputación de doce delitos de lesiones graves en grado de tentativa dolosa contra los ocho funcionarios de policía antidisturbios que, de acuerdo con el expediente, se encontraban a cargo de los interrogatorios de los doce manifestantes sometidos a prácticas de asfixia.

---

30 El Proyecto de Ley es presentado al Parlamento el 14 de mayo de 2010 y es finalmente aprobado el 1 de septiembre de 2010 (*preguntas 90 y 107*).

31 Corresponde exclusivamente al Presidente de Almeres la decisión sobre si acepta o no dicha dimisión (*pregunta 27*). Tanto la dimisión del Vice-Ministro de Interior como las instrucciones dadas por el Ministro de Justicia al Fiscal General del Estado fueron discutidas en el Consejo de Ministros (*pregunta 103*).

32 Dicho acuerdo no es exigido por la legislación de Almeres, puesto que según la misma, corresponde exclusivamente el Ministro de Justicia la competencia para emitir estas instrucciones (*pregunta 27*).

33 La Fiscalía General es parte de la Estructura del Poder Ejecutivo y ha de seguir las instrucciones recibidas del Ministro de Justicia (*preguntas 63, 64 y 65*).

47. Finalmente, la Fiscalía imputó al General Luis Ángel Restrepo, Director General de Policía de la República de Almeres[34], la comisión imprudente de un delito de omisión propia[35] de prevenir[36]. Según la Fiscalía, el General Luis Ángel Restrepo actuó de manera negligente al no solicitar que el capitán Ramírez le informase de su estrategia para disolver la concentración en la Plaza Mayor de Estrella, lo que le hubiera alertado inmediatamente sobre los peligros que entrañaba su ejecución, y sobre la necesidad de adoptar medidas para modificarla.

48. Al General Luis Ángel Restrepo también se le imputa un delito doloso de omisión de su deber castigar, al no haber adoptado medida alguna para esclarecer los supuesto actos de práctica de asfixia que según los firmantes del Manifiesto sufrieron a manos de la policía antidisturbios una vez trasladados a diversas comisarías de Estrella.

49. Como resultado[37] de estas actuaciones[38], en el mes de julio de 2010 se produce la condena firme[39] de las personas a que se refieren los párrafos 44 a 48 del presente caso por los delitos allí imputados por la Fiscalía. Las penas impuestas oscilan entre los 3 años de privación de libertad para el General Luis Ángel Restrepo[40], pasando por los 7 años privación de libertad para el Capitán Carlos Ramírez[41], los 10 años de privación de libertad para los policías antidisturbios que infringieron las prácticas de asfixia a los manifestantes detenidos[42], y los 25 años

---

34 El Director General de la Policía depende del Ministerio del Interior (*pregunta 100*).

35 La legislación interna de Almeres prevé dos tipos penales de omisión propia por parte de los superiores jerárquicos por el incumplimiento del deber de adoptar todas las medidas a disposición de aquellas para (i) prevenir la comisión de delitos por subordinados; y (ii) castigar a los subordinados por los delitos cometidos. La legislación de Almeres prevé estos dos tipos penales en sus formas dolosa e imprudente tanto para superiores militares como para superiores no militares, si bien se limita a actos de los subordinados relacionados con el servicio (y por tanto no de naturaleza personal). En cuanto al contenido de la necesaria relación de subordinación entre el superior y el subordinado autor material de los delitos, el tipo penal de la legislación interna de Almeres se remite expresamente a su desarrollo en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales (*pregunta 51*).

36 El delito de omisión propia de prevenir se trata de un tipo penal independiente, de manera que al General se le está imputando la responsabilidad penal derivada del incumplimiento de su deber de prevenir, y no los delitos cometidos por sus subordinados (*pregunta 52*).

37 No se conoce la teoría que adopta el sistema penal interno de la República de Almeres en relación a la autoría/participación (Teoría del dominio del hecho, Empresa Criminal Común u otra) (*pregunta 29*). En lo referente a los grados de participación delictiva, la legislación penal interna de la República de Almeres distingue entre autores (directo, coautor y mediato), instigadores (a los que impone la misma pena) y cómplices (a los que impone una pena inferior en dos grados) (*pregunta 30*).

38 La legislación de Almeres admite la participación de las víctimas en el procedimiento penal en calidad de coadyuvantes de la Fiscalía. Ha de presumirse que en el marco de los procedimientos penales seguidos en Almeres contra el General Luis Ángel Restrepo, el Capitán Luis Carlos Ramírez y los demás agentes antidisturbios imputados, las víctimas se personaron en las actuaciones en calidad de coadyuvantes de la Fiscalía (*pregunta 96*).

39 La condena es firme (*pregunta 20*). En la legislación interna de Almeres hay tres instancias hasta que la sentencia causa estado: Primera Instancia, apelación y casación (*pregunta 53*). Las sentencias firmes contra el General Luis Ángel Restrepo, el Capitán Luis Carlos Ramírez y los demás agentes antidisturbios están siendo ya ejecutadas (*pregunta 100*).

40 Los delitos imprudentes de omisión propia del deber de prevenir y de omisión propia del deber de castigar se castigan en Almeres con prisión de 1 a 3 años (*preguntas 88 y 104*).

41 El delito de homicidio imprudente es castigado en Almeres con prisión de 5 a 10 años; el delito de lesiones graves es castigado en Almeres con prisión de 10 a 15 años (su comisión imprudente es irrelevante a los efectos del caso) (*preguntas 88 y 104*).

42 La tentativa de lesiones graves se castiga en Almeres con prisión de 5 a 10 años (*preguntas 88 y 104*); la tentativa de lesiones graves es aplicada en sentencia firme a los ocho funcionarios de policía que practicaron asfixia (*pregunta 108*).

de privación de libertad a cada uno de los policías antidisturbios que utilizaron sus armas de fuego para asesinar[43] a diecisiete manifestantes y causar lesiones graves a otros 40.

50. En relación con la supuesta práctica de detenciones arbitrarias y tortura, la Fiscalía General de la República, en su decisión de archivo de las actuaciones[44] emitida en agosto de 2010, señaló que no había encontrado indicios racionales de criminalidad en este sentido. Si bien al mismo tiempo especificó que en el desarrollo de sus investigaciones no había recibido autorización ni para acceder a documentos clasificados por razones de seguridad nacional por la AAI[45] ni para tomar declaración a testigos que hubieran sido expuestos a la información recogida en dichos documentos.

51. Finalmente, el 1 de septiembre de 2010, el Parlamento de la República de Almeres aprobó finalmente la Ley de Reparación para la Indemnización de las Víctimas de la Concentración del 3 de abril. En el mismo, se acoge un modelo mixto de reparación en el que se da prioridad a las reparaciones de naturaleza colectiva de carácter simbólico, tales como (i) el nombramiento de una plaza en honor a las víctimas de dicho evento; (ii) la creación de una sección destinada al mismo en el Museo Nacional de Historia; (iii) la financiación de la Compañía de Teatro Nacional para que represente por todo el país, así como en foros internacionales, una obra de teatro basada en la tragedia del 3 de abril; y (iv) la grabación de un vídeo que se difunda en hora de máxima audiencia por el canal público de televisión, y que se distribuya entre las televisiones internacionales, en el que se reproduzcan los hechos de acuerdo a lo establecido en las sentencias de condena dictadas en julio de 2010, y se entreviste a los principales representantes de las víctimas.

52. El modelo de reparación acogido por la Ley de Reparación para la Indemnización de las Víctimas de la Concentración del 3 de abril prevé[46] también las indemnizaciones de carácter individual, si bien los criterios establecidos en dicha ley quedan muy por debajo de los estándares aplicables por la Corte Inter-Americana en caso de muertes y lesiones graves dolosas por funcionarios del Estado en ejercicio de sus funciones[47].

53. Entre el 15 y el 30 de septiembre de 2010, las dos organizaciones nacionales que representaban a los familiares de varias de las víctimas mortales de los hechos acaecidos el 3 de abril en la Plaza Mayor de Estrella, y la organización internacional que representaba a una buena parte de las víctimas de detención arbitraria y tortura registradas entre noviembre de 2009 y marzo de 2010, solicitaron ante la Comisión Inter-Americana que se declarasen admisibles sus demandas puesto que:

a. Las condenas emitidas por los tribunales de la República de Almeres se han producido por delitos ordinarios y no por delitos internacionales;

---

43 El delito de homicidio doloso es castigado en Almeres con prisión de 15 a 25 años (*preguntas 88 y 104*).

44 Archivo provisional de las actuaciones (*pregunta 54*).

45 Es la propia Agencia Almerense de Inteligencia (AAI) la que decide sobre la clasificación de documentos como confidenciales por afectar a la seguridad nacional (*pregunta 89*).

46 Del caso no se conoce si las víctimas han recibido ya efectivamente el pago de la reparación estipulado en la Ley de Reparaciones de 1 de septiembre de 2010. De todas formas, se ha de suponer que si las víctimas no han recibido ya dicha indemnización, la recibirán en un futuro cercano (*pregunta 60*). Además, todos los mecanismos necesarios para hacer efectiva dicha reparación ya han sido establecidos (*pregunta 102*).

47 La cuantía exacta es irrelevante. Lo importante es que la indemnización consiste en una cuantía muy inferior a la estipulada por la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos por ese mismo tipo de violaciones graves de derechos humanos cometidas por funcionarios públicos (*preguntas 59, 61, 62 y 95*).

b. Las condenas emitidas contra el General Luis Ángel Restrepo y el Capitán Carlos Ramírez no reflejan adecuadamente su aporte a la comisión de los delitos cometidos el 3 de abril de 2010 en la Plaza Mayor de Estrella, lo que se ha tenido como consecuencia la imposición de penas privativas de libertad manifiestamente inferiores a las que correspondería de acuerdo a su grado real de responsabilidad;

c. Ningún miembro del Gobierno ha sido investigado, imputado o condenado por los eventos del 3 de abril de 2010, y únicamente el Vice-Ministro de Interior ha asumido su responsabilidad política.

d. La Ley de Reparación para la Indemnización de las Víctimas de la Concentración del 3 de abril[48] incumple de manera notable los estándares de la Corte Inter-Americana en caso de muertes y lesiones graves dolosas por funcionarios del Estado en ejercicio de sus funciones;

e. La falta de autorización presidencial para que la Fiscalía tuviera acceso a documentos y testimonios que pudieran afectar a la seguridad nacional ha impedido que aquella pudiera realizar una investigación eficiente y objetiva de la supuesta práctica de detenciones arbitrarias y torturas puesta en marcha por la AAI desde noviembre de 2009.

f. No ha existido investigación judicial alguna sobre la extendida práctica de escuchas telefónicas ilícitas puesta en marcha desde octubre de 2009 por la AAI, y que ha servido como base a las posteriores detenciones arbitrarias de personas presuntamente vinculadas a la oposición política del PFR y del PSN.

54. A mediados de octubre de 2010, dichas organizaciones nacionales e internacionales envían una segunda comunicación al Fiscal de la Corte Penal Internacional, en la que, además de adjuntarle las peticiones presentadas unas semanas antes ante la Comisión Inter-Americana (junto con sus correspondientes expedientes), le solicitan expresamente que utilice sus prerrogativas conforme al artículo 15 (3) del Estatuto de Roma para solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares la autorización para abrir una investigación en la situación de crisis en el territorio de la República de Almeres desde el 26 de enero de 2009.

55. Así mismo, adjunta también a sus comunicaciones, las declaraciones de varias personas presuntamente detenidas y sometidas a actos de tortura por la AAI en los meses de mayo, junio, julio y agosto de 2010. Con ello se pretende demostrar que durante la fase análisis preliminar del Fiscal, si bien se ha ralentizado el ritmo al que se venía desarrollando las detenciones y actos de tortura de personas presuntamente afines a la oposición, ello no ha significado en absoluto que se haya puesto fin a la misma.

56. El 15 de noviembre de 2010 la Comisión Inter-americana decide efectivamente admitir a trámite las dos demandas presentadas[49] por las organizaciones referidas en los párrafos 40, 41, y 53 del presente caso.

---

48 El monto de la indemnización de la Ley se determina mediante el establecimiento de un monto total máximo por víctima y por delito (*pregunta 92*), que depende de la naturaleza del delito, pero que quedaría muy por debajo de lo que correspondería si se aplicasen los estándares de la Corte Inter-Americana para cada uno de los elementos que según la misma han de considerarse para calcular la indemnización (*pregunta 101*).

49 La Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos entendió agotado el procedimiento interno antes de la presentación de las demandas ante la Comisión Interamericana al admitir el caso a trámite (*pregunta 49*).

57. En su reunión interna de 1 de diciembre de 2010, el Fiscal de la Corte Penal Internacional aborda junto con su más estrecho equipo de colaboradores si el estándar para la solicitud de apertura de una investigación previsto en el artículo 15 (3) del Estatuto de Roma y en la regla 48 de las Reglas de Procedimiento y Prueba se cumple. Para ello, el Fiscal decide centrar su análisis en las siguientes cuestiones:

a. Posible calificación como alguno de los crímenes de lesa humanidad previstos en el artículo 7 del Estatuto de Roma de las escuchas telefónicas ilícitas, las detenciones arbitrarias y actos de tortura, y los demás actos de violencia ocurridos en Almeres el 3 de abril de 2010[50]; y posible determinación, en su caso, de la violencia experimentada en Almeres desde el 1 de julio de 2009 como de suficiente gravedad para justiciar el inicio de una investigación a la luz del artículo 17 (1) (d) del Estatuto de Roma.

b. Repercusión de las actuaciones judiciales desarrolladas a nivel nacional, así como de las actuaciones en curso de la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos, en relación con:

   (i) La posible admisibilidad de la situación; y

   (ii) La conveniencia o no de abrir una investigación a la luz de los intereses de la justicia.

c. Repercusión de los siguientes factores en la valoración de la conveniencia o no de abrir una investigación a la luz del interés de la justicia:

   (i) las responsabilidades políticas por los eventos del 3 de abril (dimisión del Vice-Ministro de Interior);

   (ii) la reducción en cierta medida, si bien no completa eliminación, de la práctica de detenciones ilegales y actos de tortura.

d. Repercusión de la Ley de Reparación para la Indemnización de las Víctimas de la Concentración del 3 de abril de 2003, y en particular su mayor énfasis en las reparaciones de carácter colectivo-simbólico, y sus limitaciones en relación con las posibles indemnizaciones individuales, en relación con:

   (i) La posible admisibilidad de la situación; y

   (ii) La conveniencia o no de abrir una investigación a la luz de los intereses de la justicia.

58. Como consecuencia de dicho debate, el Fiscal responde positivamente a la primera cuestión, entendiendo que existen indicios de que se han producido los delitos de lesa humanidad de asesinato, tortura, persecución y otros tratos inhumanos[51]. Asimismo, considera que la situación en Almeres supera el requisito de gravedad exigido por el artículo 17 (1) (d) del Estatuto de Roma.

59. Asimismo, el Fiscal entiende que tanto las actuaciones de la jurisdicción nacional de Almeres como las actuaciones de la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos no afectan a la admisibilidad de la situación.

60. Igualmente, el Fiscal de la Corte considera que la dimisión del Vice-Ministro del Interior, y la reducción de la presunta práctica de detenciones y actos de tortura no hacen que el inicio de la investigación pudiera ser contrario al interés de la justicia.

---

[50] No es posible que de manera discrecional se señalen más sujetos implicados o incluso se realicen imputaciones adicionales a las ya señaladas (*pregunta 39*).

[51] Se refiere expresamente al artículo 7 (k) del Estatuto de Roma (*pregunta 93*).

61. Finalmente, el Fiscal de la Corte no sólo considera que la Ley sobre Reparaciones no afecta a la admisibilidad de la situación o a la conveniencia de la apertura de la investigación, sino que considera muy oportuno el enfoque de la misma en reparaciones colectivas de carácter simbólico, sobre todo a la vista de otras situaciones en las que existen centenares de miles de víctimas.

II. ANTECEDENTES PROCESALES ANTE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES VI DE LA SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA DE ALMERES

62. En vista de lo anterior, el Fiscal de la Corte considera que se cumplen los requisitos previstos en el artículo 15 (3) del Estatuto de Roma y en la Regla 48, y el 15 de diciembre de 2010 solicita a la Sala de Cuestiones Preliminares VI la autorización para la apertura de una investigación[52].

63. La aplicación de la Fiscalía es recibida por la Sala de Cuestiones Preliminares VI el 10 de enero de 2011.

III. PARTE DISPOSITIVA

64. Recibida la aplicación de la Fiscalía, el 15 de enero de 2011 la Sala de Cuestiones Preliminares VI, en aplicación del artículo 15 (4) del Estatuto de Roma,

DECIDE

QUE conforme al artículo 15 (4) del Estatuto de Roma, se convoca una audiencia para el 28 de marzo de 2011 con (i) el Fiscal de la Corte Penal Internacional; (ii) una delegación de la República de Almeres (que actúa como si se tratara de la Defensa); y (iii) las tres organizaciones nacionales e internacionales que representan a las víctimas;

QUE la agenda de la audiencia de 28 de marzo de 2011 será la siguiente:

a. Posible calificación como alguno de los crímenes de lesa humanidad previstos en el artículo 7 del Estatuto de Roma de las escuchas telefónicas ilícitas, las detenciones arbitrarias y actos de tortura[53], y los demás actos de violencia ocurridos en Almeres el 3 de abril de 2010; y posible determinación, en su caso, de la violencia experimentada en Almeres desde el 1 de julio de 2009[54] como de suficiente gravedad para justificar el inicio de una investigación a la luz del artículo 17 (1) (d) del Estatuto de Roma.

b. Repercusión de las actuaciones judiciales desarrolladas a nivel nacional, así como de las actuaciones en curso de la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos, en relación con:

   (i) La posible admisibilidad de la situación; y

   (ii) La conveniencia o no de abrir una investigación a la luz de los intereses de la justicia.

---

52 Sobre el conjunto de la situación de crisis en Almeres desde el 1 de julio de 2009, cuando el Gobierno de la Alianza Nacional contra la Corrupción (ANC) presentó el nuevo Proyecto de Ley Electoral (*preguntas 9 y 17*).

53 Posible conexión entre la información obtenida de las escuchas ilícitas y la tortura (pero no se conoce con certeza) (*pregunta 7*).

54 Fecha de presentación del proyecto de la nueva Ley Electoral (*pregunta 106*).

c. Repercusión del los siguientes factores en la valoración de la conveniencia o no de abrir una investigación a la luz del interés de la justicia:

(i) las responsabilidades políticas por los eventos del 3 de abril[55] (dimisión del Vice-Ministro de Interior);

(ii) la reducción en cierta medida, si bien no completa eliminación, de la práctica de detenciones ilegales y actos de tortura.

d. Repercusión de la Ley de Reparación para la Indemnización de las Víctimas de la Concentración del 3 de abril de 2010, y en particular su mayor énfasis en las reparaciones de carácter colectivo-simbólico, y sus limitaciones en relación con las posibles indemnizaciones individuales, en relación con:

(i) La posible admisibilidad de la situación; y

(ii) La conveniencia o no de abrir una investigación a la luz de los intereses de la justicia.

QUE en la Audiencia de 28 de marzo de 2011 la Fiscalía defenderá las posiciones que se recogen en los párrafos 58 a 61 del presente caso.

QUE la delegación de la República de Almeres (que actúa como defensa)[56] adoptará las posiciones contrarias a aquellas acogidas por la Fiscalía, excepto en lo que se refiere a la conveniencia de que el sistema de reparaciones se centre en relaciones simbólicas de carácter colectivo.

QUE la posición a adoptar por las organizaciones que representan a las víctimas tiene un carácter flexible y su determinación se deja a la libre consideración de los distintos equipos con las siguientes dos indicaciones: (i) dicha posición ha de ser consistente con lo alegado por las organizaciones que representan a las víctimas en los apartados 53 a 55 del presente caso; y (ii) en todo caso, su posición es contraria al establecimiento de un sistema de reparaciones en el que prime el aspecto colectivo simbólico sobre las indemnizaciones individuales, debiendo estas últimas en todo caso ajustarse a los estándares de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos en casos de muertes y lesiones graves dolosas por funcionarios del Estado en ejercicio de sus funciones.

Hecho en español, inglés y francés, siendo la versión española la que es auténtica.

Magistrada Presidente

Magistrada **Magistrada**

Hecho el 15 de enero de 2011
La Haya (Holanda)

[55] La responsabilidad política no excluye otros tipos de responsabilidad (penal, civil o administrativa) (*pregunta 34*).

[56] La defensa representa al Estado, puesto que nos encontramos en el marco de una audiencia conforme al artículo 15 (4) del Estatuto de Roma y la regla 50 de las Reglas de Procedimiento y Prueba para dirimir si procede o no autorizar a la Fiscalía de la Corte Penal para proceder a la investigación de la situación de crisis en el territorio del Estado de Almeres desde que el Gobierno de la ANC presentase el nuevo Proyecto de Ley Electoral el 1 de julio de 2009 (*pregunta 17*).

Anexo II

Escritos premiados en el certamen de simulación judicial de la Corte Penal Internacional en lengua española, edición de 2011

ESCRITO DE LA FISCALÍA
PRESENTADO POR EL EQUIPO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Escrito presentado por el equipo 90210, representativo de la Universidad Autónoma de Madrid, integrado por: Paloma Blázquez Rodríguez; Marcos Jornet Meseguer; Marina Mínguez Rosique; Sandra Sanz Córdoba; Javier Zamora García.

TABLA DE CONTENIDOS

LISTA DE ABREVIATURAS 424
ÍNDICE DE AUTORIDADES 425
ESTABLECIMIENTO DE LOS HECHOS 426
CUESTIONES A ABORDAR 432
RESUMEN DE ARGUMENTOS 433
ARGUMENTOS ESCRITOS 434
I. COMPETENCIA DE LA CPI. LA CPI ES COMPETENTE PARA CONOCER EL CASO 434
I.1. Competencia Ratione Materiae 434
I.2. Competencia Ratione Personae 434
I.3. Competencia Ratione Temporis 434
II. ADMISIBILIDAD. EL PRESENTE CASO ES ADMISIBLE 435
II.1. Complementariedad 435
II.2. Gravedad Suficiente e Interés de la Justicia 436
III. EXISTEN MOTIVOS FUNDADOS PARA CREER QUE EN ALMERES SE HAN PERPETRADO CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD 436
III.1. Existencia de Crímenes de Lesa Humanidad de Persecución en Almeres 436
III.1.A. Escuchas Telefónicas Ilícitas 437
III.1.B. Detenciones por un Plazo Superior al Permitido por la Ley 437
III.1.C. Postura de la Fiscalía en relación a las Persecuciones en Almeres 437
III.2. Existencia de Crímenes de Lesa Humanidad de Tortura en Almeres 438
III.2.A. Existencia de Torturas desde el 1 de julio de 2009 hasta la Actualidad 438
III.2.B. Existencia de Torturas durante el 3 de abril de 2010 439
III.3. Existencia de Crímenes de Lesa Humanidad de Asesinato en Almeres 440
IV. LAS ACTUACIONES JUDICIALES PARALELAS SOBRE EL PRESENTE CASO NO AFECTAN A LA ADMISIBILIDAD DE LA CUESTIÓN 441

IV.1. LAS ACTUACIONES JUDICIALES DE LA CIDH NO AFECTAN A LA ADMISIBILIDAD DE LA CUESTIÓN 441
IV.2. LAS ACTUACIONES JUDICIALES DE LA JURISDICCIÓN DE ALMERES NO AFECTAN A LA ADMISIBILIDAD DE LA CUESTIÓN 442
V. LA LRIV NO AFECTA A LA ADMISIBILIDAD DE LA SITUACIÓN O A LA CONVENIENCIA DE LA APERTURA DE LA INVESTIGACIÓN 442
VI. CONCLUSIONES DE LA FISCALÍA 443
REFERENCIAS 444

LISTA DE ABREVIATURAS

AAI	Agencia Almerense de Inteligencia
Almeres	República de Almeres
ANC	Alianza Nacional contra la Corrupción
Art.	Artículo
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CEDH	Convención Europa de Derechos Humanos
Cfr.	Cónfer
CIDH	Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos
CNDH	Comisión Nacional de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Inter-Americana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
Et al.	Et álii
ER	Estatuto de Roma
ICC	Corte Penal Internacional
ICTY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
ICTR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
JCCD	División de Competencia, Cooperación y Complementariedad de la Fiscalía de la CPI (Jurisdiction, Cooperation and Complementarity Division, OTP)
LRIV	Ley de Reparación para la Indemnización de las Víctimas de la Concentración del 3 de abril
OEA	Organización de Estados Americanos
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
P.	Página
Para/s.	Parágrafo/s
PFR	Partido del Frente Revolucionario
PSN	Partido Social Nacional
ROF	Reglamento de la Oficina del Fiscal
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
SCP	Sala de Cuestiones Preliminares
SCPVI	Sala de Cuestiones Preliminares VI
SCSL	Tribunal Especial para Sierra Leona
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
V.	Versus
Vid.	Vide

ÍNDICE DE AUTORIDADES

Textos Internacionales

- Convención Europea de Derechos Humanos
- Estatuto de Roma
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Reglamento de la Oficina del Fiscal
- Reglamento de la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos
- Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional
- Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005

Jurisprudencia

Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

- *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Case No. ICC-01/05-01/08-424, Sala de Cuestiones Preliminares, 15 June 2009, para. 23.
- *Prosecutor v. Lubanga*, Case No. ICC-01/04-01/06-8. Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, 10 February 2006, par. 29,41,45-46.
- *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya,* 31 March 2010, para. 79.
- *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Case N*o. ICC-01/04-01/07, Pre-Trial Chamber I, 30 september 2008, para. 422.

Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

- *Prosecutor v. Kunara et al,* Case Nos IT-96-23T & IT-96-23/1-T, Judgement, Trial Chamber, 22 February 2001
- *Prosecutor v. Delalic et al*, Case No. IT-96-21-T, Judgement, Trial Chamber, 16 de November 1998.
- *Prosecutor v. Delalic,* Case No. IT-96-21-A, Judgement, Appeals Chamber, 20 February 2001.
- *Prosecutor v. Tadic,* Case No. IT-94-1-T, Opinion and Judgement, Trial Chamber, 7 May 1997.
- *Prosecutor v. Tadic,* Case No. IT-94-1-A, Judgement, Appeals Chamber, 15 July 1999.
- *Prosecutor v. Ademi et al.* Caso No. IT-04-78, Decision on Referral of Case Under Rule 11 bis, 2 september 2004.
- *Prosecutor v. Aleksovski,* Case No. IT-95-14/1-T, Judgement, Trial Chamber, 25 June 1999.
- *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95-14-T, Judgement, Trial Chamber, 3 March 2000.
- *Prosecutor v. Kunarac et al,* Case Nos. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, Judgement, Trial Chamber, 22 February 2001.
- *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, Case No. IT-95-14/2-T, Judgement, Trial Chamber, 26 February 2001.

Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

- *Prosecutor v. Akayesu,* Case No. ICTR-96-4-T, Judgement, Trial Chamber, 2 september 1998

Jurisprudencia de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos

- *Caso Gómez Palomino v. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2005
- *Caso Velásquez Rodríquez v. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988
- *Caso Valle Jaramillo y otros v. Colombia*, Sentencia de 27 de noviembre de 2008
- *Caso Ticona Estrada y otros v. Bolivia*, Sentencia de 27 de noviembre de 2008
- *Caso Perozo y otros v. Venezuela*, Sentencia de 28 de enero 2009
- *Caso García Asto y Ramírez Rojas v. Perú*, Excepción Preliminar, Sentencia de 25 de noviembre de 2005

Jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona

- *Prosecutor v. Kallon,* Case No. SCSL-04-15AR72 (E)
- *Prosecutor v. Kamara*, Case No. SCSL-04-16-AR72 (E)

ESTABLECIMIENTO DE HECHOS

La República de Almeres es un Estado de 150.000 km^2 que cuenta con una población de cincuenta millones de habitantes. Almeres se constituyó en Estado tras independizarse de Hispania en 1810, mismo año en el que promulgó su Constitución, y momento desde el que se ha consolidado como un Estado democrático.

Almeres, cuya capital es Estrella, linda al norte con la República de Heraldo, al sur con la Federación de Estados de Gonda, al este con la República de Chelsia, y al oeste con el Estado de Federania. A fecha de 1 de julio de 2002, todos ellos son parte de la CADH, han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, y son Estados parte del ER.

Durante el siglo XX, la situación política de Almeres ha estado marcada por dos grandes partidos políticos tradicionales: el PSN y el PFR. Tras la Dictadura del General Gómez (1920-1932), elegido Presidente por el PSN, y la enorme confrontación entre ambos partidos durante la campaña electoral, el candidato del PFR, Domínguez Malváez, fue elegido Presidente de Almeres, comenzando así un periodo de 67 años ininterrumpidos en los que el PFR no abandonaría el sillón presidencial.

En 1999, el PSN se proclamó ganador de las elecciones, y, bajo su presidencia, se produjo una aparente renovación del sistema de partidos con la creación de cuatro nuevos contendientes. Sin embargo, en 2004 se formaron dos grandes coaliciones lideradas por PFR y PSN, por lo que, de facto, el sistema seguía siendo bipartidista.

En 2004, el PSN se alzó de nuevo con la victoria en las elecciones generales. Ante esta situación, el PFR decidió recabar apoyo económico y político en Heraldo y Gonda, mientras que el PSN fortaleció sus relaciones con grupos católicos nacionales e internacionales.

En cualquier caso, los gobiernos del PFR y del PSN durante este siglo se caracterizaron por unos altos niveles de corrupción, tanto en la Administración Pública, como en la Administración de Justicia, las Fuerzas Armadas y la Policía.

En 2009, un tercer bloque político creado en 2008, la ANC, obtuvo la victoria electoral gracias al apoyo logrado al aunar el descontento de la clase media, el campesinado, las comunidades indígenas, y parte de las Fuerzas Armadas y la Policía. ANC está dirigido por sus fundadores: ex senadores y congresistas y antiguos miembros de las Fuerzas Armadas, la fuerza pública y los servicios de inteligencia.

El 26 de enero de 2009, Luis María González, ex Senador del PFR y Presidente de ANC, fue investido Presidente de la República de Almeres. Su gobierno contaba con quince ministros, entre los que se encontraban, Juan Fernández de Roso (Defensa), Javier García (Interior) y María Dolores Izquierdo (Justicia).

La primera medida que el nuevo Gobierno presentó ante la Cámara de Representantes fue una serie de reformas legislativas dirigidas a reducir los índices de corrupción en la Administración Pública, y a debilitar el control que sobre ésta tenían PFR y PSN. Por su parte, desde la oposición, PFR y PSN utilizaron todos los resortes políticos, económicos y financieros, así como sus relaciones internacionales, para evitar la aprobación de varios Proyectos de Ley, organizaron jornadas de movilización ciudadana, y fomentaron una campaña de desacreditación del gobierno ante la prensa nacional e internacional.

En una situación marcada por la confrontación y la inestabilidad, el Gobierno de ANC inició en junio de 2009 los trámites parlamentarios para la aprobación de una nueva Ley Electoral que crearía un nuevo Consejo Electoral cuyos miembros fueran elegidos por la Cámara de Representantes y el Senado. Esto despertó recelos entre los dos partidos tradicionales, que hasta el momento habían controlado la Comisión Electoral, por lo que, tras la presentación del Proyecto de Ley Electoral y la disolución en julio de 2009 de la Comisión Electoral, se multiplicaron los actos de protesta en la calle, ocasionando graves disturbios durante el mes de agosto que ocasionaron la muerte de un policía y tres manifestantes, así como la destrucción de varios establecimientos comerciales en el centro de Estrella.

Ante los graves disturbios producidos, el Presidente González, previa consulta con sus Ministros de Interior y Defensa, decidió poner en marcha a través de la AAI el Programa "Ojo de Halcón", que consistía en la realización sistemática de escuchas telefónicas ilícitas a numerosos actores nacionales e internacionales que operaban en Almeres. Con ello, se pretendían mejorar las labores de inteligencia, anticipar los movimientos de la oposición y evitar disturbios como los producidos en agosto, que habían situado a Almeres en las portadas de la prensa internacional. La operación "Ojo de Halcón" se puso en marcha el 1 de octubre de 2009.

Asimismo, el 21 de octubre, el Presidente González se reunió en Estrella con los Presidentes de Chelsia y Federania, tratando principalmente la situación de la región y los disturbios acontecidos en verano en Almeres, así como el apoyo de Heraldo y Gonda, varios grupos católicos internacionales, y parte de la prensa regional e internacional a los partidos tradicionales, que, a juicio de los tres Presidentes, eran los principales responsables de los disturbios y la tensión extrema que vivía Almeres.

En la rueda de prensa conjunta posterior a la reunión, los tres Presidentes quisieron remarcar tres aspectos: el reconocimiento por parte de los tres Gobiernos de la amenaza para la estabilidad de la región que suponía la situación de tensión y disturbios existentes en Almeres; el compromiso de los gobiernos de Chelsia y Federania de incrementar la coordinación y cooperación policial, judicial y de inteligencia para frenar los disturbios; y la creación del programa Corintel, dirigido a la formación conjunta de agentes de los servicios de inteligencia de los tres Estados, así como a

la armonización de sus protocolos de actuación, para maximizar su eficacia y facilitar sus comunicaciones.

Ante el continuo empeoramiento de la situación económica y la actitud de confrontación radical adoptada por la oposición, el Presidente González autorizó al Jefe de la AAI, Héctor Olive, para que el Programa "Ojo de Halcón" incluyera también detenciones por un plazo superior al permitido por la ley, y ciertas medidas de coerción física para la obtención de información en casos extremos, que se desarrollarían bajo la estricta observación de personal con formación sanitaria, y no sobrepasarían de ninguna manera lo estipulado en el documento "Protocolo de Interrogación" (documento que se encuentra en el archivo de la AAI y está calificado como "Confidencial por afectar a la Seguridad Nacional").

Desde noviembre de 2009, comenzaron a registrarse las primeras denuncias por detenciones arbitrarias y tortura ante la CNDH. A finales de marzo de 2010, los informes de diversas organizaciones de defensa de los Derechos Humanos registraron más de un centenar de casos de detención arbitraria y tortura cometidos presuntamente por miembros de la AAI.

En noviembre de 2009, con el regreso a la Presidencia de Heraldo del Presidente Piqueras, muy cercano al PFR durante su primer mandato presidencial (2003-2006), se incrementó notablemente el apoyo político, económico, logístico, y mediático a la oposición en Almeres. Asimismo, desde diciembre comenzaron a intensificarse los contactos entre varios dirigentes del PFR y del PSN, algunos funcionarios de Heraldo, y parte de la cúpula del ejército y de la policía de Almeres más cercana al PFR y al PSN, para incrementar las movilizaciones entre los funcionarios públicos y los miembros de las fuerzas armadas y de policía, favorecer un incremento del nivel de violencia en los disturbios, y generar una mayor presión mediática internacional a los efectos de forzar al gobierno de ANC a convocar elecciones anticipadas.

En enero de 2010, estos contactos se tradujeron en una estrategia común de actuación que comenzaría con una concentración mensual el primer lunes de cada mes a la seis de la tarde en la Plaza Mayor de Estrella, en recordatorio de los tres manifestantes fallecidos durante los disturbios de agosto de 2009. La primera concentración se programó para el 3 de abril.

Ese día, y pese a no haber recibido la autorización de las autoridades locales para llevarla a cabo, unas 100.000 personas se concentraron en la Plaza Mayor de Estrella. Entre los asistentes, se encontraban seis grupos de unas treinta personas que, armados con varas de hierro y cócteles molotov, destrozaron las vitrinas de numerosos comercios de la plaza y quemaron dos sucursales del Banco de la República de Almeres. Según las declaraciones de los asistentes a la concentración, estos grupos actuaban coordinadamente, y sus miembros seguían las instrucciones dadas por quienes parecían dirigir cada grupo.

A continuación, aparecieron por las distintas entradas de la plaza unos 500 agentes antidisturbios de la policía de Almeres que, sin mediar palabra, comenzaron a lanzar gases lacrimógenos y pelotas de goma contra los manifestantes. En medio del humo, los agentes antidisturbios se dirigieron contra los grupos de manifestantes armados, quienes trataron de refugiarse entre el resto de manifestantes que trataban de salir de la plaza.

En medio de la confusión, comenzaron a escucharse disparos de armas privativas de la Policía, generándose un auténtico caos. Los manifestantes trataban de salir de la plaza, pero los agentes antidisturbios se lo impedían, tratando de identificar y detener a los manifestantes armados. Decenas de éstos últimos, al darse cuenta de que algunos de sus compañeros habían sido objeto de disparos a quemarropa por la policía, se lanzaron contra los agentes antidisturbios.

Tras los enfrentamientos, ocho manifestantes habían perdido la vida al ser pisoteados, cinco habían fallecido por asfixia, y diecisiete por herida de bala (la mayoría por disparos desde menos de un metro). Además, casi cincuenta manifestantes tuvieron que ser trasladados al hospital por contusiones graves, y otras cuarenta personas por heridas causadas por arma de fuego. Por otra parte, cinco agentes antidisturbios habían perdido la vida por golpes recibidos con varas de acero, y otros veinte resultaron heridos y fueron hospitalizados. Tras la concentración, se encontraron aproximadamente 250 casquillos de bala en la plaza.

Casi cien manifestantes fueron detenidos y sometidos a un estricto interrogatorio. Al día siguiente, 35 de los detenidos fueron puestos a disposición de la Fiscalía General de la República, que procedió a formular imputación de cargos, y a solicitar su prisión provisional ante el Juez de Garantías, que la decretó el 4 de abril.

El resto de los detenidos, tras pernoctar en prisión, fueron puestos en libertad el 4 de abril. Doce de ellos firmaron un manifiesto el 10 de abril en el que afirmaban haber sido sometidos a prácticas de asfixia provocada durante el interrogatorio.

Los incidentes de Estrella llenaron las portadas de la prensa nacional e internacional el 4 de abril, y fueron objeto de declaraciones de condena por varios mandatarios de la región. Los dirigentes de Chelsia y Federania enfatizaron los actos de provocación de los manifestantes armados, mientras que los presidentes de Heraldo y Gonda condenaron sin paliativos la matanza de manifestantes. En cualquier caso, los cuatro Presidentes coincidieron en la necesidad de realizar una investigación exhaustiva de los hechos. Esta misma necesidad fue subrayada por los mandatarios de varios países con compañías con intereses en Almeres.

Asimismo, el 4 de abril, el Secretario General de la ONU y el Secretario General de la OEA, expresaron su preocupación por los acontecimientos, así como la necesidad de que las autoridades de Almeres desarrollaran una investigación objetiva de los hechos y depuraran las responsabilidades.

Durante la semana del 4 al 11 de abril, esta Fiscalía recibió hasta tres comunicaciones individuales relativas a:

- Las escuchas ilícitas generalizadas realizadas por agentes de la AAI desde noviembre de 2009 contra actores nacionales e internacionales asociados con la oposición.
- Los más de cien casos reportados hasta finales de marzo de 2010 de detenciones arbitrarias y torturas de personas presuntamente asociadas a la oposición.
- El asesinato de, al menos, treinta manifestantes en la concentración del 3 de abril.
- La lesiones físicas contra, al menos, 90 manifestantes en la concentración del mismo día.
- Las torturas ocasionadas a varios detenidos tras la concentración del mismo día.

Dichas comunicaciones fueron presentadas, conforme a los Art. 13.c y 15 ER por una delegación conjunta del PFR y del PSN, dos ONG de Almeres en representación de los familiares de varias de las víctimas mortales de la concentración del 3 de abril, y una ONG con carácter internacional en representación de varias de las víctimas de detención arbitraria y tortura registradas entre noviembre de 2009 y marzo de 2010. Asimismo, estas ONG decidieron presentar simultáneamente sendas demandas en nombre de sus representados ante la CIDH.

Ante las comunicaciones recibidas, esta Fiscalía decidió iniciar el 12 de abril de 2010 un examen preliminar sobre la situación de crisis en Almeres desde el 26 de enero de 2009, fecha en que comenzó la Presidencia de González.

Ante la exigencia de la Comunidad Internacional de que se investigaran las presuntas violaciones de derechos humanos cometidos por los miembros de la Policía y la AAI contra personas cercanas a la oposición, el Gobierno decidió presentar ante el Parlamento de Almeres un Proyecto de Ley para la indemnización de las víctimas del 3 de abril, que fue aprobado el 14 de mayo. Asimismo, el Presidente González aceptó la dimisión del Vice-Ministro de Interior. Por su parte, la Ministra de Justicia, previa aprobación del Consejo de Ministros, dio instrucciones a la Fiscalía Nacional para que, además de los hechos del 3 de abril, se investigaran los supuestos casos de detenciones arbitrarias y torturas producidos entre noviembre de 2009 y marzo de 2010. Para realizar su investigación, la propia Fiscalía debía solicitar autorización del Presidente de la República para realizar diligencias que pudieran afectar a la Seguridad Nacional (acceso a documentos clasificados o toma de declaración a testigos que poseyeran información clasificada).

Como consecuencia de la investigación realizada sobre los hechos del 3 de abril, la Fiscalía Nacional imputó a título doloso 17 delitos de homicidio y 40 delitos de lesiones graves a los diez agentes antidisturbios de la Policía que del expediente se deduce que recurrieron al uso de armas de fuego durante la disolución de la concentración.

La Fiscalía procedió también a la imputación a título de imprudencia de 30 delitos de homicidio y 90 delitos de lesiones contra el Capitán Luis Carlos Ramírez, que comandaba el grupo de agentes antidisturbios que procedió a la disolución de la concentración. Según el acta de imputación, la estrategia diseñada por él conllevaba un alto riesgo de provocar la muerte o lesiones graves a gran parte de los manifestantes. Sin embargo, según la Fiscalía, del expediente no se deduce que el Capitán Ramírez fuera consciente de la tragedia que su estrategia acarrearía.

Asimismo, la Fiscalía procedió a la imputación de doce delitos de lesiones graves en grado de tentativa dolosa contra los ocho funcionarios de policía antidisturbios que, de acuerdo con el expediente, se encargaron de los interrogatorios de los doce manifestantes sometidos a prácticas de asfixia.

Finalmente, la Fiscalía imputó al General Luis Ángel Restrepo, Director General de Policía de Almeres, la comisión imprudente de un delito de omisión propia de prevenir. Según la Fiscalía, el General Restrepo actuó de manera negligente al no solicitar que el Capitán Ramírez le informase de su estrategia para disolver la concentración, lo que le hubiera alertado de los peligros que entrañaba su ejecución, y sobre la necesidad de adoptar medidas para modificarla. Al General Restrepo también se le imputa un delito doloso de omisión del deber castigar, al no haber adoptado medidas para esclarecer los supuestos actos de práctica de asfixia que, según los firmantes del Manifiesto, sufrieron a manos de la Policía.

Como resultado de estas actuaciones, en julio de 2010 se produjo la condena firme de los sujetos citados. Las penas impuestas son de tres años de privación de libertad para el General Restrepo, siete años de privación de libertad para el Capitán Ramírez, diez años de privación de libertad para los policías antidisturbios que realizaron las prácticas de asfixia a los manifestantes detenidos, y veinticinco años de privación de libertad a cada uno de los policías antidisturbios que asesinaron a diecisiete manifestantes y causaron lesiones graves a otros cuarenta.

En relación con la supuesta práctica de detenciones arbitrarias y tortura, la Fiscalía Nacional, en su decisión de archivo de las actuaciones emitida en agosto de 2010, señaló que no había encontrado indicios racionales de criminalidad en este sentido, aunque señaló que, en el desarrollo de sus investigaciones, no había recibido autorización para acceder a documentos clasificados por razones de seguridad nacional por la AAI, ni para tomar declaración a testigos que hubieran sido expuestos a la información recogida en dichos documentos.

Finalmente, el 1 de septiembre de 2010, el Parlamento de Almeres aprobó la LRIV, que acoge un modelo mixto de reparación en el que se priorizan las reparaciones de naturaleza colectiva de carácter simbólico: el nombramiento de una plaza en honor a las víctimas, la creación de una sección en el Museo Nacional de Historia, la financiación de la Compañía de Teatro Nacional para que represente una obra de teatro basada en la tragedia, y la grabación de un vídeo que se difunda en hora de máxima audiencia por el canal público de televisión, y que se distribuya entre las televisiones internacionales, en el que se reproduzcan los hechos según lo establecido en las sentencias de condena dictadas en julio y agosto de 2010, y se entreviste a los principales representantes de las víctimas.

Este modelo de reparación también prevé indemnizaciones de carácter individual, aunque los criterios que establece son muy inferiores a los estándares aplicados por la Corte IDH en caso de muertes y lesiones graves dolosas por funcionarios del Estado en el ejercicio de sus funciones.

Entre el 15 y el 30 de septiembre de 2010, las dos organizaciones nacionales que representaban a los familiares de varias de las víctimas mortales de los hechos acaecidos el 3 de abril, y la organización internacional que representaba a la mayoría de las víctimas de detención arbitraria y tortura, solicitaron ante la CIDH que se declarasen admisibles sus demandas puesto que:

- Las condenas emitidas por los tribunales de Almeres se han producido por delitos ordinarios y no por delitos internacionales.
- Las condenas emitidas contra el General Restrepo y el Capitán Ramírez no reflejan adecuadamente su aporte a la comisión de los delitos cometidos el 3 de abril, lo que ha tenido como consecuencia la imposición de penas privativas de libertad manifiestamente inferiores a las que les correspondería según su grado real de responsabilidad.
- Ningún miembro del Gobierno ha sido investigado, imputado o condenado por los eventos del 3 de abril, y únicamente el Vice-Ministro de Interior ha asumido su responsabilidad política.
- La LRIV incumple los estándares de la Corte IDH en caso de muertes y lesiones graves dolosas por funcionarios del Estado en el ejercicio de sus funciones.
- La falta de autorización presidencial para que la Fiscalía tuviera acceso a documentos y testimonios que pudieran afectar a la seguridad nacional ha impedido que se pudiera realizar una investigación eficiente y objetiva de la supuesta práctica de detenciones arbitrarias y torturas puesta en marcha por la AAI desde noviembre de 2009.
- No ha existido investigación judicial sobre la práctica de escuchas telefónicas ilícitas puesta en marcha desde octubre de 2009 por la AAI, y que ha servido como base a las posteriores detenciones arbitrarias de personas presuntamente vinculadas a la oposición.

A mediados de octubre de 2010, dichas organizaciones nacionales e internacionales enviaron una segunda comunicación a esta Fiscalía, en la que, además de adjuntar las peticiones presentadas unas semanas antes ante la CIDH (junto con sus correspondientes expedientes), solicitaron expresamente que utilizara sus prerrogativas conforme al Art. 15.3 ER para solicitar a la SCP la autorización para abrir una investigación en la situación de crisis en el territorio de Almeres desde el 26 de enero de 2009. Asimismo, adjuntaron también las declaraciones de varios detenidos supuestamente sometidos a actos de tortura por la AAI entre mayo y agosto de 2010, para demostrar que, durante la fase de análisis preliminar del Fiscal, aunque hubiera disminuido el ritmo de las presuntas detenciones y torturas de personas afines a la oposición, no se había puesto fin a las mismas.

El 15 de noviembre de 2010 la CIDH decidió admitir a trámite las dos demandas presentadas por las organizaciones referidas anteriormente.

El 1 de diciembre de 2010, esta Fiscalía estudió si el estándar para la solicitud de apertura de una investigación previsto en el Art. 15.3 ER y en la Regla 48 RPP se cumplía. Para ello, se centró el análisis en:

- La posible calificación como crimen de lesa humanidad de las escuchas telefónicas ilícitas, las detenciones arbitrarias y actos de tortura, y los demás actos de violencia ocurridos en Almeres el 3 de abril; y la posible determinación, en su caso, de la violencia experimentada en Almeres desde el 1 de julio de 2009 como de suficiente gravedad para justiciar el inicio de una investigación a la luz del Art. 17.1.d ER.
- Repercusión de las actuaciones judiciales desarrolladas a nivel nacional, así como de las actuaciones en curso de la CIDH, en relación con la posible admisibilidad de la situación, y la conveniencia de abrir o no una investigación a la luz de los intereses de la justicia.
- Repercusión de los siguientes factores en la valoración de la conveniencia o no de abrir una investigación a la luz de los intereses de la justicia: las responsabilidades políticas por los eventos del 3 de abril, y la reducción de la práctica de detenciones ilegales y actos de tortura.
- Repercusión de la LRIV y, en particular, su mayor énfasis en las reparaciones de carácter colectivo-simbólico, y sus limitaciones en relación con las posibles indemnizaciones individuales, en relación con la posible admisibilidad de la situación; y la conveniencia o no de abrir una investigación a la luz de los intereses de la justicia.

Como consecuencia de dicho debate, desde la Fiscalía se considera que existen indicios de que se han producido los delitos de lesa humanidad de asesinato, tortura, persecución y otros tratos inhumanos. Asimismo, se considera que la situación en Almeres supera el requisito de gravedad exigido por el Art. 17.1.d ER, y que tanto las actuaciones de la jurisdicción nacional de Almeres como las de la CIDH no afectan a la admisibilidad de la situación. Esta Fiscalía también considera que la dimisión del Vice-Ministro de Interior, y la reducción de la presunta práctica de detenciones y actos de tortura no hacen que el inicio de la investigación pudiera ser contrario al interés de la justicia y, finalmente, se considera no sólo que la LRIV no afecta a la admisibilidad de la situación o a la conveniencia de la apertura de la investigación, sino que considera muy oportuno su enfoque en reparaciones colectivas de carácter simbólico, sobre todo a la vista de otras situaciones en las que existen centenares de miles de víctimas. En consecuencia, esta Fiscalía consideró que se cumplían los requisitos previstos en el Art. 15.3 ER y en la Regla 48 RPP, y el 15 de diciembre de 2010 solicitó a la SCPVI la autorización para la apertura de una investigación.

Recibida la solicitud de la Fiscalía, el 15 de enero de 2011, la SCPVI decidió convocar, conforme al Art. 15.4 ER, una audiencia para el 28 de marzo de 2011 con esta Fiscalía, una delegación de la República de Almeres y las tres organizaciones nacionales e internacionales que representan a las víctimas.

CUESTIONES A ABORDAR

Esta Fiscalía, en la defensa de su postura, comparece ante esta Honorable Sala para proceder al análisis de una serie de cuestiones que determinaran la necesidad de la apertura de una investigación sobre los hechos acontecidos en Almeres desde el 1 de julio de 2009.

En primer lugar, esta Fiscalía analizará las cuestiones de competencia y admisibilidad de la cuestión, así como la gravedad de la situación y los motivos que puedan determinar que esta investigación redunde en interés de la justicia.

A continuación, se esclarecerán las cuestiones referentes a la calificación como crímenes de lesa humanidad de algunos de los hechos sucedidos en Almeres.

Asimismo, esta Fiscalía indagará en profundidad si las actuaciones judiciales llevadas a cabo por la jurisdicción de Almeres y la CIDH afectan a la admisibilidad de la cuestión.

Finalmente, se estudiará la posible afectación de la LIRV sobre la admisibilidad y conveniencia de la apertura de la investigación.

RESUMEN DE ARGUMENTOS

Esta Fiscalía, con fundamento en lo dispuesto en los Artículos 15.3 y 53 ER y la Regla 48 RPP, comparece ante esta Honorable Sala para que autorice la apertura de una investigación sobre los hechos ocurridos en Almeres desde el 1 de julio de 2009. Nuestros argumentos girarán en torno a varios puntos principales, que serán expuestos a continuación.

En primer lugar, puede determinarse que la CPI es plenamente competente para conocer el asunto, por razón material, personal y temporal, tal y como ha establecido la JCCD de la Oficina del Fiscal.

Por otro lado, debe admitirse que se superan los requisitos de admisibilidad y complementariedad requeridos en el ER.

Asimismo, esta Fiscalía considera que debe declararse que existen indicios de que en Almeres se han producido los delitos de lesa humanidad de asesinato, tortura, persecución y otros tratos inhumanos, pues estos se han cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población y con conocimiento de dicho ataque.

En tercer lugar, desde esta Fiscalía consideramos que, pese a la existencia de actuaciones judiciales paralelas llevadas a cabo por otras jurisdicciones, el presente caso es admisible. En cuanto a la actuación de la jurisdicción de Almeres, desde la Fiscalía sostenemos que, además de que estamos solicitando que se investigue sobre hechos aún no juzgados o investigados, el proceso llevado a cabo por la jurisdicción de Almeres no fue instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el Derecho Internacional.

En lo relativo a la actuación de la CIDH, esta Fiscalía considera que no afecta a la admisibilidad de esta cuestión por parte de la CPI por tratarse de dos organismos con funciones y competencias muy distintas.

En cuanto a la posible afectación de la LRIV sobre la admisibilidad de la situación o sobre la conveniencia de la apertura de la investigación, esta Fiscalía considera que no existe tal inconveniente, pues no es competencia de la Corte analizar si una Ley nacional es conforme a los estándares internacionales.

Por último, esta Fiscalía considera que la apertura de esta investigación redunda plenamente en el interés de la justicia, dada la reducción de los niveles de criminalidad, y por no cumplirse los requisitos que eximen esta calificación.

Como consecuencia de todo lo aquí expuesto, y de los argumentos que se desarrollan a continuación, esta Fiscalía considera que la SCPVI debe reconocer su competencia para conocer del

caso, así como la conveniencia y la necesidad de abrir una investigación a la luz de los intereses de la justicia, y solicita la autorización de la apertura de una investigación sobre los hechos acontecidos en Almeres entre julio de 2009 y el día de hoy.

ARGUMENTOS ESCRITOS

I. Competencia de la CPI. La CPI es competente para conocer el caso

Ante el presente caso, la JCCD de la Oficina del Fiscal ha corroborado la jurisdicción de la CPI en sus tres aspectos, tal y como puede comprobarse a continuación[1].

I.1. Competencia Ratione Materiae

Tal y como se estableció tras el debate celebrado el 1 de diciembre, a los ojos de esta Fiscalía, los delitos referenciados en las comunicaciones recibidas en abril y octubre de 2010 son subsumibles en la categoría de delitos de lesa humanidad, al tratarse de asesinatos[2], torturas[3], persecuciones[4] y otros tratos inhumanos[5] perpetrados como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población, y con el conocimiento de que su perpetración se ha realizado en el marco de dicho ataque.

I.2. Competencia Ratione Personae

La investigación preliminar realizada sobre los hechos comunicados se ciñe únicamente sobre personas físicas[6] mayores de 18 años nacionales de un Estado parte del ER y en el territorio de un Estado parte, por lo que no hay duda de que se cumplen los criterios requeridos por el ER[7].

I.3. Competencia Ratione Temporis

Los hechos sobre los que recae la petición de apertura de la investigación han sido cometidos tras la entrada en vigor del ER[8], así como tras la entrada en vigor del ER respecto de Almeres, ya que de los hechos se desprende que es Estado parte, al menos, desde 2002[9].

---

1 Cfr. ICC *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Case No. ICC-01/05-01/08-424, Sala de Cuestiones Preliminares, 15 June 2009, para. 23.*

2 Cfr. ICTR *Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgement, Trial Chamber, 2 september 1998, para. 581 y 589.*

3 Cfr. ICTY *Prosecutor v. Kunara et al,* Case Nos. IT-96-23T & IT-96-23/1-T, Judgement, Trial Chamber, 22 February 2001, para. 483-396; ICTY *Prosecutor v. Delalic et al, Case N*o. IT-96-21-T, Judgement, Trial Chamber, 16 de November 1998, para. 471.

4 C. HALL, "Article 7. Crimes against humanity", en O. TRIFFTERER (ed), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court,* C. H. Beck oHG, 2ª ed., München, 2008, p. 216.

5 Cfr. ICTY *Prosecutor v. Tadic* Case No. IT-94-1-T, opinión and Judgement, Trial Chamber, 7 May 1997, para. 728-729.

6 Cfr. ICTY *Prosecutor v. Tadic* Case No. IT-94-1-A, Judgement, Appeals Chamber, 15 July 1999, para. 188.

7 Artículos 1, 12.2.a, 25.1 y 26 ER.

8 Cfr. ICTY *Prosecutor v. Delalic et al.* Case No. IT-96-21-T, Judgement, Trial Chamber, 16 November 1998, para. 149.

9 Art. 11 ER.

II. Admisibilidad. El presente caso es admisible

II.1. Complementariedad

Tal y como se expuso tras el debate del 1 de diciembre, esta Fiscalía entiende que las actuaciones de la jurisdicción nacional de Almeres, así como las de la CIDH no afectan a la admisibilidad de la cuestión. En cuanto a las actuaciones de la CIDH, debe remarcarse que la CIDH y la CPI tienen una naturaleza y unas funciones diferentes, así como un ámbito competencial distinto, tal y como se explicará más adelante.

En primer lugar, esta Fiscalía considera que la jurisdicción de Almeres no ha iniciado una investigación suficiente sobre los responsables del Programa "Ojo de Halcón", programa gracias al cual se han perpetrado los crímenes a investigar[10].

En segundo lugar, nos encontramos ante crímenes de lesa humanidad perpetrados por miembros de un Estado parte que no se han querido juzgar en su propia jurisdicción[11], ya que, tal y como se desprende de los hechos, la Fiscalía de Almeres no obtuvo autorización para acceder a documentos clasificados por razones de seguridad nacional por la AAI, ni para tomar declaración a testigos que hubieran sido expuestos a la información recogida en dichos documentos. Asimismo, no puede dejarse pasar por alto el hecho de que la Fiscalía de Almeres es parte de la Estructura del Poder Ejecutivo y ha de seguir las instrucciones recibidas del Ministro de Justicia, es decir, del propio Gobierno de Almeres.

En tercer lugar, y en relación con la petición de esta Fiscalía de investigar a algunos sujetos ya juzgados por la jurisdicción nacional de Almeres, han de resaltarse varios puntos. En primer lugar, y en virtud del Art. 20.3.b ER, esta Fiscalía considera que el proceso llevado a cabo por la jurisdicción de Almeres no fue instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el Derecho Internacional, tal y como se desprende de los cargos imputados y las penas impuestas. En segundo lugar, debe remarcarse el hecho de que el Estado de Almeres no ha reformado su Código Penal, siguiendo una solución de Derecho Común (ordinary crime solution), por lo que sus Tribunales sólo pueden juzgar crímenes de derecho común, pues los crímenes fundamentales no formarán parte de sus ordenamientos jurídicos y solamente podrán ser juzgados por la CPI de forma directa[12]. Como consecuencia de todo esto, consideramos que es necesario que la CPI conozca de este asunto, dada su trascendencia y competencia, así como por el hecho de que será necesario para lograr un veredicto justo y proporcional a la gravedad de los hechos. En cualquier caso, la CPI deberá tener en cuenta las penas ya cumplidas por los sujetos ya condenados a la hora de aplicar la consecuencia jurídica derivada de la responsabilidad que se determine.

Con respecto a esta última cuestión, no puede olvidarse el Art. 14.7 PIDCP, que contiene las prohibiciones de doble proceso y de doble sanción. De conformidad con la interpretación que ha

---

10 Cfr. SCSL *Prosecutor v. Kallon* Case No. SCSL-04-15AR72(E); SCSL *Prosecutor v. Kamara*, Case No. SCSL-04-16-AR72(E).

11 Art. 17 ER.

12 H. SATZGER, y J. KAYSER, "Ne Bis in Ídem en el Derecho Penal Internacional: muchas preguntas a segunda vista", en L. ARROYO, y A. NIETO, *El Principio de Ne Bis in Ídem en el Derecho Penal Europeo e Internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, pp. 95-111.

realizado el Comité de Derechos Humanos de la ONU, este derecho está limitado territorialmente, de manera que sólo recoge los casos de doble procedimiento o doble sanción interna[13].

Por todos los motivos expuestos hasta este momento, esta Fiscalía concluye que la CPI es plenamente competente para conocer del caso.

II.2. Gravedad Suficiente e Interés de la Justicia

Atendiendo a este último requisito señalado por el ER, esta Fiscalía considera que la situación en Almeres supera el requisito de gravedad exigido por el Art. 17.1d ER[14]. Tal y como exige el Art. 29.2 del ROF, en el presente caso se ha evaluado la gravedad de la situación en virtud de varios factores, tales como la magnitud de los crímenes, su naturaleza, su modo de comisión y su impacto[15].

En segundo lugar, debe remarcarse que la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas, y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el crimen no son impedimentos para no calificar estos hechos como no redundantes en el interés de la justicia[16].

III. Existen motivos fundados para creer que en Almeres se han perpetrado crímenes de lesa humanidad

De conformidad con el Art. 7 ER, debe entenderse por crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos que aparecen tasados en el mismo, siempre y cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población y con conocimiento de dicho ataque.

En el presente caso, existen indicios de que se han producido delitos de lesa humanidad de persecución, tortura, asesinato y otros tratos inhumanos en Almeres[17].

III.1. Existencia de Crímenes de Lesa Humanidad de Persecución en Almeres

Tal y como expone el Art. 7.2.g) ER, debe entenderse por persecución la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad.

En el caso que nos ocupa, bajo el amparo de una aparente legalidad, el Presidente González, previa consulta con sus Ministros de Interior y Defensa, decidió poner en marcha a través de la AAI el Programa "Ojo de Halcón", consistente en la realización sistemática de escuchas telefónicas ilícitas a numerosos actores nacionales e internacionales que operaban en Almeres. Asimismo, con posterioridad, el Presidente González autorizó al Jefe de la AAI, Héctor Olive, para que el Programa

---

13 M. PÉREZ MANZANO, *La Prohibición Constitucional de Incurrir en el Bis in Ídem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 43-53.

14 Vid. ICC *Prosecutor v. Lubanga,* Case No. ICC-01/04-01/06-8. Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, 10 February 2006, par. 29,41,45-46; Cfr. ICTY *Prosecutor v. Ademi et al. Case N*o. IT-04-78 Decision on Referral of Case Under Rule 11 bis, 2 september 2004, para. 28.

15 K. AMBOS, "El Test de Complementariedad de la Corte Penal Internacional", *InDret* [en línea], 2010, 2/2010 [consulta de enero de 2010]. Disponible en http://www.indret.com/pdf/727.pdf.

16 Art. 53 ER.

17 Cfr. ICC *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya,* 31 March 2010, para. 79; ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber, 2 september 1998, para. 578.

"Ojo de Halcón" incluyera también detenciones por un plazo superior al permitido por la ley, y ciertas medidas de coerción física.

III.1.A. Escuchas Telefónicas Ilícitas

La existencia de escuchas telefónicas ilícitas incide directamente sobre el Art. 17 PIDCP, referente al derecho a no sufrir injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada.

Este derecho es un derecho fundamental a nivel internacional, y esta Fiscalía considera que la actuación del Estado de Almeres contraviene directamente tal derecho.

Ciñéndonos al caso que nos atañe, el Programa "Ojo de Halcón" consistía en la realización sistemática de escuchas telefónicas ilícitas a numerosos actores nacionales e internacionales que operaban en Almeres, produciéndose de esta forma una clara vulneración de este derecho.

Asimismo, las escuchas fueron realizadas sobre un grupo de personas sospechosas de tener vínculos con la oposición política. Esto pone de manifiesto que las infracciones fueron perpetradas en razón de la identidad de grupo, requisito exigido por el ER.

Por otra parte, no puede dejarse pasar por alto que todas las escuchas fueron realizadas al margen de la Ley vigente en Almeres, pues las intervenciones telefónicas constituyen una limitación de un derecho fundamental a la privacidad consagrado en la Constitución de Almeres.

Por todo lo anteriormente expuesto, esta Fiscalía considera que nos encontramos ante una infracción evidente de dicho derecho.

III.1.B. Detenciones por un Plazo Superior al Permitido por la Ley

La existencia de detenciones por un plazo superior al permitido por la ley contra supuestos partidarios de la oposición política lesiona directamente el derecho reconocido en el Art. 9 PIDCP. Este artículo hace referencia al derecho a la libertad y a la seguridad personal, estableciendo expresamente que nadie podrá ser privado de su libertad salvo por las causas fijadas por ley, y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

La autorización del Presidente González para llevar a cabo detenciones por un plazo superior al permitido por la ley vulnera directamente este derecho, motivo por el cual esta Fiscalía considera que nos encontramos ante una vulneración grave e intencional del derecho fundamental a la libertad y a la seguridad personal recogido en el PIDCP.

III.1.C. Postura de la Fiscalía en relación a las Persecuciones en Almeres

Por todo explicado en los apartados anteriores, esta Fiscalía considera que, dada su actuación, el Presidente González es responsable penalmente y podrá ser penado, en base al Art. 25.3.b ER, por haber ordenado, propuesto o inducido la comisión del crimen de lesa humanidad de persecución, al desprenderse de los hechos que se trata de la persona que autorizó dichas medidas bajo la supuesta cobertura legal del Programa "Ojo de Halcón".

Asimismo, esta Fiscalía también considera que los Ministros de Interior y Defensa, a los que fue consultada la implantación de dicho Programa, son responsables penalmente y podrán ser

penados, en base al Art. 25.3.c ER, por ser cómplices de la comisión de estos crímenes de lesa humanidad[18].

Por último, esta Fiscalía considera que Héctor Olive, Director de la AAI, es responsable penalmente y podrá ser penado, en base al Art. 25.3.a ER, por haber cometido el crimen de lesa humanidad de persecución "por sí sólo, con otro, o por conducto de otro". Asimismo, y pese a haber cometido el crimen en cumplimiento de una orden emitida por el Presidente del Gobierno, el Sr. Olive no será eximido de responsabilidad penal, pues las órdenes de cometer crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas, condición que elimina tal exención de responsabilidad, a tenor del Art. 33 ER.

III.2. Existencia de Crímenes de Lesa Humanidad de Tortura en Almeres

Tal y como expone el Art. 7.2.e) ER, se entiende por tortura la causación intencional de dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control.

III.2.A. Existencia de Torturas desde el 1 de julio de 2009 hasta la Actualidad

En el presente caso, y de nuevo bajo la presunta legalidad del Programa "Ojo de Halcón", el Presidente González autorizó al Jefe de la AAI, Héctor Olive, para que el Programa "Ojo de Halcón" incluyera también detenciones por un plazo superior al permitido por la ley, y ciertas medidas de coerción física para la obtención de información en casos extremos. Estas medidas se desarrollarían bajo la estricta observación de personal con formación sanitaria, y no sobrepasarían de ninguna manera lo estipulado en el documento "Protocolo de Interrogación", un documento archivado por la AAI, calificado como Confidencial, y al que la Fiscalía de Almeres no tuvo acceso a la hora de llevar a cabo su instrucción sobre el caso.

La regulación y autorización del empleo de medidas de coerción física bajo la observancia de personal sanitario muestra indicios irrefutables de la existencia de voluntad de infringir o causar dolor o sufrimiento a los detenidos, es decir, a las personas que se encontraran bajo la custodia de los Servicios de Inteligencia Almerense.

Por todo ello, esta Fiscalía considera que, dada su actuación, el Presidente González es responsable penalmente y podrá ser penado, en base al Art. 25.3.b ER, por haber "ordenado, propuesto o inducido" la comisión del crimen de lesa humanidad de tortura[19], al desprenderse de los hechos que se trata de la persona que autorizó dichas medidas bajo la supuesta cobertura legal del Programa "Ojo de Halcón".

Asimismo, esta Fiscalía también considera que los Ministros de Interior y Defensa, a los que fue consultada la implantación de dicho Programa, son responsables penalmente y podrán ser penados, en base al Art. 25.3.c ER, por ser cómplices de la comisión de estos crímenes de lesa humanidad.

Por último, esta Fiscalía considera que Héctor Olive, Director de la AAI, es responsable penalmente y podrá ser penado, en base al Art. 25.3.a ER, por haber cometido el crimen de lesa

---

18 Cfr. ICTY *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997, para. 674, 688-692.

19 Vid. ICTR *Prosecutor v. Akayesu* Case No. ICTR-96-4-T Judgement, Trial Chamber, 2 september 1998, paras. 672-5.

humanidad de tortura "por sí sólo, con otro, o por conducto de otro"[20]. Asimismo, y pese a haber cometido el crimen en cumplimiento de una orden emitida por el Presidente del Gobierno, en base al Art. 33 ER, el Sr. Olive no será eximido de responsabilidad penal, pues a los efectos de dicho artículo, las órdenes de cometer crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas, condición que elimina tal exención de responsabilidad.

III.2.B. Existencia de Torturas durante el 3 de abril de 2010

Teniendo en cuenta que, tras los acontecimientos del 3 de abril, doce de los treinta y cinco detenidos liberados al día siguiente firmaron un manifiesto el 10 de abril en el que afirmaban haber sido sometidos a prácticas de asfixia provocada durante el interrogatorio, esta Fiscalía, tras realizar las investigaciones pertinentes, considera que existen indicios para confirmar la existencia de dichas torturas. Por todo ello, además de considerar necesaria la imputación de los sujetos determinados en el punto anterior, consideramos que los ocho funcionarios de policía antidisturbios que, de acuerdo con el expediente, se encontraban a cargo de los interrogatorios de estos manifestantes, son penalmente responsables y podrán ser penados en base al Art. 25.3.a ER, por haber cometido el crimen de lesa humanidad de tortura por sí mismos. Asimismo, y pese a haber cometido el crimen en cumplimiento de una orden emitida por un superior, estos ocho funcionarios no serán eximidos de responsabilidad penal, pues, a los efectos de dicho artículo, las órdenes de cometer crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas, condición que elimina tal exención de responsabilidad.

Por estos mismos actos, esta Fiscalía considera que el superior de estos ocho funcionarios de Policía, es decir, el General Luis Ángel Restrepo, Director General de Policía de la República de Almeres, es penalmente responsable de estos mismos actos en virtud del Art. 28.b ER. Dicho artículo determina que, en lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado, el superior será penalmente responsable por los crímenes competencia de esta Corte que hubieran sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados[21].

Si bien es cierto que los sujetos que esta Fiscalía acaba de señalar como penalmente responsables ya fueron juzgados por dichas conductas, también considera que, en virtud del Art. 20.3 ER, el proceso realizado por la jurisdicción almerense no fue instruido en forma independiente o imparcial, tal y como se deduce de los cargos imputados y las penas impuestas[22].

Asimismo, cabe señalar que en el juicio contra el General Restrepo, éste fue imputado por el incumplimiento de su deber de prevenir, y no por los delitos cometidos por sus subordinados.

---

20 Cfr. ICTY *Prosecutor v. Aleksovski,* Case No. IT-95-14/1-T, Judgement, Trial Chamber, 25 June 1999, paras. 60; ICTY *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95-14-T, Judgement, Trial Chamber, 3 March 2000, para. 245; ICTY *Prosecutor v. Kunarac et al,* Case Nos. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, Judgement, Trial Chamber, 22 February 2001, paras. 391-3.

21 Vid. ICTY *Prosecutor v. Aleksovski,* Case No. IT-95-14/1-T, Judgement, Trial Chamber, 25 June 1999, para. 73; ICTY *Prosecutor v. Delalic et al,* Case No. IT-96-21-T, Judgement, Trial Chamber, 16 November 1998.

22 Cfr. ICTY *Prosecutor v. Delalic,* Case No. IT-96-21-A, Judgement, Appeals Chamber, 20 February 2001, para. 303; ICTY *Prosecutor v. Kordic and Cerkez,* Case No. IT-95-14/2-T, Judgement, Trial Chamber, 26 February 2001, para. 369.

III.3. Existencia de Crímenes de Lesa Humanidad de Asesinato en Almeres

En relación con los acontecimientos que transcurrieron durante la tarde del 3 de abril de 2010, esta Fiscalía considera que se produjeron delitos de lesa humanidad de asesinato en Almeres. Tal y como refleja la trascripción de los hechos, si bien es cierto que varios grupos de manifestantes iban armados y habían causado desperfectos en la Plaza Mayor de Estrella, 500 agentes antidisturbios de la policía de Almeres comenzaron a lanzar gases lacrimógenos y pelotas de goma contra los manifestantes sin mediar palabra. Ante esta complicada situación, y con escasa visibilidad como consecuencia del humo, la Policía comenzó a disparar, generándose un auténtico caos. La situación se complicó aún más debido a la actuación de los policías antidisturbios, que impedían la salida de los manifestantes de la Plaza, aunque su intención fuera la de identificar y detener a los manifestantes armados.

Como consecuencia de todos estos acontecimientos, treinta manifestantes perdieron la vida, siendo diecisiete los fallecidos por herida de bala. La voluntad deliberada de los agentes de causar dichas muertes se deduce de la propia investigación, en la cual se señala que la gran mayoría de las muertes se produjeron como consecuencia de disparos desde menos de un metro de distancia.

Además de con estos fallecimientos, la manifestación finalizó con noventa manifestantes heridos, cuarenta de ellos por heridas causadas por arma de fuego. A la gravedad de los hechos ya enunciados, se suma el hecho de que, tras la concentración, se encontraron aproximadamente 250 casquillos de bala en la plaza, es decir, un número lo suficientemente elevado que implica que no pueden tratarse únicamente de disparos realizados como método de defensa.

Por todo ello, esta Fiscalía considera que los diez agentes antidisturbios de la Policía que del expediente se deduce que recurrieron al uso de armas de fuego durante la disolución de la concentración son penalmente responsables por perpetrar crímenes de lesa humanidad de asesinato, ya que dichos ataques se cometieron como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento por parte de sus autores de que el acto por perpetrado forma parte de dicho ataque.

En cuanto a la calificación del término “asesinato”, éste no queda explicado en el Art. 7.2 ER, pero la jurisprudencia exige tres condiciones: la muerte de la víctima, que la muerte haya sido consecuencia de un acto del acusado y que el acusado haya tenido la intención de matarla o de causarle daños[23] corporales intensos con el conocimiento razonable de que su ataque probablemente ocasionaría su muerte[24]. Estas tres condiciones se dan en los asesinatos perpetrados el día 3 de abril.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, esta Fiscalía sostiene que estos diez agentes son penalmente responsables en virtud del Art. 25.3.a, dado que cometieron ese crimen por sí mismos**.**

Por otra parte, esta Fiscalía considera que el Capitán Ramírez, que comandaba el grupo de agentes que procedieron a la disolución de la concentración del 3 de abril, es penalmente responsable por este mismo crimen, en virtud del Art. 28.b, que señala que, “en lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado, el superior será penalmente responsable por los

---

23 Vid. ICC *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui,* Case No. ICC-01/04-01/07, Pre-Trial Chamber I, 30 september 2008, para. 422.

24 Cfr. ICTY *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95-14-T, Judgement, Trial Chamber, 3 March 2000, para. 217.

crímenes competencia de esta Corte que hubieran sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados".

Asimismo, sobre él recae también la responsabilidad de diseñar la estrategia que se siguió durante la tarde del 3 de abril, aunque, según la Fiscalía no puede deducirse que el Capitán Ramírez fuera consciente de la tragedia que su plan terminaría por acarrear. Esta Fiscalía considera que la opinión de la Fiscalía de Almeres sobre la incapacidad del Capitán Ramírez para prever las consecuencias de su propia estrategia está ligeramente infundada, al tratarse del Capitán de Policía de la capital del país, así como por el Fiscal General del Estado de Almeres se encuentra vinculado por las instrucciones que reciba del Ministro de Justicia. En cualquier caso, la responsabilidad penal del Capitán Ramírez es indudable, dado que él fue el principal responsable de las operaciones policiales realizadas por los antidisturbios durante la tarde del tres de abril.

Tal y como ocurría en el anterior apartado, si bien es cierto que los sujetos que esta Fiscalía acaba de señalar como penalmente responsables ya fueron juzgados por dichas conductas, también considera que, acogiéndose al Art. 20.3 ER, el proceso realizado por la jurisdicción almerense no fue instruido en forma independiente o imparcial, tal y como puede deducirse de los cargos imputados y las penas impuestas.

IV. Las actuaciones judiciales paralelas sobre el presente caso no afectan a la admisibilidad de la cuestión

IV.1. Las actuaciones judiciales de la CIDH no afectan a la admisibilidad de la cuestión

Acorde a lo expuesto tras el debate del 1 de diciembre, esta Fiscalía entiende que las actuaciones de la jurisdicción de la CIDH no afectan a la admisibilidad de la cuestión.

En primer lugar, cabe reseñar que las funciones principales de la CIDH son las de promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos, así como servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia[25]. Esta no es la función de la CPI, que se limitará a conocer de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, y no a velar por el mantenimiento de los Derechos Humanos[26].

La CIDH, además, en caso de no solucionar el problema concreto, tiene derecho a remitir dicha cuestión a la Corte IDH[27], sometiéndolo a su decisión. La Corte IDH, con sus sentencias, delimita la responsabilidad internacional de los Estados parte, y no de los sujetos, tal y como procede esta Corte. Éste es un rasgo común a todos los Tribunales cuya función es la salvaguarda de los Derechos Humanos[28].

---

25 Art. 1 Reglamento CIDH.

26 Art. 5 ER.

27 J. M. PASQUALUCCI, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 15.

28 Como por ejemplo, el TEDH (Art. 34 CEDH).

IV.2. Las actuaciones judiciales de la jurisdicción de Almeres no afectan a la admisibilidad de la cuestión

En primer lugar, es manifiestamente necesario hacer constar que muchos de los crímenes sobre los cuales esta Fiscalía solicita la apertura de una investigación no han sido investigados o enjuiciados por la jurisdicción de Almeres.

En cuanto a los ya investigados o juzgados por dicha jurisdicción nacional, tal y como se expuso anteriormente, esta Fiscalía considera que, en virtud del Art. 20.3.b ER, el proceso llevado a cabo por la jurisdicción de Almeres no fue instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el Derecho Internacional, tal y como se desprende de los cargos imputados y las penas impuestas.

Para llegar a esta conclusión, esta Fiscalía ha estudiado las imputaciones realizadas y las penas finalmente impuestas, claramente inferiores a las que estipula el ordenamiento de Almeres. Sirva como ejemplo para ilustrar esta afirmación el caso de los policías antidisturbios, condenados a veinticinco años de privación de libertad tras imputárseles 17 delitos de homicidio doloso y 40 delitos de lesiones graves dolosas. Según el ordenamiento de Almeres, el delito de homicidio es castigado con una pena privativa de libertad de 15 a 25 años, mientas que el delito de lesiones graves se castiga con una pena privativa de libertad de 10 a 15 años. Como consecuencia, su pena no refleja su responsabilidad, ni siquiera a los ojos del ordenamiento almerense.

Por todo lo anteriormente expuesto, queda superado el obstáculo inicial de esta Corte, referente al no procesamiento de ningún individuo que ya hubiera sido procesado por otro Tribunal en razón de hechos también prohibidos[29].

Por último, no debemos olvidar que todas las investigaciones realizadas por la jurisdicción de Almeres comenzaron tras la avalancha de denuncias iniciadas en noviembre de 2009, y automáticamente después de las comunicaciones individuales recibidas por esta Fiscalía entre los días 4 y 11 de abril de 2010, motivo por el cual puede deducirse la inexistencia de voluntad inicial por parte del Estado de Almeres para investigar sobre los hechos que aquí se dirimen.

V. La LRIV no afecta a la admisibilidad de la situación o a la conveniencia de la apertura de la investigación

En cuanto a la LRIV y su relación con la admisibilidad, esta Fiscalía no ve ninguna incompatibilidad entre la existencia de la mencionada ley y la apertura de la investigación que se solicita. Esta cuestión pertenece a la competencia del Estado y, en todo caso, debería ser conocida por los órganos encargados de estudiar la adecuación de esa legislación a los estándares internacionales previstos[30]. Así pues, el estudio de la posible discrepancia de esta Ley con los modelos internacionales de reparación de las víctimas será incumbencia, en su caso, de la Corte IDH, y no de la CPI.

La LRIV surge de la voluntad democrática del Parlamento de Almeres, y fue creada para que el Estado pudiera responder, según las pautas establecidas en esta materia, por las posibles violaciones de Derechos Humanos a víctimas colectivas. Estas medidas en ningún caso pueden ser

---

29 Art. 20.3 ER.

30 H. FIX-ZAMUDIO, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2ª ed., México D. F, 1999, p. 33.

confundidas con la naturaleza de las reparaciones a las víctimas que la CPI pueda establecer, pues éstas se otorgan por la responsabilidad criminal de un individuo, pudiéndose asimilar a la acción civil derivada de delito[31].

Todo esto justifica también la existencia de un fondo especial de los Estados partes para hacer frente a la posible falta de solvencia de los delincuentes[32], elemento que establece como responsable del pago de la cuantía de la indemnización a los individuos particulares y no al Estado.

Pese a la falta de competencia de la CPI para pronunciarse sobre esta cuestión, esta Fiscalía considera que las medidas propuestas en la LRIV son adecuadas para la finalidad de reparación colectiva simbólica de las víctimas[33]. Las disposiciones establecidas en dicha Ley tienen la finalidad de compensar los daños de carácter inmaterial[34] producidos a las víctimas con una índole pública, así como garantizar la no repetición[35]. Esto se logra, precisamente, mediante la recuperación de la memoria de las víctimas, promoviéndose, por un lado, los valores de respeto y justicia entre toda la población, y por otro, la garantía de los Derechos Humanos por parte del Estado.

Las indemnizaciones de carácter económico establecidas por la Corte IDH forman parte del concepto de reparación integral que debe llevarse a cabo "para hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas"[36]. Los parámetros empleados durante la actividad judicial de la Corte IDH pueden ser una base para la determinación del monto de la indemnización, pero no una cuantía fija inamovible, pues la cuantía final dependerá del caso concreto[37], de la gravedad de las violaciones y de las medidas simbólicas que se hayan tomado como complemento[38].

Como conclusión, podemos establecer que la CPI no puede, en ningún caso, pronunciarse sobre la conformidad de la LRIV con las reglas de indemnizaciones hacia víctimas colectivas de violaciones de Derechos Humanos. Aún así, el análisis de esta Fiscalía sobre el sistema de reparaciones que se establece en la citada Ley, es favorable a la adopción de las medidas que en ella se establecen.

VI. Conclusiones de la fiscalía

En conclusión, y por todo lo expuesto hasta este momento, esta Fiscalía considera necesario solicitar a esta Honorable Sala que autorice la apertura de una investigación sobre los hechos acontecidos en Almeres entre enero de 2009 y el día de hoy.

---

31 Art. 75 ER.

32 L. BURGORGUE-LARSEN, "Las víctimas del delito en el proceso penal internacional: el ejemplo de la Corte Penal Internacional", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid,* número 12, 2003, p. 29.

33 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, para. 56; *Caso Valle Jaramillo y otros v. Colombia*, Serie C. 192, para. 224; *Caso Ticona Estrada y otros v. Bolivia*. Serie C. 191, para. 130; y *Caso Perozo y otros v. Venezuela*, Serie C. 195, para. 413.

34 Corte IDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas v. Perú*, Excepción Preliminar, Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 276.

35 F. GÓMEZ ISA, "Justicia y reparación para las víctimas de violaciones graves y sistemáticas de los Derechos Humanos", *Revista Crítica*, número 954, 2008.

36 I. ACOSTA LÓPEZ, y D. BRAVO RUBIO, "El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Énfasis en la Experiencia Colombiana", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 13, 2008, p. 332.

37 Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, para. 19.

38 Corte IDH, Caso Gómez Palomino, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 229.

REFERENCIAS

- AMBOS, Kai, "El Test de Complementariedad de la Corte Penal Internacional", *InDret* [en línea], 2010, 2/2010 [consulta de enero de 2010]. Disponible en http://www.indret.com/pdf/727.pdf.
- HALL, C., "Article 7. Crimes against humanity", en TRIFFTERER, O. (ed), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court,* C. H Beck oHG, 2ª ed., München, 2008.
- KLEFFNER, J. K., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press, 1ª Ed., Nueva York, 2008.
- PASQUALUCCI, J. M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- PÉREZ MANZANO, M., *La Prohibición Constitucional de Incurrir en el Bis in Idem,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- SATZGER, H., y KAYSER, J., "Ne Bis in Idem en el Derecho Penal Internacional: muchas preguntas a segunda vista", en ARROYO, L., y NIETO, A., *El Principio de Ne Bis in Idem en el Derecho Penal Europeo e Internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, pp. 95-111.

ESCRITO DEL ESTADO DE ALMERES PRESENTADO POR EL EQUIPO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO (UNAM)

Escrito presentado por el equipo C-003, representativo de la UNAM, integrado por: Genaro Antonio Madrigal Ríos; Alan Michel Mayo Flota; Víctor Manuel Miranda Leyva; Ana Cecilia Orta Rodríguez.

TABLA DE CONTENIDOS

A. TABLA DE ABREVIATURAS 446
B. ÍNDICE DE AUTORIDADES 448
C. ESTABLECIMIENTO DE HECHOS 450
D. CUESTIONES A ABORDAR 453
E. RESUMEN DE ARGUMENTOS 453
F. ARGUMENTOS ESCRITOS 454
I. Conforme al artículo 53 (1) ER, no debe autorizarse un inicio de investigación en Almeres . 454
1. Conforme al artículo 53 (1) (a) ER, no existe fundamento razonable para creer que se cometieron CLH competencia de la Corte en Almeres 454
1.1. No existe un ataque en contra de la población de Almeres 454
1.2. Alternativamente, no existe un contexto generalizado ni sistemático 455
1.3. Inexistencia de CLH en Almeres 456
1.3.1. CLH de asesinato 456
1.3.2. CLH de tortura 457
1.3.3. CLH de persecución 457
1.3.4. CLH de otros actos inhumanos 458
2. Conforme al artículo 53 (1) (b) ER la situación en Almeres es inadmisible 459
2.1. Almeres ha cumplido con su obligación de investigación y enjuiciamiento de los hechos relacionados a la posible situación en su territorio 459
2.1.1. Conforme al artículo 17 (1) (b) ER el asunto ha sido objeto de investigación por Almeres 459
2.1.2. Conforme al artículo 17 (1) (c) ER los enjuiciamientos realizados por Almeres respecto de los hechos constituyen cosa juzgada 460
2.1.3. Adicionalmente, conforme al artículo 20 (3) ER no proceden las excepciones al principio de cosa juzgada 461
2.2. Conforme al artículo 17 (1) (d) ER la situación en Almeres no cumple con el umbral de gravedad suficiente 462
3. Conforme al artículo 53 (1) (c) una investigación sobre la situación en Almeres contraviene el interés de la justicia 464
II. Es correcto el enfoque de la Ley de Reparaciones de Almeres respecto de las reparaciones colectivas de carácter simbólico 466
G. REFERENCIAS 469

A. TABLA DE ABREVIATURAS

AAI	Agencia Almerense de Inteligencia
AI	Amnistía Internacional
Almeres	República de Almeres
CADH	Convención Americana sobre los Derechos Humanos
CADHP	Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos
CDH	Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas
CEDH o ECHR	Corte Europea de Derechos Humanos - European Court of Human Rights
CIDF	Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIJT	Centro Internacional de Justicia Transicional
CLH	Crimen o Crímenes de Lesa Humanidad
CNDH	Comisión Nacional de los Derechos Humanos del Estado de Almeres
COEA	Carta de la Organización de Estados Americanos
Convención contra el Genocidio	Convención para prevenir, sancionar y castigar el crimen de genocidio
Convención contra la Tortura	Convención contra la Tortura y otros actos, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes
CorIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Corte, CPI o ICC	Corte Penal Internacional - International Criminal Court
CPDHLF	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CPDHLF-P12	Protocolo nº 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CPDHLF-PA	Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DDHH	Derechos Humanos
Declaración de 1985	Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y los Abusos de Poder
DPPDF	Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EC	Elementos de los Crímenes
ER	Estatuto de Roma

FIDH	Federación Internacional de Derechos del Hombre - Fédération Internationale de Droits de l'Homme
Fiscalía General	Fiscalía General de la República de Almeres
Ley de Reparaciones	Ley de Reparación para la Indemnización de las Víctimas de la Concentración del 3 de abril 2010
LR	Ley de Reparación para las Víctimas de la Concentración del 3 de abril 2010
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONG's	Organizaciones no gubernamentales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PADESC	Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PAI	Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Principios contra la Impunidad	Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad
Principios de 2005	Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones
Principios sobre independencia de la Judicatura	Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura. Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente
RDC o DRC	República Democrática del Congo - Democratic Republic of the Congo
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
SCP	Sala de Cuestiones Preliminares
PECGT o SPSC	Paneles Especiales para los Crímenes Graves en Timor Leste - Special Panels for Serious Crimes in East Timor
TPIR o ICTR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda - International Criminal Tribunal for Rwanda
TPIY o ICTY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia - International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
UNTAET	United Nations Transitional Administration in East Timor
UR	United Nations Transitional Administration in East Timor, Regulation No. 2000/15, On the establishment of Panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences, 6 June 2000.

B. ÍNDICE DE AUTORIDADES

Instrumentos Internacionales

Carta de la Organización de las Naciones Unidas.
CDH, Observación General 31.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
Declaración Universal de los Derechos Humanos.
Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
Principios contra la impunidad.
Principios de 2005.
Protocolo Adicional I.
Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

Situation in the Center African Republic, background situation in the CAR, ICC, 22 May 2007. (Citado como: *RCA, situación, CPI, 22 mayo 2007).*

Situation in the DRC, Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, ICC, 17 January 2006. (Citado como: *RDC, víctimas, CPI, 17 enero 2006).*

Situation in the DRC, Decision to open investigation, ICC, 23 June 2004. (Citado como: *RDC, investigación, CPI, 23 junio 2004*).

Situation in the Republic of Kenya, Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation into the situation in the Republic of Kenya, ICC, 31 March 2010. (Citado como: *Kenia, autorización, CPI, 31 marzo 2010).*

The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda, Decision on the confirmation of charges, ICC, 8 February 2010. (Citado como: *Abu Garda, confirmación, CPI, 8 febrero 2010).*

The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, ICC, 30 september 2008. (Citado como: *Katanga, confirmación, CPI, 30 septiembre 2008).*

The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, ICC, 30 september 2008, Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Usacka. (Citado como: *Katanga, opinion disidente Usacka, CPI, 30 septiembre 2008).*

The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Decision on the confirmation of charges, ICC, 12 june 2009. (Citado como: *Bemba, confirmación, CPI, 12 junio 2009).*

The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Fourth decision on victims' participation, ICC, 12 December 2008. (Citado como: *Bemba, víctimas, CPI, 12 diciembre 2008).*

The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Prosecution's application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC, 4 March 2009. (Citado como: *Al Bashir, orden de arresto, CPI, 4 marzo 2009).*

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

Simic, Tadic y Zaric, Trial Judgement, ICTY, 17 October 2003. (Citado como: *Simic, sentencia, TPIY, 17 octubre 2003).*

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

The Prosecutor v. Akayesu, Judgment, ICTR, 2 september 1998. (Citado como: *Akayesu, sentencia, TPIR, 2 septiembre 1998).*

The Prosecutor v. Musema, Appeal Judgment, ICTR, 27 January 2000. (Citado como: *Musema, apelación, TPIR, 27 enero 2000).*

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Acevedo Jaramillo y otros v Perú., Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 7 de febrero de 2006. (Citado como: *Acevedo, sentencia, CorIDH, 7 febrero 2006).*

Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 26 de septiembre de 2006. (Citado como: *Almonacid, sentencia, CorIDH, 26 septiembre 2006).*

Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 26 de septiembre de 2006, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade. (Citado como: *Almonacid, opinión Cançado, CorIDH, 26 septiembre 2006).*

Caso Baldeón García v. Perú, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 6 de abril de 2006. (Citado como: *García, Sentencia, CorIDH, 6 abril 2006).*

Caso Bámaca Velázquez v. Guatemala, Sentencia de reparaciones y costas, CorIDH, 22 de febrero de 2002. (Citado como: *Bámaca, reparaciones, CorIDH, 22 febrero 2002).*

Caso Barrios Altos v. Perú, Sentencia de reparaciones y costas, CorIDH, 30 de noviembre de 2001. (Citado como: *Barrios, reparaciones, CorIDH, 30 noviembre 2001).*

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 29 de marzo 2006, para. 219. (Citado como: *Comunidad Sawhoyamaxa, sentencia, CorIDH, 29 marzo 2006).*

Caso de la masacre de La Rochela v. Colombia, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 11 de mayo de 2007. (Citado como: *Rochela, sentencia, CorIDH, 11 mayo 2007).*

Caso de la masacre de Mapiripán v. Colombia, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 15 de septiembre de 2005. (Citado como: *Mapiripán, sentencia, CorIDH, 15 septiembre 2005).*

Caso de la masacre de Pueblo Bello v. Colombia, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 31 de enero 2006. (Citado como: *Pueblo Bello, sentencia, CorIDH, 31 enero 2006).*

Caso de las masacres de Ituango v. Colombia, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 1 de julio de 2006. (Citado como: *Ituango, sentencia, CorIDH, 1 julio 2006).*

Caso Escher y otros vs. Brasil, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 6 de julio de 2009. (Citado como: *Escher, sentencia, CorIDH, 6 julio 2009).*

Caso La Cantuta v. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 29 noviembre de 2006. (Citado como: *La Cantuta, sentencia, CorIDH, 29 noviembre 2006*).

Caso Las Palmeras v. Colombia, sentencia de reparaciones y costas, CorIDH, 26 noviembre de 2002. (Citado como: *Las palmeras, reparaciones, CorIDH, 26 noviembre 2002).*

Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, sentencia de fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 25 de noviembre de 2003. (Citado como: *Mack, sentencia, CorIDH, 25 noviembre 2003).*

Caso Tristán Donoso vs. Panamá, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 27 de enero de 2009. (Citado como: *Donoso, sentencia, CorIDH, 17 enero 2009).*

Corte Europea de Derechos Humanos

Kaya v. Turkey, Judgment, ECHR, 19 February 1998. (Citado como: *Kaya, sentencia, CEDH, 19 febrero 1998).*

Yasa v. Turkey, Judgment, ECHR, 2 september 1998. (Citado como: *Yasa, sentencia, CEDH, 2 septiembre 1998).*

Otros

CDH, Comentario General 31.

Informe del Secretario General de la ONU, El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, 3 agosto 2004.

Ley 975 de 2005 promulgada por el congreso de Colombia, artículo 46.

OTP, *Policy paper on the interests of justice*, september 2007.

OTP, *Response to communication received concerning Iraq*, 9 February 2006.

Resolución 2005/66, CDH, 20 de abril de 2005.

C. ESTABLECIMIENTO DE HECHOS

Almeres es un estado de 150.000 km^2 y una población aproximada de 50 millones de habitantes, su capital es Estrella y se encuentra al norte del país. Colinda en el norte con la República de Heraldo; al sur con la Federación de Estados de Gonda; al este con la República de Chelsia y al oeste con el Estado de Federania. Para el 1 de julio de 2002, todos ellos son parte de la CADH, han aceptado la jurisdicción contenciosa de la CorIDH y son Estados Partes del ER.

Después de 70 años de gobiernos autoritarios en Almeres, para 2004 existía tan solo una aparente consolidación democrática. En las últimas elecciones de 2009, la Alianza Nacional contra la Corrupción (ANC) es declarada ganadora, posicionando al Sr. Luis María González como Presidente de Almeres.

Su gobierno se encuentra formado por 15 ministros, entre los cuales se encuentran, como Ministro de Economía, el Sr. Luis Fajardo; como Ministro de Defensa, el Sr. Juan Fernández de Roso; como Ministro de Interior, el Sr. Javier García; como Ministra de Justicia, la Sra. María Dolores Izquierdo; y como Ministra de Exteriores, la Sra. Ángela Conrade.

Como primeras medidas para dejar atrás los gobiernos dictatoriales, el nuevo gobierno del ANC presenta una serie de reformas legislativas de gran alcance, dirigidas a limitar los grandes índices de corrupción existentes, sin embargo los partidos en oposición bloquean la mayoría de sus reformas, específicamente en materia agraria, sobre la función pública, régimen fiscal, minas

y otros recursos energéticos, así como Justicia, y las fuerzas armadas y de policía. Y se dedican a desacreditación del nuevo gobierno ante la prensa nacional e internacional.

En junio de 2009, el gobierno decide iniciar los trámites parlamentarios para la aprobación de una nueva Ley Electoral, que desmonopolizaría el control de la comisión electoral para dejarlo en manos del Senado, sin embargo éste genera grandes protestas y disturbios en agosto, que culminan con el sensible fallecimiento de un policía y tres manifestantes.

Para evitar nuevos disturbios y mejorar las labores de inteligencia para de esta manera anticipar los movimientos de la oposición y evitar disturbios de la gravedad de los producidos en agosto que han llevado a Almeres a las principales portadas de la prensa internacional. La operación "Ojo de Halcón" se pone en marcha el 1 de octubre de 2009 a propuesta del Presidente, previa consulta con los ministros de interior y de justicia.

Dicha operación consiste en la realización de escuchas telefónicas a un amplio abanico de actores nacionales e internacionales que operan en Almeres

El 21 de octubre de 2009, durante la reunión del presidente con sus homólogos de los estados vecinos de Chelsia y Federania, los Sres. Ángel Fernández y Juan Sampayo, concuerdan un nuevo programa para incrementar la coordinación y cooperación policial, judicial y de inteligencia para evitar la expansión de disturbios como los de agosto, llamado CORINTEL. Igualmente reiteran que, a juicio de los tres mandatarios reunidos en Estrella, son los principales responsables de los disturbios acaecidos así como de la situación de extrema tensión en que vive Almeres.

En noviembre de 2010, se incrementa notablemente el apoyo político, económico, logístico, y mediático al movimiento de oposición en Almeres, de igual forma desde diciembre de 2009, comienzan a intensificarse los contactos entre ese movimiento con ciertos funcionarios del gobierno de Heraldo para incrementar las movilizaciones y favorecer un incremento del nivel de violencia en los disturbios, y generar una mayor presión a los efectos de forzar al gobierno a convocar elecciones anticipadas.

En enero de 2010, estos contactos se traducen en una estrategia común de actuación que comenzaría con una concentración mensual en recordatorio de los tres manifestantes muertos durante los disturbios acaecidos en agosto de 2009. El 3 de abril, a pesar de no haber recibido la autorización de las autoridades locales para llevarla a cabo, unas 100.000 personas se concentran en la Plaza Mayor.

Entre los asistentes se encontraban casi doscientas personas en seis grupos, que actuaban de manera coordinada, armados con varas de hierro y cócteles molotov, destrozaron las vitrinas de numerosos comercios de la plaza mayor y quemaron dos sucursales del banco de Almeres.

Minutos más tarde aparecieron unos 500 agentes antidisturbios que lanzaron gases lacrimógenos y pelotas de goma contra las miles de personas todavía concentradas en la plaza mayor, incluidos los casi doscientos manifestantes armados con varas de hierro y cócteles molotov. Posteriormente, los agentes antidisturbios se dirigieron contra los distintos grupos de manifestantes armados, que trataron de refugiarse entre el resto. En medio de la confusión se escucharon disparos, a continuación todo fue un caos: los manifestantes trataban de salir de la plaza; los agentes antidisturbios se lo impedían en su esfuerzo por identificar y detener a aquellos que se encontraban armados.

Como resultado ocho manifestantes perdieron la vida al ser pisoteadas mientras intentaban salir de la plaza, 5 por asfixia, 17 por herida de bala y 5 agentes antidisturbios por golpes recibidos

con varas de acero. Entre los heridos figuran casi 50 por contusiones graves, 40 por armas de fuego y 20 agentes antidisturbios que fueron hospitalizados.

Al término de la concentración, se encontraron aproximadamente 250 casquillos de bala en la plaza mayor y casi un centenar de detenidos fueron interrogados, de los que 35 fueron puestos a disposición de la Fiscalía General y se les decretó prisión provisional el día 4 de abril. Al resto se les puso en libertad ese mismo día, aunque una docena de ellos firmaron un manifiesto donde afirmaron haber sido sometidos a prácticas de asfixia provocada durante el interrogatorio.

Los incidentes acaecidos fueron objeto de declaraciones de condena por varios mandatarios regionales y los presidentes de Chelsia y Federania pusieron énfasis en "los actos de provocación desarrollados por los varios centenares de manifestantes armados", asimismo se pronunciaron los Secretarios Generales de la ONU y de la OEA manifestando su intensa preocupación por los sucesos ocurridos.

Durante la semana del 4 al 11 de abril presentaron comunicaciones a la Fiscalía de la CPI conforme a los artículos 13 (c) y 15 ER, así como sendas demandas ante la CIDH por los homicidios y lesiones ocurridas durante la concentración del 3 de abril, los más de cien casos reportados hasta finales de marzo de 2010 de presuntas detenciones arbitrarias y torturas de personas probablemente asociadas a la oposición política del PFR y del PSN y por las prácticas de asfixia a algunos detenidos de la concentración del 3 de abril.

El 12 de abril de 2010 se abrió una investigación preliminar sobre la situación de crisis existente en el territorio de Almeres desde el 26 de enero de 2009, fecha en que comienza la Presidencia del Sr. Luis María González.

Dentro del marco de la exigencia de la comunidad internacional el Gobierno decidió presentar un Proyecto de Ley para la Indemnización de las Víctimas de la Concentración del 3 de abril, que fue aprobado en el 14 de mayo de 2010. Asimismo, el Presidente de la República aceptó la dimisión de su cargo del Vice-Ministro de Interior. Y el Ministro de Justicia, previa aprobación en el Consejo de Ministros, dio instrucciones a la Fiscalía Nacional para que, además de los hechos acaecidos el día 3 de abril, investigase los supuestos casos de presuntas detenciones arbitrarias y torturas supuestamente acaecidos entre noviembre de 2009 y marzo de 2010.

Como consecuencia de la investigación de los hechos de la concentración del 3 de abril, la Fiscalía General imputó y se produjo condena firme: a los agentes antidisturbios por 17 delitos de homicidio y 40 de lesiones graves a título doloso, 25 años de privación de libertad; a los ocho funcionarios encargados de los interrogatorios de los doce manifestantes sometidos a prácticas de asfixia, por doce delitos de lesiones graves en grado de tentativa dolosa, 10 años; al Capitán Luis Carlos Ramírez, quien comandaba al grupo de agentes antidisturbios por 30 de homicidio y 90 de lesiones a título de imprudencia, 7 años; y finalmente al General Luis Ángel Restrepo, director general de la policía de Almeres, por la comisión imprudente de un delito de omisión propia de prevenir y de un delito doloso de omisión de su deber de castigar, 3 años.

En relación con la supuesta práctica de detenciones arbitrarias y tortura, la Fiscalía General, señaló que no había encontrado indicios racionales de criminalidad en este sentido en su decisión de archivo de las actuaciones emitida en agosto de 2010 y el 1 de septiembre el Parlamento almerense aprobó finalmente la Ley de Reparación.

En dicha ley, se acoge un modelo mixto de reparación en el que se da prioridad a las reparaciones de naturaleza colectiva de carácter simbólico, tales como (i) el nombramiento de una plaza en honor a las víctimas de dicho evento; (ii) la creación de una sección destinada al mismo en el

Museo Nacional de Historia; (iii) la financiación de la Compañía de Teatro Nacional para que represente por todo el país, así como en foros internacionales, una obra de teatro basada en la tragedia del 3 de abril; y (iv) la grabación de un vídeo que se difunda en hora de máxima audiencia por el canal público de televisión, y que se distribuya entre las televisiones internacionales, en el que se reproduzcan los hechos de acuerdo a lo establecido en las sentencias de condena dictadas en julio y agosto de 2010, y se entreviste a los principales representantes de las víctimas. Así como también prevé indemnizaciones de carácter individual.

A mediados de octubre de 2010 las organizaciones nacionales e internacionales envían una segunda comunicación al Fiscal de la CPI para que utilice sus prerrogativas conforme al artículo 15 (3) para solicitar a la SCP la autorización para abrir una investigación en Almeres desde el 26 de enero de 2009, anexando las peticiones realizadas ante la CIDH.

El 15 de noviembre de 2010 la CIDH decide admitir a trámite las demandas presentadas por las víctimas.

D. CUESTIONES A ABORDAR

1. Existencia de CLH en Almeres.
2. La posible admisibilidad de la posible situación.
3. Idoneidad del enfoque de las reparaciones otorgadas por Almeres

E. RESUMEN DE ARGUMENTOS

La Corte debe resolver que:

1. No existe fundamento razonable para creer que se han cometido CLH competencia de la Corte en Almeres, ya que: no existe un ataque sistemático ni generalizado en contra de la población civil en Almeres ni se configuran los elementos de los CLH de asesinato, persecución, tortura y otros actos inhumanos.
2. La situación en Almeres debe ser declarada inadmisible ya que Almeres ha cumplido con su obligación de investigación y enjuiciamiento de los hechos relacionados a la posible situación en su territorio, el inicio de una investigación de la situación en Almeres no cumple con el umbral de gravedad suficiente y contraviene al interés de la justicia.
3. Es oportuno el enfoque de la Ley de reparación respecto de las reparaciones colectivas de carácter simbólico.

F. ARGUMENTOS ESCRITOS

I. Conforme al artículo 53 (1) ER no debe autorizarse un inicio de investigación en Almeres

1. Conforme al artículo 53 (1) (a) ER, no existe fundamento razonable para creer que se cometieron CLH competencia de la Corte en Almeres

Para los efectos del ER se debe entender por CLH, cualquiera de los actos mencionados en el artículo 7 (1) cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque[1].

1.1. No existe un ataque en contra de la población de Almeres

Por "ataque" debe entenderse una línea de conducta que implique la comisión múltiple de determinados actos, mencionados en el artículo 7 (1) ER, contra una población civil de conformidad o para promover una política de un Estado o de una organización[2]. Por ende, actos de violencia aislados o espontáneos no caen dentro de este supuesto[3]. Por lo que se refiere a la política necesaria, es entendido que esta requiere que el Estado promueva o aliente activamente un ataque de esa índole[4].

En la presente situación, los incidentes de la plaza mayor de Estrella no fueron planeados de manera anticipada. En consideración al panorama de confrontación e inestabilidad predominante en Almeres[5] las autoridades locales denegaron el permiso para llevar a cabo la concentración del día 3 de abril de 2010[6]. Frente a esta negativa, los cuerpos de seguridad del Estado no tenían previsto el gran número de personas que participarían en la manifestación, ni tampoco pudieron prever de alguna manera los actos de vandalismo extremadamente graves que se produjeron[7].

Consecuentemente, la estrategia diseñada por el Capitán Luis Carlos Ramírez, quien comandaba el grupo de agentes antidisturbios, fue diseñada sobre la marcha de los acontecimientos, procurando dar una expedita solución a los graves altercados que comenzaban a producirse en la plaza[8]. Cabe resaltar que, con la actuación de los agentes antidisturbios, únicamente se pretendía disolver la concentración, evitando que los grupos armados con varas de hierro y cócteles molotov ocasionaran daño al resto de los manifestantes y continuaran con la destrucción de diversos establecimientos mercantiles[9].

Si bien en el resultado de la estrategia, existió un uso desproporcionado de la fuerza por parte de los agentes antidisturbios, no se puede concluir de este incidente que el plan de emergencia

---

1 ER, artículo 7 (1).
2 ER, artículo 7 (2) (a).
3 *Katanga, confirmación, CPI, 30 septiembre 2008*, para. 396.
4 EC, introducción al artículo 7, para. 3.
5 Hechos del caso, para. 18.
6 Ibídem, para. 18.
7 Aclaraciones, para. 50.
8 Ídem.
9 Hechos del Caso, para. 28.

diseñado por el Capitán Ramírez formara parte de una política prediseñada y organizada en contra la población de Almeres y por ende, el ataque alegado por la Fiscalía no puede ser configurado.

1.2. Alternativamente, no existe un contexto generalizado ni sistemático

En caso de que se llegase a considerar que un ataque realmente existió, los elementos de sistematicidad y generalidad requeridos por el ER tampoco se configuran. Al respecto, para que un CLH se constituya, el ataque debe ser necesariamente sistemático o generalizado[10].

Por su parte, la sistematicidad comprende un plan organizado de conformidad con una política común, la cual sigue un patrón regular y deriva en la comisión continua de crímenes o "patrones de crímenes", excluyendo la repetición accidental de conductas delictivas similares[11]. Adicionalmente, tal como lo establece el artículo 7 (2) (a), debe existir una multiplicidad de actos que constituyan el ataque[12].

En el presente caso, los incidentes del 3 de abril son el desafortunado resultado de un plan diseñado *ipso facto*, que tenía por objetivo dar una inmediata solución a los graves altercados producidos por personas que se encontraban armadas, mediante la simple disipación de la manifestación[13]. Los hechos en cuestión emanan de una estrategia que no contemplaba bajo ningún supuesto la tragedia que por sí misma terminaría por acarrear[14]. Tal estrategia fue planteada sobre la marcha, como consecuencia de sucesos inaceptables en una sociedad democrática, como lo son la destrucción a establecimientos mercantiles por contingentes armados con varas de hierro y cócteles molotov[15]. Por lo que antecede, las conductas de los agentes antidisturbios carecen totalmente de una premeditación, de un patrón regular y no implican de ninguna forma la comisión continua de actos constitutivos de CLH.

Por lo tanto, no existiendo una política estatal ni habiendo una comisión continua de conductas delictivas no se cumple con las exigencias del ER para señalar la existencia de un contexto sistemático y en consecuencia no es posible concluir que la comisión de CLH existió en Almeres.

En cuanto a la generalidad, esta implica la naturaleza a gran escala del ataque, es decir, este debe estar constituido por una multiplicidad de conductas, estar dirigido contra una amplia área geográfica, ser frecuente, ser llevado a cabo colectivamente con una seriedad considerable y contar con una multiplicidad de víctimas[16]. De igual manera, de conformidad con el artículo 7 (2) (a) esta multiplicidad de conductas requieren ser organizadas y seguir un patrón regular, como parte de un plan o política prediseñada[17].

En la presente situación, la estrategia empleada el 3 de abril, fue una medida específica ante un problema en concreto, por lo que no conllevó repetición alguna. Almeres, al igual que la co-

---

10 ER, artículo 7 (1); *Bemba, confirmación, CPI, 12 junio 2009*, para. 82; *Katanga, confirmación, CPI, 30 septiembre 2008*, para. 391.

11 *Kenia, autorización, CPI, 31 marzo 2010*, para. 96; *Katanga, confirmación, CPI, 30 septiembre 2008*, para. 397.

12 *Katanga, confirmación, CPI, 30 septiembre 2008*, para. 398.

13 Aclaraciones, pregunta 50.

14 Hechos del Caso, para. 45.

15 Ibídem, para. 46.

16 *Kenia, autorización, CPI, 31 marzo 2010*, para. 95; *Akayesu, sentencia, TPIR, 2 septiembre 1998*, para. 580; *Musema, apelación, TPIR, 27 enero 2000*, para. 204.

17 *Bemba, confirmación, CPI, 12 junio 2009*., para. 83; *Katanga, confirmación, CPI, 30 septiembre 2008,* para. 396.

munidad internacional, lamenta profundamente los hechos acaecidos, sin embargo, es necesario recalcar que estos no trascienden en su comisión más allá de un día y es deliberado por tanto, considerarlos con carácter de "frecuentes" y por ende, tampoco como constitutivos de "un patrón regular".

Por otro lado, el requerimiento de dirigir las acciones contra una amplia área geográfica es insatisfecho. No está por demás reiterar que la estrategia diseñada por el Capitán Ramírez contempla únicamente la concentración en la plaza mayor de Estrella; resulta ilógico el considerar una plaza cívica como una amplia área geográfica, utilizando como referente que la República de Almeres es un Estado de 150.000 kilómetros cuadrados con una población aproximada de 50 millones de habitantes.

Por ello, considerando que los hechos del 3 de abril no forman parte de una política prediseñada por el Estado, no existe un contexto generalizado y por lo tanto ninguno de los actos consumados puede ser constitutivo de CLH.

1.3. Inexistencia de CLH en Almeres

Alternativamente, si se llegare a afirmar la existencia de un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil en Almeres, los elementos particulares de cada uno de los CLH imputados por la Fiscalía tampoco se configuran.

1.3.1. CLH de asesinato

Los EC requieren para la conformación del CLH de asesinato, la necesaria intención del autor de dar o provocar la muerte de una o más personas[18]. En esta etapa del procedimiento la acreditación del *mens rea* resulta compleja ya que no hay sospechoso identificado sobre el cual sustanciar una investigación, no obstante, es posible inferir de la conducta de los responsables la existencia o no de la intención de provocar las muertes[19].

La conducta de los agentes antidisturbios en los hechos del 3 de abril respondió a una estrategia de emergencia[20]. La mencionada estrategia tenía como finalidad la disolución de la concentración en la plaza mayor de Estrella[21] para evitar que las casi 200 personas armadas ocasionaran daños graves a los manifestantes y continuaran ocasionando disturbios en contra de establecimientos de la zona[22].

De las circunstancias y hechos que rodean los incidentes, se infiere la ausencia de toda intención de los agentes antidisturbios de provocar la muerte de los manifestantes. Tomando en cuenta que minutos después de la llegada de los agentes antidisturbios el caos rigió la escena[23], los desafortunados sucesos responden al descontrol sobre la situación por parte de la policía almerense y no a esta intención de ocasionar la muerte de los presentes en la concentración.

---

18 EC, artículo 7 (1) (a).
19 EC, introducción general, para. 3; *Katanga, opinión disidente Usacka, CPI, 30 septiembre 2008*, para. 22.
20 Aclaraciones, pregunta 50.
21 Hechos del caso, para. 43.
22 Ibídem, para. 28.
23 Ibídem, para. 29-31.

Consecuentemente, en ausencia del relevante *mens rea* que es requerido por los EC, el CLH de asesinato no es configurado en la presente situación.

1.3.2. CLH de tortura

El ER indica que por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control[24]; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas[25].

Por su parte la SCP II ha establecido que el elemento objetivo del CLH de tortura reside en ocasionar un importante grado de dolor y sufrimiento en relación con la comisión de un acto criminal[26]. Es decir, la expresión "dolor o sufrimiento grave" requiere que "solo actos de gravedad substancial sean considerados como tortura" por lo tanto "ni la interrogación en sí misma, ni el uso de la coerción física satisface este requisito"[27].

En la presente situación, se puede inferir que las presuntas "torturas" reportadas por determinadas ONG's, provienen de hechos que acontecieron en ciertos interrogatorios que realiza la AAI, los cuales sólo en casos extremos pueden implicar ciertas medidas de coerción física para la obtención de información de extrema importancia para el resguardo de la seguridad nacional del Estado de Almeres[28].

Cabe resaltar que la Fiscalía General almerense ya ha investigado estos supuestos acontecimientos, y no ha encontrado ningún indicio de criminalidad en ellos con respecto al crimen de tortura.

Por lo tanto, no es posible el señalar que el CLH en análisis se ha cometido en el territorio de Almeres.

1.3.3. CLH de persecución

El ER tipifica el crimen como la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, en conexión con cualquier acto mencionado en el artículo 7 (1) o con cualquier crimen de la competencia de la Corte[29]. Por persecución se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad[30].

La Fiscalía fundamenta este CLH en presuntas violaciones al derecho fundamental a la privacidad, el cual prohíbe toda intrusión arbitraria en la vida privada de las personas. Sin embargo, el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados; para ello, debe perseguir un fin legítimo y ser necesario en una sociedad democrática[31].

---

24 ER, artículo 7 (1) (f).
25 ER, artículo 7 (2) (e).
26 *Bemba, confirmación, CPI, 12 junio 2009*, para 193.
27 *Simic, sentencia, TPIY, 17 octubre 2003*, para. 80.
28 Hechos del caso, para. 23.
29 ER, artículo 7 (1) (h).
30 ER, artículo 7 (2) (g).
31 *Donoso, sentencia, CorIDH, 17 enero 2009*, para. 116.

En el presente caso, ante la difícil situación de confrontación política, es puesto en marcha el programa "Ojo de Halcón" el cual, a través de escuchas telefónicas, pretende mejorar las labores de inteligencia para evitar de esta manera futuros graves disturbios que afecten la estabilidad interna[32]. Siendo así, las intervenciones telefónicas se realizan en beneficio de un bien jurídico mayúsculo: el de preservar la estabilidad almerense y el de resguardar su seguridad nacional. Este es por tanto, el fin legítimo que persigue dicho programa, un fin legítimo que es necesario en toda sociedad democrática.

En consecuencia, las escuchas telefónicas no son violatorias de DDHH y, por ende, no es posible configurar el CLH de persecución en Almeres.

1.3.4. CLH de otros actos inhumanos

Para la conformación de este CLH, los EC requieren la intención del autor de causar grandes sufrimientos que atenten contra la integridad física o la salud mental o física[33]. La existencia de dolo directo es requerida[34]; sin embargo, la acreditación del *mens rea* en esta etapa del procedimiento resulta sumamente compleja.

Las lesiones ocasionadas por aplastamientos se derivan del descontrol de los manifestantes al tratar salir cuanto antes de la Plaza[35]. No es posible afirmar que los aplastamientos fueran parte de la estrategia de emergencia adoptada aquel día por el Capitán Luis Carlos Ramírez y que existiera intención de los agentes antidisturbios de provocar dichos actos.

En lo referente a las lesiones por detonaciones de arma de fuego, debido a la actuación imprevista de los agentes antidisturbios no existe un dolo directo en sus actuaciones. Los agentes no tenían la intención anticipada de disparar y ocasionar así lesiones a los manifestantes; sin embargo, ante el caos y descontrol en la plaza mayor de Estrella, y al enfrentarse cuerpo a cuerpo contra 6 grupos de aproximadamente 30 personas que se encontraban armados con bombas molotov y varas de acero[36], el desarrollo normal de la estrategia se vio afectada sustancialmente por el fervor del momento y con ello las actuaciones de los agentes[37]. Incluso se podría hablar en un futuro, de que los agentes antidisturbios en esos momentos no sólo protegían la vida e integridad de los demás manifestantes, sino también la propia, por lo que se podría inferir una legítima defensa en su actuación.

Por lo que antecede, la existencia de una intención no puede inferirse de los hechos y por tanto no puede configurarse el CLH de otros actos inhumanos por las detonaciones de armas de fuego ni por el bloqueo de los policías en la Plaza Mayor de Estrella.

---

32 Hechos del caso, para. 20.
33 ER, artículo 7 (1) (k).
34 *Katanga, confirmación, CPI, 30 septiembre 2008*, para. 455.
35 Hechos del caso, para. 29-31.
36 Hechos del caso, para. 28.
37 Aclaraciones, pregunta 50.

2. Conforme al artículo 53 (1) (b) ER la situación en Almeres es inadmisible

Conforme al ER, para iniciar una investigación debe tomarse en cuenta la admisibilidad de la causa[38]. Sin embargo este análisis no puede ser llevado a cabo en abstracto[39], ya que la Fiscalía debe identificar a los grupos de personas e incidentes constitutivos de posibles casos futuros para la realización de dicho examen. Por ello, ante la ausencia de dicha información cualquier determinación de admisibilidad al respecto se torna inocua[40].

2.1. Almeres ha cumplido con su obligación de investigación y enjuiciamiento de los hechos relacionados a la posible situación en su territorio

La Corte, teniendo en cuenta su carácter complementario resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: este sea objeto de investigación o enjuiciamiento por un Estado con jurisdicción sobre el mismo; ya ha sido investigado y se ha decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate; o la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia[41].

2.1.1. Conforme al artículo 17 (1) (b) ER el asunto ha sido objeto de investigación por Almeres

La Corte deberá resolver la inadmisibilidad de la causa cuando el asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate[42].

Siendo así, el Estado en cuestión debe iniciar investigaciones en el ámbito interno con el objetivo de aclarar los incidentes acaecidos y una vez concluida la investigación debe adoptar una decisión a favor o en contra del enjuiciamiento. Y cuando se han iniciado procedimientos nacionales se cumple la presunción de inadmisibilidad[43].

En la presente situación, posteriormente a la concentración del 3 de abril de 2010 en la Plaza Mayor de Estrella fueron detenidos de forma inmediata casi un centenar de manifestantes, mismos que fueron interrogados en distintas comisarías de policía[44]. Como resultado del interrogatorio 35 de los detenidos fueron puestos a disposición de la Fiscalía General para continuar con el procedimiento que marca la ley[45]. El resto fue puesto en libertad el 4 de abril de 2010[46].

A su vez, como parte de una investigación objetiva y atendiendo las demandas de la comunidad internacional, el Ministro de Justicia dio instrucciones a la Fiscalía General para investigar los

---

38 ER, artículo 53 (1) (b).
39 *Kenia, autorización, CPI, 31 marzo 2010*, para. 49.
40 Ídem.
41 ER, artículo 17 (1) (a)-(d).
42 ER, artículo 17 (1) (c).
43 OTP, Response *to Communication Received concerning Iraq,* 9 February 2006, p. 9.
44 Hechos del Caso, para. 35.
45 Ibídem, para. 35.
46 Ibídem, para. 36.

hechos ocurridos el 3 de abril de 2010 y los supuestos casos de detenciones arbitrarias y torturas presuntamente cometidos durante noviembre de 2009 y marzo de 2010[47].

Como resultado de las investigaciones la Fiscalía General señaló la inexistencia de indicios de criminalidad en relación con la supuesta práctica de detenciones arbitrarias y tortura[48]. De esta manera, Almeres consumó su deber de investigar y determinó con base en las investigaciones su decisión de no incoar acción penal.

Por ende, confirmando la presunción del artículo 17 (1) (b) la situación debe ser declarada inadmisible.

2.1.2. Conforme al artículo 17 (1) (c) ER los enjuiciamientos realizados por Almeres respecto de los hechos constituyen cosa juzgada

El principio *ne bis in idem* es corolario del principio de complementariedad[49], que evita que la Corte conozca de una cuestión cuando el sistema nacional ya ha ejercido acción penal[50]. Específicamente el ER indica que no puede conocer de un asunto en el que la persona de que se trate haya sido enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia en una instancia nacional[51]. Lo anterior, considerando que la denominación legal que se dé a las conductas constitutivas de crímenes internacionales en el derecho interno es irrelevante[52].

En la presente posible situación, Almeres, turbada ante los desafortunados incidentes instruyó a instancias nacionales, específicamente la Fiscalía General, para conducir investigaciones que permitieran identificar a los responsables de los hechos acaecidos el 3 de abril en la Plaza Mayor de la capital.

En contraste con la ausencia de indicios criminales en relación a supuestas torturas y detenciones arbitrarias, como consecuencia de las investigaciones relacionadas con los disturbios del 3 de abril la Fiscalía General imputó a los perpetradores delitos de homicidio, lesiones, omisión propia de prevenir y omisión propia de castigar[53]. Al continuar con los procesos, en julio de 2010 se dictó sentencia firme en contra de los responsables, de esta manera las conductas en cuestión ya han sido enjuiciadas por la jurisdicción nacional[54].

Por tanto, Almeres ha cumplido con su obligación de enjuiciamiento y la Corte, de conformidad con su carácter complementario, debe resolver la situación inadmisible ya que se han juzgado y sentenciado a los responsables, cumpliéndose así el supuesto del principio *ne bis in idem.*

---

47 Ibídem, para. 43.
48 Ibídem, para. 50.
49 M. EL ZEIDY, "The principle of complementarity: A new machinery to implement International Criminal Law"*, Michigan Journal of International Law*, Vol. 23, Núm. 4, 2002, p. 930.
50 Ídem.
51 ER, artículo 17 (1) (c) y 20 (1).
52 M. EL ZEIDY, "The principle of complementarity: A new machinery to implement International Criminal Law", cit., p. 932.
53 Hechos del Caso, para. 44-48.
54 Ibídem, para. 49.

2.1.3. Adicionalmente, conforme al artículo 20 (3) ER no proceden las excepciones al principio de cosa juzgada

La Corte no procesará a nadie que haya sido previamente enjuiciado, a menos que el proceso previo: "a) obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia"[55].

La noción de seguridad nacional guarda una cercana relación con el concepto "intereses vitales de los Estados", que son entendidos como aquellas reservas que formula el Estado con el propósito de proteger los intereses esenciales de su seguridad[56].

De igual forma, el ER contempla la seguridad nacional como una excepción válida a la cooperación de los Estados durante la sustanciación de un proceso ante la Corte, con independencia de la etapa de que se trate[57].

Al respecto, el ER establece que puede condicionarse la divulgación de información o documentos que afecten la seguridad nacional de un Estado y que el Estado puede negar su difusión[58]. Adicionalmente, el artículo 93 (4) indica que un Estado Parte puede no dar lugar a una solicitud de cooperación, ya sea de forma total o parcial, si ésta requiere la presentación de documentos o a la divulgación de pruebas que afecten su seguridad nacional[59].

Aunado a lo anterior, las RPP 121 y 131 prevén restricciones a la divulgación de la información del proceso para las partes cuando realizan consultas al expediente, esto, con el afán de salvaguardar la confidencialidad y la protección de la información relativa a la seguridad nacional[60].

Por tanto, es posible determinar que la seguridad nacional es un concepto con base en el cual un Estado puede negar la divulgación de información.

En la presente situación, Almeres se encuentra inmersa en una situación de constante confrontación política, posteriormente a que el nuevo gobierno entra al poder se han presentado graves disturbios, predominando así una constante tensión al interior del Estado[61]. Como medida necesaria para salvaguardar la seguridad nacional se pone en marcha el Programa "Ojo de Halcón" a través de la AAI[62]. La finalidad principal de dicho programa fue desde el inicio mejorar las labores de inteligencia y anticipar todos aquellos disturbios de considerable gravedad.

Ante los desafortunados hechos del 3 de abril de 2010, Almeres ha llevado a cabo investigaciones y enjuiciamientos con el objetivo de esclarecer los hechos e identificar a los responsables para hacerlos comparecer posteriormente ante la acción de la justicia. Pese a la intención y esfuerzos

---

55 ER, artículos 20 (3) (a)-(b).

56 A. CASSESE, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, volume II, Oxford University Press, New York, 2002, p. 1372.

57 W. SCHABAS, *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, New York, 2010, p. 866.

58 ER, artículo 72 (2).

59 ER, artículo 93 (4).

60 RPP, regla 121 y 131.

61 Hechos del Caso, para. 18.

62 Ibídem, para. 20.

por resolver la situación, el gobierno no puede ignorar el contexto de confrontación y disturbios que se hace aún presente en Almeres.

Consecuentemente en el marco de protección a la integridad nacional, la misma Fiscalía General debe solicitar autorización del Presidente de la República para realizar diligencias que pudieran afectar a la Seguridad Nacional, tales como el acceso a documentos clasificados o la toma de declaración a testigos que posean información clasificada[63].

En este sentido, considerando que la determinación de las acciones para resguardar la seguridad nacional queda sujeta a la discrecionalidad del Estado afectado[64], Almeres ha establecido la necesidad de restringir el acceso a documentos y testimonios clasificados como una medida adicional para proteger la seguridad de la República.

Por ello, siendo que los intereses de seguridad nacional pueden constituir una excepción válida para proporcionar información o evidencia, no puede inferirse de esta medida la dependencia e imparcialidad de los procedimientos ni la intención de sustraer a los responsables de la comparecencia ante la justicia.

En conclusión, Almeres ha cumplido con las investigaciones necesarias en lo que respecta a los hechos del 3 de abril de 2010 y la supuesta práctica de torturas y detenciones arbitrarias. Consecuentemente ha enjuiciado sólo aquellos casos en los que ha encontrado indicios racionales de criminalidad, cumpliendo con su obligación de investigar y enjuiciar.

Por lo tanto, en virtud de que se satisfacen los supuestos del artículo 17, la situación en Almeres debe ser declarada inadmisible ante esta Corte.

2.2. Conforme al artículo 17 (1) (d) ER la situación en Almeres no cumple con el umbral de gravedad suficiente

Al respecto, la Corte ha determinado que el análisis de gravedad suficiente se efectúa tomando en cuenta "la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el presunto crimen"[65].

En este sentido, la SCP II ha expresado que la gravedad se debe analizar a la luz de toda la situación[66] la escala, naturaleza, medios de comisión e impacto de los crímenes[67].

En concordancia con lo anterior, la Fiscalía realiza análisis de gravedad suficiente dentro de sus exámenes preliminares en cuanto a situaciones de las que recibe comunicaciones[68]. El análisis toma en cuenta cuestiones tanto cuantitativas como cualitativas que discurren la escala, donde se considera el número de víctimas y el daño causado; la naturaleza, que toma en cuenta elementos como la crueldad, la discriminación, el uso de la violencia sexual y el grado de participación e intención del perpetrador; y el impacto, que se observa en las consecuencias de la comisión de

---

63 Ibídem, para. 43.

64 W. SCHABAS, *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, cit. nota 57, p. 866; A. CASSESE, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, volume II, cit. nota 56, p. 1386.

65 RPP, regla 45 (1) (c); *Abu Garda, confirmación, CPI, 8 febrero 2010*, para. 31.

66 *Kenia, autorización, CPI, 31 marzo 2010*, para. 189.

67 Ibídem, para. 188.

68 ER, artículo 15 (4) y 53 (1) (c); OTP, *Draft policy paper on preliminary examinations*, October 2010, p. 13.

los crímenes, que muchas veces se realizan con el objetivo de incrementar la vulnerabilidad de las víctimas o de infundir terror entre la población civil[69].

Adicionalmente en las decisiones sobre inicio de investigación de las situaciones ya existentes ante la Corte también se hace referencia a este elemento de gravedad suficiente, de hecho al principio se tomaba mucho en cuenta la cuestión cuantitativa y en 2006 la Fiscalía decidió no iniciar una investigación en Iraq respecto de supuestos crímenes cometidos por elementos militares británicos debido a que la situación no cumplía con el estándar de gravedad suficiente para ser admisible porque el número de presuntas víctimas era de una notable diferencia respecto de las demás situaciones ante la Corte[70].

En este sentido en la Situación en la República Democrática del Congo existen cientos de víctimas menores de edad, así como miles de desplazados[71], en la Situación en la República Centro Africana existen muertes "notables" o numerosas y crímenes de naturaleza sexual generalizados[72], perpetrados por las autoridades de facto en algunas poblaciones del Estado, así como miles de desplazados.

Igualmente, la situación en Darfur, Sudán, cuenta con algunas consideraciones especiales en cuanto a que fue remitida por el Consejo de Seguridad de la ONU[73], lo cual en sí mismo hace que la situación implique una amenaza a la paz y seguridad internacionales[74], de igual forma el número de víctimas es considerable ya que se presta atención a la cantidad de personas civiles que dejaron de recibir ayuda humanitaria[75].

Respecto a la Situación en la República de Kenia existen números más detallados que reflejan la gravedad del asunto, ya que 6 de las 8 provincias kenianas fueron afectadas, desencadenando más de mil muertos, casi mil violaciones y más de trescientos mil desplazados[76], así como una notable crueldad y brutalidad en los crímenes[77] y un impacto a largo plazo en la vida y bienestar físico y psicológico de las víctimas contagiadas de VIH, entre otras[78].

En el presente caso no se cumple ninguno de estos elementos. Respecto a la escala y número de víctimas únicamente fallecieron 17 personas por herida de bala y hubo 40 lesionados durante los eventos acaecidos el 3 de abril[79] en la plaza Mayor de Estrella, además de la muerte de 3 manifestantes y un policía en agosto 2009[80] y únicamente en la capital del Estado.

En cuanto a la naturaleza y medios de comisión, si se probare una perpetración de crímenes internacionales, las conductas constitutivas de los presuntos no fueron llevados a cabo con crueldad ni mediante un abuso del poder puesto que únicamente fueron conductas llevadas a cabo por guardianes del orden público en ejercicio de sus funciones como reacción a una concentración

---

69 OTP, *Draft policy paper on preliminary examinations*, cit., pp. 13-14.
70 OTP, *response to communications received concerning Iraq*, 9 February 2006, p. 9.
71 *RDC, investigación, CPI, 23 junio 2004.*
72 *RCA, situación, CPI, 22 mayo 2007.*
73 ER, artículo 16; Carta de la ONU, artículo 41.
74 Carta de la ONU, artículo 39.
75 *Abu Garda, confirmación, CPI, 8 febrero 2010*, para 34.
76 *Kenia, autorización, CPI, 31 marzo 2010*, para. 190.
77 Ibídem, para. 192.
78 Ibídem, para. 195 y 196.
79 Hechos del caso, para. 32.
80 Ibídem, para. 19.

masiva realizada sin la autorización que la ley almerense prevé[81]. En todo caso, este uso de la fuerza fue llevado a cabo de manera excesiva y desproporcionada, sin embargo este exceso no es de una gravedad tal que configure CLH, tal como ya ha sido estipulado.

Y referente al impacto, mediante la guarda del orden y seguridad públicos es que puede darse a la población derechos humanos internacionalmente reconocidos de condiciones de vida adecuados[82] y a la seguridad pública[83]. Cuestiones que no son concordantes con situaciones que están siendo examinadas ante la CPI, donde la intención de varios de los actos constitutivos de crímenes competencia de la Corte es el infundir el terror a la población civil, tal como fue el caso en Kenia[84].

Por lo tanto, al no cumplirse con los factores a tomar en cuenta para determinar que un asunto es de la gravedad suficiente, es que esta CPI debe declarar inadmisible la posible situación en Almeres y por ello no existe fundamento razonable para creer que se ha cometido un crimen competencia de la Corte.

3. Conforme al artículo 53 (1) (c) una investigación sobre la situación en Almeres contraviene el interés de la justicia

A pesar de que sólo cuando el Fiscal ha determinado que la investigación no redunda en el interés de la justicia es que la SCP puede referirse al respecto[85], en el presente caso, es requerido por la agenda establecida en la decisión que convoca a la audiencia un análisis al respecto para determinar que el inicio de una investigación sobre la situación en Almeres redundará en el interés de la justicia[86].

Al respecto, el ER establece que la Fiscalía debe tomar en cuenta tanto la gravedad del crimen como los intereses de las víctimas para determinar el contenido del interés de la justicia[87]. Sin embargo, para dar un mayor contenido al concepto del "interés de la justicia", también se deben tomar en cuenta tanto el contexto como el objeto y fin del ER[88].

Siguiendo lo anterior, el carácter complementario de la CPI limita su jurisdicción dando primacía a las jurisdicciones penales nacionales[89], por ende, la Corte debe contribuir para que los Estados sean quienes en juzguen a los perpetradores de los crímenes.

En cuanto a la gravedad del crimen, ésta es equiparable al umbral de gravedad suficiente del artículo 17 (1) (d) ER[90]. Al respecto, tal como se demostró anteriormente, en el presente caso no existe una gravedad suficiente como para ser admisible, en virtud de la poca magnitud y el bajo número de víctimas, además de que no se puede pensar en la existencia de actos constitutivos de

---

81 Ibídem, para. 28.
82 DUDH, artículos 23 y 25.
83 PIDCP, artículos 9, 13 (3) (b), 21 y 22 (2).
84 *Kenia, autorización, CPI, 31 marzo 2010*, para. 192.
85 *Kenia, autorización, CPI, 31 marzo 2010*, para. 63; *Al Bashir, orden de arresto, CPI, 4 marzo 2009*, para. 15; OTP, *Policy paper on the interests of justice*, september 2007, p. 9.
86 Hechos del caso, para. 57 y 64.
87 ER, artículo 53 (1) (c) y (2) (c).
88 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, artículo 31; OTP, *Policy paper on the interests of justice*, cit., p. 4.
89 ER, preámbulo, para. 10 y artículo 1.
90 S. SACOUTO y K. CLEARY, "The Gravity Threshold of the International Criminal Court", *American University International Law Review*, Vol. 23, Núm. 5, 2008, p. 808.

crímenes competencia de la Corte. Por ello es que debe existir una fuerte presunción de que se contravendría el interés de la justicia con el inicio de una investigación[91].

En lo referente al interés de las víctimas, se pueden encontrar tres derechos internacionalmente reconocidos en distintos instrumentos de DDHH, tales como el derecho a la verdad[92], el derecho a la justicia[93] y el derecho a recibir reparación[94].

En este sentido, el derecho a la verdad se refiere al acceso de información esencial para el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes[95]; el derecho a la justicia, al acceso igual a un recurso judicial efectivo y a un procedimiento imparcial[96]; y el derecho a la reparación, se refiere a la existencia de medidas tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas[97]. Adicionalmente, la Corte deberá establecer los principios aplicables para las reparaciones[98], únicamente cuando haya sido dictada sentencia condenatoria[99].

De igual manera, el ER establece que la Fiscalía no debe limitarse únicamente a la gravedad del crimen y el interés de las víctimas para determinar si el inicio de una investigación redunda en el interés de la justicia, para una concepción integral es necesario tomar en cuenta todas las circunstancias que rodean a la situación[100].

En este mismo sentido, la Fiscalía ha puesto énfasis en que ciertos mecanismos de justicia deben ser tomados en cuenta para determinar si el interés de la justicia se pone en juego al iniciar la investigación[101], tales como los procesos judiciales internos, las comisiones de la verdad, los programas de reparación y las reformas institucionales[102], esto en virtud de la primordial relevancia del principio de complementariedad.

Consecuentemente, cabe resaltar que el Secretario General de la ONU ha recalcado que existen situaciones en las cuales convergen una variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver problemas derivados del pasado a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales, y abarcan enjuiciamientos de personas, resarcimiento,

---

91 OTP, *Policy paper on the interests of justice*, cit., p. 5.

92 *Bemba, víctimas, CPI, 12 diciembre 2008*, para. 90; Principios de 2005, sección X, para. 24; Principios contra la impunidad, principios 2-5; Resolución 2005/66, CDH, 20 de abril de 2005; PAI, artículos 32 y 33; *Bámaca*, reparaciones, CorIDH, 22 julio 2002, para. 75; K. AMBOS et al., *Justicia de Transición, Informes desde América Latina, Alemania, Italia y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2009, p. 42.

93 Principios de 2005, sección VIII, para. 12-14; Principios contra la impunidad, principio 19; K. AMBOS et al., *Justicia de Transición, Informes desde América Latina, Alemania, Italia y España*, cit., p. 43.

94 ER, artículo 75; CADH, artículo 63 (1); *RDC, víctimas, CPI, 17 enero 2006*, para. 52 y 53; Principios de 2005, sección IX, para. 15-18; Principios contra la impunidad, principio 31; CDH, Comentario General 31, para. 16; W. SCHABAS, op. cit. nota 57, p. 881; K. AMBOS et al., *Justicia de Transición, Informes desde América Latina, Alemania, Italia y España*, cit., p. 44.

95 *Bámaca,* reparaciones, CorIDH, 22 julio 2002, para. 75; Principios contra la impunidad, principio 2.

96 Principios de 2005, sección VII, para. 12; Principios contra la impunidad, principio 19; K. AMBOS et al., *Justicia de Transición, Informes desde América Latina, Alemania, Italia y España*, cit., pp. 43 y 44.

97 *La Cantuta,* sentencia, CorIDH, 29 noviembre 2006, para. 202; *Las Palmeras*, reparaciones, CorIDH, 26 noviembre 2002, para. 39.

98 ER, artículo 75 (1).

99 ER, artículo 75 (2).

100 ER, artículo 53 (2) (c).

101 OTP, *Policy paper on the interests of justice*, cit., pp. 7 y ss.

102 Ídem.

búsqueda de la verdad, reforma institucional, investigación de antecedentes, remoción de cargo o combinaciones de todos ellos[103].

Una solución exitosa y duradera a estas situaciones jamás podrá ser brindada si ésta viene impuesta desde el exterior[104], por ello se afirma que la mejor solución siempre será aquella que se construye desde adentro. "La cuestión, no podrá ser nunca si hay que fomentar la justicia y la rendición de cuentas, sino más bien cuándo y cómo hacerlo"[105].

Por todo lo anterior, para determinar si el inicio de una investigación en Almeres contravendría el interés de la justicia, la SCP debe tomar en cuenta: 1) el carácter complementario de la Corte, 2) la gravedad del crimen, 3) el interés de las víctimas y 4) las circunstancias particulares que rodean a la situación.

En el presente caso, en Almeres se han llevado a cabo distintos enjuiciamientos tanto a nivel interno para establecer la responsabilidad penal de los perpetradores de los crímenes cometidos el 3 de abril de 2010[106], como a nivel internacional para establecer la responsabilidad estatal por la CorIDH[107]; se ha buscado el establecimiento de la responsabilidad de miembros del gobierno, iniciando con la dimisión del Vice-Ministro del Interior de su puesto[108]; y se ha promovido el proceso de reparación de las víctimas del 3 de abril a través de la promulgación de la Ley de Reparaciones[109], respecto de la cual el Fiscal ha dado su visto bueno[110].

Por lo tanto, es deber de la SCP tomar en consideración el proceso por el que está pasando Almeres, las medidas tomadas por el gobierno para remediar los daños y promover la reconciliación y la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia interna, así como el carácter complementario de la Corte y el interés de las víctimas en que exista un ambiente de armonía necesario para subsistir.

Todo esto, para determinar a conciencia que el inicio de una investigación en Almeres contravendría el interés de la justicia contenido en el artículo 53 (1) (c) ER, debido a que obstaculizaría la rehabilitación de los sistemas político y jurídico internos. Si las circunstancias cambiaren, y Almeres dejara de colaborar con la CPI, la Corte podría realizar una revisión de esta decisión[111].

II. Es correcto el enfoque de la Ley de Reparaciones de Almeres respecto de las reparaciones colectivas de carácter simbólico

Las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas[112]. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos

---

103 Informe del Secretario General de la ONU, *El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, 3 agosto 2004, sección III, para. 8.

104 Ibídem, sección VII, para. 17.

105 Ibídem, sección VIII, para. 21.

106 Hechos del caso, para. 43 y ss.

107 Ibídem, para. 56.

108 Ibídem, para 43.

109 Ibídem, para. 43.

110 Ibídem, para 61.

111 ER, artículo 53 (4).

112 *Ituango, sentencia, CorIDH, 1 julio 2006*, para. 348; *Mapiripán, sentencia, CorIDH, 15 septiembre 2005*, para. 245; *Almonacid, sentencia, CorIDH, 26 septiembre 2006*, para 137.

material e inmaterial[113], es decir, debe ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido[114] y no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores[115].

El daño inmaterial comprende tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones de carácter no pecuniario en las condiciones de existencia de las víctimas[116].

Las reparaciones colectivas de carácter simbólico son medidas de satisfacción para resarcir el daño inmaterial en las que se disponen medidas de alcance o repercusión pública[117], esto en virtud de la naturaleza colectiva de los daños ocasionados, y además se otorgan como compensación para fines de reparación integral[118].

Las modalidades de satisfacción más utilizadas por la CorIDH comprenden la reconstrucción de la memoria histórica de una persona o grupo de personas, la construcción de estatuas, el otorgamiento de cupos en universidades públicas, atención permanente a través de afiliaciones a instituciones del seguro público, entre otras[119].

Éstas, en concordancia con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir las violaciones reparadas y que tengan como efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos[120], es decir de conformidad con los procesos de reconciliación social de los lugares donde se han sufrido violaciones a DDHH.

En este sentido la importancia de las reparaciones de naturaleza colectiva y carácter simbólico representan la piedra angular de los procedimientos preventivos[121] de comisión de las violaciones a DDHH y también a la rehabilitación de las sociedades cuando ya han sido cometidos mediante la restauración de la paz[122] y las garantías de no repetición[123], ya que la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de compensación a los familiares de la víctima[124].

En atención a ello, la CorIDH ha ordenado dichas medidas como forma de una reparación integral junto con las indemnizaciones individuales y cuando no es posible individualizar a las

---

113 *Mapiripán, sentencia, CorIDH, 15 septiembre 2005*, para. 245; *Almonacid, sentencia, CorIDH, 26 septiembre 2006,* para 137.

114 RPP, regla 97 (1); Principios de 2005, sección IX, para. 15 y 18-20.

115 *Ituango, sentencia, CorIDH, 1 julio 2006*, para. 348; *Mapiripán, sentencia, CorIDH, 15 septiembre 2005*, para. 245; *Almonacid, sentencia, CorIDH, 26 septiembre 2006, para. 137.*

116 *Pueblo Bello, sentencia, CorIDH, 31 enero 2006,* para. 254; *Mack, sentencia, CorIDH, 25 noviembre 2003*, para. 255.

117 *Ituango, sentencia, CorIDH, 1 julio 2006*, para. 396; *Mapiripán, sentencia, CorIDH, 15 septiembre 2005*, para. 294.

118 C. M. BERISTAIN, *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Tomo 1 y 2, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2008, p. 283.

119 HUERTAS DÍAZ, CÁCERES TOVAR, et. al., *CADH, Doctrina y jurisprudencia*, Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 2005, p. 698.

120 *Ituango, sentencia, CorIDH, 1 julio 2006*, para. 383; *Acevedo, sentencia, CorIDH, 7 febrero 2006*, para. 308; *García, Sentencia, CorIDH, 6 abril 2006*, p. 188; *Comunidad Sawhoyamaxa, sentencia, CorIDH, 29 marzo 2006*, para. 219.

121 *Almonacid, opinión Cançado, CorIDH, 26 septiembre 2006*, para. 26.

122 *Ituango, sentencia, CorIDH, 1 julio 2006*, para. 4.

123 Principios de 2005, sección IX, para. 23.

124 *Mapiripán, sentencia, CorIDH, 15 septiembre 2005*, para. 214; *Yasa, sentencia, CEDH, 2 septiembre 1998*, para. 72; *Kaya, sentencia, CEDH, 19 febrero 1998*, para. 105.

víctimas[125], configurándose así una especie de estándar adoptado por la CorIDH, que incluye las denominadas reparaciones colectivas con los fines antes expuestos.

En el presente caso, en Almeres la ley implica reparaciones mixtas[126], es decir se pugna por una reparación integral que incluye tanto satisfacciones de carácter simbólico, como indemnizaciones de carácter individual.

La satisfacción es la más adecuada forma de reparación en el presente caso porque va tendiente a satisfacer el daño inmaterial, que no es determinable pecuniariamente, los derechos a la verdad, a la justicia y a la no repetición de los hechos lesivos[127] de las víctimas mediante las medidas ya mencionadas. Adicionalmente es conforme a los procesos internos de reconciliación social que son muy importantes para el reconocimiento de la memoria histórica de las víctimas y para resarcir su dignidad, tomando en cuenta los estándares internacionales al respecto[128].

En cuanto a las reparaciones de naturaleza colectiva de carácter simbólico, la ley de reparaciones prevé el nombramiento de una plaza en honor a las víctimas del 3 de abril, la creación de una sección destinada en el Museo Nacional de Historia sobre ello, la financiación de una obra de teatro basada en esos hechos, y la grabación de un video para su difusión por el canal público de televisión y que se distribuya entre las televisoras internacionales[129].

Y tendiente a las indemnizaciones individuales, la ley de reparaciones prevé otorgarlas a las víctimas que las soliciten[130] conforme a los estándares de la propia ley, y en todo caso, todo lo no contemplado por la ley se podría ver subsanado con los procedimientos que se encuentran en trámite ante otras instancias.

Adicionalmente no afecta a la cuestión que los estándares de indemnización sean distintos a los de la CorIDH, ya que ésta ha determinado que lo que se busca es la reparación a las víctimas y que si ya han sido reparadas por el estado, éste puede deducirlas de las reparaciones indicadas por la CorIDH cuando cumpla con éstas[131]. En este sentido se deduce que nadie puede ser reparado dos veces, en el plano interno y en el plano internacional de la CorIDH[132].

Lo anterior es coherente con el principio de complementariedad de la Corte y los DDHH internacionalmente reconocidos, ya que si ya fueron sancionados los responsables y se cumplen con los supuestos del artículo 17 ER, cumpliéndose también con la obligación internacional de reparar a todas las víctimas de crímenes internacionales y violaciones a DDHH entonces en caso de que algún caso fuese procesado ante esta CPI y se dictasen reparaciones al acusado, se estaría juzgando doblemente al acusado, así como reparándose doblemente a la víctima en perjuicio de los derechos del acusado y del principio de que las reparaciones no son tendientes al enriquecimiento del beneficiario.

Por ello, Almeres ha cumplido ya con su obligación de edificar medios tendientes a la reparación de las víctimas en su derecho interno con la Ley de Reparación, que además cumple con

---

125 *Ituango, sentencia, CorIDH, 1 julio 2006*., para. 354 y 383.
126 Hechos del caso, para. 51.
127 Principios de 2005, sección X, par. 21; CDH, Observación General 31, p. 6.
128 K. AMBOS et al., *Justicia de Transición, Informes desde América Latina, Alemania, Italia y España*, cit. nota 92, p. 10.
129 Hechos del caso, para. 51.
130 Aclaraciones, pregunta 60.
131 *Ituango, sentencia, CorIDH, 1 julio 2006*, para. 364 y 365; *Pueblo Bello, sentencia, CorIDH, 31 enero 2006*, para. 250; *Rochela, sentencia, CorIDH, 11 mayo 2007*, para. 270.
132 Ley 975 de 2005 promulgada por el congreso de Colombia, artículo 46.

los estándares internacionales ya mencionados y por tanto al prever una reparación integral es correcto su enfoque.

Igualmente, en la medida en que se ha promovido el proceso de reparación de las víctimas a través de la promulgación de la Ley de Reparaciones mediante un enfoque correcto es que la situación no redunda en interés de la justicia y no debe autorizarse un inicio de investigación en la misma.

G. REFERENCIAS

AMBOS, Kai, et al., *Justicia de Transición, Informes desde América Latina, Alemania, Italia y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2009.

AMBOS, Kai; LARGE, Judith; y WIERDA, Marieke, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Springer- Verlag Berlin Heidelberg, Nueva York, 2009.

BERISTAIN, Carlos Martín, *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Tomo 1 y 2, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2008.

CASSESE, Antonio, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, volume II, Oxford University Press, New York, 2002.

EL ZEIDY, Mohamed M., "The principle of complementarity: A new machinery to implement International Criminal Law"*, Michigan Journal of International Law*, Vol. 23, Num. 4, 2002, pp. 869-975.

HUERTAS DÍAZ, CÁCERES TOVAR, et. al., *CADH, Doctrina y jurisprudencia*, Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 2005.

SACOUTO, Susana, y CLEARY, Katherine, "The Gravity Threshold of the International Criminal Court", *American University International Law Review*, Vol. 23, Num. 5, 2008, pp. 807-854.

SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, New York, 2010.

ESCRITO DE LOS REPRESENTANTES DE LAS VÍCTIMAS PRESENTADO POR EL EQUIPO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO (UNAM)

Escrito presentado por el equipo C-003, representativo de la UNAM, integrado por: Genaro Antonio Madrigal Ríos; Alan Michel Mayo Flota; Víctor Manuel Miranda Leyva; Ana Cecilia Orta Rodríguez.

TABLA DE CONTENIDOS

A TABLA DE ABREVIATURAS 471
B. ÍNDICE DE AUTORIDADES 473
C. ESTABLECIMIENTO DE HECHOS 477
D. CUESTIONES A ABORDAR 478
E. RESUMEN DE ARGUMENTOS 479
F. ARGUMENTOS ESCRITOS 479
I. Las víctimas tienen el derecho de participar en esta etapa de los procedimientos 479
II. Conforme al artículo 53 (1) ER debe autorizarse un inicio de investigación en Almeres 480
1. Conforme al artículo 53 (1) (a) ER existe fundamente razonable para creer que se han cometido y se están cometiendo CLH competencia de la Corte en Almeres 480
1.1. Existe un ataque sistemático y generalizado en contra de la población de Almeres. 480
1.2. Existencia de CLH en Almeres 482
1.2.1. CLH de asesinato 482
1.2.2. CLH de encarcelación u otra privación grave de la libertad física 482
1.2.3. CLH de persecución 483
1.2.4. CLH de otros actos inhumanos 485
2. Conforme al artículo 53 (1) (b) ER la situación en Almeres es admisible 486
2.1. El inicio de una investigación de la situación en Almeres es coherente con el carácter complementario de la Corte 487
2.1.1. Conforme al artículo 17 (1) (b) Almeres no está dispuesto a incoar acción penal respecto de torturas y detenciones arbitrarias 487
2.1.2. Conforme al artículo 17 (1) (c) en los enjuiciamientos en Almeres no se configuró cosa juzgada 489
2.1.3. Hay inactividad respecto de las escuchas ilícitas 490
2.2. Conforme al artículo 17 (1) (d) la situación en Almeres cumple con el umbral de gravedad suficiente 491
3. Conforme al artículo 53 (1) (c) una investigación sobre la situación en Almeres redunda en el interés de la justicia 493
3.1. Actuaciones judiciales en Almeres y de la CIDH 495
3.2. Responsabilidad política asumida por el Vice-Ministro del Interior y reducción de las detenciones arbitrarias y actos de tortura 495
3.3. Ley de Reparaciones en Almeres 496
III. Las reparaciones colectivas de carácter simbólico no deben tener primacía respecto a las reparaciones individuales 496
G. REFERENCIAS 499

A. TABLA DE ABREVIATURAS

AAI	Agencia Almerense de Inteligencia
AI	Amnistía Internacional
Almeres	República de Almeres
CADH	Convención Americana sobre los Derechos Humanos
CADHP	Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos
CDH	Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas
CEDH o ECHR	Corte Europea de Derechos Humanos - European Court of Human Rights
CIDF	Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIJT	Centro Internacional de Justicia Transicional
CLH	Crimen o Crímenes de Lesa Humanidad
CNDH	Comisión Nacional de los Derechos Humanos del Estado de Almeres
COEA	Carta de la Organización de Estados Americanos
Convención contra el Genocidio	Convención para prevenir, sancionar y castigar el crimen de genocidio
Convención contra la Tortura	Convención contra la Tortura y otros actos, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes
CorIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Corte, CPI o ICC	Corte Penal Internacional - International Criminal Court
CPDHLF	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CPDHLF-P12	Protocolo nº 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CPDHLF-PA	Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DDHH	Derechos Humanos
Declaración de 1985	Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y los Abusos de Poder
DPPDF	Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EC	Elementos de los Crímenes
ER	Estatuto de Roma

FIDH	Federación Internacional de Derechos del Hombre - Fédération Internationale de Droits de l'Homme
Fiscalía General	Fiscalía General de la República de Almeres
Ley de Reparaciones	Ley de Reparación para la Indemnización de las Víctimas de la Concentración del 3 de abril 2010
LR	Ley de Reparación para las Víctimas de la Concentración del 3 de abril 2010
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONG's	Organizaciones no gubernamentales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PADESC	Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"
PAI	Protocolo Adicional I, 1977, a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Principios contra la Impunidad	Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad
Principios de 2005	Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones
Principios sobre independencia de la Judicatura	Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura. Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente
RDC o DRC	República Democrática del Congo - Democratic Republic of the Congo
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
SCP	Sala de Cuestiones Preliminares
PECGT o SPSC	Paneles Especiales para los Crímenes Graves en Timor-Leste - Special Panels for Serious Crimes in East Timor
TPIR o ICTR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda - International Criminal Tribunal for Rwanda
TPIY o ICTY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia - International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
UNTAET	United Nations Transitional Administration in East Timor
UR	United Nations Transitional Administration in East Timor, Regulation No. 2000/15, On the establishment of Panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences, 6 June 2000.

B. ÍNDICE DE AUTORIDADES

Instrumentos internacionales

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

CDH, Consejo de Derechos Humanos, Comentario General 31.

Convenio para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. (Citado como *Principios contra la impunidad).*

Convención Americana de Derechos Humanos.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones. Comission on Human Rights, resolution 2005/35, 19 April 2005. Aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005. (Citado como *Principios de 2005).*

Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

Situation in the DRC, Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, ICC, 17 January 2006. (Citado como: *DRC, víctimas, CPI, 17 enero 2006).*

Situation in the DRC, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's application for warrants of arrest, article 58", ICC, 13 July 2006. (Citado como: *DRC, apelación, CPI, 13 julio 2006).*

Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC, 31 March, 2010. (Citado como: *Kenia, inicio de investigación, CPI, 31 marzo 2010).*

Situation in the Republic of Kenya, Decision on Victims' Participation in Proceedings Related to the Situation in the Republic of Kenya, CPI, 3 November 2010. (Citado como: *Kenia, víctimas, CPI, 3 noviembre 2010).*

The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda, Decision on the confirmation of charges, ICC, 8 February 2010. (Citado como: *Abu Garda, confirmación, CPI, 8 febrero 2010).*

The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, ICC, 30 september 2008. (Citado como: *Katanga, confirmación, CPI, 30 septiembre 2008).*

The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, Partly dissenting opinion of Judge Anita Usacka, ICC, 30 september 2008. (Citado como: *Opinión disidente Usacka, CPI, 30 septiembre 2008).*

The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC, 15 June 2009. (Citado como: *Bemba, confirmación, CPI, 15 junio 2009).*

The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Fourth Decision on Victims' Participation, ICC, 12 December 2008. (Citado como: *Bemba, víctimas, CPI, 12 diciembre 2008).*

The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Prosecution's applicant for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC, 4 March 2009. (Citado como: *Al Bashir, primera orden de arresto, CPI, 4 marzo 2009.)*

The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeals of the Prosecutor and the Defence against Trial Chamber I's decision on victims' participation of 18 January 2008, ICC, 11 July 2008.(Citado como: *Lubanga, víctimas, CPI, 11 julio 2008).*

The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Warrant of Arrest, ICC, 10 February 2006. (Citado como: *Lubanga, orden de arresto, CPI, 10 febrero 2006).*

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

The Prosecutor v. Akayesu, Trial judgment, ICTR, 2 september 1998.(Citado como: *Akayesu, sentencia, TPIR, 2 septiembre 1998).*

The Prosecutor v. Kayishema, Trial judgment, ICTR, 21 May 1999. (Citado como: *Kayishema, sentencia, TPIR, 21 mayo 1999).*

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

The Prosecutor v. Blagojević and Jokić, Judgement, ICTY, 17 January 2005. (Citado como: *Blagojević, sentencia, TPIY, 17 enero 2005).*

The Prosecutor v. Blaškić, Appeal judgement, ICTY, 29 July 2004. (Citado como: *Blaškić, apelación, TPIY, 29 julio 2004).*

The Prosecutor v. Blaškić, Judgement, ICTY, 3 March 2000. (Citado como: *Blaškić, sentencia, TPIY, 3 marzo 2000).*

The Prosecutor v. Brdjamin, Trial judgement, ICTY, 1 september 2004. (Citado como: *Brdjamin, sentencia, TPIY, 1 septiembre 2004).*

The Prosecutor v. Dusko Tadić, Judgement, ICTY, 7 May 1997. (Citado como: *Tadić, sentencia, TPIY, 7 mayo 1997).*

The Prosecutor v. Jankovic, Decision on Referral of Case under Rule 11 Bis, ICTY, 22 July 2005. (Citado como: *Jankovic, remisión, TPIY, 22 julio 2005).*

The Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Appeal judgement, ICTY, 17 December 2004. (Citado como*: Kordić, apelación, TPIY, 17 diciembre 2004).*

The Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Trial judgment, ICTY, 26 February 2001. (Citado como: *Kordić, sentencia, TPIY, 26 febrero 2001).*

The Prosecutor v. Krstic, Judgment, ICTY, 2 August 2001. (Citado como: *Krstic, sentencia, TPIY, 2 agosto 2001).*

The Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic, Appeal judgement, ICTY, 12 June 2002. (Citado como: *Kunarac, apelación, TPIY, 12 junio 2002).*

The Prosecutor v. Kvocka et al., Trial Judgment, ICTY, 2 November 2001. (Citado como: *Kvocka, sentencia, TPIY, 2 noviembre 2001).*

The Prosecutor v. Ljubicic, Decision to Refer the Case to Bosnia & Herzegovena Pursuant to Rule 11 bis, ICTY, 12 April 2006 (Citado como: *Ljubicic, remisión, TPIY, 12 abril 2006).*

The Prosecutor v. Semanza, Judgment and Sentence, ICTY, 15 May 2003. (Citado como: *Semanza, sentencia, TPIY, 15 mayo 2003).*

The Prosecutor v. Simić, Tadić and Zarić, Trial Judgement, ICTY, 17 October 2003. (Citado como: *Simić, sentencia, TPIY, 17 octubre 2003).*

The Prosecutor v. Stakic, Trial judgment, ICTY, 31 July 2003. (Citado como: *Stakic, sentencia, TPIY, 31 julio 2003).*

The Prosecutor v. Vasiljevic, Trial judgment, ICTY, 29 November 2003. (Citado como: *Vasiljevic, sentencia, TPIY, 29 noviembre 2003).*

Paneles Especiales para los Crímenes Graves en Timor-Leste

The Prosecutor v. Alarico Mesquita et al, Judgment, SPSC, 6 December 2004. (Citado como: *Mesquita, sentencia, PCGT, PECGT, 6 diciembre 2004).*

The Prosecutor v. Joni Marques et al, Judgment, SPSC, 11 December 2001. (Citado como: *Marques, sentencia, PCGT, PECGT, 11 diciembre 2001).*

The Prosecutor v. José Cardoso, Judgment, SPSC, 5 April 2003. (Citado como: *Cardoso, sentencia, PCGT, PECGT, 5 abril 2003).*

The Prosecutor v. Sabino Gouveia Leite, Judgment, SPSC, 7 December 2002. (Citado como: *Gouveia, sentencia, PCGT, PECGT, 7 diciembre 2002).*

Corte Europea de Derechos Humanos

Case of Langborger v. Sweden, Judgement, ECHR, 22 June 1989. (Citado como: *Langborger, sentencia, CEDH, 22 junio 1989).*

Case Ribitsch v. Austria, Judgment, ECHR, 4 December 1995. (Citado como: *Ribitsch, sentencia, CEDH, 4 diciembre, 1995).*

Case of Selmouni v. France, Judgment, ECHR, 28 July 1999. (Citado como: *Selmouni, sentencia, CEDH, 28 julio 1999).*

Case *of Findlay v. United Kingdom,* Judgement, ECHR, 25 February 1992. (Citado como: *Findlay, sentencia, CEDH, 25 febrero 1992).*

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Alboetoe y otros v. Suriname, Sentencia de reparaciones y costas, CorIDH, 10 de septiembre de 1993. (Citado como: *Alboetoe, reparaciones, CorIDH, 10 septiembre 1993).*

Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala. Sentencia de reparaciones, CorIDH, 22 de febrero de 2002. (Citado como: *Bámaca, reparaciones, CorIDH, 22 febrero 2002).*

Caso Barrios Altos v. Perú, Sentencia de reparaciones y costas, CorIDH, 30 de noviembre de 2001. (Citado como*: Barrios, reparaciones, CorIDH, 30 noviembre 2001).*

Caso Blake v. Guatemala, Sentencia de Reparaciones y costas, CorIDH, 22 de enero de 1999. (Citado como: *Blake, reparaciones, CorIDH, 22 enero 1999).*

Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Reparaciones y costas, CorIDH, 29 de enero de 1997. (Citado como: *Caballero, reparaciones, CorIDH, 29 enero 1997).*

Caso Castillo Paez v. Perú, Sentencia de reparaciones y costas, CorIDH, 27 de noviembre de 1998. (Citado como: *Castillo Paez, reparaciones, CorIDH, 27 noviembre 1998).*

Caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 7 de mayo de 1999. (Citado como: *Petruzzi, sentencia, CorIDH, 7 mayo 1999).*

Caso de la masacre de Mapiripán v. Colombia, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 15 de septiembre de 2005. (Citado como: *Mapiripán, sentencia, CorIDH, 15 septiembre 2005).*

Caso de la masacre de Pueblo Bello v. Colombia, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 31 de enero de 2006. (Citado como: *Pueblo Bello, sentencia, CorIDH, 31 enero 2006).*

Caso Escher y otros vs. Brasil, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 6 de julio de 2009. (Citado como: *Escher, sentencia, CorIDH, 6 julio 2009).*

Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, Sentencia de Reparaciones y Costas, CorIDH, 27 de agosto de 1998. (Citado como: *Garrido, reparaciones, CorIDH, 27 agosto 1998).*

Caso Godínez Cruz, Sentencia de fondo, CorIDH, 20 de enero de 1989. (Citado como: *Godínez, sentencia CorIDH, 20 enero 1989).*

Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 3 de abril de 2009. (Citado como: *Kawas, sentencia, CorIDH, 3 abril 2009).*

Caso Loayza Tamayo v Perú, Sentencia de reparaciones y costas, CorIDH, 27 de noviembre 1998. (Citado como: *Loayza, reparaciones, CorIDH, 27 noviembre de 1998).*

Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia de fondo, CorIDH, 17 de septiembre de 1997. (Citado como: *Loayza, fondo, CorIDH, 17 septiembre de 1997).*

Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 25 de noviembre de 2003.(Citado como: *Mack, sentencia, CorIDH, 25 noviembre 2003).*

Caso Perozo y otros vs. Venezuela, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 28 de enero de 2009. (Citado como: *Perozo, sentencia, CorIDH, 28 enero 2009).*

Caso Suárez Rosero v. Ecuador, Sentencia de fondo, CorIDH, 12 de noviembre de 1997. (Citado como: *Suárez, sentencia, CorIDH, 12 noviembre 1997).*

Caso Tristán Donoso vs. Panamá, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, CorIDH, 27 de enero de 2009. (Citado como: *Donoso, sentencia, CorIDH, 27 enero 2009).*

Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia indemnización compensatoria, CorIDH, 21 de julio de 1989. (Citado como: *Velásquez, reparaciones, CorIDH, 21 julio 1989).*

Caso Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala, Sentencia, CorIDH, 19 de noviembre de 1999. (Citado como: *Villagrán, sentencia, CorIDH, 19 noviembre 1999).*

Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, CorIDH, 17 de septiembre de 2003. (Citado como: *Opinión consultiva 18/03, CorIDH, 17 septiembre 2003).*

OTROS

Articles on State Responsibility, adoptados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 2001. (Citado como: *Artículos sobre responsabilidad estatal).*

OTP, *Draft for Discussion: Criteria for Selection of Situations and Cases* 1, June 2006.(Citado como: *Fiscalía, Políticas para la selección de situaciones y casos, 1 junio 2006).*

Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ. Reports 1949. (Citado como: *Opinión consultiva, ICJ, 1949).*

OTP, *Draft policy paper on preliminary examinations*, October 2010. (Citado como: *Fiscalía, políticas sobre exámenes preliminares, octubre 2010).*

C. ESTABLECIMIENTO DE HECHOS

Almeres, cuya capital es Estrella, es un Estado de 150.000 km^2 con población aproximada de 50 millones de habitantes. Colinda al norte con Heraldo, al sur con Gonda, al este con Chelsia y al oeste con Federania. Para el 1 de julio de 2002, todos ellos son parte de la CADH, han aceptado la jurisdicción contenciosa de la CorIDH y son Estados Partes del ER.

Después de 70 años de autoritarismo, para 2004 sólo existía una aparente consolidación democrática. En las elecciones de 2009 el ANC resulta ganador, posicionando al Sr. Luis María González como Presidente.

En junio de 2009 se inician los trámites para la aprobación de una ley de creación de un Consejo Electoral levantando graves disturbios durante agosto que terminan en la muerte de tres manifestantes. En octubre de 2009, el Sr. Luis María González pone en marcha el programa "Ojo de Halcón" que consiste en miles de escuchas telefónicas ilícitas, detenciones por un plazo superior al permitido por la ley y medidas de coerción física para la obtención de información.

En noviembre de 2009 comienzan a registrarse denuncias por detenciones arbitrarias y torturas ante la CNDH. En marzo de 2010, los informes de importantes ONG's registran al menos un centenar de casos de detención arbitraria y tortura cometidos presuntamente por miembros de la AAI.

El 3 de abril de 2010 se concentraron en la plaza mayor alrededor de 100,000 personas entre las que se encontraban seis grupos, de unas treinta personas cada uno, que armados con varas de hierro y cócteles molotov ocasionaron disturbios de manera coordinada. Minutos más tarde aparecieron unos 500 agentes antidisturbios de la policía de Almeres que sin más, lanzaron gases lacrimógenos y pelotas de goma contra los miles ahí concentrados.

Posteriormente comenzaron a escucharse disparos por los cuerpos de seguridad del Estado. A continuación, todo fue un caos: los manifestantes trataban de salir de la plaza; los agentes antidisturbios lo impedían en su esfuerzo por identificar y detener a aquellos que se encontraban armados.

Como resultado, perdieron la vida ocho manifestantes al ser pisoteadas y otros cinco por asfixia. Cincuenta manifestantes más sufrieron contusiones graves. Adicionalmente, diecisiete manifestantes murieron por herida de bala, la mayoría por disparos a menos de un metro y otros cuarenta resultaron con heridas de diversa consideración por arma de fuego.

Se encontraron aproximadamente 250 casquillos de bala en la Plaza Mayor. Un centenar de detenidos fueron sometidos a un estricto interrogatorio, 35 de los cuales fueron puestos a disposición de la Fiscalía General. El Juez de Garantías decretó su prisión provisional al día siguiente. El resto fue puesto en libertad.

La matanza de manifestantes conmocionó a la prensa nacional e internacional. Los mandatarios de Chelsia, Federania, Heraldo y Gonda junto con una docena más de mandatarios emitieron

declaraciones de condena y remarcaron la necesidad de realizar una investigación exhaustiva de los hechos. En este mismo sentido se expresaron el Secretario General de la ONU y el de la OEA.

Durante la semana del 4 al 11 de abril una delegación conjunta del PFR y PSN, dos ONG's en representación de las víctimas mortales de la concentración del 3 de abril, y una ONG en representación de varias de las victimas de detención arbitraria y tortura, presentaron comunicaciones a la Fiscalía de la CPI conforme a los artículos 13 (c) y 15 ER, así como demandas ante la CIDH.

El 12 de abril de 2010 el Fiscal de la CPI decide abrir una investigación preliminar sobre la situación de crisis.

El Vice-Ministro de Interior dimitió su cargo. Asimismo, el Ministro de Justicia instruyó a la Fiscalía General para investigar los hechos del 3 de abril y los casos de torturas y detenciones arbitrarias.

Como consecuencia de esta investigación la Fiscalía General imputó y produjo condena firme contra los agentes antidisturbios por 17 delitos de homicidio y 40 de lesiones graves a título doloso, 25 años de privación de libertad; a los funcionarios culpables de las prácticas de asfixia, por doce delitos de lesiones graves en grado de tentativa dolosa, 10 años; al Capitán Luis Carlos Ramírez, quien comandaba al grupo de agentes antidisturbios por 30 de homicidio y 90 de lesiones a título de imprudencia, 7 años; y finalmente al General Luis Ángel Restrepo, director general de la policía de Almeres, por la comisión imprudente de un delito de omisión propia de prevenir y de un delito doloso de omisión de su deber de castigar, 3 años.

Adicionalmente la Fiscalía General decidió archivar las actuaciones respecto de las detenciones y torturas ya que no encontró indicios racionales de criminalidad.

El 1 de septiembre de 2010 se aprobó la Ley de Reparación, donde se acoge un modelo mixto de reparación en el que se le da prioridad a las reparaciones de naturaleza colectivo-simbólica. Las reparaciones de carácter individual son establecidas muy por debajo de los estándares aplicables por la CorIDH.

A mediados de octubre de 2010 las organizaciones nacionales e internacionales envían una segunda comunicación al Fiscal de la CPI para que utilice sus prerrogativas conforme al artículo 15 (3) para solicitar a la SCP la autorización para abrir una investigación en Almeres anexando las peticiones realizadas ante la CIDH.

Adicionalmente se adjuntan las declaraciones de varias personas presuntamente detenidas y sometidas a actos de tortura por la AAI en los meses de mayo, junio, julio y agosto de 2010.

El 15 de noviembre de 2010 la CIDH decide admitir a trámite las demandas presentadas por las víctimas.

La CPI fija audiencia para el día 28 de marzo de 2011 para tratar cuestiones relativas a la posible admisibilidad de la situación, la posible calificación de CLH, y la conveniencia o no de abrir una investigación a la luz de los intereses de la justicia.

D. CUESTIONES A ABORDAR

1. Existencia de CLH en Almeres.
2. La admisibilidad de la situación.
3. Una investigación de la situación redunda en el interés de la justicia.
4. Enfoque errado de las reparaciones otorgadas por Almeres.

E. RESUMEN DE ARGUMENTOS

La Corte debe declarar que:

1. Existe fundamento razonable para creer que se han cometido y se están cometiendo CLH competencia de la Corte en Almeres, ya que: existe un ataque sistemático y generalizado en contra de la población civil de Almeres y se configuran los elementos de los CLH de asesinato, persecución, encarcelación u otra privación grave de la libertad física, y otros actos inhumanos.
2. La situación en Almeres debe ser resuelta admisible, ya que el inicio de una investigación es coherente con el carácter complementario de la Corte y cumple con el umbral de gravedad suficiente.
3. Una investigación de la situación redunda en interés de la justicia toda vez que los intereses de las víctimas no han sido totalmente satisfechos por las actuaciones judiciales en Almeres y de la CIDH, la responsabilidad política aceptada por el Vice-Ministro y la Ley de Reparaciones.
4. Las reparaciones colectivas de carácter simbólico no deben tener primacía respecto a las reparaciones individuales y deben otorgarse con base en los estándares de la CorIDH en casos de muertes y lesiones graves dolosas por funcionarios del Estado en ejercicio de sus funciones.

F. ARGUMENTOS ESCRITOS

I. Las víctimas tienen el derecho de participar en esta etapa del procedimiento

Víctimas son aquellas personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de un crimen competencia de la Corte[1].

El ER indica que la Corte permitirá que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas, si se vieren afectados sus intereses personales, en las fases del juicio que considere conveniente[2].

En la presente situación la participación de las víctimas responde a la sustanciación de un proceso más objetivo y justo basándose en las pruebas y argumentos que éstas puedan aportar a la audiencia. Implica adicionalmente respeto a los DDHH de los afectados por la comisión de crímenes internacionales por los agentes estatales de Almeres[3]; en función del derecho a la justicia[4] y a un recurso efectivo[5] su participación resulta necesaria e indispensable.

Consecuentemente, el derecho de las víctimas para participar en esta etapa de los procedimientos es acorde con las prerrogativas contenidas en el ER y con los DDHH internacionalmente reconocidos.

---

1 RPP, regla 85 (a).
2 ER, artículo 68 (3).
3 ER, artículo 21 (3).
4 PIDCP, artículo 14 (1); CADH, artículo 8 (1); CPDHLF, artículo 6 (1).
5 PIDCP, artículo 2 (3) (a); CADH, artículo 25 (1); CPDHLF, artículo 13.

II. Conforme al artículo 53 (1) ER debe autorizarse un inicio de investigación en Almeres

El Fiscal, al decidir si ha de iniciar una investigación, tendrá en cuenta si[6]:

1) Existe fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo crímenes competencia de la Corte.
2) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17 ER.
3) Existen razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en interés de la justicia.

1. Conforme al artículo 53 (1) (a) ER existe fundamente razonable para creer que se han cometido y se están cometiendo CLH competencia de la Corte en Almeres

Cualquiera de los actos mencionados en el párrafo 1 del Artículo 7 del ER, cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, constituye un CLH[7].

1.1. Existe un ataque sistemático y generalizado en contra de la población de Almeres

Un ataque contra una población civil es una línea de conducta que implica la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 del artículo 7 ER de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política[8].

El término "ataque" hace referencia a una operación o campaña dirigida contra la población civil[9], ésta debe ser su objetivo primario y no únicamente deberá ser alcanzado de manera incidental[10].

Los elementos de sistematicidad y generalidad no deben ser analizados a la luz de los actos individuales, sino que deben considerarse respecto del conjunto de actos constitutivos del ataque[11].

El término "sistemático" se refiere a la "naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de su ocurrencia al azar"[12]. Ha sido entendido como patrones de crímenes, en el sentido de una repetición no accidental de una conducta criminal similar de manera regular o como un plan organizado para promover una política común que sigue un patrón regular y resulta en una continua comisión de actos[13].

---

6 ER, artículo 53 (1).
7 ER, artículo 7 (1).
8 ER, artículo 7 (2) (a).
9 *Bemba, confirmación, CPI, 15 junio 2009*, para. 75.
10 *Bemba, confirmación, CPI, 15 junio 2009*, para. 76; *Kunarac, apelación, TPIY, 12 junio 2002*, para. 91-92; *Stakic, sentencia, TPIY, 31 julio 2003*, para. 624; *Vasiljevic, sentencia, TPIY, 29 noviembre 2003*, para. 33.
11 *Kenia, inicio de investigación, CPI, 31 marzo 2010*, para. 94; *Kordić, apelación, TPIY, 17 diciembre 2004*, para. 94; *Blaškić, apelación, TPIY, 29 julio 2004*, para. 101; *Kunarac, apelación, TPIY, 12 junio 2002*, para. 96.
12 *Katanga, confirmación, CPI, 30 septiembre 2008*, para. 394; *Tadić, sentencia, TPIY, 7 mayo 1997*, para. 648; *Blaškić, apelación, TPIY, 29 julio 2004*, para. 101; *Kordić, apelación, TPIY, 17 diciembre 2004,* para. 94.
13 *Kenia, inicio de investigación, CPI, 31 marzo 2010*, para. 96; *Katanga, confirmación, CPI, 30 septiembre 2008*, para. 397; *Akayesu, sentencia, TPIR, 2 septiembre 1998*, para. 580; *Kayishema, sentencia, TPIR, 21 mayo 1999*, para. 123; *Kordić, sentencia, TPIY, 26 febrero 2001*, para. 179.

Para la configuración de este elemento puede ser tomado en cuenta: la existencia de un objetivo o plan político, la comisión repetida y continua de crímenes que están ligados, el uso de recursos públicos y la implicación de autoridades de alto nivel político[14].

La política requerida debe ser establecida por una organización con la capacidad de cometer ataques sistemáticos o generalizados contra la población civil[15], como lo es un Estado. Un ataque planeado, organizado o dirigido satisface este criterio[16].

En la presente situación, se han llevado a cabo miles de escuchas telefónicas ilícitas[17] que sirven como base para cientos de actos de tortura y detenciones arbitrarias[18], conjuntamente con, por lo menos, 33 asesinatos, 90 lesiones físicas graves y 12 prácticas de asfixia[19]. Estos actos tienen como objeto primordial a la población que se encuentra en oposición política al Gobierno[20].

El ataque contra la población almerense se inició desde agosto de 2009 con la muerte de tres manifestantes, y se expandió con el denominado programa "Ojo de Halcón"[21], lo que configura 18 meses de ataque continuo e ininterrumpido. Aquel, fue planeado, dirigido y organizado desde las más altas esferas gubernamentales[22], involucrando a autoridades de alto nivel político y la utilización de fondos públicos para financiarlo. Su objetivo político es el de reprimir por completo y por cualquier medio el movimiento de oposición para que no se tenga que convocar a elecciones anticipadas[23].

Tomando en cuenta las miles de víctimas dentro de un periodo continuo de 18 meses, se vuelve imposible hablar de su repetición de manera accidental o al azar, configurándose un patrón regular de conducta. Por lo anterior, existe un ataque sistemático dirigido en contra de la población civil almerense.

Por otro lado, el ataque también es generalizado. Este elemento se refiere tanto a la naturaleza a gran escala del ataque como al número de personas objeto del ataque[24]. Un ataque generalizado deberá de ser "el efecto acumulativo de una serie de actos inhumanos o el efecto singular de un acto inhumano de extraordinaria magnitud"[25].

En la presente situación, miles de personas son víctimas de escuchas telefónicas ilícitas[26] que desembocan en tortura, detenciones arbitrarias y confinamientos por un plazo mayor al establecido por la ley[27], lo anterior, sumado a los hechos acaecidos el 3 de abril de 2010 y meses preliminares, es decir, por lo menos, 33 asesinatos, 90 lesiones físicas graves, 12 prácticas de tortura por asfixia, y al menos 100 casos de detención arbitraria y tortura que fueron reportados

---

14 *Kenia, inicio de investigación, CPI, 31 marzo 2010*, para. 96; *Blaškić, sentencia, TPIY, 3 marzo 2000,* para. 203.
15 *Katanga, confirmación, CPI, 30 septiembre 2008*, para. 396.
16 Ídem.
17 Caso, para. 20 y 39 (a); Aclaraciones, pregunta 76.
18 Caso, para. 53 (f).
19 Ibídem, para. 39.
20 Caso, para. 20, 39 (a) y (b), 43, 53 (f) y 55; Aclaraciones, pregunta 76.
21 Caso, para. 20.
22 Ibídem, para. 20, 22 y 23.
23 Ibídem, para. 26.
24 *Katanga, confirmación, CPI, 30 septiembre 2008*, para. 394; *Kordić, apelación, TPIY, 17 diciembre 2004*, para. 94; *Blaškić, apelación, TPIY, 29 julio 2004*, para. 101.
25 *Kenia, inicio de investigación, CPI, 31 marzo 2010*, para. 95; *Blagojević, sentencia, TPIY, 17 enero 2005*, para. 545.
26 Aclaraciones, pregunta 76.
27 Caso, para. 53 (f).

por ONG's de gran prestigio[28]. El ataque, al tener un efecto acumulativo de actos durante 18 meses ininterrumpidos, obtiene una naturaleza a gran escala.

El número de personas que son objetivo de este ataque es simplemente incalculable, ya que se integra de "toda la población dentro del territorio almerense de la que se puede creer esta en oposición al gobierno"[29], lo que da como blanco a millones de personas.

Mencionado lo anterior, hay fundamentos suficientes para creer que el ataque es también generalizado.

Tomando en cuenta la etapa en la que se encuentra el presente procedimiento y considerando que no hay sospechoso presente, la Corte no necesita la comprobación del elemento mental requerido por el artículo 7 (1) del ER[30].

Por ende, el contexto requerido para la configuración de CLH es cubierto.

1.2. Existencia de CLH en Almeres

1.2.1. CLH de asesinato

Para que el elemento objetivo se configure, es necesario que el perpetrador cause la muerte a una o más personas[31]. Por otro lado, la Corte ha establecido que si los actos se desprenden de una misma conducta, no se puede imputar el CLH de otros actos inhumanos por lesiones, sino asesinato en grado de tentativa[32].

En la presente situación, en agosto de 2009, 3 manifestantes perdieron la vida por la represión de la policía almerense[33]. Posteriormente, en el acontecimiento del 3 de abril de 2010, al menos 250 disparos de armas de fuego fueron percutidos por los miembros de la policía almerense en la plaza mayor de Estrella[34]. Como resultado de esta última conducta, 17 manifestantes murieron por disparos "a quema ropa" y 40 personas resultaron con lesiones de gravedad[35]. Debido a que tanto las muertes como las lesiones se desprenden de una misma conducta, las segundas, constituyen asesinatos en grado de tentativa, y por ello existen al menos 60 víctimas del CLH de asesinato en Almeres.

Por lo anterior, existen bases suficientes para creer que se cometieron CLH de asesinato dentro de la situación en análisis.

1.2.2. CLH de encarcelación u otra privación grave de la libertad física

El ER contiene en el artículo 7 (1) (e) que es acto constitutivo de CLH la "encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional". El término encarcelamiento debe ser entendido como encarcelamiento arbitrario, es decir, la

---

28 Ibídem, para. 39.
29 Caso, para. 39 (a) y (b), 43, 53 (f) y 55; Aclaraciones, pregunta 76.
30 *Kenia, inicio de investigación, CPI, 31 marzo 2010*, para. 79.
31 EC, artículo 7 (1) (a); *Katanga, confirmación, CPI, 30 septiembre 2008*, para. 421.
32 ER, artículo 25 (3) (f); *Katanga, confirmación, CPI, 30 septiembre 2008*, para. 461.
33 Caso, para. 19.
34 Ibídem, para. 31, 33 y 34.
35 Ibídem, para. 33.

privación de la libertad de una persona sin debido proceso legal[36]. El debido proceso legal es definido como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos[37].

Para analizar el elemento requerido de "gravedad de la conducta" se deben tomar en cuenta hechos como la duración, el número de personas detenidas y otros factores que acompañan la detención tales como la tortura o golpizas a algunos de los detenidos[38].

Los PECGT han determinado que la violación a los artículos 9 y 10 del PIDCP y a los artículos 3, 7, 9 y 12 de la DUDH constituye el CLH en cuestión[39]. Dichas disposiciones son referentes al derecho internacionalmente reconocido a no sufrir detenciones arbitrarias[40].

En la presente situación, este derecho fue gravemente violado debido a que una cantidad considerable de personas fueron detenidas y confinadas sin ningún fundamento legal para ello[41].

Si bien no se sabe con exactitud la duración de estas detenciones, el programa "Ojo de Halcón" ordenó detenciones "por un plazo mayor al establecido por la ley"[42], lo que lleva a creer que su temporalidad fue prolongada. Asimismo, existen al menos 100 reportes de ellas, sin embargo, hay razones para creer que cientos más fueron perpetradas, ya que las escuchas ilícitas que sirvieron y sirven como base para su realización, se configuran en miles[43]. De la misma manera es sabido, que durante muchas de las detenciones, actos de tortura fueron perpetrados[44]. Por ende, estas detenciones superan la gravedad requerida por el ER.

Por lo anterior, existen fundamentos suficientes para creer que el CLH de "encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física" fue perpetrado en el territorio de Almeres.

1.2.3. CLH de persecución[45]

Se encuentran tres principales elementos para acreditar este CLH, el primero es el "privar gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del derecho internacional"[46]; el segundo es el elemento mental de intención discriminatoria, que es la razón para segregar a la víctima y esta basado en una característica particular de la identidad del grupo o colectividad[47]; y el tercero, que se cometa en relación con cualquier acto del artículo (7) (1) ER o con cualquier otro crimen competencia de la Corte[48].

---

36 *Simić, sentencia, TPIY, 17 octubre 2003*, para. 64; *Kordić, apelación, TPIY, 17 diciembre 2004*, para. 116.
37 Opinión Consultiva OC-18/03, CorIDH, 17 de septiembre de 2003, para. 123.
38 *Gouveia, sentencia, TESL, 7 diciembre 2002*, para. 152.
39 *Cardoso, sentencia, TESL, 5 abril 2003*, para. 362.
40 PIDCP, artículos 9 y 10; DUDH, artículos 3, 7, 9 y 12; DPPDF, artículos 9, 10, 11 y 12; CPDHLF, artículo 5; CADH, artículo 7 (3); CIDF, artículo XI; y DADDH, artículo XXV.
41 Caso, para. 24, 55 y 57 (c) (ii).
42 Ibídem, para. 23.
43 Aclaraciones, pregunta 76.
44 Caso, para. 35 y 36.
45 ER, artículo 7 (1) (h).
46 EC, artículo 7 (1) (h), para. 1.
47 *Marques, sentencia, TESL, 11 diciembre 2001,* para. 669.
48 EC, artículo 7 (1) (h), para. 4.

De esta manera, una multiplicidad de violaciones a los DDHH pueden ser transformadas en el crimen de persecución con la conexión de tan sólo un acto de los enumerados en el artículo 7 (1) ER[49].

Por otro lado, el derecho fundamental a la privacidad[50], prohíbe toda intrusión arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas e incluye a las conversaciones telefónicas como una forma de comunicación incluida dentro de su ámbito de protección[51]. Si las víctimas o un órgano competente no dan previa autorización para su interceptación por parte de agentes del Estado, esta conducta constituye una injerencia ilícita a la vida privada[52], y por tanto, una violación a este derecho fundamental.

Las escuchas telefónicas ilícitas que afectaron a miles de personas[53] se realizaron sin autorización por parte de las víctimas o por un órgano competente, por lo que se violó gravemente su derecho a la privacidad.

Asimismo, al existir un ambiente de terror en contra de los perseguidos, también fueron violados gravemente derechos fundamentales internacionalmente reconocidos como el derecho: de libertad de opinión y expresión[54], de reunión[55], de pensamiento[56], de participación política[57], a la seguridad[58], a la igualdad[59] y a la no discriminación[60].

Tomando en consideración la etapa del presente procedimiento, el elemento subjetivo requerido sólo puede ser inferido de manera general. En Almeres, todos estos actos se dan en contra de una colectividad con identidad propia, esta es, la población que a consideración del gobierno de Almeres se encuentra de alguna manera ligada al movimiento de oposición[61]. Por lo anterior, es que la persecución es fundada en motivos políticos.

Tocando el tercer elemento, el ER nos dice que "tortura" es causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el perpetrador tenga bajo su custodia o control[62]; excluyendo aquellos que deriven de sanciones lícitas[63]. Además, no es preciso probar ninguna intención específica[64].

---

49 *Marques, sentencia, TESL, 11 diciembre 2001*, para. 45.

50 PIDCP, artículo 17.1; DUDH, artículo 12; CPDHLF, artículo 8; CADH, artículo 11 (2); y DADDH, artículos V y IX.

51 *Escher, sentencia, CorIDH, 6 julio 2009*, para. 114; *Donoso, sentencia, CorIDH, 27 enero 2009*, para. 55.

52 *Escher, sentencia, CorIDH, 6 julio 2009*, para. 129.

53 Aclaraciones, pregunta 76.

54 PIDCP, artículo 19; DUDH, artículo 19; CPDHLF, artículo 10; CPDHLF-P12, artículo 1; CADHP, artículo 9; CADH, artículo 13; DADDH, artículo IV; y DPLE, artículos del 1 al 13.

55 PIDCP, artículo 21; DUDH, artículo 20; CPDHLF, artículo 11; CADH, artículo 15; y DADDH, artículo XXII.

56 PIDCP, artículo 18; DUDH, artículo 18; CPDHLF, artículo 9; CADHP, artículo 8; CADH, artículo 13; DADDH, artículo IV; y DPLE, artículos del 1 al 13.

57 PIDCP, artículo 25; DUDH, artículo 21; CADHP, artículos 2 y 3; CADH, artículo 13; y DADDH, artículo XX.

58 PIDCP, artículo 9 (1); PIDESC, artículo 7 (b); DUDH, artículo 3; CPDHLF, artículo 5; CADHP, artículo 6; CADH, artículo 7; y DADDH, artículo I.

59 PIDCP, artículos 2 (1), 3, 25 y 26; PIDESC, artículo 3; DUDH, artículos 1, 2, 7 y 10; COEA, artículos 3 (l) y 45; CPDHLF, artículo 14; CADHP, artículos 2 y 3; CADH, artículos 1 y 24; PADESC artículo 3; y DADDH, artículo II.

60 PIDCP, artículos 2 (1) y 26; PIDESC, artículo 2 (2); DUDH, artículos 2 y 7; COEA, artículo 45 (a); CPDHLF, artículo 14; CPDHLF-P12, artículo 1; CADHP, artículos 2 y 3; CADH, artículo 1 (1); PADESC, artículo 3; y DADDH, artículo II.

61 Caso, para. 39 (a) y (b), 43, 53 (f) y 55; Aclaraciones, pregunta 76.

62 ER, artículo 7 (1) (f).

63 ER, artículo 7 (2) (e).

64 EC, artículo 7 (1) (f), nota al pie 14.

Para determinar la gravedad del maltrato, la severidad objetiva del daño infligido deberá considerarse, incluyendo su naturaleza y propósito[65], como por ejemplo, el de obtener información. Este propósito es considerado por instrumentos universalmente reconocidos como la Convención contra la Tortura, que en su definición del artículo 1, incluye dentro de sus elementos alternativos de propósito el de "obtener de ella o de un tercero información o una confesión". También, criterios subjetivos como la condición física o mental de la víctima y su posición de inferioridad deben ser considerados[66].

En informes de respetables ONG's promotoras de los DDHH, como los de Amnistía Internacional, la FIDH, IKV-Pax Christi y el Centro Internacional de Justicia Transicional, fueron reportados al menos 100 actos de "tortura", perpetrados de noviembre de 2009 a finales de marzo de 2010[67]. Posteriormente, el día 3 de abril de 2010, al menos 12 detenidos sufrieron prácticas de asfixia a manos de agentes del Estado almerense[68]. Sumado a lo anterior, existen bases para creer que la tortura no ha cesado durante los 9 meses siguientes[69] y por lo tanto, se ha cometido un número mayúsculo de esos actos inhumanos en el mencionado periodo, ya que las escuchas telefónicas ilícitas sirven como su base y aquellas han y siguen afectando a miles de personas[70].

Es sabido que estos actos se realizaban con la intención de obtener cualquier información "útil" para la represión del movimiento de oposición[71]. Es presumible que "dolor o sufrimientos graves" fueron y son causados a las víctimas, ya que, si tal sufrimiento o dolor, ya sea físico o mental, no hubiere sido causado, es muy probable que dicha información no se hubiere obtenido.

Existen indicios de que la tortura se dio cuando las víctimas se encontraban detenidas, por lo que se vieron en un estado de vulnerabilidad[72] e inferioridad y por ende la gravedad del sufrimiento se incrementó considerablemente. Con esto, el elemento "bajo su custodia o control" es cubierto.

Es claro que dichos actos se cometieron de manera ilegal. Por lo tanto, existe fundamento razonable para creer que actos del CLH de tortura se cometieron en Almeres.

Por otro lado, las escuchas ilícitas son la base de los actos de tortura[73], por lo que existe una conexión entre las primeras, que constituyen graves violaciones a DDHH internacionalmente reconocidos, y los incidentes que constituyen el acto mencionado en el artículo 7 (1) (f) ER.

Por lo tanto, con todo lo anteriormente estipulado, existe fundamento razonable para creer que el CLH de persecución por motivos políticos en la forma de tortura se cometió y se sigue cometiendo en Almeres.

1.2.4. CLH de otros actos inhumanos

El ER y los EC se refieren al CLH de "otros actos inhumanos", contenido en el artículo 7 (1) (k), con dos principales elementos objetivos particulares, que "causen intencionalmente grandes

---

65 *Brdjamin, sentencia, TPIY, 1 septiembre 2004*, para. 484.
66 Ídem.
67 Caso, para. 24.
68 Ibídem, para. 36 y 46.
69 Ibídem, para. 53 (f), 55 y 57 (c) (ii).
70 Aclaraciones, pregunta 76.
71 Caso, para. 23.
72 *Ribitsch, sentencia, CEDH, 4 diciembre, 1995*, para. 36; *Loayza, fondo, CorIDH, 17 septiembre de 1997*, para. 57.
73 Caso, para. 53 (f).

sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física" y, que sean "de carácter similar" a los demás del artículo 7 (1) ER.

El término "carácter" se refiere a la naturaleza y gravedad el acto[74], y el término "otros" a que ninguno de los actos del artículo (7) (1) ER puede ser simultáneamente considerado como el CLH en cuestión, aun así una similitud es requerida[75]. Adicionalmente, una intención directa es requerida para su comisión[76].

El sufrimiento causado a los familiares de una víctima privada ilegalmente de la libertad es un acto inhumano y degradante[77] y, por su parte, el trato inhumano y degradante cae dentro de la categoría de otros actos inhumanos[78] ya que causa grandes sufrimientos de carácter similar a otros CLH.

Distintos tipos de lesiones pueden también constituir el CLH de otros actos inhumanos[79].

En la presente situación, el 3 de abril de 2010 los agentes antidisturbios de la policía de Almeres bloquearon las distintas salidas de la plaza mayor de Estrella[80]. El resultado de esta conducta fue que 8 manifestantes murieron pisoteados, 5 más murieron por asfixia y 50 manifestantes resultaron con lesiones físicas graves, todos, en su intento por salir de la plaza[81]. Dichos actos atentaron contra la integridad física de las víctimas y por ende su naturaleza es equiparable a otros actos del artículo 7 (1) ER.

Asimismo, existen fuentes para creer que cientos de detenciones arbitrarias y confinamientos por un plazo mayor al establecido por la ley fueron perpetrados en Almeres. Esto se traduce en graves sufrimientos de cientos de familiares y personas cercanas a sus víctimas, los cuales configuran un acto inhumano y degradante y por lo tanto un acto inhumano.

Por lo que antecede, existe fundamento razonable para creer que el CLH de "otros actos inhumanos" se cometió y comete en Almeres.

2. Conforme al artículo 53 (1) (b) ER la situación en Almeres es admisible

Para que el Fiscal decida si ha de iniciar una investigación es necesario efectuar un análisis para determinar si la causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17 ER[82].

Una interpretación literal de los artículos 53 y 17 ER determina que el análisis de admisibilidad debe realizarse únicamente ante un asunto o causa concretos. Sin embargo la SCP II ha resuelto que los términos "causa", "asunto" y "situación" pueden emplearse indistintamente en el contexto de los artículos referentes a la admisibilidad, ello dependiendo de la etapa en que se encuentre el proceso[83], sea desde la determinación de una situación hasta llegar a un caso concreto[84].

---

74 EC, artículo 7 (1) (k), nota al pie 30.
75 *Katanga, confirmación, CPI, 30 septiembre 2008*, para. 452.
76 Ibídem. para. 455.
77 *Villagrán, sentencia, CorIDH, 19 noviembre 1999*, para. 176.
78 *Kvocka, sentencia, TPIY, 2 noviembre 2001*, para. 208.
79 *Kenia, inicio de investigación, CPI, 31 marzo 2010*, para. 167 a 168 y 170 a 171.
80 Caso, para. 31.
81 Ibídem, para. 32.
82 ER, artículo 53 (1) (b).
83 *Kenia, inicio de investigación, CPI, 31 marzo 2010*, para. 47.
84 Ibídem, para. 41.

Es ineludible resaltar que el análisis de admisibilidad debe entenderse en esta etapa como la admisibilidad de casos potenciales en el contexto de la situación[85]. Así, el Fiscal debe dirigir el análisis de admisibilidad teniendo en cuenta la labor de la jurisdicción nacional con respecto al grupo de personas involucradas en los incidentes que suponen la comisión de crímenes jurisdicción de la Corte[86].

2.1. El inicio de una investigación de la situación en Almeres es coherente con el carácter complementario de la Corte

En atención al carácter complementario de la Corte[87], se presume la inadmisibilidad de un asunto cuando éste[88]:

- Sea objeto de investigación o enjuiciamiento por un Estado competente.
- Cuando el asunto ya ha sido investigado y se ha decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate.
- Si la persona ha sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia.
- Cuando el asunto no sea de gravedad suficiente.

Sin embargo estas presunciones de inadmisibilidad pueden ser refutadas cuando se determina que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento[89] o no pueda realmente hacerlo[90].

2.1.1. Conforme al artículo 17 (1) (b) Almeres no está dispuesto a incoar acción penal respecto de torturas y detenciones arbitrarias

Un asunto podrá resolverse admisible cuando este haya sido objeto de investigación por un Estado con jurisdicción que decida no incoar acción penal siempre que esta decisión responda a la falta de disposición del Estado[91].

Las circunstancias que debe examinar la Corte a fin de determinar si hay o no falta de disposición son[92]:

a) Que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte.

b) Que haya una demora injustificada en el juicio que sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

---

85 Ibídem, para. 49.
86 Ibídem, para. 49 y 50.
87 ER, preámbulo, para. 10, y artículo 1.
88 ER, artículo 17 (1) (a)-(d).
89 ER, artículo 17 (2).
90 ER, artículo 17 (3).
91 ER, artículo 17 (1) (b).
92 ER, artículo 1 7 (2) (a)-(c).

En la presente situación los incidentes de la Plaza Mayor de Estrella capturaron de inmediato la atención de la comunidad internacional. Los hechos del 3 de abril llenaron las portadas de la prensa nacional e internacional y fueron objeto de severas condenas por múltiples mandatarios de la región[93]. La comunidad internacional coincidía entonces con la necesidad de realizar una investigación exhaustiva de los hechos acaecidos.

Ante la presión internacional, Almeres requirió a la Fiscalía General investigar los terribles hechos del 3 de abril y las torturas y detenciones arbitrarias cometidas entre noviembre de 2009 y marzo de 2010 por miembros de la policía y la AAI[94]. No obstante las restricciones y limitantes que el gobierno de Almeres impuso desde el inicio de la investigación[95] comprueban la carente disposición para llevar a cabo procesos genuinos, independientes e imparciales.

Para definir los términos "imparcial" e "independiente" es necesario recurrir a los casos concernientes a Cortes y Tratados de DDHH[96]. La CEDH determina la "independencia" en función de la existencia de garantías contra presiones externas y el observar si el órgano, en apariencia es independiente[97]. En lo referente a "imparcialidad" la misma Corte señala que el órgano debe estar conformado por personal sin prejuicios o favoritismos, tener un punto de vista objetivo y contar con las garantías suficientes para excluir cualquier duda sobre la probidad en sus decisiones[98].

La Fiscalía General de Almeres, órgano estatal responsable de cumplir el deber de investigar[99], pertenece a la estructura del Poder Ejecutivo[100]; de su pertenencia estructural al gobierno y su obligada vinculación a las instrucciones que reciba del Ministro de Justicia es posible prescribir que la Fiscalía General carece de autonomía[101]. Asimismo el presidente de la República tiene toda la autoridad y poder para influir y determinar los manejos y decisiones de la Fiscalía General cediendo ante cualquier duda razonable el carácter independiente del órgano acusador. Consecuentemente la existencia de presiones externas por motivos políticos es irrefutable y en apariencia la Fiscalía General carece de toda independencia posible.

Por otra parte, frente a los más de cien casos por detenciones arbitrarias y torturas reportados ante la CNDH, la Fiscalía General permaneció estática por siete meses aproximadamente[102]. Hasta abril de 2010, y únicamente en respuesta a la intensa presión y preocupación de la comunidad internacional[103], Almeres comienza a investigar alrededor de las torturas y detenciones arbitrarias[104]. Al concluir su precaria investigación la Fiscalía General señaló la ausencia de indicios racionales de criminalidad[105].

---

93 Caso, para. 37.
94 Ibídem, para. 43.
95 Ibídem, para. 50.
96 ER, artículo 21 (1) (b); W. SCHABAS, *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, New York, 2010, p. 345.
97 *Langborger, sentencia, CEDH, 22 junio 1989*, para. 32; *Selmouni, sentencia, CEDH, 28 julio 1999*, para. 73.
98 Ídem.
99 K. AMBOS, J. LARGE, y M. WIERDA, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Springer- Verlag Berlin Heidelberg, Nueva York, 2009, p. 41.
100 Aclaraciones, pregunta 64.
101 Ibídem, pregunta 63.
102 Caso, para. 24 y 39.
103 Ibídem, para. 38.
104 Ibídem, para. 43.
105 Ibídem, para. 50.

El Estado a través de su falta de apoyo y cooperación con la Fiscalía General[106] cumple el propósito de sustraer a los perpetradores de su responsabilidad por crímenes internacionales[107], Si bien el gobierno de Almeres autorizó la investigación de asesinatos, lesiones, detenciones arbitrarias y torturas[108], negó a la Fiscalía desde un inicio el acceso a documentos y testimonios clasificados[109] por supuestas razones de seguridad nacional.

Ante la limitada reacción de Almeres es viable determinar que las investigaciones nacionales en torno a las torturas y detenciones arbitrarias no poseen independencia ni imparcialidad. Almeres ha tomando la decisión de no incoar acción penal basándose en investigaciones altamente violatorias de las garantías judiciales consagradas en los instrumentos internacionales de protección de los DDHH[110]. En consecuencia, ha cumplido con su objetivo de sustraer de la acción de la justicia a los principales responsables de la comisión de crímenes internacionales.

2.1.2. Conforme al artículo 17 (1) (c) en los enjuiciamientos en Almeres no se configuró cosa juzgada

La Corte no procesará a nadie que haya sido previamente enjuiciado[111] a menos que el proceso previo:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte.

b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia"[112].

En la presente situación hay falta de disposición por parte de Almeres ya que pretende sustraer a los líderes políticos de la acción de la justicia a través de juicios parciales y dependientes que desembocan en la imputación de penas desproporcionales en relación a la auténtica responsabilidad penal de los perpetradores.

Almeres enjuició a los señalados como responsables de los hechos del 3 de abril[113] imputando a estos, delitos de homicidio, lesiones y tortura por las mismas conductas que constituyen crímenes competencia de la Corte. En julio de 2010 se produce condena firme contra los agentes antidisturbios, funcionarios de la policía y el capitán Luis Carlos Ramírez[114].

El ataque del 3 de abril forma parte de una política de Estado prediseñada en las más altas esferas del gobierno[115]. Pese a ello ningún miembro del gobierno ha sido imputado o condenado y

---

106 EC, introducción general, para. 3; *Opinión disidente Usacka, CPI, 30 septiembre 2008*, para. 22.
107 ER, artículo 17 (2) (a).
108 Caso, para. 43.
109 Ibídem, para. 50.
110 CADH, artículo 8.1; CADHP, artículo 7 (1) (d); CPDHLF, artículo 6 (1).
111 ER, artículo 17 (1) (c).
112 ER, artículo 20 (3) (a)-(b).
113 Caso, para. 43.
114 Ibídem, para. 44-49.
115 Ibídem, para 20.

únicamente el Vice-Ministro de Interior ha asumido su responsabilidad política[116]. Los principales responsables permanecen impunes.

De igual forma se denota que el tribunal encargado de juzgar los eventos del 3 de abril sucumbió ante presiones políticas para no incoar procesos que contravinieran los intereses de los más altos funcionarios almerenses[117].

Si bien los policías y funcionarios no deben ser excluidos de su responsabilidad penal, la policía antidisturbios en Almeres cuenta con una marcada organización jerárquica[118] y la comisión de conductas que constituyen crímenes competencia de la Corte fue en cumplimiento de una política prediseñada por los líderes políticos de Almeres[119]. En este sentido es posible afirmar que los líderes políticos de Almeres ostentan el control en la ejecución de los hechos y por ello debe atribuírseles, al igual que a los policías y funcionarios, la responsabilidad penal respectiva[120].

Es alarmante advertir que las penas impuestas en los distintos juicios fueron disminuyendo a medida que el grado jerárquico de los responsables ascendía. Invariablemente las penas mayores fueron impuestas a los policías antidisturbios, mientras que los líderes políticos de Almeres permanecen impunes ante actos tan graves.

Por lo tanto, los juicios llevados en Almeres carecieron de independencia e imparcialidad cumpliendo así el propósito estatal de sustraer a los líderes políticos de su responsabilidad penal y someterlos a la acción de la justicia.

2.1.3. Hay inactividad respecto de las escuchas ilícitas

La inactividad de un Estado debe hacer una situación admisible ante la Corte sin más[121]. El ER demanda al Estado investigar todos aquellos hechos que impliquen graves violaciones a los DDHH y constituyan a su vez crímenes competencia de la Corte. Posteriormente a las investigaciones, el Estado debe determinar si existen indicios razonables de criminalidad para incoar o no acción penal contra los responsables[122].

En la presente situación, Almeres ha minimizado la importancia de la práctica ilícita de escuchas telefónicas por la AAI que han servido como base para detenciones arbitrarias y torturas. Ante tales violaciones a DDHH[123], Almeres ha permanecido indolente y ha evitado toda investigación al respecto. La inactividad de Almeres debe determinar admisible la situación sin más[124].

En conclusión, bajo análisis de admisibilidad es posible afirmar que las investigaciones y enjuiciamientos realizados por Almeres son un claro reflejo de la falta de disposición para actuar frente a tan graves crímenes. Los insuficientes procedimientos internos fueron instruidos de manera

---

116 Ibídem, para. 53 (c).
117 Caso, para. 44-46.
118 *DRC, apelación, CPI, 13 julio 2006*, para. 73.
119 Caso, para. 20.
120 *Katanga, confirmación, CPI, 30 septiembre 2008*, para. 155-156.
121 *Lubanga, orden de arresto, CPI, 10 febrero 2006*, para. 29, nota al pie 19; K. AMBOS, "El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)", [En línea], *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 2, 2010, pp. 18-20. Disponible en http://www.indret.com/pdf/727.pdf [Consulta: 07.07.2011].
122 ER, artículo 17 (1) (a)-(c).
123 PIDCP, artículo 17.1; DUDH, artículo 12; CPDHLF, artículo 8; CADH, artículo 11 (2); DADDH, artículos V y IX.
124 *Lubanga, orden de arresto, CPI, 10 febrero 2006,* para. 41.

parcial y dependiente, obedeciendo al objetivo de sustraer a los líderes políticos de su responsabilidad penal. De igual manera, Almeres permanece indiferente ante otras violaciones de DDHH, como lo son las escuchas ilícitas. Por lo tanto, es deber de la SCP resolver la situación admisible: sólo de esta forma la decisión de la Corte puede cumplir el objetivo de hacer comparecer a los perpetradores de crímenes competencia de la Corte ante la justicia y continuar con el incesante combate a la impunidad.

2.2. Conforme al artículo 17 (1) (d) la situación en Almeres cumple con el umbral de gravedad suficiente

Conforme al artículo 17 (1) (d) ER, para que una situación sea admisible ante la CPI, ésta debe ser de una gravedad suficiente. Dicho análisis también debe ser efectuado en la etapa de situación[125].

Al respecto la jurisprudencia de la CPI ha utilizado distintos aspectos tanto cuantitativos como cualitativos[126] para determinar que una situación cumple con el estándar de gravedad suficiente, a saber la escala, naturaleza, medios de comisión e impacto de los crímenes competencia de la corte dentro de la situación[127]. Además pueden tomarse en cuenta la reacción de la comunidad internacional y el rol del perpetrador[128].

En este sentido la escala se dilucida del número de víctimas[129] directas e indirectas y el espacio temporal y geográfico[130]; la naturaleza, cuando la violencia haya sido sexual, dirigida contra niños, comunidades enteras[131] o que involucre sufrimiento físico o emocional[132]; los medios de comisión en la vulnerabilidad de las víctimas[133], la crueldad, la sistematicidad y el abuso del poder[134] en la comisión de dichas conductas; y el impacto en las consecuencias que recaen en las poblaciones, los daños sociales, económicos y ambientales[135].

En la presente situación en Almeres existen miles de víctimas de las escuchas ilícitas[136], así como más de 200 víctimas directas de los acontecimientos del 3 de abril[137], de igual forma la

---

125 *Lubanga, orden de arresto, CPI, 10 febrero 2006,* para. 44; *Kenia, inicio de investigación, CPI, 31 marzo 2010*, para. 62.

126 *Abu Garda, confirmación, CPI, 8 febrero 2010,* para. 31; *Kenia, inicio de investigación, CPI, 31 marzo 2010*, para. 62; W. SCHABAS, "Prosecutorial discretion and gravity", en C. STAHN, y G. SLUITER (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 245.

127 RPP, Regla 145 (1) (c); *Abu Garda, confirmación, CPI, 8 febrero 2010*, para. 32; *Kenia, inicio de investigación, CPI, 31 marzo 2010*, para. 62; *Semanza, sentencia, TPIY, 15 mayo 2003*, para. 571.

128 *Lubanga, orden de arresto, CPI, 10 febrero 2006*, para. 46-50; *Kenia, inicio de investigación, CPI, 31 marzo 2010,* para. 188; OTP, *Draft for Discussion: Criteria for Selection of Situations and Cases* 1, June 2006, p. 5.

129 OTP, *Draft policy paper on preliminary examinations*, October 2010, p. 13; *Jankovic, remisión, TPIY, 22 julio 2005*, para. 19; *Krstic, sentencia, TPIY, 2 agosto 2001,* para 702; *Kordić, sentencia, TPIY, 26 febrero 2001*, para. 852.

130 Ídem; *Ljubicic, remisión, TPIY, 12 abril 2006*, para. 18.

131 Ídem.

132 *Krstic, sentencia, TPIY, 2 agosto 2001,* para. 703.

133 *Kvocka, sentencia, TPIY, 2 noviembre 2001*, para. 702; *Krstic, sentencia, TPIY, 2 agosto 2001,* para 702.

134 OTP, *Draft policy paper on preliminary examinations*, cit., p. 13; *Kayishema, sentencia, TPIR, 21 mayo 1999*, para. 18; *Krstic, sentencia, TPIY, 2 agosto 2001,* para. 703.

135 Ídem; OTP, *Draft for Discussion: Criteria for Selection of Situations and Cases* 1, June 2006, p. 5.

136 Aclaraciones, pregunta 76.

137 Caso, para. 39.

operación "Ojo de Halcón" se aplicó de forma generalizada y sistemática[138] desde noviembre de 2010[139], es decir, desde hace más de un año.

La naturaleza se determina al observar que los ataques fueron lanzados hacia la totalidad de la comunidad que se identificaba con los partidos políticos en oposición[140], e involucra grave sufrimiento físico y emocional por causa de una autorización que posibilita a la AAI aplicar ciertas medidas de coerción física para la obtención de información y la detención arbitraria por un plazo superior al permitido por la ley[141].

Los medios de comisión son inherentemente graves puesto que todas estas actuaciones fueron realizadas por agentes estatales efectuando abuso del poder incluso con la venia de los altos estratos políticos almerenses[142] y de manera sistemática[143], de igual forma se denota crueldad cuando se trata de graves desmedros físicos o emocionales constituyentes de las torturas efectuadas a algunos ciudadanos, como lo son el empleo de la coerción física para la obtención de información[144] y las prácticas de asfixia[145] efectuadas en Almeres.

El impacto en las víctimas es a largo plazo puesto que los graves disturbios[146] generan desestabilidad social y económica[147], generándose así desmedros en la calidad de vida de los sujetos, así como una brecha de odio entre los ciudadanos y los agentes estatales, de esta manera es que la población puede ser aterrorizada con todas estas actuaciones.

En cuanto a la reacción de la comunidad internacional, ésa ha volteado a observar la situación en Almeres y se han pronunciado al respecto de manera condenatoria de la situación de crisis en Almeres los presidentes de una docena de países[148], así como de los estados vecinos[149], algunos incidentes de la situación llenaron portadas de la prensa nacional e internacional[150] y el propio Secretario General de la ONU manifestó su intensa preocupación, al igual que el de la OEA[151].

Finalmente respecto al rol de los perpetradores, debido a que los altos estratos del poder político y la estructura estatal del Estado han planeado, implementado y autorizado programas[152] constitutivos de crímenes competencia de la Corte.

De esta manera, cumpliéndose todos y cada uno de los factores que la Corte puede tomar en cuenta para declarar la situación en Almeres como de una gravedad suficiente para que la SCP autorice el inicio de investigación y la Fiscalía pueda incoar acción penal en contra de los responsables lo más pronto posible.

---

138 Aclaraciones, pregunta 72.
139 Caso para. 39 (a).
140 Aclaraciones, pregunta 72.
141 Caso, para. 23.
142 Ibídem, para. 20 y 23.
143 Aclaraciones, pregunta 76.
144 Caso, para. 23.
145 Ibídem, para. 36.
146 Ibídem, para. 19, 21 (b) y 22 (a).
147 Ibídem, para. 23.
148 Ibídem, para. 37.
149 Ídem.
150 Ídem.
151 Caso, para. 38.
152 Ibídem, para. 20 y 23.

3. Conforme al artículo 53 (1) (c) una investigación sobre la situación en Almeres redunda en el interés de la justicia

La última cuestión a analizar para determinar la admisibilidad de una situación es la establecida en el artículo 53 (1) (c) ER, el cual prescribe que el Fiscal puede decidir no iniciar una investigación si "existen razones sustanciales para creer que, aún teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en el interés de la justicia".

Al respecto, esta cláusula es excepcional y únicamente debe analizarse que el inicio de la investigación no redunde en el interés de la justicia, si el Fiscal así lo determina[153]. Tampoco es indispensable una conclusión afirmativa en este sentido para determinar la admisibilidad de la situación[154].

Sin embargo, en virtud de la agenda establecida por la decisión que convoca a la audiencia, es pertinente determinar que el inicio de investigación sobre la situación en Almeres redunda en el interés de la justicia[155].

El artículo 53 (1) (c) ER destaca la gravedad del crimen y principalmente el interés de las víctimas como factores a considerar para determinar el contenido del "interés de la justicia". No obstante, es necesario tomar en cuenta tanto el contexto como el objeto y fin del ER para realizar una mejor interpretación del concepto"[156].

Siguiendo esto, en el Derecho internacional existe la obligación para los Estados de adoptar medidas a nivel nacional e intensificar todos los esfuerzos en el plano internacional[157] para acabar con la impunidad respecto de los crímenes más graves cuyo recuerdo aún habita en la conciencia humana[158] y es del interés de las generaciones presentes y futuras su castigo y prevención[159].

Por lo tanto, cabe recalcar que para la determinación de los elementos que constituyen el interés de la justicia, se debe iniciar tomando en cuenta que el fin supremo que se persiguió al establecer la CPI, era llevar a los más grandes responsables de las más grandes atrocidades ante la justicia, acabando de esta manera con la impunidad[160]. De aquí se deduce la naturaleza excepcional antes mencionada y la presunción que se debe tener a favor del inicio de la investigación al momento de analizar el interés de la justicia[161].

Respecto de los factores que el artículo 53 (1) (c) ER explícitamente establece, al ser la gravedad del crimen similar al umbral de gravedad suficiente contenido en el artículo 17 (1) (d) ER, cuando este último se cumple, mayor debe de ser la presunción dada a favor del inicio de la investigación con el que la SCP determine la redundancia en el interés de la justicia[162].

---

153 *Kenia, inicio de investigación, CPI, 31 marzo 2010,* para. 63; *Al Bashir, primera orden de arresto, CPI, 4 marzo 2009*, para. 15; OTP, *Policy paper on the interests of justice*, september 2007, p. 9.

154 Ídem.; OTP, *Policy paper in the interests of justice*, cit., p. 3.

155 Caso, para. 57 y 64.

156 Convención de Viena, artículo 31; OTP, *Policy paper on the interests of justice*, cit., p. 4.

157 ER, preámbulo, para. 4-6; Convención contra el Genocidio; Convenios de Ginebra del 12 agosto de 1949 I-IV; Convención contra la Tortura; Principios de 2005, sección III, para. 4; Principios contra la impunidad, principio 1.

158 ER, preámbulo, para. 4.

159 ER, preámbulo, para. 9.

160 ER, preámbulo, 4-6.

161 OTP, *Policy paper on the interests of justice*, cit., p. 3.; K. AMBOS et al., *Justicia de Transición, Informes desde América Latina, Alemania, Italia y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2009, p. 36.

162 OTP, *Policy paper on the interests of justice*, cit., p. 5.

De igual manera, el artículo 53 (1) (c) hace referencia expresa a que el Fiscal debe considerar el interés de las víctimas para determinar el interés de la justicia. De hecho, tal como se trató en la hoja de trabajo original de la Conferencia de Roma, sólo el interés de las víctimas fue mencionado al momento de redactar dicho artículo[163], denotando que éste es la piedra angular y principal elemento del interés de la justicia.

En este sentido, cabe resaltar que fueron las mismas víctimas las que, siguiendo su propio interés, hicieron llegar múltiples comunicaciones a la Oficina de la Fiscalía para la apertura de una investigación respecto de la situación en Almeres[164].

Al respecto, los instrumentos de DDHH internacionalmente reconocidos establecen que el derecho a la verdad[165], el derecho a la justicia[166] y el derecho a recibir reparación[167] constituyen el núcleo central de los derechos de las víctimas de violaciones graves de DDHH.

En este sentido, el derecho inalienable a la verdad establece la obligación internacional de permitir el acceso a toda información que resulte esencial para el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes[168], el derecho a la justicia exige para su cumplimiento la existencia de un acceso igual a un recurso judicial efectivo y a un procedimiento imparcial[169], mientras que el derecho a recibir reparaciones cuando se ha determinado la existencia de una violación a una norma de Derecho internacional es una premisa constitutiva de una norma de *ius cogens*[170].

En la presente situación, deben evaluarse distintos hechos en contraposición con el interés de la justicia[171], tomando en cuenta, principalmente: 1) la obligación de los Estados de combatir la impunidad, 2) la gravedad del crimen, 3) el derecho inalienable de las víctimas a conocer la verdad, 4) el derecho de las víctimas a tener acceso a la justicia y 5) la obligación de que las víctimas sean reparadas adecuadamente.

---

163 A. CASSESE, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, volume II, Oxford University Press, New York, 2002, p. 1153, nota 29.

164 Caso, para. 39 y 40.

165 *Bemba, víctimas, CPI, 12 diciembre 2008*, para. 90; Principios de 2005, sección X, para. 24; Principios contra la impunidad, principios 2-5; Resolución 2005/66, CDH, 20 de abril de 2005; PAI, artículos 32 y 33; *Bámaca, reparaciones, CorIDH, 22 julio 2002*, para. 75; K. AMBOS et al., *Justicia de Transición, Informes desde América Latina, Alemania, Italia y España*, cit. nota 161, p. 42.

166 Principios de 2005, sección VIII, para. 12-14; Principios contra la impunidad, principio 19; K. AMBOS et al., *Justicia de Transición, Informes desde América Latina, Alemania, Italia y España*, cit. nota 161, p. 43.

167 ER, artículo 75; CADH, artículo 63 (1); *DRC, víctimas, CPI, 17 enero 2006*, para. 52 y 53; Principios de 2005, sección IX, para. 15-18; Principios contra la impunidad, principio 31; CDH, Comentario General 31, para. 16; W. SCHABAS, *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, cit. nota 96, p. 881; K. AMBOS et al., *Justicia de Transición, Informes desde América Latina, Alemania, Italia y España*, cit. nota 161, p. 44.

168 *Bámaca, reparaciones, CorIDH, 22 julio 2002*, para. 75; Principios contra la impunidad, principio 2.

169 Principios de 2005, sección VII, para. 12; Principios contra la impunidad, principio 19; K. AMBOS et al., *Justicia de Transición, Informes desde América Latina, Alemania, Italia y España*, cit. nota 161, pp. 43-44.

170 ER, artículo 75; CADH, artículo 63 (1); *DRC, víctimas, CPI, 17 enero 2006*, para. 52 y 53; *Barrios, reparaciones, CorIDH, 30 noviembre 2001*, para. 24; Principios de 2005, sección IX, para. 15-18; Principios contra la impunidad, principio 31; CDH, Comentario General 31, para. 16; W. SCHABAS, *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, cit. nota 96, p. 881; K. AMBOS et al., *Justicia de Transición, Informes desde América Latina, Alemania, Italia y España*, cit. nota 161, p. 44.

171 Caso, para. 57 y 64.

3.1. Actuaciones judiciales en Almeres y de la CIDH

En cuanto a las actuaciones judiciales que han tenido tanto Almeres[172] como la CIDH[173], las investigaciones y enjuiciamientos realizados por Almeres no se llevaron a cabo por los crímenes contenidos en el ER, además de que no se realizaron enjuiciamientos contra los más altos mandos y principales responsables de las flagrantes violaciones de DDHH ocurridas en Almeres.

En lo referente a las actuaciones de la CIDH y la CorIDH, ésta última solo "tiene atribuciones para establecer la responsabilidad internacional de los Estados con motivo de la violación de DD-HH, pero no para investigar y sancionar la conducta de agentes del Estado"[174], y por lo tanto "no es un tribunal penal ante el cual se pueda discutir la responsabilidad de un individuo por la comisión de delitos"[175] tal como lo es la CPI[176].

Por lo tanto, al haber una diferencia entre ambas jurisdicciones en virtud de la diferencia de las materias que aplican, no existe jurisdicción concurrente entre la CPI y la CorIDH[177]; el no abrir una investigación a la luz de las actuaciones judiciales ya mencionadas sería una afrenta directa en contra del principio de combatir la impunidad contenido en el ER[178] y del interés de las víctimas en que se lleve ante la justicia a los principales responsables de las violaciones de DDHH, ambos elementos del interés de la justicia.

3.2. Responsabilidad política asumida por el Vice-Ministro del Interior y reducción de las detenciones arbitrarias y actos de tortura

Respecto de la responsabilidad política aceptada por el Vice-Ministro del Interior al dimitir de su puesto[179] y de la reducción de la práctica de detenciones ilegales y actos de tortura[180], ninguna satisface los elementos a considerar para la determinación del interés de la justicia, toda vez que la responsabilidad política no es eximente en ninguna circunstancia de la responsabilidad penal[181], y menos cuando se tratan de los crímenes más graves contra la humanidad. En caso de determinarse no iniciar la investigación por estas acciones, se iría en contra del espíritu del ER, del objetivo de poner fin a la impunidad y del interés de las víctimas en ver que los responsables de los crímenes sean llevados ante la justicia.

---

172 Ibídem, para. 43-50.
173 Ibídem, para. 56.
174 CADH, artículo 63 (1); *Petruzzi, sentencia, CorIDH, 7 mayo 1999*, para. 90.
175 *Suárez, sentencia, CorIDH, 12 noviembre 1997*, para. 37.
176 ER, artículo 25.
177 *Velásquez, reparaciones, CorIDH, 21 julio 1989*, para. 134; *Suárez, sentencia, CorIDH, 12 noviembre 1997*, para. 37; J. DONDÉ MATUTE, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su relevancia para el Derecho Penal Internacional*, INACIPE, México, 2006, pp. 58 y 59.
178 ER, preámbulo, para. 4-6.
179 Caso, para. 43.
180 Ibídem, para. 57 (c) (2) y 64 (c) (2).
181 Kabba, Sidiki, Reflexions sur la notion "intérêts de la justice", Au terme de l'article 53 du Statut de Rome, FIDH.

3.3. Ley de Reparaciones de Almeres

En cuanto a la Ley de Reparaciones[182], ésta no tiene la suficiente repercusión como para determinar no iniciar una investigación de la presente situación. Toda vez que su naturaleza principalmente colectivo-simbólica[183] limita el alcance de las reparaciones afectando gravemente el requisito de proporcionalidad entre la violación y la reparación[184].

Por ende, la obligación de reparar a las víctimas de violaciones graves al Derecho internacional de los DDHH no sería satisfecha si no se inicia una investigación de la situación en Almeres.

Por lo tanto, habiendo analizado el estándar del interés de la justicia respecto de los hechos referidos, puede afirmarse que únicamente autorizando el inicio de una investigación de la situación en Almeres es que la decisión que tome la SCP redundaría en el interés de la justicia, toda vez que obedece al propósito de poner fin a la impunidad y a los intereses de las víctimas.

III. Las reparaciones colectivas de carácter simbólico no deben tener primacía respecto a las reparaciones individuales

La obligación de reparar el daño que ha sido causado, constituye un principio básico de Derecho Internacional[185].

Al respecto, "reparación" es el término genérico que comprende las diferentes formas en las que el implicado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido, ya sea, restitución, indemnización, satisfacción y garantías de no repetición[186].

Además deben tomarse en cuenta las reparaciones colectivas, que involucran medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas[187] para lograr una reparación integral[188].

A su vez, la satisfacción abarca las reparaciones que tienden a compensar el detrimento de bienes no patrimoniales, cuando se ha ovacionado una ofensa a la dignidad de la víctima o de sus

---

182 Caso, para. 43.

183 Ibídem, para. 52.

184 RPP, regla 97 (1); Principios de 2005, sección IX, para. 15, 18, 19 y 20.

185 *Artículos sobre responsabilidad estatal*, artículo 32; *Opinión consultiva, ICJ, 1949*, para. 184; ER, artículo 75; CPDHLF, artículo 5 (5); CADH artículo 10, 63.1; Principios de 2005, sección XI, para. 15-18; Principios contra la impunidad, principio 31; CDH, Comentario General 31, para 16; *Garrido, reparaciones, CorIDH, 27 agosto 1998*, para. 42; *Loayza, reparaciones, CorIDH, 27 noviembre de 1998,* para. 86; *Castillo Páez, reparaciones, CorIDH, 27 noviembre 1998;* W. SCHABAS, *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, cit. nota 96, p. 881.

186 *Loayza, reparaciones, CorIDH, 27 noviembre de 1998,* para. 85; *Castillo Páez, reparaciones, CorIDH, 27 noviembre 1998*, para. 48.

187 Principios contra la impunidad, artículo 33; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *El proceso penal de justicia y paz. Compilación de autos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,* Tomo I, Centro Internacional para la justicia transicional, Bogotá, 2009, p. 171.

188 *Mapiripán, sentencia, CorIDH, 15 septiembre 2005*, para. 291.

familiares[189] y suele aludir a ciertas medidas específicas que miran al prestigio o a la buena fama pública de las víctimas[190].

Las reparaciones, en su forma de indemnización permiten compensar con un bien útil, universalmente apreciado (el dinero), la pérdida o menoscabo de un bien diferente, que no es posible reponer o rescatar conforme a su propia naturaleza[191]. Y es reconocida como una medida compensatoria[192], en especial, en los casos de pérdida injusta de la vida, la reparación adquiere la forma de indemnización pecuniaria.

En este sentido, las víctimas tienen el derecho a la verdad[193], a un recurso justo y efectivo[194] y a una reparación por el daño acontecido[195].

Por ello, con el propósito de calcular y establecer el daño sobrellevado y su consecuente reparación, se deben tomar en cuenta el daño material o pérdida financiera, consistente en el lucro cesante y el daño emergente; y el sufrimiento emocional[196].

Respecto a la restitución, tal como ya se ha mencionado, en casos donde se trata de violaciones al derecho a la vida o a la integridad física, esta modalidad de reparación no puede ser suficiente ni adecuada[197]. Por ello, debe otorgarse una compensación consistente en una indemnización pecuniaria[198], que se calcula con base en el daño emergente y el lucro cesante, respecto al daño patrimonial y tomando en cuenta el daño moral o inmaterial[199].

En suma, al ser Almeres un Estado americano[200], sus habitantes tienen el derecho de recibir una justa reparación de acuerdo a lo establecido por las normas consuetudinarias de derecho internacional aplicables para aquél continente, en particular, las que ha utilizado la CorIDH al cuantificar el monto de las reparaciones por concepto de muertes y lesiones graves dolosas por funcionarios del Estado en ejercicio de sus funciones, tomando en cuenta los conceptos de daño emergente, lucro cesante y daño inmaterial.

En lo que se refiere a las violaciones al derecho a la vida, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, debe adquirir sobretodo la forma de una indemnización pecuniaria[201], a la cual, de

---

189 HUERTAS DÍAZ, CÁCERES TOVAR, et. al., *CADH, Doctrina y jurisprudencia*, Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 2005, p. 698.

190 S. GARCÍA RAMÍREZ, "Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en AAVV, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Memoria del seminario, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2ª edición, San José, 2003, p. 156.

191 Ibídem, p. 144.

192 *Velásquez, reparaciones, CorIDH, 21 julio 1989,* para. 38.

193 Principios de 2005, sección X, para. 24; Principios contra la impunidad, principio 2.

194 PIDCP, Artículos 2 (3) (a) y 9 (5); DUDH, Artículo 8; CPDHLF, Artículos 13 y 41; CADH, Artículos 8 (1), 25 (1) y 68 (2); y CADHP, Artículo 7 (1) (a).

195 Principios de 2005, Sección I, para. 2 (c); Principios contra la impunidad, principio 31.

196 *DRC, víctimas, CPI, 17 enero 2006*, para. 115, 145, 146 y 172; Principios de 2005, sección VIII, para. 12.

197 *Alboetoe, reparaciones, CorIDH, 10 septiembre 1993*, para. 46; *Godínez, sentencia CorIDH, 20 enero 1989*, para. 199; *Amparo, reparaciones, CorIDH, 14 septiembre 1996,* para. 16; *Caballero, reparaciones, CorIDH, 29 enero 1997*, para. 17.

198 *Velásquez, reparaciones, CorIDH, 21 julio 1989,* para. 189; *Alboetoe, reparaciones, CorIDH, 10 septiembre 1993*, para. 46; *Amparo, reparaciones, CorIDH, 14 septiembre 1996*, para. 16.

199 *Velásquez, reparaciones, CorIDH, 21 julio 1989,* para. 39.

200 Caso, para. 2.

201 *Velásquez, reparaciones, CorIDH, 21 julio 1989,* para. 189; *Godínez, sentencia CorIDH, 20 enero 1989*, para. 199; *Alboetoe, reparaciones, CorIDH, 10 septiembre 1993*, para. 46; *Amparo, reparaciones, CorIDH, 14 septiembre 1996,* para. 16; *Caballero, reparaciones, CorIDH, 29 enero 1997*, para. 17.

manera accesoria, debe sumársele la garantía de no repetición del hecho lesivo[202], esta sumatoria constituye un accesorio de la reparación y no la principal forma de reparación en sí misma.

En la CPI se establecerán principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación[203], además la Corte podrá solicitar y tendrá en cuenta las observaciones formuladas por las víctimas[204].

En concordancia con lo anterior, la CPI puede tomar en cuenta estas normas y principios y aplicarlos en la presente decisión[205], a la luz de que la aplicación e interpretación del Derecho en los procedimientos ante la Corte deben ser compatibles con los DDHH internacionalmente reconocidos[206].

En el presente caso, el grupo de víctimas representado por este medio no está constituido únicamente por las víctimas que perdieron la vida, vieron sus derechos fundamentales menoscabados o sufrieron algún tipo de daño físico directo en la situación de crisis existente en Almeres desde enero de 2009, sino también lo constituyen víctimas que han vivido y están viviendo un sufrimiento emocional[207].

Este daño fue y está siendo sufrido tanto por víctimas directas como por víctimas indirectas[208]. Éste último caso es el de familiares y personas cercanas a las víctimas de la concentración del 3 de abril y otros acontecimientos; personas que pasaron y están pasando momentos de angustia y aflicción[209].

Adicionalmente, cabe resaltar que la ley de reparación expedida por Almeres, únicamente contempla a las víctimas de la concentración del 3 de abril[210], dejando de lado a los que sufrieron las demás violaciones y actos constitutivos de CLH.

Por ello, todas y cada una de las víctimas de los hechos tienen derecho a ser reparadas por el daño sufrido.

Por lo tanto, Almeres, al dar prioridad a las reparaciones de carácter colectivo-simbólico está violando su obligación internacional de reparar debidamente los daños que fueron causados por sus funcionarios.

Adicionalmente, no ha incluido a la totalidad de las víctimas ni de los hechos que causaron perjuicios. Por ello, puesto que no ha realizado una reparación integral tal como lo dictan los estándares antes mencionados, la SCP debe autorizar el inicio de la investigación para que se terminen de dar las reparaciones necesarias en Almeres, y en específico las reparaciones individuales respecto de los condenados que el ER prescribe.

---

202 *Garrido, reparaciones, CorIDH, 27 agosto 1998*, para. 41.
203 ER, artículo 75 (1).
204 ER, artículo 75 (3).
205 ER, artículo. 21 (1) (b).
206 ER, artículo 21 (3).
207 Caso, para. 40.
208 *Lubanga, víctimas, CPI, 11 julio 2008,* para. 1.
209 Caso, para. 40.
210 Ibídem, para. 43.

G. REFERENCIAS

AMBOS, Kai, "El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)", [En línea], *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Num. 2, 2010. Disponible en http://www.indret.com/pdf/727.pdf [Consulta: 07.07.2011].

AMBOS, Kai, et al., *Justicia de Transición, Informes desde América Latina, Alemania, Italia y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2009.

AMBOS, Kai; LARGE, Judith; y WIERDA, Marieke, *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Springer- Verlag Berlin Heidelberg, Nueva York, 2009.

BOAS, Gideon; BISCHOFF, James L; y REID, Natalie L., *International Criminal Law Practitioner Library, Volume II, Elements of Crimes under international law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

CASSESE, Antonio, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, volume II, Oxford University Press, New York, 2002.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *El proceso penal de justicia y paz. Compilación de autos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,* Tomo I, Centro Internacional para la justicia transicional, Bogotá, 2009.

DONDÉ MATUTE, Javier, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su relevancia para el Derecho Penal Internacional*, INACIPE, México, 2006.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en AAVV, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Memoria del seminario, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2ª edición, San José, 2003, pp. 129-158.

HUERTAS DÍAZ, CÁCERES TOVAR, et. al., *CADH, Doctrina y jurisprudencia*, Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 2005.

SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, New York, 2010.

SCHABAS, William A., "Prosecutorial discretion and gravity", en STAHN, Carsten, y SLUITER, Göran (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 229-246.

Anexo III

Participantes y resultados de la competencia Víctor Carlos García Moreno sobre procedimiento ante la Corte Penal Internacional en sus diez ediciones (2002-2011)

Desde 2001 el Capítulo México del Consejo Latinoamericano de Estudiosos de Derecho Internacional y Comparado venía trabajando un proyecto para la realización de un *moot court* relativo a la naciente Corte Penal Internacional.

En un primer momento, la Competencia contó con los apoyos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, el Centro de Investigación y Docencia Económica, el Instituto Tecnológico Autónomo de México, la sección mexicana de Amnistía Internacional, la Coalición y la Coalición Mexicana por la Corte Penal Internacional, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos y la Librería El Sótano.

Con el paso de los años un número mayor de universidades, centros académicos y de investigación, organismos internacionales y gubernamentales y asociaciones civiles se han sumado al proyecto. Además, cabe destacar que a partir de la décima edición (2011) el formato de la Competencia cambia ligeramente, añadiendo a la Fiscalía y la Defensa, la representación de las Víctimas, pasando por ello de dos a tres finalistas.

A continuación se expondrá, primero, el palmarés, con las Universidades participantes y premiadas, de la X edición de la Competencia (2011); y, segundo, un breve resumen de sedes, redactores de casos, equipos finalistas y administradores internacionales durante estos diez años de Competencia de la Corte Penal Internacional.

X EDICIÓN (2011) DE LA COMPETENCIA VÍCTOR CARLOS GARCÍA MORENO

EQUIPOS PARTICIPANTES

Universidad Católica de Córdoba (Argentina); Universidad de Bahía Blanca (Argentina); Universidad Nacional de Tucumán (Argentina); Universidad Católica de Tucumán (Argentina); Universidad de Buenos Aires (Argentina); Universidad Estatal de Río do Janeiro (Brasil); Universidad de Chile (Chile); Universidad Nacional (Colombia); Universidad del Rosario (Colombia); Universidad Sergio Arboleda (Colombia); Universidad Autónoma, Campus Bogotá (Colombia); Universidad Libre, Campus Bogotá (Colombia); Universidad de Los Andes (Colombia); Universidad Santo Tomás, Campus Bogotá (Colombia); Universidad de Medellín (Colombia); Universidad del Uzuay (Ecuador); Universidad Autónoma de Barcelona (España); Universidad Carlos III de Madrid (España); Universidad Autónoma de Madrid (España); Universidad de León (España); Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM (México); Universidad de Guadalajara (México); Instituto Tecnológico Autónomo de México, ITAM (México); Universidad Ibero-Americana de México DF (México); Universidad El Valle (México); y Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela).

FASE FINAL (La Haya y Utrecht, Holanda)

Primera posición: Universidad del Rosario (Colombia).

Segunda posición: Universidad Carlos III de Madrid (España).

Tercera posición: Universidad Sergio Arboleda (Colombia).

Premios:

Mejor Orador: Natalia Suárez Sánchez (Universidad del Rosario —Colombia—).

Beca Francisco de Vitoria para la edición de 2012 del Summer Institute for Global Justice *a celebrar en la Universidad de Utrecht entre junio y julio de 2012 dada por las Facultades de Derecho de las Universidades de Utrecht, Washington in St. Louis y Case Western Reserve:* Andrea Mateus (Universidad del Rosario —Colombia—).

Mejor Memorial de Fiscalía: Universidad Autónoma de Madrid (España).

Mejor Memorial de los Representantes de la República de Almeres: Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM (México).

Mejor Memorial de los Representantes de las Víctimas: Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM (México).

FASE INTERNACIONAL (Ciudad de México)

Equipos clasificados para Fase Final:

Primera posición: Universidad del Rosario (Colombia).

Segunda posición: Universidad Carlos III de Madrid (España).

Tercera posición: Universidad Sergio Arboleda (Colombia).

FASES NACIONALES

Fase Nacional de Argentina:

Primera posición: Universidad Católica de Córdoba.

Segunda posición: Universidad Nacional de Bahía Blanca.

Tercera posición: Universidad Nacional de Tucumán.

Fase Nacional de Colombia:

Primera posición: Universidad Nacional.

Segunda posición: Universidad del Rosario.

Tercera posición: Universidad Sergio Arboleda.

Fase Nacional de España:

Primera posición: Universidad Autónoma de Barcelona.

Segunda posición: Universidad Carlos III de Madrid.

Tercera posición: Universidad Autónoma de Madrid.

Fase de Exhibición de Venezuela:

Sede y Organización: Universidad Católica Andrés Bello

DIEZ AÑOS DE LA COMPETENCIA VÍCTOR CARLOS GARCÍA MORENO

Primera Edición, 2002

Sede: Hotel Holiday Inn World Trade Center, Ciudad de México.

Caso elaborado por grupo de expertos de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México.

Equipos finalistas:

Primera posición: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (Ecuador).

Segunda posición: Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela).

Administradora: Paulina Vega González.

Segunda Edición, 2003

Sede: Hotel Fiesta Inn Centro Histórico, Ciudad de México.

Caso elaborado por grupo de expertos de la University of Notre Dame.

Equipos finalistas:

Primera posición: Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela).

Segunda posición: Universidad Autónoma de Santo Domingo (República Dominicana).

Administradora: María Sirvent Bravo Ahuja.

Tercera Edición, 2004

Sede: Hotel Fiesta Americana Viaducto, Ciudad de México.

Caso elaborado por grupo de expertos del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Equipos finalistas:

Primera posición: Universidad Central de Venezuela (Venezuela).

Segunda posición: Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (República Dominicana).

Administradora: Patricia Sánchez Reyes.

Cuarta Edición, 2005

Sede: Hotel Fiesta Americana Viaducto, Ciudad de México.

Caso elaborado por David Arellano Cuán y Ulises Ruiz Lopart Espinosa.

Equipos finalistas:

Primera posición: Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (República Dominicana).

Segunda posición: Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho (México).

Administradora: Patricia Sánchez Reyes.

Quinta Edición, 2006

Sedes: Hotel Holiday Inn Zócalo e Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ciudad de México.

Caso elaborado por Antonio Riva Palacio Lavín.

Equipos finalistas:

Primera posición: Universidad Metropolitana, Campus Caracas (Venezuela).

Segunda posición: Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho (México).

Administradora: Irma de los Ángeles Pimentel Portilla.

Sexta Edición, 2007

Sede: Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ciudad de México.

Caso elaborado por grupo de expertos de la Corte Penal Internacional.

Equipos finalistas:

Primera posición: Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Campus Santo Tomás de Aquino (República Dominicana).

Segunda posición: Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho (México).

Administradora: Paulina Mariana Hernández Tejeda

Séptima Edición, 2008

Sedes: Secretaría de Relaciones Exteriores y Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México.

Evento académico: Secretaría de Relaciones Exteriores, Ciudad de México.

Caso elaborado por Enrique Carnero Rojo, Gabriela González Rivas y Gilbert Bitti (grupo de expertos de la Corte Penal Internacional).

Equipos finalistas:

Primera posición: Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho (México).

Segunda posición: Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Santo Tomás de Aquino (República Dominicana).

Administradora: Paulina Mariana Hernández Tejeda

Octava Edición, 2009

Sedes: Secretaría de Relaciones Exteriores e Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ciudad de México.

Evento académico: Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ciudad de México.

Caso elaborado por Héctor Olásolo Alonso, Julieta Solano McCausland, Ana Gallart (grupo de expertos de la Corte Penal Internacional).

Equipos finalistas:

Primera posición: Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho (México).

Segunda posición: Universidad Central de Venezuela (Venezuela).

Administrador: Omar Nacib Estefan Fuentes

Novena Edición, 2010

Sede: Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ciudad de México.

Evento académico: Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ciudad de México.

Caso elaborado por Héctor Olásolo Alonso, Enrique Carnero Rojo y Diana Contreras (Clínica Jurídica sobre Conflicto Armado, Derechos Humanos y Justicia Internacional de la Universidad de Utrecht)

Equipos finalistas:

Primera posición: Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (República Dominicana).

Segunda posición: Universidad Sergio Arboleda (Colombia).

Administradora: María Sirvent Bravo Ahuja.

Décima Edición, 2011

Caso elaborado por Héctor Olásolo Alonso, Enrique Carnero Rojo y Diana Contreras (Clínica Jurídica sobre Conflicto Armado, Derechos Humanos y Justicia Internacional de la Universidad de Utrecht).

Administradora: María Sirvent Bravo Ahuja.

Fase Final:

Sede de la Fase Final: Sala de Audiencias II de la Corte Penal Internacional en La Haya (Holanda).

Sedes de la Semana de Actividades Académicas de la Fase Final: Universidad de Utrecht, Instituto Cervantes, Het Spaansehof.

Equipos finalistas:

Primera posición: Universidad del Rosario (Colombia).

Segunda posición: Universidad Carlos III de Madrid (España).

Tercera posición: Universidad Sergio Arboleda (Colombia).

Fase Internacional:

Sede de la Fase Internacional: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Ciudad de México.

Sede del Evento Académico de la Fase Internacional: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Ciudad de México.

Fases Nacionales:

Fase Nacional de Argentina y Programa Académico:

Sede y Organización**:** Universidad Nacional de Tucumán.

Fase Nacional de Colombia y Programa Académico:

Sede: Hotel Casa Dann Carlton.

Organización: Editorial Legis y Universidades del Rosario, Santo Tomás y Sergio Arboleda, en cooperación con las Universidades del Externado, La Sabana, Los Andes, Nacional, y Pontificia Universidad Javeriana.

Fase Nacional de España y Programa Académico:

Sede y Organización: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid.

Fase de Exhibición de Venezuela y Programa Académico:

Sede y Organización: Universidad Católica Andrés Bello.

Undécima Edición, 2012

Caso elaborado por Héctor Olásolo Alonso y Enrique Carnero Rojo (Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH); y Clínica Jurídica sobre Conflicto Armado, Derechos Humanos y Justicia Internacional de la Universidad de Utrecht).

Fase Final:

Sede de la Fase Final: Sala de Audiencias de la Corte Penal Internacional en La Haya (Holanda).

Sedes de la Semana de Actividades Académicas de la Fase Final: Universidad de Utrecht, Instituto Cervantes, Otras por Determinar.

Fase Internacional:

Sede de la Fase Internacional y del Programa Académico: Universidad Nacional Autónoma de México y una segunda sede por determinar.

Fases Nacionales:

Fase Nacional de Argentina y Programa Académico:

Organizadores: Fundación Conciencia Joven y Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Lugar de Celebración: Buenos Aires.

Fase Nacional de Brasil y Programa Académico:

Organizadores: Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Río de Janeiro.

Lugar de Celebración: Río de Janeiro.

Fase Nacional de Chile y Programa Académico:

Organizador: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Lugar de Celebración: Santiago de Chile.

Fase Nacional de Colombia y Programa Académico:

Co-Organizadores: Universidades del Rosario, Santo Tomás y Sergio Arboleda, y Editorial Legis.

Lugar de Celebración: Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Fase Nacional de Costa Rica y Programa Académico:

Organizador: Universidad de Costa Rica.

Lugar de Celebración: San José de Costa Rica.

Fase Nacional de España y Programa Académico:

Organizador: Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

Lugar de Celebración: Barcelona.

Fase Nacional de Perú y Programa Académico:

Organizador: Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP)

Lugar de Celebración: Lima

Fase de Exhibición de Venezuela y Programa Académico:

Organizador: Facultad de Derecho de la Universidad Metropolitana

Lugar de Celebración: Caracas.

Anexo IV

Comunicados de prensa de la Corte Penal Internacional sobre la Audiencia Final de la Edición 2011

COMUNICADO DE PRENSA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL SOBRE LA AUDIENCIA FINAL DE LA EDICIÓN DE 2011 DEL CERTAMEN DE SIMULACIÓN JUDICIAL

La Universidad del Rosario gana el Certamen de Simulación judicial de la CPI

La Universidad del Rosario (Colombia) es la ganadora del Certamen de Simulación judicial sobre procedimiento de la CPI —edición en español— que se ha celebrado hoy, 10 de junio de 2011, en la Sala de Audiencias de la Corte en La Haya. El equipo ganador está compuesto de: Natalia Vega Rangel, Natalia Suárez Sánchez, Jaime Andrés Contreras Fonseca, Laura Pinilla de Brigard y Óscar Molina Pulido, y asesorado por el profesor Andrea Mateus y Juan Ramón Martínez Vargas. El segundo y tercer clasificado fue la Universidad Carlos III (España) y la Universidad Sergio Arboleda (Colombia) respectivamente. El premio al Mejor Orador fue concedido a Natalia Suárez Sánchez de la Universidad del Rosario.

Los equipos compitieron ante los jueces de la CPI Silvia Fernández de Gurmendi, Elizabeth Odio Benito y Sylvia Steiner en un caso ficticio con la presentación de argumentos orales en el papel de la Fiscalía, la representación del Estado, y la representación legal de las víctimas.

"La decisión ha sido difícil, todos estaban muy preparados" dijo la magistrada Elizabeth Odio Benito durante la ceremonia de premiación en la que hizo entrega a los ganadores de la "Toga", el máximo trofeo concedido por la CPI. La juez animó a todas las universidades iberoamericanas a participar el evento: "A todos les invito a seguir trabajando arduamente y a presentarse a las próximas ediciones de este Certamen Judicial Simulado que contribuye a incrementar el conocimiento sobre la CPI así como a despertar la curiosidad y a impulsar el debate en el seno del mundo académico latinoamericano" añadió.

La Secretaria de la CPI, Silvana Arbia, y la Fiscal Adjunta, Fatou Bensouda hicieron entrega de sus placas al segundo y tercer equipo clasificado. En la ceremonia también estuvo presente el Encargado de Negocios de la Embajada de Colombia en los Países Bajos, Julián Guerrero, que entregó el trofeo al Mejor Orador.

El Decano de la Universidad de Utrecht, partner con la CPI en la organización del evento, hizo entrega al asesor del equipo ganador de una beca para desempeñarse en la Universidad por un periodo de seis meses.

Para la organización del Certamen de Simulación Judicial en español, la CPI ha unido también esfuerzos con el Consejo Latinoamericano de Estudios de Derecho Internacional y Comparado (Coladic) de México.

Más de una veintena de facultades de Derecho de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, España, México y Venezuela participaron en las reñidas rondas nacionales organizadas que tuvieron lugar en febrero y marzo de 2011, así como en la ronda internacional que tuvo lugar en México DF en abril pasado. Las competiciones se completan con programas académicos sobre derecho penal internacional en los que participan desde académicos especializados en la materia y jueces, fiscales y abogados hasta representantes de los gobiernos, de organizaciones no gubernamentales y de organizaciones internacionales, así como periodistas.

En el contexto del Programa Académico, la CPI apoya también la versión en inglés del Certamen de simulación judicial organizado por la Red de Derecho Penal Internacional (ICLN). La ronda final tuvo lugar el 15 de abril pasado y fue ganado por la Universidad Bond de Australia. A medio y largo plazo, la Corte expandirá este tipo de competiciones a otras lenguas oficiales de la Corte: francés, árabe, chino y ruso.

10.06.2011 - ICC-CPI-20110610-PR684. Web site:

http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/news%20and%20highlights/pr684?lan=es-ES.

PRESS RELEASE BY THE ICC CONCERNING THE FINAL HEARING OF THE 2011 EDITION OF THE ICC MOOT COURT COMPETITION IN THE SPANISH LANGUAGE

The University del Rosario Wins the ICC Moot Court Competition

The University del Rosario (Colombia) is the winner of the ICC Moot Court Competition —Spanish edition—. The final round was held today, 10 June 2011, in Courtroom I of the ICC in The Hague. The winning team is composed of Natalia Vega Rangel, Natalia Suárez Sánchez, Jaime ANDRÉS Contreras Fonseca, Laura Pinilla de Brigard and Óscar Molina Pulido, and was coached by Andrea Mateus and Juan Ramon Martinez Vargas. The University Carlos III (Spain) and the University Sergio Arboleda (Colombia) won, respectively, the second and third places. The award to the Best Speaker went to Natalia Suárez Sánchez from the University del Rosario.

The teams competed before ICC Judges Silvia Férnandez de Gurmendi, Elizabeth Odio Benito and Sylvia Steiner on a fictitious case, presenting oral arguments in the roles of Prosecution, representation of a State, and Legal representation of victims.

"The decision has been difficult, all participants were very well prepared", said Judge Elizabeth Odio Benito during the awards ceremony before handing over to the winner the "Robe", the most important award given by the ICC. The Judge encouraged all Ibero-American universities to participate in the event: "I invite you to continue working hard and to participate in the next editions of this Moot Court in Spanish. This is a unique competition that contributes to increasing knowledge about the ICC as well as to stimulate debate in the academic world in Latin America".

The ICC Registrar, Silvana Arbia, and the Deputy Prosecutor, Fatou Bensouda, delivered awards to the second and third place teams. The ceremony was also attended by Julián Guerrero, Chargé d' Affaires ad interim Embassy of Colombia, who presented a trophy to the Best Speaker of the competition.

The Dean of the University of Utrecht, which is a partner of the ICC in this event, offered to the winner of the Best Coach award a six-month position in the visiting professional programme at the university.

For the organisation of the competition in Spanish, the ICC has also worked in partnership with the Latin American Council of Studies on International and Comparative Law, *COLADIC* (Mexico). More than 20 Ibero-American Faculties of Law from Argentina, Brazil, Colombia, Chile, Ecuador, Spain, Mexico and Venezuela participated this year in the national rounds organised by ICC partners, held in February and March, as well as at the regional rounds that took place in Mexico last April. Academic programmes on international criminal law were organised around the different rounds of the Moot Court. These seminars were attended by academics, judges, prosecutors and lawyers as well as by representatives of governments, NGOs, international organisations and the media.

In the context of its Academic Programme, the Court has also supported the English version of the ICC Trial Competition organised by the International Criminal Law Network (ICLN). The final this year took place on 15 April and was won by Bond University of Australia. It is envisaged that, in the medium and long term, the ICC Moot Court will also be expanded to other official languages of the Court, namely French, Arabic, Chinese and Russian.

Press Release: 10.06.2011, ICC-CPI-20110610-PR684

Web site: http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/55219158-CAD9-4073-ACDA-044EE66D3937.htm.

Anexo V

Red de facultades de derecho, institutos y centros de investigación, clínicas jurídicas y organizaciones asociadas a la competencia Víctor Carlos García Moreno

En su XI Edición de 2011, la Competencia Víctor Carlos García Moreno, organizada por el Consejo Latinoamericano de Estudiosos del Derecho Internacional y Comparado México (COLADIC MX), la Universidad de Utrecht, la Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y las Justicia Internacional (Instituto Iberoamericano de La Haya), con la colaboración de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) y el apoyo institucional de la Corte Penal Internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Unión Europea, la Secretaría General Iberoamericana, la Asociación Internacional de Derecho Penal y la red de instituciones que a continuación se detallan:

Alemania

Centros e Institutos de investigación:

Departamento de Derecho Penal Internacional y Comparado de la Universidad de Göttingen.

Otras instituciones:

Internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Grupo Latinoamericano de Expertos de Derecho Penal.

Argentina

Las facultades de Derecho de las Universidades de:

Bahía Blanca.

Buenos Aires, UBA.

Católica de Córdoba.

Comahué de la Patagonia.

Nacional de Tucumán.

Palermo.

Torcuato di Tella de Buenos Aires.

Centros e Institutos de investigación:

Observatorio de Derechos Humanos con Sede en la Universidad Nacional de Tucumán.

Otras instituciones:

Asociación Conciencia Joven.

Australia

La facultad de Derecho de la Universidad de:
Sídney.

Bélgica

Centros e Institutos de investigación:
Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Gante.

Brasil

Las facultades de Derecho de las Universidades de:
Católica de Pernambuco.
Estadual de Río de Janeiro.
Federal de Paraná.
Federal de Río Grande do Sul.
Federal de Río de Janeiro.
Federal de Sao Paolo.
Pontificia Universidad Católica de Sao Paolo.
Sao Paolo, USP.
Centros e Institutos de investigación:
Centro Universitario de Brasilia.
Fundación Getúlio Vargas.
Instituto Brasileño de las Ciencias Criminales, IBCCrim.

Canadá

Clínicas jurídicas de derechos humanos y/o Derecho Penal Internacional de la Universidad de:
Quebec.

Chile

Las facultades de Derecho de las Universidades de:
Católica del Norte, Sede Coquimbo.
Católica del Norte, Sede Antofagasta.
Chile.
Concepción.
Valparaíso.
Centros e Institutos de investigación:
Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca.
Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.
Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

China

La facultad de Derecho de la Universidad de:

Pekín.

Centros e Institutos de investigación:

Centro de Investigaciones Científicas sobre Derecho Penal de la Universidad de Ciencias Políticas y Jurídicas del Noroeste.

Colombia

Las facultades de Derecho de las Universidades de:

Autónoma del Caribe.

Autónoma de Colombia.

Cauca.

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

EAFIT de Medellín.

Ibagué.

El Norte.

La Sabana.

Libre.

Medellín.

Los Andes.

Militar Nueva Granada.

Nacional de Colombia.

Pontificia Universidad Bolivariana de Medellín.

Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

San Buenaventura, sede Medellín.

Santo Tomas.

Sergio Arboleda.

Unisabaneta, Medellín.

Clínicas jurídicas de derechos humanos y/o Derecho Penal Internacional de la Universidad de:

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Centros e Institutos de investigación:

Instituto de Victimología de la Universidad Santo Tomás en Bucaramanga.

Otras instituciones:

Editorial Legis.

Costa Rica

La facultad de Derecho de la Universidad de:

Costa Rica.

Centros e Institutos de investigación:
Departamento de Derechos Humanos de la Universidad de La Paz
Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Ecuador

La facultad de Derecho de la Universidad de:
Azuay.
Centros e Institutos de investigación:
Centro Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas.

El Salvador

La facultad de Derecho de la Universidad de:
El Salvador.

España

Las facultades de Derecho de las Universidades de:
Alcalá de Henares.
Alicante.
Autónoma de Barcelona.
Autónoma de Madrid.
Carlos III de Madrid.
Castilla la Mancha, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo.
Jaume I.
La Coruña.
León.
La Rioja.
Complutense.
Málaga.
Pompeu Fabra.
Rovira i Virgili.
Salamanca.
Sevilla.
Centros e Institutos de investigación:
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria.
Otras instituciones:
Instituto Cervantes.
Agencia Española de Cooperación y Desarrollo, AECID.

Estados Unidos

Las facultades de Derecho de las Universidades de:

San Francisco, USF.

Washington University in St. Louis.

Stetson.

Clínicas jurídicas de derechos humanos y/o Derecho Penal Internacional de las Universidades de:

Cornell

George Washington.

Texas.

Centros e Institutos de investigación:

Centro de Legislación y Política Global de la Universidad de Santa Clara.

Consorcio para la Investigación del Crimen Internacional de Estado de la Universidad Old Dominium.

Programa de América Latina de la Facultad de Derecho de la Universidad de Seattle.

Otras instituciones:

Centro Internacional de Justicia Transicional.

Coalición de ONGs por la Corte Penal Internacional, CICC.

Francia

Otras instituciones:

Federación Internacional de Derechos del Hombre.

Grecia

La facultad de Derecho de la Universidad de:

Tesalónica.

Guatemala

La facultad de Derecho de la Universidad de:

San Carlos/Centro Universitario de Occidente.

Holanda

Clínicas jurídicas de derechos humanos y/o Derecho Penal Internacional de la Universidad de:

Utrecht.

Centros e Institutos de investigación:

Instituto Holandés de Derechos Humanos.

Instituto Willem Pompe de Derecho Penal y Criminología.

Otras instituciones:
IKV - Pax Christi.
Radio Netherlands.

Irlanda

Centros e Institutos de investigación:
Centro Irlandés de Derechos Humanos.

Italia

Las facultades de Derecho de las Universidades de:
Bolonia.
Génova.
Módena.
Piamonte Oriental, "Amedeo Avogadro".
Roma III.
Trento.
Centros e Institutos de investigación:
Instituto de Derecho Penal Económico de la Universidad de Palermo.

Japón

Centros e Institutos de investigación:
Asociación de Estudiantes de Derecho Internacional de la Universidad de Kyoto.

México

Las facultades de Derecho de las Universidades de:
CIDE.
Iberoamericana de México, sede México DF.
ITAM.
Libre de Derecho.
Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM.
Valle de México, Sede Lomas Verdes.
Valle de México, Sede Lago de Guadalupe.
Centros e Institutos de investigación:
Instituto Nacional de las Ciencias Penales.

Paraguay

La facultad de Derecho de las Universidades de:
Americana de Asunción.

Perú

Las facultades de Derecho de las Universidades de:

Pontificia Universidad Católica de Perú.

San Martín de Porres.

Centros e Institutos de investigación:

Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP).

Reino Unido

Centros e Institutos de investigación:

Centro de Derecho y Justicia Penal de la Universidad de Durham.

Instituto de Derechos Humanos, Clínica de Derechos Humanos y Red de Justicia de Transición de la Universidad de Essex.

República Dominicana

Las facultades de Derecho de las Universidades de:

Iberoamericana de República Dominicana.

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra.

Otras instituciones:

Asociación Dominicana de las Naciones Unidas.

Fundación Global Democracia y Derecho.

Suiza

Otras instituciones:

Comité Internacional de la Cruz Roja.

Uruguay

La facultad de Derecho de la Universidad de:

Montevideo.

Venezuela

Las facultades de Derecho de las Universidades de:

Católica Andrés Bello.

Metropolitana de Caracas.

www.tirantonline.com

Información jurídica en internet

Doctrina

Formularios

Jurisprudencia

Legislación

Bibliografía

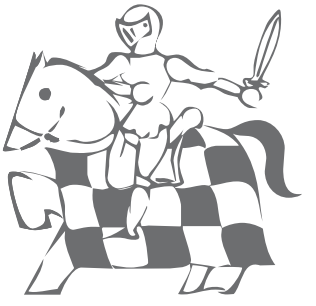
¡Solicite hoy mismo su alta!

Para solicitar su alta, dispone de:

teléfono de atención al cliente: 96 369 17 28

un número de fax: 96 369 41 51

una dirección de correo electrónico:

atencionalcliente@tirantonline.com

o directamente en www.tirantonline.com