

VOLUMEN 2

ISSN 2346-3120

Doi: dx.doi.org/10.12804/anidip

PÁGINAS 1-188

BOGOTÁ D.C. (COLOMBIA), 2014

ANIDIP

Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal

Iberoamerican Yearbook of International Criminal Law
Annuaire Iberoaméricain de Droit International Pénal
Anuário Iberoamericano de Direito Internacional Penal

Sección de investigación

El derecho humano a la paz
Carlos Villán Durán

Memoria histórica y justicia transicional en España:
el tiempo como actor de la justicia penal
Josep María Sumalla

La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación
del derecho internacional a los crímenes del pasado en
España: un análisis jurídico tras los informes del Grupo de
Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, el Comité contra
la Desaparición Forzada y el Relator Especial sobre Justicia
Transicional de las Naciones Unidas
*Javier Chinchón Álvarez, Lydia Vicente Márquez y Alicia
Moreno Pérez*

Sección de ensayos de investigación

Seleccionados en la II Edición del Certamen de Ensayos
Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional
Penal

Violencia sexual contra niños y niñas menores
de quince años en el caso Lubanga: análisis crítico
y una propuesta de solución
Leandro Alberto Días

O status de vítima no Tribunal Penal Internacional: a
importância de uma perspectiva comunicativa

Giovanna Maria Frisso

Sección de reporte de jurisprudencia

Corte Penal Internacional

A. Situación en la República de Costa de Marfil,
caso de la Fiscalía c. Laurent Gbagbo, decisión de la Sala de
Cuestiones Preliminares I sobre la audiencia
de confirmación de cargos en relación con artículo 61
(7) (c) (i) del Estatuto de Roma, de 3 de junio de 2013
María Paula López Velásquez

Tribunal Especial para Líbano

B. Caso de la Fiscalía c. Hassan Habib Merhi,
Sala de Primera Instancia, decisión para llevar
a cabo el juicio In Absentia, 20 de diciembre de 2013
María Paula López Velásquez

Sección de reporte de doctrina

Reseñas bibliográficas

Reseña del libro: Díaz Barrado, Cástor M., Fernández Liesa,
Carlos R., Rodríguez-Villasante y Prieto J. L. (Coords.),
Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos.
Reflexiones sobre el conflicto colombiano. Pamplona,
Thomson Reuters, 2013, ISBN: 978-84-470-4601-0, 736 pp.
Claudia Cárdenas Aravena



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO



tirant lo blanc



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE LA HAYÁ
PARA LA PAZ, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA INTERNACIONAL

ANIDIP

Bogotá, Colombia - Volumen 2
Páginas 1 - 188 – ISSN: 2346-3120
Doi: dx.doi.org/10.12804/anidip

ANIDIP

ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Iberoamerican Yearbook of International Criminal Law
Annuaire Iberoaméricain de Droit International Pénal
Anuário Iberoamericano de Direito Internacional Penal





ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL, ANIDIP

Iberoamerican Yearbook of International Criminal Law
Annuaire Iberoaméricain de Droit International Pénal
Anuário Iberoamericano de Direito Internacional Penal

ISSN: 2346-3120

DIRECTOR

Prof. Dr. Héctor Olasolo Alonso (España)
Profesor Titular, Universidad del Rosario (Colombia)
Presidente, Instituto Iberoamericano de la Haya (IIH, Holanda)

EDITORA

Andrea Mateus Rugeles (Colombia)
Profesora de Carrera, Universidad del Rosario (Colombia)

SECRETARÍA

Diana Contreras (México)
Investigadora, Universidad de Utrecht (Holanda)

Lizeth Carolina Correa Campos (Colombia)
Pasante, Instituto Iberoamericano de La Haya (Holanda)

Lina María Aristizábal (Colombia)
Pasante, Instituto Iberoamericano de La Haya (Holanda)

Las opiniones de los artículos solo comprometen a los autores y en ningún caso al Comité Editorial o a la Universidad del Rosario. Se prohíbe la reproducción total o parcial de los artículos incluidos en esta revista, salvo autorización previa de los autores.
Visítenos en la página: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/anidip>

COMITÉ EDITORIAL

Claudia Cárdenas Aravena (Chile)

Profesora asociada, Universidad de Chile

Alfredo Chirino Sánchez (Costa Rica)

Catedrático, Universidad de Costa Rica

Heloisa Estellita (Brasil)

Profesora titular, Fundação Getúlio Vargas (FGV) (Brasil)

Emmanuela Fronza (Italia)

Profesora titular, Universidad de Trento (Italia)

Pablo Galaín Palermo (Uruguay)

Profesor honorario, Universidad Pablo Olavide de Sevilla (España)

Alejandro Kiss (Argentina)

Letrado de Sala, Corte Penal Internacional (Holanda)

Natalia M. Luterstein (Argentina)

Profesora adjunta, Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Jaime Martínez (El Salvador)

Fundador del Centro de Estudios Penales de El Salvador

Juan Ramón Martínez (Colombia)

Profesor de carrera, Universidad del Rosario (Colombia)

Juan Luis Modolell González (Venezuela)

Profesor titular, Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela)

Carmen Quesada (España)

Profesora titular, UNED (España)

Santiago Ripoll (España)

Catedrático, Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

Mauricio Vanegas (Colombia)

Profesor titular, Universidad del Rosario (Colombia)

COMITÉ CIENTÍFICO

Ariel Dultzny (Argentina-Estados Unidos)

Director del Programa Clínico de la Universidad de Texas (Estados Unidos)

Miembro del Comité de Naciones Unidas para Desapariciones Forzadas

Gabriele Fornasari (Italia)

Catedrático, Universidad de Trento (Italia)

Sergio García Ramírez (México)

Investigador honorario, UNAM (México)
Expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007-2010)

Klaus Kress (Alemania)

Catedrático y director del Instituto para la Paz y Seguridad, Universidad de Colonia (Alemania)

Francisco Muñoz Conde (España)

Catedrático, Universidad Pablo Olavide (España)

Antonio Cezar Peluso (Brasil)

Ex presidente de la Corte Suprema de Brasil
Catedrático, Pontificia Universidad Católica de São Paulo

Carsten Stahn (Alemania)

Catedrático y director del Centro Grotius sobre Estudios Jurídicos Internacionales, Universidad de Leiden (Holanda)

John Vervaele (Holanda)

Catedrático, Universidad de Utrecht (Holanda)
Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal

COMITÉ HONORARIO

René Blattmann (Bolivia)

Magistrado (2003-2012) y vicepresidente (2006-2009) de la Corte Penal Internacional

Elizabeth Odio Benito (Costa Rica)

Magistrada (2003-2012) y vicepresidenta (2003-2006) de la Corte Penal Internacional
Magistrada (1993-1998) y vicepresidenta (1993-1995) del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)

Sylvia Steiner (Brasil)

Magistrada (2002-2013) y presidenta de la División de Cuestiones Preliminares (2008-2011) de la Corte Penal Internacional

Universidad del Rosario

Rector

José Manuel Restrepo

Vicerrector

Alejandro Venegas Franco

Síndico

Miguel Diago Arbeláez

Secretaría general

Catalina Lleras Figueroa

Decano Facultad de Jurisprudencia

Antonio Agustín Aljure Salame

Preparación editorial

Claudia Luque Molano

Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo

José Gabriel Ortiz A.

Diagramación

Fredy Johan Espitia B.

Correspondencia

Calle 14 N° 6-25 edificio Cabal of. 202

Facultad de Jurisprudencia

Universidad del Rosario

Bogotá, Colombia

info@iberoamericaninstituteofth Hague.org

Tirant lo Blanch

Director

Salvador Vives López

Instituto Iberoamericano de La Haya (IIH)

Presidente del Instituto

Iberoamericano de La Haya

Prof. Héctor Olasolo Alonso

Secretaría

Romina Catera

Tesorero

Lorena González

Contenido

Editorial	6
------------------------	----------

Héctor Olasolo Alonso

SECCIÓN DE INVESTIGACIÓN

El derecho humano a la paz	10
---	-----------

Carlos Villán Durán

Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal	43
---	-----------

Josep María Sumalla

La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del derecho internacional a los crímenes del pasado en España: un análisis jurídico tras los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, el Comité contra la Desaparición Forzada y el Relator Especial sobre Justicia Transicional de las Naciones Unidas	66
--	-----------

Javier Chinchón Álvarez, Lydia Vicente Márquez y Alicia Moreno Pérez

SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

Seleccionados en la II Edición del Certamen de Ensayos Blattmann,
Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal

Violencia sexual contra niños y niñas menores de quince años en el caso Lubanga: análisis crítico y una propuesta de solución*	103
---	------------

Leandro Alberto Dias

O status de vítima no Tribunal Penal Internacional: a importância de uma perspectiva comunicativa	133
--	------------

Giovanna María Frisso

* Ensayo ganador de la II Edición del Certamen de Ensayos Blattman, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Penal Internacional.

SECCIÓN DE REPORTE DE JURISPRUDENCIA

Esta sección ha sido realizada con el acompañamiento
de la profesora Andrea Mateus Rugeles

CORTE PENAL INTERNACIONAL

**A. Situación en la República de Costa de Marfil,
caso de la Fiscalía c. Laurent Gbagbo, decisión de la Sala
de Cuestiones Preliminares I sobre la audiencia
de confirmación de cargos en relación con artículo 61
(7) (c) (i) del Estatuto de Roma, de 3 de junio de 2013. . . . 153**

María Paula López Velásquez

TRIBUNAL ESPECIAL PARA LÍBANO

**B. Caso de la Fiscalía c. Hassan Habib Merhi,
Sala de Primera Instancia, decisión para llevar
a cabo el juicio in absentia, 20 de diciembre de 2013. . . . 158**

María Paula López Velásquez

SECCIÓN DE REPORTE DE DOCTRINA

Reseñas bibliográficas

**Reseña del libro: DÍAZ BARRADO, Cástor M., FERNÁNDEZ LIESA,
Carlos R., RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO J. L. (Coords.),
Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos.
Reflexiones sobre el conflicto colombiano. Pamplona,
Thomson Reuters, 2013, ISBN: 978-84-470-4601-0, 736 pp. 162**

Claudia Cárdenas Aravena

**Listado de jurados nacionales e internacionales:
II Edición del Certamen de Ensayos Blattmann,
Odio Benito y Steiner 170**

**Normas para la publicación en el *Anuario Iberoamericano de
Derecho Internacional Penal (ANIDIP)* 179**

Editorial

Tras un año de intenso trabajo tengo la satisfacción de presentar el volumen 2 del ANIDIP que continúa el proyecto, iniciado el año pasado, para la promoción de la investigación sobre la justicia internacional penal en lengua española y portuguesa. El lector observará que la estructura de este segundo volumen no ha variado con respecto a la del primero, presentando una sección de “artículos de investigación” de juristas de reconocida trayectoria, una sección de “ensayos de investigación” seleccionados por el jurado internacional de la II Edición del Certamen Blattmann, Odio Benito y Steiner, y los reportes de jurisprudencia y doctrina del año 2013.

Si el año pasado se dedicó la primera sección del ANIDIP a artículos sobre temas nucleares del derecho internacional penal, como el principio *nullum crime sine iure* o el sistema de cooperación de los Estados con los tribunales internacionales penales, en la presente edición se ha decidido dar entrada a una serie de cuestiones de gran trascendencia y actualidad que amplían el horizonte tradicional del derecho internacional penal.

Destaca a este respecto en primer lugar, la detallada fundamentación que realiza el profesor Carlos Villán Durán para el reconocimiento de un “derecho humano a la paz”, que requeriría, siguiendo sus palabras, “la ausencia de todo tipo de violencias”. A continuación, el profesor Josep Tamarit Sumalla nos invita a seguirle en su recorrido por el tratamiento de la memoria histórica y la justicia transicional en España. Su conceptualización del tiempo como “acto de la justicia penal” no deja indiferente al lector, provocando una profunda reflexión sobre sus auténticas implicaciones. Finalmente, el profesor Javier Chinchón Álvarez y las abogadas litigantes Lydia Vicente Márquez y Alicia Moreno Pérez presentan una articulada crítica sistemática a la posición del Tribunal Supremo español sobre la aplicación del derecho internacional a los crímenes del pasado en España. Sin duda, un interesante contrapunto al trabajo previamente expuesto por el profesor Tamarit Sumalla.

Dos han sido los ensayos de investigación seleccionados por el jurado internacional de la II Edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner para su publicación en el presente volumen del ANIDIP. En primer lugar, se encuentra el excelente trabajo de Leandro Alberto Dias que resultó ganador del Certamen que

versa sobre la violencia sexual contra niños y niñas menores de quince años en la primera sentencia emitida por la Corte Penal Internacional (caso Thomas Lubanga Dyilo). A su sólido manejo del derecho internacional penal, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, se une una propuesta valiente para superar los problemas detectados por la magistrada Elizabeth Odio Benito en su voto particular. En segundo lugar, recogemos el ensayo de Giovanna María Frisso sobre la importancia de la perspectiva comunicativa para la eficacia del sistema de participación de las víctimas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Se trata de un enfoque ciertamente innovador, que subraya aspectos esenciales que con demasiada frecuencia resultan relegados a un segundo plano.

En el reporte de jurisprudencia, elaborado por María Paula López Velásquez con el acompañamiento de la profesora Andrea Mateus Rugeles, se han incluido dos decisiones de enorme calado. De una parte, la decisión de 3 de junio de 2013 de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional en el caso Laurent Gbagbo, en la que se abordan las exigencias probatorias en el marco de la audiencia de confirmación de cargos frente a los hechos constitutivos de los elementos contextuales de los delitos de lesa humanidad. De otra, la decisión del 20 de diciembre de 2013 de la Sala de Primera Instancia del Tribunal Especial para el Líbano en el caso Hassan Habib Merhi, en la que se desarrollan los criterios bajo las cuales es posible llevar a cabo un juicio en ausencia por delitos internacionales, sin infringir con ello el derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, el reporte de doctrina, realizado por la profesora Claudia Cárdenas Aravena, comenta la obra *Derecho internacional humanitario y derechos humanos: Reflexiones sobre el conflicto colombiano* (Thomson Reuters, Madrid, 2013), coordinada por los profesores Cástor Díaz Barrado, Carlos Fernández de Liesa y José Luis Rodríguez Villasante y Prieto, que sin duda constituye un aporte esencial para entender la complejidad de las cuestiones que son objeto actual de negociación entre el gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc).

Antes de concluir quiero agradecer a la Editorial de la Universidad del Rosario, a la Editorial Tirant lo Blanch, y al Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional, por la confianza que desde sus inicios han depositado en este proyecto. Así mismo, quiero agradecer a todos aquellos que han hecho posible que hoy salga a la luz este segundo volumen del ANIDIP, y en especial a la profesora Andrea Mateus Rugeles y a Lizeth Carolina Correa Campos.

Llegados a este punto, quiero invitar al lector para que, con ese espíritu crítico que le caracteriza, se adentre en las páginas de este nuevo volumen del ANIDIP que, con tanta ilusión, hemos preparado para el mismo a lo largo de este último año.

En Bogotá, a 5 de agosto de 2014,

Héctor Olasolo Alonso
Director ANIDIP

SECCIÓN DE INVESTIGACIÓN

El derecho humano a la paz

Carlos Villán Durán

Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal

Josep María Sumalla

La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del derecho internacional a los crímenes del pasado en España: un análisis jurídico tras los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, el Comité contra la Desaparición Forzada y el Relator Especial sobre Justicia Transicional de las Naciones Unidas

Javier Chinchón Álvarez, Lydia Vicente Márquez y Alicia Moreno Pérez

El derecho humano a la paz

The Human Right to Peace

O direito humano à paz

Carlos Villán Durán*

Fecha de recepción: 1 de mayo de 2014.

Fecha de aprobación: 23 de junio de 2014.

Doi: dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.01

Para citar este artículo: VILLÁN DURÁN, C., "El derecho humano a la paz", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 2, 2014, pp. 10-42.

Penal, ANIDIP, vol. 2, 2014, pp. 10-42.

doi: dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.01

Resumen

La codificación internacional del derecho humano a la paz ha llegado a las Naciones Unidas por impulso de las organizaciones de la sociedad civil. Se ha presentado a los Estados un proyecto de declaración de carácter holístico y profundamente enraizado en el derecho internacional de los derechos humanos, en el que la paz se perfila como ausencia de todo tipo de violencias (Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz del 10 de diciembre de 2010). Un grupo de trabajo del Consejo de Derechos Humanos de la ONU deberá formular un nuevo texto de consenso que supere las profundas diferencias que también en esta materia separan a los Estados desarrollados de los Estados en desarrollo, siendo estos últimos los más próximos a las tesis defendidas por la sociedad civil.

Palabras clave: Derecho humano a la paz, fundamentos jurídicos, codificación internacional, Consejo de Derechos Humanos, comité asesor, grupo de trabajo, organizaciones de la sociedad civil, Declaración de Santiago.

Abstract

The international codification of the human right to peace was brought to the United Nations by civil society organizations. The draft declaration submitted to the States has a holistic nature, is very rooted in the international human rights law, and

* Profesor de derecho internacional de los derechos humanos. Codirector del máster en Protección Internacional de los Derechos Humanos (Universidad de Alcalá, Madrid). Presidente de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Antiguo miembro de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (1982-2005). Autor de 154 publicaciones sobre DIDH, entre ellas seis libros y 25 artículos sobre el derecho humano a la paz. cvillan@aedidh.org

considers peace as the absence of all forms of violence (Santiago Declaration on the Human Right to Peace of 10 December 2010). A working group appointed by the UN Human Rights Council should achieve a new and consensual text to bridge the existing gap between developed and developing States in this field, the former being more supportive of the thesis maintained by civil society.

Keywords: Human right to peace, legal foundations, international codification, Human Rights Council, Advisory Committee, working group, civil society organizations, Santiago Declaration.

Resumo

A codificação internacional do direito humano à paz tem chegado às Nações Unidas por impulso das organizações da sociedade civil. Tem se apresentado aos Estados um projeto de declaração de caráter holístico e profundamente enraizado no direito internacional dos direitos humanos, no qual a paz perfila-se como ausência de todo tipo de violências (Declaração de Santiago sobre o Direito Humano à Paz de dezembro 10 de 2010). Um grupo de trabalho do Conselho de Direitos Humanos da ONU deverá formular um novo texto de consenso que supere as profundas diferenças que também nesta matéria separam aos Estados desenvolvidos dos Estados em desenvolvimento, sendo estes últimos os mais próximos às teses defendidas pela sociedade civil.

Palavras-chave: Direito humano à paz, fundamentos jurídicos, codificação internacional, Conselho de Direitos Humanos, Comitê Assessor, grupo de trabalho, organizações da sociedade civil, Declaração de Santiago.

I. Introducción

En 2012 el Consejo de Derechos Humanos reconoció la contribución de las organizaciones de la sociedad civil (en adelante: OSC)¹ y estableció un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta (en adelante: GTCA) con el mandato de negociar progresivamente un **proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho a la paz**, sobre la base del proyecto presentado por el Comité Asesor² y sin prejuzgar posibles opiniones y propuestas pertinentes pasadas, presentes o futuras.³

1 Véase la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz, adoptada el 10 de diciembre de 2010 por el Congreso Internacional sobre el Derecho Humano a la Paz, presidido por Theo van Boven y celebrado en el marco del Foro Social Mundial sobre Educación para la Paz, Santiago de Compostela (España). Disponible en: <http://mail.aedidh.org/sites/default/files/DS%20pdf%2024%20marzo%2011.pdf>

2 Doc. A/HRC/20/31 de 16 de abril de 2012, anexo, pp. 3 - 9.

3 Resolución 20/15, de 5 de julio de 2012, párr. 1. Adoptada por 34 votos a favor, uno en contra (Estados Unidos) y 12 abstenciones (India y Estados europeos).

Tras el primer período de sesiones del GTCA, 1.792 OSC y ciudades de todo el mundo presentaron al Consejo DH una exposición escrita conjunta invitándolo a extender el mandato del grupo de trabajo por un año más para permitirle lograr un consenso entre los Estados y las OSC sobre los términos de la futura declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho humano a la paz.⁴

En 2013 el Consejo DH subrayó de nuevo la importante labor llevada a cabo por las OSC para la promoción del derecho a la paz y su contribución al desarrollo de esta materia. Decidió que el GTCA debía celebrar su segundo período de sesiones en 2014. También solicitó al presidente-relator del mismo que celebre consultas informales y prepare un **nuevo texto** sobre la base de los debates celebrados durante el primer período de sesiones del GTCA y las consultas informales que se llevarán a cabo entre períodos de sesiones, y lo presente antes del segundo período de sesiones del GTCA para su consideración y debate durante el mismo⁵.

El proyecto de resolución había sido presentado por Cuba en nombre de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC). Fue adoptada por 30 votos a favor⁶, nueve en contra⁷ y ocho abstenciones.⁸ Por tanto, los Estados miembro de la UE dividieron sus votos entre abstenciones y votos en contra, uniéndose a los Estados Unidos y otros Estados desarrollados para rechazar el concepto de “derecho a la paz”.

En su explicación de voto, **Estados Unidos** cuestionó el “derecho” a la paz, ya que “no está reconocido ni definido en ningún texto vinculante universal, y sus parámetros son totalmente confusos”. Por tanto, no está de acuerdo en desarrollar un “derecho a la paz” colectivo, o a reconocerlo como un “derecho habilitante” que pueda de alguna manera “modificar o restringir el ejercicio de los derechos humanos existentes”. Finalmente, “no está preparado para negociar un proyecto de declaración sobre el derecho a la paz, aunque sigue abierto a la posibilidad de debatir la relación entre derechos humanos y paz”.

En nombre de la Unión Europea (UE), **Irlanda** afirmó que la UE cree firmemente en la paz y los derechos humanos, y en su estrecha relación. Los preámbulos tanto de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 como de los Pactos

4 Doc. A/HRC/23/NGO/96 de 24 de mayo de 2013, 14 p.

5 Resolución 23/16, de 13 de junio de 2013, párr. 1, 3 y 4. El segundo período de sesiones del GTCA se celebrará en Ginebra del 30 de junio al 4 de julio de 2014.

6 Angola, Bangladesh, Benín, Botsuana, Burkina Faso, Camerún, Chile, Congo, Costa Rica, Yibuti, Ecuador, Guatemala, Indonesia, Jordania, Kuwait, Kirguistán, Libia, Malasia, Maldivas, Mauritania, Mauricio, México, Nigeria, Perú, Filipinas, Qatar, Arabia Saudí, Tailandia, Uganda y Uruguay.

7 Austria, República Checa, Estonia, Alemania, Japón, Montenegro, República de Corea, España y Estados Unidos.

8 India, Irlanda, Italia, Kazajistán, Polonia, República de Moldavia, Rumania y Suiza.

Internacionales de Derechos Humanos de 1966 proclaman que: “La libertad, la justicia y la **paz** en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

La paz y los derechos humanos pueden reforzarse mutuamente. Sin embargo, “no hay una base jurídica para el derecho a la paz en el derecho internacional y no es posible encontrar una definición común de este derecho”. Por ello, expresó su preocupación sobre el contenido del proyecto de declaración preparado por el Comité Asesor, ya que “está centrado en un concepto que no goza de consenso”.

Sin embargo, la UE “está dispuesta a comprometerse en el debate sobre la relación entre la paz y el disfrute de los derechos humanos”. Si el nuevo texto que debe presentar el presidente-relator reflejara correctamente su posición sobre la relación entre la paz y el disfrute de los derechos humanos, entonces la UE “tomará seriamente en consideración tomar parte en el proceso de negociación, incluido el segundo período de sesiones del grupo de trabajo”.

Por el contrario, **Costa Rica** recordó el 7 de junio de 2013 ante el Consejo DH que “las Naciones Unidas tienen como meta final crear un entorno pacífico en el cual los seres humanos puedan disfrutar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. De manera significativa, al final del primer período de sesiones del grupo de trabajo “había un consenso sobre la necesidad de identificar elementos para una posible declaración basada en otro texto”.

También reconoció que hay una “estrecha relación entre paz, cooperación y derechos humanos”. No podemos “permanecer sordos ante las legítimas reivindicaciones de los ciudadanos comunes. No subestimemos el poder y las exigencias de la sociedad civil. Este proceso es un claro ejemplo de su fuerza y compromiso”. Los Estados indecisos “deben reconsiderar su posición y participar en este proceso”, que es desafiante y emocionante al mismo tiempo.

Por último, la **Santa Sede** afirmó que la paz “es uno de los deseos más profundos del corazón humano y también un deseo de todos que permite el desarrollo humano integral. La paz es la precondition para la realización de los otros derechos”.

Definir la paz sólo como “la ausencia de guerra es reducirla a un valor negativo”. La paz “se construye cada día en la familia, la escuela y la sociedad”. Sin progreso económico, político, cultural y espiritual, la paz sería un espejismo para mentes ingenuas. “Los que quieren basar la paz exclusivamente en la fuerza y el equilibrio de poder están equivocados”. “El otro nombre para la paz es desarrollo”. Se cumple mejor mediante “la construcción de escuelas y sistemas de salud”.

La paz y la seguridad no pueden realizarse “sin respetar la paz y la seguridad de otros”. Nuestro mundo no carece de recursos, sino que sufre de injusticia. Las

divisiones parecen más profundas y, por tanto, la paz es hoy más esquiva. “Lo contrario de paz es guerra y temor”. La guerra es un fracaso de los seres humanos. “La guerra es una ilusión basada en la idea de que podemos defender o construir una sociedad mejor y más saludable infligiendo sufrimientos indecibles a otros”.

La **Santa Sede** concluyó que el establecimiento de un grupo de trabajo con el mandato de iniciar la codificación del derecho humano a la paz “era una sabia decisión, que culminaría con la adopción de una declaración efectiva y consensuada”. “La no violencia, como doctrina y como método, era y sigue siendo la forma más apropiada de mediación y reconciliación para renovar los lazos humanos para una paz buena y duradera”.

El presente artículo se refiere a los antecedentes proporcionados por las OSC para el desarrollo del derecho humano a la paz (sección II). A continuación se analizarán las raíces y fundamentos jurídicos del emergente derecho humano a la paz en el derecho internacional de los derechos humanos, siguiendo los 14 artículos de la declaración propuesta por el Comité Asesor en 2012 (sección III). Finalmente, se extraerán algunas conclusiones para invitar a los Estados desarrollados a unirse al proceso de codificación internacional del derecho humano a la paz en curso en el Consejo DH de las Naciones Unidas (sección IV).

II. Antecedentes: una iniciativa de la sociedad civil

Trasladar el valor universal de la paz a la categoría jurídica de derecho humano ha sido el propósito de la iniciativa legislativa llevada a cabo por la sociedad civil en todas las regiones del mundo, especialmente en Europa. El papel pionero de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH), cristalizó en la Declaración de Luarca sobre el Derecho Humano a la Paz, adoptada el 30 de octubre de 2006 por un comité de redacción de 15 expertos españoles.⁹

Desde entonces, la AEDIDH ha liderado exitosamente la Campaña Mundial en favor del reconocimiento del derecho humano a la paz (2007-2010), a través de la cual la Declaración de Luarca fue compartida y debatida por personas expertas independientes en consultas celebradas en las cinco regiones del mundo.¹⁰

9 Vid. RUEDA, C., C. R. y VILLÁN, D., C., (eds.), *La Declaración de Luarca sobre el derecho humano a la paz*, 2ª ed., Granda-Siero, Madú, 2008, 560 p. Véase también VILLÁN, D., C., “The human right to peace: A legislative initiative from the Spanish civil society”, *Spanish Yearbook of International Law*, XV (2011), p.143-171, y VILLÁN, D., C., “Civil society organizations contribution to the Universal Declaration on the Human Right to Peace”, *International Journal on World Peace*, XXVIII, No. 4 (2011), pp. 59 - 126.

10 Vid. FERNÁNDEZ, P., D., “La campaña mundial en favor del derecho humano a la paz”, en VILLÁN D., C. y FALEH, P., C., (eds.), *Contribuciones regionales para una declaración universal del derecho humano a la paz*, Luarca: AEDIDH, 2010, pp. 61 - 76.

Las contribuciones regionales a la Declaración de Luarca se encuentran en las declaraciones sobre el derecho humano a la paz adoptadas por personas expertas de la sociedad civil en La Plata, Argentina (noviembre 2008 y septiembre 2013); Yaundé, Camerún (febrero 2009); Bangkok, Tailandia (abril 2009); Johannesburgo, Sudáfrica (abril 2009), Sarajevo, Bosnia y Herzegovina (octubre 2009); Alejandría, Egipto (diciembre 2009); La Habana, Cuba (enero 2010); Morphou, Chipre (octubre 2010); Caracas, Venezuela (noviembre 2010); Nagoya y Tokio, Japón (diciembre 2011); Slovenj Gradec, Eslovenia (octubre 2012); San José, Costa Rica (febrero 2012, 2013 y 2014); Oswiecim, Polonia y Londres, Reino Unido (mayo 2013).

Como resultado, las OSC adoptaron el 10 de diciembre de 2010 la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz y los estatutos del Observatorio Internacional del Derecho Humano a la Paz (en adelante OIDHP).¹¹

Como afirmamos en un estudio anterior, este es un ejemplo de buena práctica que muestra cómo una iniciativa legislativa conjunta de la sociedad civil y la academia puede abrir el camino para la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos,¹² incluso en un campo particular –guerra y paz– tradicionalmente reservado a los representantes de los Estados soberanos.

Ambos documentos son complementarios. Mientras la Declaración de Santiago recoge en términos jurídicos las aspiraciones de paz de las OSC, los Estatutos del OIDHP aportan a las OSC la estructura institucional apropiada para promover y supervisar la aplicación de la Declaración de Santiago entre las OSC de todo el mundo.

Además, ambos documentos —normativo e institucional— definen la postura de las OSC ante el proceso de codificación oficial en curso del derecho a la paz llevado a cabo desde 2010 por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y su Comité Asesor. Nuestro objetivo es que no más tarde del 10 de diciembre de 2014 la Asamblea General pueda adoptar una Declaración Universal sobre el Derecho Humano a la Paz, que tenga debidamente en cuenta la Declaración de Santiago y sus trabajos preparatorios.

Desde la adopción de sus estatutos, el OIDHP se ha integrado provisionalmente en la AEDIDH para tomar parte activa en el proceso de codificación del derecho

11 Véase VILLÁN, D., C. y FALEH, P., C., (eds.), *Contribuciones regionales para una declaración universal del derecho humano a la paz*, Luarca, AEDIDH, 2010. Véase también FALEH PÉREZ, C. y FERNÁNDEZ P., D., “The International Congress on the Human Right to Peace” en VILLÁN, D., C. y FALEH, P., C., *The International Observatory of the Human Right to Peace*. Luarca, AEDIDH, 2013, pp. 39 - 103. Véanse los textos completos de la Declaración de Santiago y los Estatutos del OIDHP en diferentes idiomas en www.aedidh.org/?q=node/1852 y www.aedidh.org/?q=node/1855

12 Véase VILLÁN, D., C. y FALEH, P., C., (Directores), *The International Observatory of the Human Right to Peace*. Luarca (España), AEDIDH, 2013, 545 p., at 34. Véase también SYMONIDES, J., “Towards the universal recognition of the human right to peace”, *The International Affairs Review*, 2006, Nº 1 (153), pp. 5 - 9, at 18 - 19.

humano a la paz que se está llevando a cabo en Ginebra desde el 2010. Por invitación del ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, España, el OIDHP estableció su sede en la “Casa para la paz y los derechos humanos”, en el palacio de Aiete. El 16 de noviembre de 2012, se firmó un acuerdo con el alcalde de Donostia-San Sebastián para promover conjuntamente los derechos humanos y la cultura de paz.¹³

Las estrategias desarrolladas por el OIDHP y la AEDIDH, junto con 2000 OSC, ciudades e instituciones de todo el mundo asociadas, aseguraron que la Declaración de Santiago y sus trabajos preparatorios fueran tenidos debidamente en cuenta tanto por 18 personas expertas (Comité Asesor), como por 47 Estados miembro (Consejo DH). El resultado fue positivo, dado que el tercer proyecto de declaración sobre el derecho a la paz que presentó el Comité Asesor al Consejo DH el 16 de abril de 2012 incluye 85% de las normas propuestas por la Declaración de Santiago. Por su parte, las OSC solicitaron al Consejo DH que tomara en consideración 15% de normas restantes.

Por iniciativa de las OSC, el Congreso de los Diputados de España adoptó el 14 de septiembre de 2011 una proposición no de ley en apoyo al derecho humano a la paz, por la cual urgió al gobierno a apoyar el proceso de codificación oficial ante las Naciones Unidas para incluir el derecho de las personas y los pueblos a la paz, y a unirse al Grupo de Estados Amigos del proceso de codificación del derecho humano a la paz.

Además, la XXI Cumbre Iberoamericana adoptó el 29 de octubre de 2011 una resolución sobre el derecho a la paz en Asunción, Paraguay, por iniciativa de Costa Rica con el apoyo de OSC, que recordó el fundamento de este derecho en los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por los Estados miembro de la Comunidad Iberoamericana. También urgió a sus 22 Estados miembro a apoyar la codificación del derecho a la paz, iniciada en el Consejo DH, abriendo el camino a su desarrollo progresivo y reconociendo la importante contribución realizada por las OSC para promover el derecho a la paz.

Como la Declaración de Luarca, el preámbulo de la Declaración de Santiago hace referencia a una **visión holística** de la paz.¹⁴ Esto significa que la paz no se limita a la estricta ausencia de conflicto armado (paz negativa), pues tiene también una dimensión positiva orientada a alcanzar tres metas, a saber: en primer lugar, satisfacer

13 Véase VILLÁN, D., C., “The International Observatory of the Human Right to Peace”, en VILLÁN, D., C. y FALEH, P., C., *The International Observatory of the Human Right to Peace*. Luarca, AEDIDH, 2013, pp. 133 - 182.

14 Véase FALEH, P., C., “Civil society proposals for the codification and progressive development of international human rights law”, en VILLÁN, D., C. y FALEH, P., C., *The International Observatory of the Human Right to Peace*. Luarca, AEDIDH, 2013, pp. 105 - 132.

las necesidades básicas de todos los seres humanos, con miras a erradicar la violencia estructural originada en las desigualdades económicas y sociales mundiales. En segundo lugar, la paz positiva aspira a eliminar la violencia cultural (por ejemplo, violencia de género, familiar, en la escuela o el puesto de trabajo, etc.). En tercer lugar, la paz positiva requiere el efectivo respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, sin discriminación.

En consecuencia, el preámbulo de la Declaración de Santiago subraya la necesidad de establecer un nuevo orden económico internacional que elimine las desigualdades, la exclusión y la pobreza. Estas son las causas básicas de la violencia estructural, que es incompatible con la paz tanto a nivel nacional como internacional. Además, el nuevo orden económico internacional debería ser sostenible, con el debido respeto por el medio ambiente. También debería dedicar al desarrollo económico y social los recursos liberados por el desarme internacional, que debería llevarse a cabo bajo un estricto y eficiente control internacional.

Los 29 párrafos del preámbulo de la Declaración de Santiago también proporcionan una base jurídica a los derechos reconocidos en la parte dispositiva, como componente principal del derecho humano a la paz (parte I). Además, se hace una distinción entre derechos (sección A: artículos 1 a 12) y obligaciones (sección B: artículo 13). La parte II se dedica al mecanismo de supervisión de la futura declaración de las Naciones Unidas (artículos 14-15). La Declaración finaliza con tres disposiciones.

El artículo 1 de la Declaración de Santiago reconoce los titulares (personas, pueblos, grupos y humanidad) y los sujetos obligados (Estados y organizaciones internacionales) del derecho humano a la paz. Los artículos 2 a 12 definen el ámbito del derecho humano a la paz y sus elementos fundamentales, a saber: derecho a la educación en y para la paz y los derechos humanos (artículo 2); derecho a la seguridad humana y a vivir en un entorno sano y seguro (artículo 3); derecho al desarrollo y a un medio ambiente sostenible (artículo 4); derecho a la desobediencia civil y a la objeción de conciencia (artículo 5); derecho de resistencia y oposición a la opresión (artículo 6); derecho al desarme (artículo 7); libertad de pensamiento, opinión, expresión, conciencia y religión (artículo 8); derecho a obtener el estatuto de refugiado (artículo 9); derecho a emigrar y a participar (artículo 10); derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos a la verdad, justicia y reparación (artículo 11); y derechos de las personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad (artículo 12).

El artículo 13 de la Declaración de Santiago expone en ocho párrafos las **obligaciones** de todos los actores internacionales para la realización del derecho humano

a la paz. Mientras la responsabilidad principal de preservar la paz recae sobre los Estados y organizaciones internacionales (párrafos 2 a 6), todos los actores internacionales, incluyendo empresas, personas, grupos en sociedad, y la comunidad internacional en su conjunto, deben reconocer sus obligaciones para realizar el derecho humano a la paz.

En particular, los Estados tienen la responsabilidad de proteger a la humanidad del flagelo de la guerra. Esto, sin embargo, no implica autorización a ningún Estado para intervenir en el territorio de otros Estados. Además, toda acción militar fuera del marco de la Carta de las Naciones Unidas es contraria al derecho humano a la paz (párrafo 7).

Para garantizar la realización del derecho humano a la paz, el sistema de seguridad colectiva establecido en la Carta de las Naciones Unidas debe ser fortalecido. Con este propósito, se deben revisar urgentemente la composición del Consejo de Seguridad, el derecho de veto de los cinco miembros permanentes y los métodos de trabajo del mismo CS. Por último, debe permitirse a los representantes de la sociedad civil tomar parte en las reuniones ordinarias del CS (párrafo 8).

La supervisión de la aplicación de la futura declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho humano a la paz (parte II) se confía al grupo de trabajo sobre el derecho humano a la paz (artículo 14), compuesto por 10 personas expertas independientes elegidas por la Asamblea General por un mandato de 4 años. Entre sus funciones principales (artículo 15), el grupo de trabajo debe promover el derecho humano a la paz; adoptar acciones urgentes; realizar investigaciones *in loco* sobre violaciones del derecho humano a la paz; presentar informes anuales a los órganos políticos relevantes de las Naciones Unidas; preparar un proyecto de convenio internacional sobre el derecho humano a la paz; y contribuir a la elaboración de definiciones y normas relativas al crimen de agresión y a los límites jurídicos del derecho de los Estados a la legítima defensa.

Finalmente, las disposiciones finales sitúan a la Declaración de Santiago en el contexto de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y el DIDH. También aseguran la prevalencia del principio *pro persona*. Por último, subrayan que todos los Estados deben aplicar de buena fe las disposiciones de la declaración “adoptando las medidas pertinentes de carácter legislativo, judicial, administrativo, educativo o de otra índole, que fueran necesarias para promover su realización efectiva”.

Corresponde ahora al GTCA del Consejo DH la responsabilidad de completar en 2014 la codificación y desarrollo progresivo del derecho humano a la paz, de acuerdo con las aspiraciones de la sociedad civil, expresadas nacional e internacio-

nalmente. Este desafío debería partir de la afirmación de los tres pilares sobre los que se fundamenta la Carta de las Naciones Unidas. Se identifican en el preámbulo y los artículos 1 (propósitos) y 2 (principios) de la Carta, a saber: el sistema de seguridad colectiva, que prohíbe la amenaza o uso de la fuerza y apela a los Estados al arreglo pacífico de las controversias de acuerdo con el derecho internacional; el desarrollo económico y social de todos los pueblos; y el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos, sin discriminación.

En el campo académico, 21 expertos nórdicos se reunieron en Oslo el 29 de enero de 2013 para revisar la declaración sobre el derecho a la paz del Comité Asesor. El documento final reemplaza el “derecho a la paz” por once “recomendaciones de los componentes de la paz”, incluyendo las condiciones previas para la paz, la participación de los individuos, la protección de las víctimas y la educación.¹⁵ Por otra parte, consultas de personas expertas celebradas a lo largo de 2013-2014 en San José, Costa Rica, Oswiecim, Polonia, Londres, Reino Unido y La Plata, Argentina,¹⁶ expresaron un profundo apoyo a la declaración del Comité Asesor, así como la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz. También solicitaron al presidente-relator del GTCA sobre el derecho a la paz que tuviera debidamente en cuenta ambas contribuciones a la hora de preparar su nuevo texto.

Las OSC reiteraron sus opiniones en la declaración conjunta presentada en las consultas informales del presidente-relator del GTCA con las ONG con estatuto consultivo ante el ECOSOC, celebradas en Ginebra el 4 de noviembre de 2013. Sin embargo, el presidente, a quién el Consejo DH solicitó que presentara un nuevo texto ante el segundo período de sesiones del GTCA, afirmó que Costa Rica no apoyará otro planteamiento que no sea un texto consensuado. También manifestó que importantes Estados están en contra del derecho a la paz, como los Estados desarrollados y Estados en desarrollo que son también productores de armas. Por tanto, su nuevo texto no tratará materias que estén fuera del programa de derechos humanos de la ONU, como la cuestión del desarme o la reforma del Consejo de Seguridad.¹⁷

15 BAILLIET, C. M. y MUJEZINOVIC, L., K., “Nordic Expert Consultation on the Right to Peace: Summary and Recommendations”, *Nordic Journal of Human Rights*, 31:2 (2013), pp. 262 – 278, en 276 - 278.

16 *Vid supra* p. 5.

17 Véase el informe de las consultas y la declaración conjunta de las OSC presentada el 4 de noviembre en <http://aedidh.org/sites/default/files/Informe%20consultas%20EWGRP.pdf>

III. Fundamentos jurídicos de la futura declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho humano a la paz

El proyecto de declaración del Comité Asesor sobre el derecho a la paz de 2012 compartió el mismo **enfoque holístico** de la paz que la Declaración de Santiago, aceptando **85% de las normas** propuestas por la sociedad civil. Desarrolló los contenidos del derecho a la paz en 14 artículos, incluyendo normas sobre seguridad humana; desarme; educación y capacitación para la paz; derecho a la objeción de conciencia al servicio militar; resistencia y oposición a la opresión; derecho al desarrollo; medio ambiente; derechos de las víctimas y grupos vulnerables; refugiados y migrantes; obligaciones y aplicación. Además, incluyó nuevas normas en los artículos 6 (empresas militares y de seguridad privadas) y 8 (mantenimiento de la paz). Por último, el nuevo artículo 14 incorpora las disposiciones finales, como planteó la Declaración de Santiago.

Por el contrario, la declaración sobre el derecho a la paz del CA de 2012 no aceptó los términos contenidos en el preámbulo de la Declaración de Santiago. Además, el CA rechazó abordar la reforma del Consejo de Seguridad, como proponía la Declaración de Santiago. Por último, en relación con el mecanismo de supervisión a establecer por la futura declaración de las Naciones Unidas, a diferencia de las OSC, el CA se limitó a invitar al Consejo DH a establecer “un procedimiento especial que vigile el respeto y el ejercicio del derecho a la paz y que informe a los órganos competentes de las Naciones Unidas” (artículo 13.6).

A. Título, preámbulo y titulares

Las OSC consideran que el **título** de la futura declaración de las Naciones Unidas debería añadir el concepto “humano” al “derecho a la paz”, siguiendo el ejemplo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo.¹⁸ Además, el derecho a la paz tiene una sólida fundamentación en la Carta de las Naciones Unidas, cuyo propósito principal es el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Por otra parte, el concepto de derecho a la paz ha sido reconocido

18 El art. 1.1 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) en 1986 afirma que “el derecho al desarrollo es un **derecho humano inalienable** en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él”. Y el Art. 1.2 indica que “El derecho **humano** al desarrollo...” (negritas añadidas).

en instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto universales¹⁹ como regionales.²⁰

El **preámbulo** debería hacer también una clara referencia a los principales principios de la Carta de las Naciones Unidas que constituyeron la base de la proclamación del Año Internacional de la Paz,²¹ a saber: prevención de la guerra, eliminación de varias amenazas a la paz, respeto del principio de prohibición del uso de la fuerza, arreglo pacífico de controversias, desarrollo de medidas de fomento de la confianza, promoción de los derechos humanos, y libertades y mejora de la calidad de vida.²²

Además, el preámbulo debería referirse explícitamente a las constituciones de las organizaciones especializadas de las Naciones Unidas (OIT²³, FAO²⁴, OMS²⁵ y UNESCO²⁶); otros instrumentos jurídicos de organizaciones internacionales;²⁷ la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas de 2000;²⁸ el documento final de la Cumbre Mundial de 2005; la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el Estado de derecho en los planos nacional e internacional de

- 19 Declaración de la AG sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz (res. 33/73 de 15 de diciembre de 1978), adoptada con dos abstenciones (Estados Unidos e Israel); y Declaración de la AG sobre el derecho de los pueblos a la paz (res. 39/11 de 11 de noviembre de 1984), adoptada con 34 abstenciones, principalmente de países occidentales).
- 20 Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (art. 23) y su Protocolo sobre los derechos de las mujeres en África de 2003 (art. 10.1: "Las mujeres tienen derecho a una existencia pacífica y derecho a participar en la promoción y mantenimiento de la paz"), que fue precedido por la Declaración de Bamako de 28 de marzo de 1997 ("el derecho humano a la paz es un derecho fundamental sin el cual el respeto de los derechos humanos es ilusorio") y la Declaración de Maputo de 4 de septiembre de 1997 ("el derecho humano a la paz es un derecho inalienable, sin el cual el respeto a los demás derechos no puede ser garantizado"). Además, reconocen el derecho a la paz tanto la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes de 2005 (art. 4), como el párrafo 38 de la Declaración de Derechos Humanos, adoptada el 18 de noviembre de 2012 por la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN).
- 21 Res. AG 40/3, de 24 de octubre de 1985.
- 22 Véase también SCHABAS, W. A., "The Human Right to Peace", en EIDE, A. et al. (eds.), *Making Peoples Heard. Essays on Human Rights in Honour of Gudmundur Alfredsson*, Leiden/Boston, Nijhoff, 2011, pp. 43 - 57.
- 23 La Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dice que "la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social".
- 24 La Constitución de la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO) afirma que su fin es elevar los niveles de vida y nutrición de todos los pueblos, así como erradicar el hambre.
- 25 La Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) indica que "la salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad".
- 26 El Art. 1 de la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) establece que: "La Organización se propone contribuir a la paz y a la seguridad estrechando, mediante la educación, la ciencia y la cultura, la colaboración entre las naciones, a fin de asegurar el respeto universal a la justicia, a la ley, a los derechos humanos y a las libertades fundamentales" (negritas añadidas). Fue seguida por la Recomendación sobre la Educación para la Comprensión, la Cooperación y la Paz Internacionales y la Educación relativa a los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1974.
- 27 Citados *supra*, nota 21.
- 28 Los líderes mundiales afirmaron que "Estamos decididos a establecer una paz justa y duradera en todo el mundo, de conformidad con los propósitos y principios de la Carta" (Res. AG 55/2 de 8 de septiembre del 2000, párr. 1.4).

2012;²⁹ y el programa del Consejo de Seguridad en materia de mujer, paz y seguridad, plasmado en las resoluciones 1325 (2000), 1820 (2008), 1888 (2009), 1889 (2009), 1960 (2010) y 2106 (2013) del CS, además de la resolución 1983 (2011) del CS, que proporciona una guía específica sobre el impacto del VIH y el sida en las mujeres en contextos de conflicto y postconflicto. Todas estas resoluciones ofrecen marcos políticos para el desarrollo de los derechos de las mujeres en el ámbito del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.³⁰

Por último, el preámbulo debería rendir también homenaje a los movimientos e ideas pacíficos que han marcado la historia de la humanidad³¹ (por ejemplo, el Programa de La Haya por la Paz y la Justicia para el siglo XXI, la Carta de la Tierra de 2000 y la Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra de 2010).

Tanto la Declaración de Santiago como la declaración del CA reconocen la doble dimensión del derecho a la paz, ya que sus titulares son **las personas y los pueblos**. Las OSC añaden a **las minorías y la humanidad** como sujetos que deberían ser reconocidos como titulares del derecho humano a la paz, de acuerdo con los preámbulos de la Carta de las Naciones Unidas,³² la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),³³ la Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para Vivir en Paz,³⁴ la Declaración

29 Los líderes mundiales decidieron continuar su labor en la AG “para seguir desarrollando los vínculos entre el estado de derecho y los tres pilares principales de las Naciones Unidas, a saber, la paz y la seguridad, los derechos humanos y el desarrollo” (Res. AG 67/1, de 24 de septiembre de 2012, párr. 41).

30 Véase también la recomendación general n° 30 del Comité sobre la Discriminación contra la Mujer relativa a mujeres en situación de prevención de conflicto, conflicto y postconflicto, doc. CEDAW/C/GC/30 de 18 de octubre de 2013, párrs. 25 y 83. Complementariamente, la RG n° 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial recordó que la Convención EDR tiene por objeto “contribuir a la promoción del entendimiento, una paz duradera y la seguridad entre comunidades, pueblos y Estados” (“La lucha contra el discurso de odio racista”, doc. CERD/C/GC/35, de 26 de septiembre de 2013, párr. 2 *in fine*).

31 Véase CORTRIGHT, D., *Peace: A History of Movements and Ideas*. Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 376 p.

32 El preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas resuelve “... preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles”.

33 Los preámbulos de la DUDH y los dos Pactos afirman que “la libertad, la justicia y la **paz** en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (negritas añadidas).

34 Res. AG 33/73 de 15 de diciembre de 1978. El preámbulo afirma que “La Asamblea General (...) Reconociendo el derecho de las personas, los Estados y toda la humanidad a vivir en **paz** ... Toda nación y todo ser humano, independientemente de su raza, convicciones, idioma o sexo, tiene el derecho inmanente a vivir en **paz**” (negritas añadidas).

Sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz³⁵ y la Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN.³⁶

B. Derecho a la seguridad humana

El artículo 2.1 de la declaración sobre el derecho a la paz del CA afirma que:

Toda persona tiene derecho a la seguridad humana, que comprende la libertad de vivir sin temor y sin miseria, que es una condición imprescindible para la existencia de una paz positiva (...). La libertad de vivir sin miseria implica el disfrute del derecho al desarrollo sostenible y de los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a la paz está relacionado con todos los derechos humanos, incluidos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

El derecho a la seguridad humana fue introducido por el documento final de la Cumbre Mundial de 2005.³⁷ Desarrollo, paz, seguridad y derechos humanos se refuerzan mutuamente, y la paz y la justicia abarcan una dimensión económica de acuerdo con la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición de 1974.³⁸ Además, deben recordarse los informes del Secretario General de las Naciones Unidas titulados “Un programa de paz. Diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz”, de 1992³⁹ y “Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos” de 2005.⁴⁰

35 Res. AG 39/11, de 11 de noviembre de 1984. La Asamblea General “...1. Proclama solemnemente que los pueblos de nuestro planeta tienen el derecho sagrado a la **paz**. 2. Declara solemnemente que proteger el derecho de los pueblos a la **paz** y fomentar su realización es una obligación fundamental de todo Estado...” (negritas añadidas).

36 Adoptada el 18 de noviembre de 2012. El párr. 38 establece que “Todas las personas y los pueblos de la ASEAN tienen derecho a disfrutar de la **paz** dentro de un marco de seguridad y estabilidad, neutralidad y libertad, de forma que los derechos establecidos en esta Declaración puedan ser plenamente realizados (negritas añadidas).

37 “Subrayamos el derecho de las personas a vivir en libertad y con dignidad, libres de la pobreza y la desesperación. Reconocemos que todas las personas, en particular las que son vulnerables, tienen derecho a vivir libres del temor y la miseria, a disponer de iguales oportunidades para disfrutar de todos sus derechos y a desarrollar plenamente su potencial humano” (Res. AG 60/1 de 16 de septiembre de 2005, párr. 143).

38 El principio h) afirma que “... la **paz** y la justicia entrañan una dimensión económica que ayuda a resolver los problemas económicos mundiales y a liquidar el subdesarrollo, que ofrece una solución duradera y definitiva del problema alimentario de todos los pueblos...” (negritas añadidas).

39 Los párrafos 43 - 44 de “Un programa de paz. Diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz”, subrayan que un enfoque integral de la seguridad humana estaría relacionado con las causas más profundas de la guerra, como la desigualdad económica, la injusticia social y la opresión política.

40 En los párrafos 25-126 de “Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos”, el anterior secretario general afirmó que este concepto está relacionado con los valores de libertad frente al temor y libertad frente a la miseria. Véase también ZAYAS, A., “Peace as a human right. The *jus cogens* prohibition of aggression”, en EIDE, A. et al. (eds.), *Making Peoples Heard. Essays on Human Rights in Honour of Gudmundur Alfredsson*. Leiden/Boston, Nijhoff, 2011, pp. 27 - 42.

C. Derecho al desarme

El art. 3 de la Declaración sobre el Derecho a la Paz del CA de 2012 establece lo siguiente:

1. Los Estados intervendrán activamente en el control estricto y transparente del comercio de armas y en la erradicación del tráfico ilícito de armas.
2. Los Estados deberán actuar, de manera conjunta y coordinada y en un plazo razonable, en favor del desarme, bajo una amplia y efectiva supervisión internacional. Los Estados deberán considerar la posibilidad de reducir el gasto militar al nivel mínimo necesario para garantizar la seguridad humana.
3. Todos los pueblos y todas las personas tienen derecho a vivir en un mundo libre de armas de destrucción en masa. Los Estados eliminarán urgentemente todas las armas de destrucción en masa o de efecto indiscriminado, incluidas las armas nucleares, químicas y biológicas. La utilización de armas que dañen el medio ambiente, en particular de armas radiactivas y de armas de destrucción en masa, es contraria al derecho internacional humanitario, al derecho a un medio ambiente sano y al derecho a la paz. Esas armas están prohibidas y deberán ser eliminadas urgentemente, y los Estados que las utilicen tienen la obligación de restablecer las condiciones ambientales previas reparando todos los daños causados.
4. Se invita a los Estados a que estudien la posibilidad de crear y promover zonas de paz y zonas libres de armas nucleares.
5. Todos los pueblos y todas las personas tienen derecho a que los recursos liberados por el desarme se destinen al desarrollo económico, social y cultural de los pueblos y a la justa redistribución de las riquezas naturales, atendiendo especialmente a las necesidades de los países más pobres y de los grupos en situación de vulnerabilidad.

Por tanto, hay una estrecha relación entre el desarme y el DIDH. El Comité de Derechos Humanos reconoció en 1982 que “la guerra y otros actos de violencia masiva siguen siendo un flagelo de la humanidad que arrebató cada año la vida de millares de seres humanos inocentes. La Carta de las Naciones Unidas prohíbe ya la amenaza o el uso de la fuerza por un Estado contra otro, salvo en ejercicio del derecho intrínseco de la defensa propia”. Por tanto, el Comité DH considera que “los Estados tienen la suprema obligación de evitar las guerras, los actos de genocidio y demás actos de violencia de masas que causan la pérdida arbitraria de vidas humanas. Todos los esfuerzos que realicen para evitar el peligro de guerra, especialmente de guerra termonuclear, y para fortalecer la paz y la seguridad

internacionales, constituirán la condición y garantía más importante para la protección del derecho a la vida”⁴¹

En 1984 el Comité DH expresó de nuevo su preocupación sobre el “desarrollo y proliferación de armas cada vez más espantosas de destrucción en masa, que no sólo ponen en peligro la vida humana, sino que absorben recursos que podrían utilizarse de otro modo para fines económicos y sociales vitales, en particular en beneficio de los países en desarrollo, y por lo tanto para promover y garantizar el disfrute de los derechos humanos para todos”. Para el Comité DH era evidente que “el diseño, ensayo, fabricación, posesión y despliegue de armas nucleares constituyen una de las mayores amenazas al derecho a la vida con que se enfrenta actualmente la humanidad”. Por tanto, el Comité DH concluyó que “debería prohibirse la producción, ensayo, posesión, despliegue y utilización de armas nucleares y reconocerse que se trata de delitos de lesa humanidad”. También pidió a todos los Estados que “adopten medidas urgentes unilateralmente y mediante acuerdo, para eliminar esta amenaza del mundo”⁴²

Este mismo enfoque también se encuentra en la Carta de las Naciones Unidas,⁴³ la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo⁴⁴ y el documento final de la Conferencia Internacional sobre la Relación entre Desarme y Desarrollo de 1987.⁴⁵ Además, tanto la Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para Vivir en Paz⁴⁶ como la

41 Comité DH, Observación general Nº 6: Artículo 6 (derecho a la vida) de 27 de julio de 1982, párr. 2. Ver doc. HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I) de 27 de mayo de 2008, p.176-177.

42 Comité DH, Observación general Nº 14 sobre el derecho a la vida (art. 6 PIDCP) de 9 de noviembre de 1984, párrs. 3-7. Véase doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), cit., p. 188.

43 El artículo 26 de la Carta NU prevé un sistema internacional basado en “la menor desviación posible de los recursos humanos y económicos del mundo hacia los armamentos”.

44 El preámbulo reafirma que “hay una estrecha relación entre el desarme y el desarrollo, que los progresos en la esfera del desarme promoverían considerablemente los progresos en la esfera del desarrollo y que los recursos liberados con las medidas de desarme deberían destinarse al desarrollo económico y social y al bienestar de todos los pueblos, y, en particular, de los países en desarrollo”. Además, el art. 7 establece que “todos los Estados deben promover el establecimiento, mantenimiento y fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales y, con ese fin, deben hacer cuanto esté en su poder por lograr el desarme general y completo bajo un control internacional eficaz, así como lograr que los recursos liberados con medidas efectivas de desarme se utilicen para el desarrollo global, en particular de los países en desarrollo”.

45 La Conferencia fue la base para definir la relación entre desarme y desarrollo; examina la magnitud y las consecuencias del gasto militar en la economía mundial y en el desarrollo; y explora maneras de liberar recursos para el desarrollo mediante el desarme.

46 El art. 6 establece que “un instrumento básico en el mantenimiento de la paz es la eliminación de la amenaza que entraña la carrera de armamentos, así como los esfuerzos encaminados a un desarme general y completo, bajo un control internacional eficaz...”. Véase también ROCHE, D., *The Human Right to Peace*, Ottawa, Novalis, Saint Paul University, 2003, 272 p.

Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz⁴⁷ centran su atención en los esfuerzos hacia el desarme general y completo, bajo efectivo control internacional. Por su parte, el Protocolo a la Carta Africana sobre los Derechos de la Mujer en África de 2003, pide a los Estados que “reduzcan significativamente sus gastos militares en favor de un gasto en desarrollo social en general, y en la promoción de las mujeres en particular”⁴⁸. Por último, debe reconocerse el establecimiento de Zonas de Paz libres de armas nucleares,⁴⁹ así como la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing⁵⁰ y la Resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad sobre Mujeres, Paz y Seguridad.

Más recientemente, la AG adoptó en abril de 2013 el Tratado sobre el Comercio de Armas⁵¹. En él se relacionan los derechos humanos con el comercio de armas, ya que se prohíbe a los Estados parte vender armas convencionales a otros Estados en los que exista un serio riesgo de que sean usadas para cometer genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. El tratado constituye un primer paso para lograr el desarme, dado que prohíbe el comercio de armas que fomenta las mayores atrocidades y abusos en el mundo. Sin embargo, el tratado no aborda la cuestión de la producción de armas de destrucción masiva y por el contrario legaliza el comercio de armas en general. Además, la supervisión de la aplicación del tratado

47 El art. 3 subraya que “para asegurar el ejercicio del derecho de los pueblos a la paz se requiere que la política de los Estados esté orientada hacia la eliminación de la amenaza de la guerra, especialmente de la guerra nuclear, a la renuncia del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y al arreglo de las controversias internacionales por medios pacíficos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

48 Art. 10.3.

49 Los actuales tratados que establecen zonas de paz libres de armas nucleares son los siguientes: Antártico (1961); Espacio exterior (1967); Tlatelolco (Latino América y Caribe, 1969); fondos marinos (1972); Rarotonga (Pacífico sur, 1986); Bangkok (ASEAN, 1997); Mongolia (2000); Semei (Asia Central, 2009) y Pelindaba (África, 2009).

50 “Su plena participación en la adopción de decisiones, la prevención y resolución de conflictos y todas las demás iniciativas orientadas a la paz resulta esencial para la consecución de una paz duradera”. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de las Naciones Unidas: *Acción para la igualdad, desarrollo y paz*, Beijing, China, Septiembre de 1995, párr. 23. Véase también la recomendación general N° 30 del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre *mujeres en situación de prevención de conflicto, conflicto y postconflicto*, dirigida a proteger los derechos humanos de las mujeres en todas las situaciones, promoviendo la igualdad de género sustantiva antes, durante y después del conflicto y asegurando que las diversas experiencias de las mujeres se integran plenamente en todos los procesos de consolidación de la paz, establecimiento de la paz y reconstrucción. *Cfr.* CEDAW/C/GC/30 de 18 de octubre de 2013, 24 p. Los Estados parte deben proporcionar información sobre la aplicación del programa del Consejo de Seguridad en materia de mujer, paz y seguridad, en particular las resoluciones 1325 (2000), 1820 (2008), 1888 (2009), 1889 (2009), 1960 (2010) y 2106 (2013), incluyendo indicaciones específicas sobre el cumplimiento de cualquier referencia o indicador acordado por las Naciones Unidas como parte de dicho programa (párr. 83)

51 Res. AG 67/234 B de 2 de abril de 2013. Fue adoptada por 154 votos a favor (entre ellos España y Estados Unidos), 3 en contra (Corea del Norte, Irán y Siria) y 23 abstenciones (entre ellas Bielorrusia, Bolivia, China, Cuba, Ecuador, Egipto, Indonesia, Nicaragua, Federación de Rusia y Venezuela). Fue abierto a la firma el 3 de junio de 2013 y entrará en vigor una vez que reciba 50 ratificaciones.

se deja a la discrecionalidad de la Conferencia de Estados partes,⁵² y no a un comité de expertos independientes, como sería deseable.

Por último, en línea con el nuevo Tratado sobre el Comercio de Armas, el Consejo DH, a iniciativa de Costa Rica, ha abordado el impacto de las transferencias de armas sobre los derechos humanos durante los conflictos armados,⁵³ expresando su “profunda preocupación por que las transferencias de armas a los que participan en conflictos armados puedan socavar gravemente los derechos humanos de la población civil, especialmente de (...) los grupos vulnerables”. También observó con alarma que “dichas transferencias de armas pueden tener graves consecuencias negativas en los derechos humanos de las mujeres y las niñas”. Por tanto, el Consejo DH instó a todos los Estados a “abstenerse de transferir armas a los que participan en conflictos armados cuando dichos Estados consideren (...) que es bastante probable que esas armas puedan emplearse para cometer o facilitar violaciones o vulneraciones graves del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario”.⁵⁴

D. Derecho a la educación y capacitación para la paz

El art. 4.1 de la declaración del CA establece que:

Todos los pueblos y todas las personas tienen derecho a recibir una educación integral para la paz y sobre los derechos humanos. Esta educación deberá ser el fundamento de todo sistema educativo, generar procesos sociales basados en la confianza, la solidaridad y el respeto mutuo, incorporar una perspectiva de género, facilitar la resolución pacífica de los conflictos y promover un nuevo planteamiento de las relaciones humanas en el marco de la Declaración y el Programa de Acción sobre una Cultura de Paz y el diálogo entre culturas.

El derecho a la educación para la paz está profundamente arraigado en los instrumentos internacionales de derechos humanos (por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos,⁵⁵ la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos

52 Véase: <http://www.aedidh.org/sites/default/files/TCASpanish.pdf>

53 Resolución 24/35 de 27 de septiembre de 2013. Fue adoptada por 42 votos a favor, 4 abstenciones y un voto en contra (Estados Unidos).

54 *Ibidem*, párrs. 1, 2 y 3.

55 El artículo 26.2 de la DUDH afirma que “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz” (negritas añadidas).

del Niño,⁵⁶ el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁷), la Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad de 1975⁵⁸ y la Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para Vivir en Paz de 1978.⁵⁹ A nivel regional, debe hacerse referencia al Marco de Acción de Dakar del 2000, Educación para todos⁶⁰ y al Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁶¹

Como afirmó el antiguo Relator Especial sobre el Derecho a la Educación, la desigualdad de género y otras formas de discriminación social, religiosa, étnica y racial impiden la movilidad social e impactan negativamente en la plena realización de los derechos humanos, incluidos el desarrollo, la **paz** y la seguridad.⁶²

E. Derecho a la objeción de conciencia al servicio militar

El art. 5.1 de la declaración del CA sobre el derecho a la paz establece:

Toda persona tiene derecho a la objeción de conciencia y a ser protegida en el ejercicio efectivo de este derecho.

56 El artículo 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que la educación de los niños deberá estar dirigida entre otras cosas a “preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, **paz**, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos...” (Art. 29.1.d) (negritas añadidas).

57 De acuerdo con el artículo 13.1 del PIDESC los Estados “reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la **paz**”. (negritas añadidas).

58 Proclamada por la resolución de la AG 3384 (XXX) de 10 de noviembre de 1975. El art. 1 proclama que “todos los Estados promoverán la cooperación internacional con objeto de garantizar que los resultados del progreso científico y tecnológico se usen en pro del fortalecimiento de la **paz** y la seguridad internacionales, la libertad y la independencia, así como para lograr el desarrollo económico y social de los pueblos y hacer efectivos los derechos y libertades humanos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” (negritas añadidas).

59 El párr. II.a.i) exhorta a los Estados a “asegurar que sus políticas pertinentes para la aplicación de la presente Declaración, inclusive los procesos educativos y los métodos de enseñanza, así como las actividades de los medios de información, tengan un contenido compatible con la tarea de preparar para una **vida en paz** a sociedades enteras y, en particular, a las generaciones jóvenes”. (negritas añadidas).

60 La meta 6 establece que: “la educación es un derecho humano fundamental, y como tal es un elemento clave del desarrollo sostenible y de la **paz** y estabilidad en cada país y entre las naciones, y, por consiguiente, un medio indispensable para participar en los sistemas sociales y económicos del siglo XXI” (negritas añadidas).

61 El artículo 13 establece que “... la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Conviene, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la **paz**” (negritas añadidas).

62 Informe presentado por el antiguo Relator Especial sobre el Derecho a la Educación, MUÑOZ V., V., E/ CN.4/2006/45 de 8 de febrero de 2006, párr. 18.

Las Resoluciones 1998/77 de 22 de abril de 1998⁶³ y 2004/35 de 19 de abril de 2004⁶⁴ de la antigua Comisión de Derechos Humanos reconocieron el derecho de toda persona a la objeción de conciencia al servicio militar como legítimo ejercicio de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, según lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos,⁶⁵ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁶ y la Observación General N° 22 (1993) del Comité de Derechos Humanos.⁶⁷

El Comité DH ha desarrollado una práctica jurisprudencial consistente. En particular, en cuatro denuncias contra la República de Corea, numerosos ciudadanos alegaron violación de su derecho a la objeción de conciencia por ser condenados a causa de su rechazo a realizar el servicio militar. El Comité DH concluyó que existió violación del artículo 18 del PIDCP considerando que “la negativa de los autores a alistarse en el servicio militar obligatorio es una expresión directa de sus convicciones religiosas” y por ello la condena y la pena impuestas suponen una restricción de

63 El preámbulo de la resolución reconoce que la objeción de conciencia al servicio militar se deriva de principios y razones de conciencia, incluso de convicciones profundas, basadas en motivos religiosos, morales, éticos, humanitarios o de índole similar, y que las personas que están cumpliendo el servicio militar pueden desarrollar objeciones de conciencia. El párrafo 4 recuerda “a los Estados que tengan un sistema de servicio militar obligatorio en el que no se haya establecido todavía una disposición de este tipo, su recomendación de que establezcan diversas formas de servicio alternativo para los objetores de conciencia que sean compatibles con las razones de la objeción de conciencia, que tengan carácter civil o no combativo, que redunden en el interés público y que no sean de naturaleza punitiva”.

64 El párrafo 3 “exhorta a los Estados que aún no lo hayan hecho a que revisen sus leyes y prácticas en vigor relativas a la objeción de conciencia al servicio militar...”; y el párrafo 4 “alienta a los Estados a que, como parte de las actividades de consolidación de la paz a raíz de un conflicto, consideren la posibilidad de conceder amnistías y restituir los derechos *de jure* y *de facto*, a quienes se hayan negado a hacer el servicio militar por motivos de conciencia, y a que den efecto real a esas medidas”.

65 El artículo 18 de la DUDH establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

66 El artículo 18 PIDCP establece que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección”. Además, el artículo 19.1 del PIDCP afirma que “Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones”.

67 De acuerdo con la observación general N° 22 del Comité DH, adoptada el 20 de julio de 1993, “Muchas personas han reivindicado el derecho a negarse a cumplir el servicio militar (objeción de conciencia) sobre la base de que ese derecho se deriva de sus libertades en virtud del artículo 18. En respuesta a estas reivindicaciones un creciente número de Estados, en sus leyes internas, han eximido del servicio militar obligatorio a los ciudadanos que auténticamente profesan creencias religiosas y otras creencias que les prohíben realizar el servicio militar y lo han sustituido por un servicio nacional alternativo. En el Pacto no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia pero el Comité cree que ese derecho puede derivarse del artículo 18, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias...”. Véase doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, de 27 de septiembre de 1993, párr. 11.

su capacidad de manifestar su religión o creencia,⁶⁸ ya que el Estado no pudo demostrar la existencia de circunstancias que justificaran restricciones al disfrute de este derecho, de acuerdo con el párrafo 3 del artículo 18 del PIDCP.

En consecuencia, el Consejo DH, a iniciativa de Costa Rica, abordó de nuevo la objeción de conciencia al servicio militar en 2013, reconociendo que “puede derivarse del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión o creencias”. También instó a los Estados a proporcionar a los objetores de conciencia diversas modalidades de servicio alternativo y a poner en libertad a las personas encarceladas o detenidas únicamente en base a su objeción de conciencia al servicio militar. Por último, alentó a los Estados a considerar la posibilidad de conceder asilo a los objetores de conciencia al servicio militar que tengan temores fundados de ser perseguidos en su país de origen.⁶⁹

F. Empresas militares y de seguridad privadas

El art. 6.1 de la declaración del CA sobre el derecho a la paz establece:

Los Estados se abstendrán de subcontratar actividades militares y de seguridad propias del Estado a contratistas privados. Los Estados establecerán un régimen nacional e internacional para las actividades que puedan subcontratarse y normas claras sobre las funciones, el control y la supervisión de las empresas militares y de seguridad privadas existentes. La utilización de mercenarios es contraria al derecho internacional.

Las EMSP deberían ser responsables de las violaciones de derechos humanos de acuerdo con el DIDH.⁷⁰ Además, la legislación nacional relacionada nunca tendrá éxito sin una respuesta coordinada de la comunidad internacional ante el creciente papel del sector privado en la guerra y en la paz.

68 *Yeo-Bum Yoon y Myung-Jin Choi v. República de Corea*, comunicaciones Nos. 1321/2004 y 1322/2004; docs. CCPR/C/88/D/1321-1322/2004 de 3 de noviembre de 2006, párr. 8.3; *Eu-min Jung et al. v. República de Corea*, comunicaciones Nos. 1593 a 1603/2007, docs. CCPR/C/98/D/1593-1603/2007 de 23 de marzo de 2010, párrs. 7.2 y 7.4; *Min-Kyu Jeong et al v. República de Corea*, comunicación No. 1642-1741/2007, docs. CCPR/C/101/D/1642-1741/2007 de 24 de marzo de 2011, párr. 7.4; y comunicación No. 1786/2008 (*Kim et al v. República de Corea*). Ver OACNUDH, *Objeción de conciencia al servicio militar*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2012, 84 p, *passim*.

69 Resolución 24/17 del Consejo DH, de 27 de septiembre de 2013, párrs. 1, 5, 9, 11 y 13 (adoptada sin votación).

70 Código de conducta de las Naciones Unidas para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de 1979; Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios de 1989; Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones

Por tanto, el Consejo DH decidió establecer en 2010 un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta “con el mandato de estudiar la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional, incluida, entre otras, la posibilidad de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante, para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas”, teniendo en consideración el proyecto de texto propuesto por el Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación.⁷¹

En su último período de sesiones, el grupo de trabajo recomendó que, dado que no existía acuerdo entre los Estados sobre la necesidad de una convención, debería continuar sus debates, con la participación de expertos e interesados pertinentes, por un período adicional de dos años.⁷² El Consejo DH acogió esta recomendación y extendió el mandato del grupo de trabajo por dos años más,⁷³ solicitándole que presentara un informe final en 2014.

G. Resistencia y oposición a la opresión

El art. 7 de la declaración del derecho a la paz del CA establece:

1. Todos los pueblos y todas las personas tienen derecho a ofrecer resistencia y oponerse a la ocupación colonial o extranjera opresiva o a la dominación dictatorial (opresión interna).
2. Toda persona tiene derecho a oponerse a la agresión, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, a las violaciones de otros derechos humanos universalmente reconocidos y a la apología de la guerra o a la incitación a la violencia, así como a las violaciones del derecho a la paz.

Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990; Convención de la OUA para la eliminación del mercenarismo en África de 1997; Directrices no vinculantes sobre la utilización de escoltas militares o armadas para convoyes humanitarios de 2001 y 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 de 2005.

Véase también FRANCONI, F., “Security and Human Rights in the Regulation of Private Military Companies: The Role of the Home States”, en A. EIDE *et al.* (eds.), *Making Peoples Heard. Essays on Human Rights in Honour of Gudmundur Alfredsson*, Leiden/Boston, Nijhoff, 2011, pp. 59 – 77 y GÓMEZ DEL PRADO, J. L., “The Privatization of War: ‘Private Security Companies’ on Contract with UN ‘Humanitarian’ and ‘Peace Keeping’ Operations”, *Global Research*, 9 de julio de 2013, 7 p.

71 Resolución 15/26 de 1 de octubre de 2010.

72 A/HRC/22/41 de 24 de diciembre de 2012, párr. 77.

73 Resolución 22/33 de 22 de marzo de 2013.

La resistencia a la opresión se funda en el preámbulo de la DUDH⁷⁴ y fue desarrollada por la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (resolución 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970) y otros instrumentos de derechos humanos, que reconocen entre otros el deber de todo Estado de promover la realización del derecho a la libre determinación de los pueblos.⁷⁵

Además, otros instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen el derecho de los pueblos a la libre determinación, en particular el artículo 1 común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁷⁶ y la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo.⁷⁷

H. Mantenimiento de la paz

El art. 8 de la declaración del CA establece:

1. Las misiones y el personal de mantenimiento de la paz cumplirán íntegramente las normas y procedimientos de las Naciones Unidas relativos a la conducta profesional, que incluyen la retirada de la inmunidad en los casos de actos delictivos o de violación del derecho internacional para que las víctimas puedan recurrir ante la justicia y obtener reparación.
2. Los Estados que aporten contingentes a esas operaciones adoptarán medidas adecuadas para investigar de manera exhaustiva y eficaz las denuncias que se presenten contra miembros de sus contingentes nacionales. Se deberá informar a los denunciantes acerca de los resultados de esas investigaciones.

74 El preámbulo establece que "... Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo **recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión**" (negritas añadidas).

75 De acuerdo con la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de 1970, que dice: "...Todo Estado tiene el deber de promover, mediante acción conjunta o individual, la aplicación del principio de la igualdad soberana de derechos y de **la libre determinación de los pueblos**, de conformidad con las disposiciones de la Carta, y de prestar asistencia a las Naciones Unidas en el cumplimiento de las obligaciones que se le encomiendan por la Carta respecto de la aplicación de dicho principio" (negritas añadidas).

76 El artículo 1 común al PIDCP y PIDESC establece que: "Todos los pueblos tienen el **derecho de libre determinación**. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural" (negritas añadidas).

77 De acuerdo con el artículo 1.2 de la Declaración sobre el derecho al desarrollo: "el derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del **derecho de los pueblos a la libre determinación**, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales" (negritas añadidas).

Las misiones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas no son el único sujeto de protección en el terreno. Tampoco están siempre desplegadas en contextos en que los ciudadanos enfrentan serios riesgos. Las Naciones Unidas y otras organizaciones humanitarias, incluyendo el CICR y varias organizaciones no gubernamentales, juegan un papel consolidado y crítico para asegurar la protección de los civiles en conflictos armados, incluso en lugares en los que no existe presencia de operaciones de mantenimiento de la paz de las NU.

Además, las OSC argumentan que los Estados, las Naciones Unidas, sus entidades, así como la comunidad internacional, deberían reconocer, incrementar y apoyar **fuerzas civiles desarmadas** de mantenimiento de la paz. Los civiles bajo amenaza de conflicto violento tienen derecho a la protección física, por lo que deberían ofrecerse fuerzas de mantenimiento de la paz desarmadas para su protección y en apoyo de la disuasión de la violencia.

I. Derecho al desarrollo

El art. 9.1 de la declaración del CA sobre el derecho a la paz reafirma la Declaración de la AG sobre el Derecho al Desarrollo de 1986, de acuerdo con la cual:

Todo ser humano y todos los pueblos tienen derecho a participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.

Otras declaraciones e instrumentos han reiterado la relación existente entre desarrollo y paz, a saber: la Declaración del Milenio,⁷⁸ la Declaración sobre el Derecho

78 “Estamos decididos a establecer una **paz** justa y duradera en todo el mundo, de conformidad con los propósitos y principios de la Carta” (párr. I.4). “No escatimaremos esfuerzos para liberar a nuestros pueblos del flagelo de la guerra —ya sea dentro de los Estados o entre éstos—, que, en el último decenio, ha cobrado más de cinco millones de vidas. También procuraremos eliminar los peligros que suponen las armas de destrucción en masa” (párr. II.8). “No escatimaremos esfuerzos para liberar a nuestros semejantes, hombres, mujeres y niños, de las condiciones abyectas y deshumanizadoras de la pobreza extrema, a la que en la actualidad están sometidos más de 1.000 millones de seres humanos. Estamos empeñados en hacer realidad para todos ellos el derecho al desarrollo y a poner a toda la especie humana al abrigo de la necesidad” (párr. III.11). “Resolvemos, en consecuencia, crear... un entorno propicio al desarrollo y a la eliminación de la pobreza” (párr. III.12). “No escatimaremos esfuerzos por hacer de las Naciones Unidas un instrumento más eficaz en el logro de todas las prioridades que figuran a continuación: la lucha por el desarrollo de todos los pueblos del mundo; la lucha contra la pobreza, la ignorancia y las enfermedades; la lucha contra la injusticia; la lucha contra la violencia, el terror y el delito; y la lucha contra la degradación y la destrucción de nuestro planeta” (párr. VIII.29). “Las Naciones Unidas son el hogar común e indispensable de toda la familia humana, mediante el cual trataremos de hacer realidad nuestras aspiraciones universales de **paz**, cooperación y desarrollo” (párr. VIII.32) (negritillas añadidas). Véase res. AG. 55/2 de 8 de septiembre del 2000.

al Desarrollo⁷⁹ y el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005.⁸⁰ Por tanto, el derecho al desarrollo incluye paz, seguridad y desarme; libre determinación y soberanía sobre los recursos naturales; y un orden social internacional que conduzca al desarrollo.⁸¹

Además, en el seno del grupo de trabajo intergubernamental sobre el derecho al desarrollo, los Estados recordaron que los derechos humanos y el desarrollo están estrechamente relacionados y que el derecho al desarrollo constituye un puente entre ellos.⁸² También se refirieron a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos,⁸³ subrayando que el derecho al desarrollo debería ser considerado como un derecho fundamental, sin cuya realización no puede asegurarse el pleno disfrute de todos los demás derechos humanos.⁸⁴ Finalmente, subrayaron el nexo entre la solidaridad internacional y el derecho al desarrollo y su naturaleza de refuerzo mutuo.⁸⁵

Por otro lado, se recordó que el derecho al desarrollo constituye una responsabilidad tanto nacional como internacional, que debe cumplirse a través de la cooperación internacional,⁸⁶ y la necesidad de adoptar un enfoque del desarrollo basado en los derechos humanos.⁸⁷

79 El preámbulo dice que “**la paz y la seguridad internacionales** son elementos esenciales para la realización del derecho al desarrollo” y que “hay una estrecha relación entre el **desarme** y el desarrollo”. Además, el artículo 1.1 afirma que “el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él”; y el artículo 7 establece que “todos los Estados deben promover el establecimiento, mantenimiento y fortalecimiento de **la paz y la seguridad internacionales** y, con ese fin, deben hacer cuanto esté en su poder por lograr el **desarme general y completo** bajo un control internacional eficaz” (negritas añadidas).

80 “Reconocemos que la **paz** y la seguridad, el desarrollo y los derechos humanos son los pilares del sistema de las Naciones Unidas y los cimientos de la seguridad y el bienestar colectivos. Reconocemos que el desarrollo, la **paz** y la seguridad y los derechos humanos están vinculados entre sí y se refuerzan unos a otros” Por tanto, “reafirmamos que la igualdad entre los géneros y la promoción y protección del disfrute pleno por todas las personas de cada uno de los derechos humanos y las libertades fundamentales son esenciales para promover el desarrollo, la **paz** y la seguridad...”. “Por consiguiente, reafirmamos nuestro compromiso de tratar de alcanzar un consenso en materia de seguridad basado en el reconocimiento de que muchas de las amenazas están interrelacionadas, el desarrollo, la **paz**, la seguridad y los derechos humanos se refuerzan mutuamente...”. Por último, “reafirmamos que propósitos y principios que guían a las Naciones Unidas son, entre otros, mantener la **paz** y la seguridad internacionales, desarrollar relaciones amistosas entre las naciones basadas en el respeto de los principios de igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos y tomar otras medidas apropiadas para reforzar la **paz** universal...”. (Res. AG 60/1 de 16 de septiembre de 2005, párrs. 9, 12, 72 y 77) (negritas añadidas).

81 PUVIMANASINGHE, S., “International solidarity in an interdependent world”, en OHCHR, *Realizing the right to development*. Nueva York & Ginebra, 2013, p. 181.

82 A/HRC/21/19 de 26 de junio 2012, párrs. 11, 12, 18; A/HRC/24/37 de 5 de julio de 2013, párrs. 20, 22.

83 A/HRC/21/19, párrs. 14, 22; A/HRC/24/37, párrs. 17, 36.

84 A/HRC/WG.2/12/2 de 1 de septiembre de 2011, párr. 8; A/HRC/21/19, párr. 23; A/HRC/24/37, párr. 27.

85 A/HRC/24/37, párr. 33.

86 A/HRC/WG.2/12/2, párr. 25; A/HRC/21/19, párr. 21.

87 A/HRC/WG.2/12/2, párr. 23; A/HRC/21/19, párr. 18.

Además, el citado grupo de trabajo recordó que los desequilibrios estructurales constituyen un impedimento para el desarrollo equitativo a escala global. Esto es debido al mal funcionamiento de los sistemas económicos, financieros y políticos internacionales; y a la falta de democracia en la gobernanza global, donde no existe una participación equitativa de los países en desarrollo en la toma de decisiones y la formulación de políticas internacionales.⁸⁸ Algunos de los elementos señalados para asegurar el derecho al desarrollo, fueron: el cumplimiento de los compromisos oficiales de asistencia al desarrollo, liberar a los países de la carga de la deuda, transferir tecnología y garantizar el acceso a los mercados.⁸⁹

Cuba se refirió expresamente a la relación entre paz y desarrollo, afirmando que las guerras son la más inmediata y presente amenaza al derecho al desarrollo, ya que sin paz no puede haber desarrollo y viceversa; y que era necesario el desarme para liberar recursos para el desarrollo.⁹⁰ Otros Estados también hicieron referencia a la necesidad de reconocer el derecho de las personas y los pueblos a la paz.⁹¹

Será también necesaria una sociedad transformada basada en la igualdad entre mujeres y hombres, como condición para un desarrollo sostenible centrado en las personas y para la **paz mundial**.⁹² Por último, el papel realizado por los seres humanos en la igualdad de género es vital.⁹³

En 2010 el equipo especial de alto nivel sobre el ejercicio del derecho al desarrollo presentó unos criterios para evaluar hasta qué punto los Estados toman o no medidas para crear un entorno habilitante para la realización del derecho al desarrollo.⁹⁴ Para ello, el derecho al desarrollo necesita una política de desarrollo integral y centrada en las personas, incluyendo la contribución a un entorno de paz y seguridad a través de la reducción de los riesgos de conflicto, así como la protección a los grupos vulnerables durante el conflicto, el postconflicto y la consolidación de la paz, y la protección a los refugiados y solicitantes de asilo.

88 A/HRC/WG.2/12/2, párrs. 25 y 50.

89 A/HRC/WG.2/12/2, párrs. 25, 51 y 52; A/HRC/21/19, párrs. 19 y 23.

90 A/HRC/21/19, párr. 13.

91 A/HRC/24/37, párr. 33.

92 Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 15 de septiembre de 1995, A/CONF.177/20 (1995) y A/CONF.177/20/Add.1 (1995), párrafos 1 y 132

93 Informe de la reunión del Grupo de Expertos que tuvo lugar en Brasilia, Brasil, del 21 al 14 de octubre de 2003: El papel de los hombres y jóvenes en el logro de la igualdad de género. División de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Mujer, EGM/MEN-BOYS-GE/2003/REPORT, 12 de enero de 2004; Informe del Secretario General, Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, E/CN.6/2004/9, 22 de diciembre de 2003.

94 Doc. A/HRC/15/WG.2/TF/2/Add.2, de 8 de marzo de 2010.

J. Derecho al medio ambiente

El art. 10.1 de la declaración del CA sobre el derecho a la paz establece:

Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente seguro, limpio y pacífico que incluya una atmósfera libre de interferencias antropogénicas peligrosas, al desarrollo sostenible y a medidas internacionales para mitigar la destrucción del medio ambiente y adaptarse a sus consecuencias, especialmente al cambio climático (...).

La relación entre el derecho a la paz, el desarrollo y el derecho al medio ambiente, así como la obligación de asegurar a las generaciones presentes y futuras una vida en paz y en armonía con la naturaleza, ha sido reconocida por los siguientes documentos e instrumentos: la Declaración de Estocolmo de 1972;⁹⁵ la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982;⁹⁶ el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992; la Declaración de Río sobre el Medio ambiente y el Desarrollo de 1992;⁹⁷ la Declaración sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo de 2002⁹⁸ y el documento final de la Conferencia sobre Desarrollo Sostenible de 2012 (“El futuro que queremos”).⁹⁹

K. Derechos de las víctimas y grupos vulnerables

El art. 11.1 de la declaración del CA establece:

Toda víctima de una violación de los derechos humanos tiene, conforme a las normas internacionales de derechos humanos, un derecho imprescriptible a conocer la verdad y a que se restablezcan los derechos conculcados; a que se investiguen los hechos y se identifique y castigue a los culpables; a obtener una reparación integral y efectiva,

95 La meta 6 establece que “... Para llegar a la plenitud de su libertad dentro de la naturaleza, el hombre debe aplicar sus conocimientos a forjar en armonía con ellas un medio mejor. La defensa y el mejoramiento del medio humano para las generaciones presentes y futuras se han convertido en meta imperiosa de la humanidad, y ha de perseguirse al mismo tiempo que las metas fundamentales ya establecidas de la **paz** y el desarrollo económico y social en todo el mundo, y de conformidad con ellas” (negritas añadidas).

96 El preámbulo establece que “la competencia por acaparar recursos escasos es causa de conflictos, mientras que la conservación de la naturaleza y de los recursos naturales contribuye a la justicia y el mantenimiento de la **paz**, pero esa conservación no estará asegurada mientras la humanidad no aprenda a vivir en **paz** y a renunciar a la guerra y los armamentos” (negritas añadidas).

97 El principio 25 afirma que: “la **paz**, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables” (negritas añadidas).

98 El principio 35 establece que “nos comprometemos a aunar esfuerzos, resueltos a salvar nuestro planeta, promover el desarrollo humano y lograr la prosperidad y la **paz** universales” (negritas añadidas).

99 El Principio 8 reafirma “la importancia de la libertad, la **paz** y la seguridad, el respeto de todos los derechos humanos, entre ellos el derecho al desarrollo y el derecho a un nivel de vida adecuado, incluido el derecho a la alimentación, el estado de derecho, la igualdad entre los géneros, el empoderamiento de las mujeres y el compromiso general de lograr sociedades justas y democráticas para el desarrollo” (negritas añadidas).

lo que incluye el derecho a rehabilitación e indemnización; a medidas de satisfacción o reparación simbólica; y a que se garantice que esos actos no se repetirán.

El derecho de las víctimas a un recurso efectivo está ampliamente reconocido en el DIDH.¹⁰⁰

Como han solicitado las OSC, la referencia del art. 11.3 a los derechos de las personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad debería extenderse a los siguientes grupos vulnerables: víctimas de desapariciones forzadas o involuntarias que puedan constituir un crimen contra la humanidad;¹⁰¹ el derecho de las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente y a condiciones de vida seguras, bajo supervisión judicial;¹⁰² y la protección de los pueblos indígenas.¹⁰³ Por último, debe hacerse referencia a tribunales populares o de conciencia y a instituciones, métodos, tradiciones o costumbres locales de arreglo pacífico de controversias.¹⁰⁴

100 El derecho a un recurso efectivo ha sido expresado en el art. 8 de la DUDH; el art. 2.3 del PIDCP; el art. 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (derecho a protección y recursos efectivos contra actos de discriminación racial, así como derecho a pedir reparación o satisfacción justa y adecuada por todo daño sufrido como resultado de esa discriminación); el artículo 14.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (derecho de la víctima de un acto de tortura a obtener reparación y una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación); y el artículo 83 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Véanse también los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos e infracciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (res. de la AG 60/147, de 16 de diciembre de 2005).

101 Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, artículos 20.2 y 24.

102 Contribución del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes al Comité Asesor, 23 de febrero de 2013.

103 El artículo 40 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas afirma que “los pueblos indígenas tienen derecho... a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos”.

104 El párr. 164.f del Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia de 2001, establece que “debe facilitarse el acceso de las víctimas de discriminación a los recursos legales y, a este respecto, debe considerarse seriamente la innovación de conferir a instituciones nacionales u otras instituciones, así como a las organizaciones no gubernamentales pertinentes, la capacidad de prestar asistencia a esas víctimas, y deben elaborarse programas para que los grupos más vulnerables tengan acceso al sistema legal”. Además, el párr. 164.g dice que “deben estudiarse y, cuando sea posible, establecerse métodos y procedimientos nuevos e innovadores de solución de conflictos, mediación y conciliación entre las partes involucradas en conflictos o controversias basados en el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia”.

Finalmente, el artículo 40 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que: “los pueblos indígenas tienen derecho... a una reparación efectiva... En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos”.

L. Derecho a solicitar refugio y derecho a emigrar

El art. 12 de la declaración del CA sobre el derecho a la paz establece:

1. Toda persona tiene derecho a solicitar y obtener la condición de refugiado sin discriminación alguna si existen temores fundados de que sea perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas (...).
3. Los Estados deberán situar a los migrantes en el centro de las políticas migratorias y de la gestión de la migración y prestar especial atención a la situación de los grupos de migrantes marginados y desfavorecidos (...). Si bien los países tienen el derecho soberano de determinar las condiciones de entrada y estancia en sus territorios, también tienen la obligación de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos de todas las personas sometidas a su jurisdicción, independientemente de su nacionalidad u origen y de su condición de inmigrantes.

La migración y la paz están estrechamente relacionadas de acuerdo con el documento de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo¹⁰⁵ y el Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social.¹⁰⁶ Además, la igualdad ante la ley y la no discriminación en el ejercicio de los derechos humanos son principios estructurales del derecho internacional de los derechos humanos.¹⁰⁷ Por último, en 1995 la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer examinó la situación de las mujeres migrantes y exhortó a los Estados a reconocer su vulnerabilidad como consecuencia de la violencia y otras formas de abuso.¹⁰⁸

M. Obligaciones y aplicación

El artículo 13 de la declaración del CA sobre el derecho a la paz establece:

- 105 “La pobreza y la degradación del medio ambiente, combinados con la falta de paz y seguridad, las violaciones de los derechos humanos y los distintos grados de desarrollo de las instituciones judiciales y democráticas son todos factores que afectan las migraciones internacionales”. Doc. A/CONF.171/13, El Cairo, 5-13 de septiembre de 1994.
- 106 El desarrollo social está claramente relacionado con el desarrollo de la paz, la libertad, la estabilidad y la seguridad, tanto a nivel nacional como internacional. A/CONF.166/9, Copenhague, 14 de marzo de 1995.
- 107 Pueden encontrarse referencias a estos principios en los Pactos internacionales de derechos humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, los Convenios de la OIT n° 143 y 151 sobre trabajadores migrantes, el Convenio de la OIT sobre la migración laboral, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el documento final de la Conferencia de Examen de Durban. Véase VAN BOVEN, T., *From Exclusion to Inclusion*. Maastricht/Intersentia, Antwerp, 2011, 16 p.
- 108 Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 15 de septiembre de 1995, A/CONF.177/20 (1995) y A/CONF.177/20/Add.1 (1995), párr. 46.

1. La preservación, promoción y realización del derecho de los pueblos a la paz es una obligación fundamental de todos los Estados y de las Naciones Unidas (...) para realizar los propósitos y principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas (...).
3. El ejercicio efectivo y práctico del derecho a la paz exige actividades y compromisos que trascienden el ámbito de los Estados y las organizaciones internacionales y requiere aportaciones amplias y activas de la sociedad civil, en particular del mundo académico, los medios de comunicación y las empresas y de toda la comunidad internacional en general (...).
6. Se invita al Consejo de Derechos Humanos a establecer un procedimiento especial que vigile el respeto y el ejercicio del derecho a la paz y que informe a los órganos competentes de las Naciones Unidas.

Además, las OSC solicitaron el desarrollo progresivo del derecho humano a la paz para incluir los siguientes temas: reforma del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas;¹⁰⁹ reconocimiento de la guerra preventiva como un crimen contra la paz; fortalecimiento de la Comisión de Consolidación de la Paz; aplicación efectiva del Programa de Acción para una Cultura de Paz, como se acordó en el documento final de la Cumbre Mundial de 2005;¹¹⁰ mayor ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; y establecimiento por la AG de un grupo de trabajo sobre el derecho humano a la paz para supervisar la aplicación de la futura declaración.¹¹¹

N. Disposiciones finales

El art. 14 de la declaración sobre el derecho a la paz del CA establece:

1. Ninguna disposición de la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, un grupo o una persona derecho alguno a emprender o realizar actividades o actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas o tendentes a suprimir o violar cualquiera de las disposiciones de la presente Declaración o de las normas internacionales de derechos humanos, el derecho laboral internacional, el derecho interna-

109 Como se acordó en el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005, "Apoyamos la pronta reforma del Consejo de Seguridad -elemento esencial de nuestro esfuerzo global por reformar las Naciones Unidas- para que tenga una representatividad más amplia y sea más eficiente y transparente, de modo que aumente aún más su eficacia y la legitimidad y aplicación de sus decisiones..." (Res. AG 60/1 de 16 de septiembre de 2005, párr. 153).

110 *Ibidem*, párr. 144.

111 Compuesto por 10 personas expertas independientes elegidas por la Asamblea General, con funciones inspiradas en las mejores prácticas desarrolladas por los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, como se propone en los artículos 14-15 de la *Declaración de Santiago*.

cional humanitario, el derecho penal internacional y el derecho internacional de los refugiados.

2. Las disposiciones de la presente Declaración se entenderán sin perjuicio de cualquier otra disposición más propicia a la realización efectiva del derecho humano a la paz formulada con arreglo a la legislación interna de los Estados o dimanante del derecho internacional aplicable.
3. Todos los Estados deberán aplicar de buena fe las disposiciones de la presente Declaración mediante la adopción de las pertinentes medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas o de otra índole que sean necesarias para promover su realización efectiva.

Las disposiciones finales están diseñadas para asegurar que nada en la Declaración irá en contra de los principios de las Naciones Unidas o las normas internacionales de derechos humanos, así como la aplicación del principio *pro persona*. El propósito de la Declaración es estimular el disfrute de todos los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente aceptados.

IV. Conclusiones

Es urgente que los Estados finalicen cuanto antes la codificación del derecho humano a la paz, ya que es objeto de violaciones continuas y sistemáticas. Estas violaciones tienen su origen en tres tipos de violencia, a saber:

En primer lugar, la violencia armada *directa*. Existen más de 40 conflictos armados en el mundo, muchos de ellos olvidados por los medios de comunicación. Están alentados por la carrera mundial de armamentos, que en 2012 alcanzó la escandalosa cifra de 1.756 miles de millones de dólares.¹¹² Además, las industrias bélicas y el enorme tráfico de armas generan corrupción, dado que producen cuantiosos beneficios. “La existencia de un complejo militar industrial inmensamente poderoso constituye un peligro para la democracia, tanto en el plano internacional como en el nacional, porque sigue su propia lógica y actúa prescindiendo de la participación popular”.¹¹³

En segundo lugar, la violencia estructural causada por la extrema pobreza y el hambre, que, lejos de haberse reducido, afecta todavía a 870 millones de seres humanos,¹¹⁴ la mayoría de ellos mujeres y niños de países en desarrollo.

112 SIPRI Yearbook 2013. Véase <http://www.sipri.org/yearbook/2013/03>

113 Informe del experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred-Maurice de ZAYAS, doc. A/HRC/24/38 de 1 de julio de 2013, párr. 26.

114 De acuerdo con las cifras de la FAO de 2012. Ver en http://www.worldhunger.org/articles/Learn/world%20hunger%20facts%202002.htm#Number_of_hungry_people_in_the_world

Y en tercer lugar, las manifestaciones de violencia cultural, como la violencia de género, en las escuelas, puestos de trabajo y la violencia intrafamiliar. En consecuencia, nos encontramos en nuestras sociedades ante un panorama de violaciones masivas del derecho humano a la paz, en las que la cultura de la violencia (corolario de la máxima latina *si vis pacem para bellum*) prevalece en detrimento de la cultura de paz.

Desde una perspectiva jurídica, como muestran tanto la Declaración de Santiago como la del Comité Asesor, el derecho humano a la paz está fuertemente arraigado en instrumentos aceptados universalmente (por ejemplo: la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales citados en el preámbulo de la Declaración de Santiago). Ambas declaraciones proponen un contenido concreto, holística y jurídicamente fundado, que define la paz como un derecho humano en un contexto de ausencia de todo tipo de violencia.¹¹⁵

Las dificultades son más bien políticas, ya que a algunos Estados les cuesta superar los esquemas de paz y seguridad internacionales propios de la guerra fría, felizmente terminada hace 24 años. Como ya se debatió en el proceso de negociación de las resoluciones aprobadas en los últimos cuatro años por el Consejo DH,¹¹⁶ los argumentos esgrimidos por los Estados desarrollados para rechazar el concepto del derecho humano a la paz son más bien excusas cosméticas y formales para no entrar a debatir la sustancia, por lo que también deben ser superados, en la medida en que los Estados deben responder positivamente a las demandas permanentes de sus sociedades civiles a favor de una paz mundial justa, sostenible y duradera, a cuya consecución todos debemos contribuir.

Con este fin, la UE y sus Estados miembros deberían comprometerse a celebrar una negociación auténtica cuando el GTCA reciba el 30 de junio de 2014 el nuevo texto de declaración preparado por el presidente-relator. Algunos Estados europeos ya han pasado del voto en contra a la abstención en sus votos de las resoluciones de 2012 y 2013. Por tanto, han preparado el terreno para una auténtica negociación en el seno del GTCA. El escollo final serán los Estados Unidos, que deberían aceptar negociar de buena fe la declaración con los demás Estados, que están ampliamente apoyados por la sociedad civil internacional.

115 Véase VAN BOVEN, T.: "The Right to Peace as an Emerging Solidarity Right", en RIETER, E. y DE WAELE, H. (eds.), *Evolving Principles of International Law. Studies in Honour of Karel C. Wellens*. Leiden/Boston, M. Nijhoff, 2012, pp. 137 - 147. Véase también VILLÁN, D., C. "El derecho humano a la paz en los trabajos del Consejo de Derechos Humanos", en VILLÁN, D., C. y FALEH, P., C. (eds.): *Contribuciones regionales para una declaración universal del derecho humano a la paz*. Luarca, AEDIDH, 2010, pp. 237 - 267.

116 Nos referimos a las resoluciones 14/3, 17/16, 20/15 y 23/16 del Consejo DH.

Si la paz es un valor universal que debe presidir las relaciones internacionales, el derecho humano a la paz es un imperativo jurídico reclamado por la sociedad civil de todo el mundo. Es también una exigencia de civilización, que prevalece sobre cualquier particularismo regional, histórico y cultural. Los Estados desarrollados no pueden continuar a la zaga de esta evidencia: la sociedad civil internacional reclama que la paz sea considerada ya como un derecho humano y la comunidad internacional debe responder positivamente.¹¹⁷

Es momento de clarificar en el plano internacional el contenido jurídico del emergente derecho humano a la paz y su relación con otros importantes derechos, en particular el derecho a la vida, al desarrollo y al medio ambiente. Las OSC confían en que los Estados serán respetuosos con las sólidas normas internacionales de derechos humanos que fundamentan el derecho humano a la paz. En este punto, la sociedad civil no aceptará ningún retroceso.

Por tanto, la futura declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho humano a la paz, que esperamos sea adoptada por la Asamblea General no más tarde del 10 de diciembre de 2014, debería proclamar que todos los seres humanos, pueblos y minorías, sin discriminación, deben disfrutar su derecho fundamental a la paz, lo mismo que todos los derechos humanos universalmente aceptados.

117 Cfr. VILLÁN, D., C., "The International Observatory of the Human Right to Peace", en VILLÁN, D., C. y FALEH, P., C. (Directors), *The International Observatory of the Human Right to Peace*, op. cit., p. 174 in fine.

Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal

Historical Memory and Transitional Justice in Spain: the Time as Actor of Criminal Justice

Memoria histórica e justiça transicional na Espanha: o tempo como ator da justiça penal

Josep Tamarit Sumalla*

Fecha de recepción: 3 de mayo de 2014.

Fecha de aprobación: 26 de junio de 2014.

Doi: dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.02

Para citar este artículo: TAMARIT, J., "Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 2, 2014, pp. 43-65. doi: dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.02

Resumen

El artículo aborda los retos político-criminales y jurídicos que plantean las demandas de rendir cuentas con el pasado mediante el estudio de las singularidades que ha planteado la transición española del régimen franquista a la democracia. En especial se analiza la Ley de Memoria Histórica de 2007 y los puntos más problemáticos de las demandas tardías de justicia penal que han surgido respecto a los delitos cometidos en el seno del referido régimen. Pese a la existencia de crímenes internacionales, el tiempo transcurrido ha acarreado dificultades fácticas y jurídicas, difícilmente superables, para una efectiva persecución. Se examina aquí esta problemática, centrada en la prohibición de retroactividad, la prescripción y los efectos de la Ley de Amnistía de 1977.

Palabras clave: Justicia penal, justicia transicional, memoria, reconciliación, reparación, verdad, víctimas.

Abstract

The article addresses the political-criminal and legal challenges posed by accountability demands for past crimes by studying the singularities that the Spanish tran-

* Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Lleida y Director del Programa de Criminología de la Universitat Oberta de Catalunya.

sition from Franco's dictatorship to democracy has raised. Especially, it is analysed the Historical Memory Law of 2007 and the most problematic points of the criminal justice actions that have emerged due to offenses committed during the dictatorship. Despite the existence of international crimes, the elapsed time has brought difficult to overcome, factual and legal difficulties for effective prosecution. This problem, focusing on the prohibition of retroactivity, prescription and effects of the Amnesty Act of 1977 is examined here.

Keywords: Criminal justice, transitional justice, memory, reconciliation, reparations, truth, victims.

Resumo

O artigo aborda os desafios político criminais e jurídicos que expõem as demandas de prestar contas com o passado mediante o estudo das singularidades que tem exposto a transição espanhola do regime franquista à democracia. Em especial analisa-se a Lei de memória histórica de 2007 e os pontos mais problemáticos das demandas tardias de justiça penal que têm surgido respeito aos delitos cometidos no seio do referido regime. Em que pese à existência de crimes internacionais, o tempo transcorrido tem acarreado dificuldades dificilmente superáveis, fáticas e jurídicas, para uma efetiva persecução. Examina-se aqui esta problemática, centrada na proibição de retroatividade, a prescrição e os efeitos da Lei de anistia de 1977.

Palavras-chave: Justiça penal, justiça transicional, memória, reconciliação, reparação, verdade, vítimas.

I. La singularidad del caso español

En los estudios sobre justicia transicional, el caso español suele ser considerado singular por diversas razones. En primer lugar, por la particularidad de la transición española, caracterizada por una decisión de olvidar el pasado, seguida de medidas de reparación parcial, y la ausencia de procesos penales y de cualquier clase de “purgas” o medidas de depuración. Entre las diversas causas de esta decisión destaca la situación en que se produjo la transición, conducida por el propio postfranquismo. Las fuerzas políticas de tradición democrática eran débiles en una sociedad que había vivido una larga dictadura impuesta tras una cruenta guerra civil y una política efectiva de eliminación y expurgación de la vida pública de los no adictos al régimen practicada por los vencedores. El segundo elemento singular del caso español está en el surgimiento de demandas sociales de revisión del proceso transicional en los primeros años del siglo XXI, una vez habían transcurrido más de 25 años desde la muerte de Franco. Estas demandas, procedentes de diversos sectores

de la sociedad civil, cuestionan la política de olvido, la visión autocomplaciente de la mayor parte de actores políticos respecto al modelo español de transición y la retórica de la reconciliación practicada por buena parte de esos actores y por diversos agentes sociales, como la Iglesia católica.

Por las razones señaladas se ha producido una “justicia transicional tardía”, consistente en una serie de medidas social y políticamente muy controvertidas.¹ En 2007 se aprobó la Ley de Memoria Histórica y en 2008 el juez Garzón abrió un proceso judicial para perseguir los crímenes cometidos en los primeros años de la dictadura. El desarrollo y las consecuencias de este proceso han acentuado la dimensión internacional del caso, produciéndose una doble paradoja. Por una parte, el Estado español ha cerrado prácticamente la posibilidad de perseguir estos delitos, pese a haberse llegado a enjuiciar y a condenar en España poco tiempo antes a los responsables de delitos cometidos durante la dictadura argentina en aplicación del principio de justicia universal. Por otra, las organizaciones defensoras de los derechos humanos y de las víctimas de los delitos de la dictadura franquista han conseguido que jueces argentinos hayan abierto causas penales en las que se reclama a España la extradición de ciudadanos españoles presuntos responsables de tales delitos para ser juzgados en Argentina.

En este trabajo se analizarán algunos de los aspectos más problemáticos que se plantean respecto a la posibilidad de una persecución penal de delitos cometidos hace muchos años, básicamente aquellos en los que se hace necesario valorar los efectos del transcurso del tiempo sobre la viabilidad fáctica y jurídica de tal persecución. Ello nos llevará a examinar la problemática de la Ley de Amnistía y de la prescripción. Hay algo especialmente llamativo de la experiencia española, de la que cabe extraer conclusiones de gran relevancia ante situaciones similares que puedan producirse en otros países. Como aquí se expondrá, existían rigurosos argumentos a favor de la viabilidad jurídica de una persecución de estos delitos un largo período de tiempo en el que no hubo iniciativas ni siquiera propuestas serias por parte de miembros del poder judicial, fiscalía, representantes políticos u organizaciones sociales de cierta entidad. Tales iniciativas y demandas de intervención de la justicia se han producido, sin embargo, cuando ya era demasiado tarde.

En el vocabulario de la transición española hay dos conceptos que han desempeñado un papel predominante: “olvido” y “reconciliación”. La primera permite definir adecuadamente el clima político reinante durante unos años respecto a los

1 Un amplio análisis jurídico, así como del contexto histórico y social, de estas medidas puede verse en TAMARIT, S., J. M., *Historical Memory and Criminal Justice in Spain – A case of Late Transitional Justice*, Cambridge, Antwerp, Portland 2013.

sucesos del pasado, de modo que se ha señalado con acierto que se trataba de una “transición amnésica”.² Sin embargo, debe advertirse el uso manipulador que ha tenido la retórica de la reconciliación, que en el discurso político dominante ha sido enaltecida como ideal prioritario frente al de justicia. Los elementos de un proceso de reconciliación en el sentido propio de la cultura de “justicia transicional”, en la que se busca una armonización entre las necesidades de justicia y de reconciliación,³ es obvio que no han estado presentes en el caso español.

La disposición de carácter transicional más importante y de mayor trascendencia fue la Ley de Amnistía, aprobada por el primer Parlamento elegido democráticamente tras la muerte de Franco. La amnistía de los presos políticos, que habían sufrido represión por su oposición al régimen franquista, era una de las principales reivindicaciones de los partidos democráticos. La Ley de Amnistía fue aprobada el 6 de octubre de 1977 con el voto favorable de más de 90% de los diputados, entre los que se encontraban los partidos políticos que representaban la oposición democrática al franquismo. La amnistía se extendía incluso a quienes habían cometido delitos de sangre si habían actuado por motivos políticos, lo que incluía a los miembros de ETA y otras organizaciones terroristas, y comprendía también los “delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley” y los “delitos cometidos por los funcionarios y los agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas” (art. 2). Se sellaba así un pacto, no asumido de modo explícito, por el que el régimen saliente accedía a la amnistía reclamada por las fuerzas democráticas a cambio de no tener que responder ni los dirigentes ni los servidores de aquel por sus crímenes.

La transición española ha adoptado un modelo definido por Gil como de “olvido con rehabilitación parcial”, dado que se han satisfecho ciertas exigencias de reparación de las víctimas de la represión.⁴ En un primer momento se acordaron algunas medidas de rehabilitación de funcionarios represaliados y de reconocimiento a los herederos de fallecidos el derecho a percibir prestaciones debidas (Decreto del 5 de diciembre de 1975 y Decretos del 27 de mayo y del 2 de junio de 1977). Tras la aprobación de la Constitución de 1978 se inició un proceso en el que de modo lento

2 Vid. REYES, M., *Justicia de las víctimas*, Madrid. 2009.

3 Sobre el sentido de la reconciliación en la justicia transicional, a partir de la experiencia de las comisiones de la verdad en algunos países, Vid. DALY y SARKIN, *Reconciliation in divided Societies: Finding Common Ground*, University of Pennsylvania Press, 2006; y HEYLEN, B., PARMENTIER, S., WEITEKAMP, E., “The Emergence of “Holistic Reconciliation”: Lessons Learned from Victims and Offenders inside the South African Truth and Reconciliation Commission”, in *International Perspectives in Victimology*, v. 5, 2010, p. 7.

4 La expresión es de GIL, G., A., “La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica”, Barcelona 2009; p. 23.

y gradual se fueron adoptando decisiones de carácter reparador. Estas decisiones respondieron en una primera fase a una lógica de equiparación, al reconocerse a los perdedores de la guerra prestaciones de las que hasta el momento solo se habían beneficiado los vencedores. Tales medidas tomaban como referencia la Guerra Civil, como si no hubiera existido después una larga dictadura y no se hubiera salido aún totalmente de ella (así Leyes del 29 de marzo de 1982 y del 22 de octubre de 1984). No fue sino hasta 1990 cuando, de un modo nada expresivo desde el punto de vista simbólico y comunicativo, se dio un paso más. Mediante una Disposición Adicional a la Ley de Presupuestos del Estado del 29 de junio de 1990 se reconocieron derechos de indemnización a favor de quienes habían sufrido prisión durante tres (3) o más años. Posteriormente la Ley del 18 de marzo de 2005 introdujo una prestación económica a favor de los denominados “niños de la guerra”. En cuanto a la devolución de bienes incautados, el proceso de reparación ha sido también lento, gradual y muy limitado y controvertido, dado que ha beneficiado a los partidos y sindicatos, pero no a los particulares.

La condena explícita del régimen franquista y la calificación como ilegítimas de algunas de sus decisiones no se produce hasta la aprobación de la Ley 52/2007, “por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución y violencia durante la guerra civil y la dictadura”. Esta es la denominación de la norma, aunque es más conocida como Ley de Memoria Histórica. Su aprobación es fruto de una voluntad de paliar las carencias del proceso de transición y ha recibido críticas de muy diverso signo, algunas de las cuales han destacado su oportunismo político o han entendido que llegaba demasiado tarde, mientras otras han denunciado insuficiencias en el reconocimiento de los derechos de las víctimas y en la reparación de las injusticias cometidas por el franquismo.

En lo que atañe a las demandas de justicia, las críticas a la impunidad de los crímenes del franquismo empiezan a adquirir relevancia pública a partir del proceso abierto por el juez Baltasar Garzón contra Augusto Pinochet, a raíz de una acción presentada por diversas organizaciones civiles y víctimas de la dictadura chilena. La acción se planteó al amparo del principio de jurisdicción universal, en ese momento reconocido ampliamente en el Derecho español (Art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985), y sin limitaciones derivadas de ninguna ley de amnistía. Mucho más lejos llegó la justicia española en la aplicación del referido principio respecto a hechos de la dictadura argentina, hasta el punto que el militar argentino Adolfo Scilingo fue condenado por la Audiencia Nacional (AN) en 2005 por delitos contra la humanidad. El Tribunal Supremo (TS), en la sentencia del 1 de octubre

de 2007, modificó el título condenatorio por entender que los hechos no podían ser calificados como delitos contra la humanidad, dado que eran anteriores a la tipificación de esta figura delictiva en el Código Penal Español (CPE), pero condenó al procesado por delitos de asesinato y detención ilegal. En un contexto de creciente asentamiento a escala global de la cultura de la memoria histórica y de un mayor protagonismo de los derechos de las víctimas, el hecho de que España enjuiciara los crímenes de otras dictaduras sin haber sido capaz de enfrentar su propio pasado afectó negativamente la imagen del país y motivó una reacción interna de cuestionamiento del modelo transicional de impunidad.

El análisis que se aborda en el presente artículo es de carácter básicamente jurídico, aunque lo situamos en el contexto teórico de la justicia transicional. Pese a las críticas que el concepto ha recibido por su insuficiente teorización y a que en el debate político, social e incluso académico ha sido escasamente utilizado en España, se entiende que aporta un marco conceptual en el que pueden ser examinadas problemáticas específicas relacionadas con el modo de dar respuesta a demandas de justicia relacionadas con casos de victimización masiva que emergen en situaciones en las que es cuestionada la aplicabilidad de los criterios jurídicos formulados en un contexto de estabilidad valorativa, institucional y social.⁵

II. La Ley de Memoria Histórica

La Ley 53 del 26 de diciembre de 2007, fue promovida por el gobierno socialista presidido por José Luis Rodríguez Zapatero, tras las labores realizadas en el seno de una Comisión interministerial que mantuvo reuniones con 36 organizaciones sociales. La “memoria histórica” ha sido en España la idea predominante en torno a la cual se ha producido el debate sobre la elaboración del pasado, siendo las referencias a la “justicia transicional” muy escasas en el debate público. Esta ley fue aprobada con el rechazo del principal partido de la oposición, el Partido Popular, que no aceptó ninguna clase de cuestionamiento de la transición ni tampoco la condena explícita de la dictadura franquista. Pese a ello la Ley no ha satisfecho algunas de las principales reivindicaciones de las asociaciones civiles, especialmente en lo tocante a las fosas comunes en las que fueron sepultadas las víctimas de las ejecuciones extrajudiciales masivas perpetradas por las tropas de Franco. También ha sido criticado el hecho de que la Ley casi no utiliza el término víctimas, sino que opta por la expresión “los que sufrieron las consecuencias de la guerra civil y la dictadura”, lo cual marca una expresiva diferencia con la exaltación y adulación

5 El artículo no tiene la pretensión de abordar las complejas cuestiones teóricas que plantea el concepto de justicia transicional, del que me he ocupado en “Historical Memory...”, cit. p. 7 ss.

de las víctimas efectuada en otras leyes, como la Ley 29/2011 de reconocimiento y protección integral de las víctimas del terrorismo de 22 de septiembre.⁶ A continuación se resumen los tres principales contenidos de la Ley.

A. Rehabilitación de personas condenadas

La Ley ha tratado de dar respuesta a las demandas de rehabilitación de personas que habían sufrido represión como consecuencia de una condena pronunciada por un tribunal u órgano especial, ya fuere de carácter judicial o administrativo. El Art. 2 condena todas las sanciones y actos de violencia cometidos por razones políticas, religiosas o ideológicas durante la Guerra Civil y la dictadura, y las califica como “completamente injustas”. Además, el Art. 3 declara que los tribunales, consejos de guerra y otros órganos que hayan impuesto sanciones personales basadas en las aludidas razones son “ilegítimos”. La Ley no recogió la petición efectuada por algunas asociaciones y grupos parlamentarios de declarar nulas tales resoluciones y los correspondientes tribunales. Ello ha dado lugar a controversias respecto a los efectos de la declaración legal, especialmente en lo tocante al modo en que de la Ley puede derivarse un derecho de los afectados a que un Tribunal declare con carácter individual la nulidad de la resolución por la que fueron impuestas penas de muerte o sanciones privativas de libertad o de otros derechos. En relación con los efectos a título individual la Ley se limita a regular en su Art. 4 el derecho a obtener una declaración de reparación y reconocimiento personal, que puede ser solicitada por las personas directamente afectadas o por sus familiares ante el Ministerio de justicia. La norma deja claro que tal declaración no constituye un título que pueda dar lugar al reconocimiento de responsabilidad patrimonial del Estado.

La Ley no ha tenido como efecto una modificación de la doctrina dominante del TS, que ha desestimado la mayor parte de recursos de revisión presentados contra resoluciones dictadas durante el franquismo, incluso con alegaciones de haberse producido violaciones de normas procesales vigentes al tiempo del enjuiciamiento. La esperanza de que la Ley pudiera ser interpretada como un “hecho nuevo” susceptible de dar lugar a la revisión de la sentencia, se ha visto truncada por nuevas decisiones del citado Tribunal, como la recaída en el caso del poeta Miguel Hernández, en la que, pese a reconocer la injusticia de la sentencia por la que se le condenó a muerte, se desestimó la petición de revisión presentada por su familia.⁷ Ante ello queda solo confiar en que en una futura Ley procesal se atiendan las

6 Vid. un análisis de la cuestión en TAMARIT, “Paradojas y patologías de la construcción social, política y jurídica de la victimidad”, *Indret*, 2013.

7 Vid. SÁEZ, V., R., “Anular las sentencias de la represión franquista. Una tarea de higiene pública”, en *Jueces para la democracia*, pp. 75 ss.

propuestas efectuadas por un sector de la doctrina procesalista en el sentido de incluir nuevas causas de revisión que permitan superar los estrechos cauces de la actual regulación legal del recurso de revisión.⁸

Esta cuestión lleva directamente a un típico dilema del derecho transicional. Las posturas resistentes ante los intentos de anulación de decisiones adoptadas conforme a la legislación de un Estado predemocrático suelen basarse en la prevalencia de las exigencias de certeza jurídica frente a las demandas basadas en una visión idealista del derecho. Por otra parte, las posturas revisionistas se niegan a aceptar la equivalencia entre las normas de un Estado democrático y las de un Estado no legítimo. En cualquier caso, parece difícil aceptar la idea de que el plus de legitimidad de un Estado democrático deba llevar necesariamente a la nulidad de cualquier decisión adoptada por el régimen anterior, dado que, como señaló Kirchheimer, no existe un “Estado criminal” en estado puro,⁹ lo cual obliga a las democracias a tomar decisiones difíciles respecto a cuáles efectos jurídicos cabe considerar válidos de las normas y decisiones del pasado, y cuáles de éstas deben ser declaradas nulas.

B. Nuevas medidas de reparación

Algunas previsiones legales, anteriormente comentadas, pueden ser consideradas como medidas de reparación moral de las víctimas. Además de estas, la Ley de 2007 ha incluido mejoras en las compensaciones introducidas a través de normas precedentes. Así, amplió las indemnizaciones en favor de las viudas, hijos y otros familiares de las víctimas de la guerra. Aun sin ser económicamente significativa, esta previsión ha permitido incluir a todas las víctimas que murieron tras el conflicto, no solo a las que murieron hasta dos años después de su finalización. En segundo lugar, la Ley incrementó las muy limitadas indemnizaciones existentes en favor de los huérfanos. También se incluyeron nuevos supuestos entre los beneficiarios de la compensación económica acordada en 1990 a favor de los que habían sufrido encarcelamiento por razones políticas. Finalmente, la Ley extendió la indemnización de 135.000 euros establecida a favor de los que habían fallecido por razones políticas a todos los que habían muerto entre 1 de enero de 1968 y 6 de octubre de 1977 como consecuencia de su actividad en defensa de la democracia, con lo que se trató de reducir las grandes diferencias existentes entre las prestaciones a favor de las víctimas del franquismo y las que tienen reconocidas las víctimas del terrorismo, mediante

8 Vid. en este sentido ARANGÜENA, F., C., “La Ley de memoria histórica y sus limitaciones: una visión desde la óptica del Derecho procesal”, en TAMARIT (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona, 2010, p. 130.

9 Vid. KIRCHHEIMER, O., “Trial by Fiat of the successor regime”, en KRITZ, N.J. (ed.), op. cit., pp. 359 - 361.

una cláusula que evitara que pudieran beneficiarse de la indemnización las personas que habían practicado actividades de carácter terrorista.

C. Exhumación e identificación de las víctimas

Uno de los aspectos más controvertidos de la Ley de memoria histórica ha sido el relativo a la exhumación de los restos de las personas que habían sido víctimas de asesinatos políticos y ejecuciones extrajudiciales durante la Guerra Civil y los primeros años de posguerra. Diversas asociaciones, algunas de las cuales habían acometido por su cuenta la práctica de exhumaciones en antiguas fosas comunes y la identificación de las víctimas, habían reclamado del Estado que asumiera un compromiso en la realización de las exhumaciones como garantía del derecho a conocer la verdad por parte de la sociedad y, concretamente, de los familiares de personas desaparecidas. La Ley se limita a establecer el deber de las administraciones de facilitar las tareas de los descendientes de las víctimas para encontrar a sus familiares desaparecidos e identificar sus restos, para lo cual se prevén posibles indemnizaciones para compensar los costes (Art. 11). Sin embargo, la identificación de las víctimas y el establecimiento de la verdad sobre lo sucedido no se han asumido legalmente como cuestiones públicas, sino como un asunto privado vinculado al derecho de los individuos a su memoria individual y familiar. Las demandas de las asociaciones de una mayor implicación del Estado, a través de medidas como la investigación de oficio o la creación de bancos de datos de ADN, fueron rechazadas. Ello ha propiciado críticas por no haberse cumplido con las exigencias establecidas en las normas internacionales sobre personas desaparecidas, como la Declaración para la Protección de Todas las Personas que han Sufrido Desaparición Forzada de 1992 o la Convención Internacional sobre el Derecho a la Verdad, la Justicia y la Reparación y las Garantías de No Repetición de 2006.¹⁰ Ante ello, algunas comunidades autónomas han ido más allá en la implicación con el proceso de recuperación de la memoria. Un ejemplo de ello ha sido la Ley Catalana de Fosas de 2009, que define la desaparición forzada de personas de modo coherente con la Convención de 2006, crea un censo y un registro público de desaparecidos y regula la responsabilidad del gobierno autonómico catalán en las labores de búsqueda e identificación de los restos, tanto los de víctimas del franquismo como los de quienes sufrieron actos de barbarie de la retaguardia republicana.

10 Así TERRADILLOS, B., J., “La revisión del pasado y la Ley de memoria histórica”, *Revista penal* N° 25, 2010, p. 156; o ZAPICO, B., M., “¿Se pueden/deben investigar los crímenes cometidos durante la guerra civil española y la dictadura franquista? Algunas cuestiones al respecto planteadas por el Auto de 16 de octubre de 2008”, *Revista de Derecho y proceso penal*, 2009, pp. 83 - 110.

III. La fracasada persecución penal de los “crímenes del franquismo” en España

El 16 de octubre de 2008 el juez de Instrucción Baltasar Garzón inició una causa penal por delitos contra la humanidad, a partir de una querrela presentada por diversas organizaciones sociales, en ejercicio de la “acción popular”.¹¹ Según el auto del citado Juez, los delitos serían asesinatos y detenciones ilegales seguidas de desaparición, cometidos con carácter masivo entre el 17 de julio de 1936 y el 31 de diciembre de 1951, que habrían sido ordenados y dirigidos por los líderes de las fuerzas que se habían rebelado contra las instituciones legítimas. Los delitos, cometidos en todo el territorio del Estado español, eran conexos con un delito de rebelión, tipificado como delito contra los altos organismos del Estado y cuya competencia está legalmente atribuida a la Audiencia Nacional. En su auto, Garzón incluía un relato de los crímenes cometidos por las fuerzas encabezadas por Franco y otros generales, descritos como parte de un ataque planificado y sistemático contra los disidentes, con el propósito de eliminarlos. El Magistrado calificaba los hechos como delito contra la humanidad y para superar la prohibición de aplicación retroactiva de la norma penal, al no haberse producido la tipificación de estos delitos en el CPE hasta 2003, invocaba la “cláusula Martens”, incluida en el preámbulo de la Segunda Convención de La Haya relativa a las leyes de la guerra de 1899,¹² así como el derecho de guerra vigente al tiempo en que ocurrieron los hechos investigados. Garzón afirmaba asimismo que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966, en vigor en España desde 1977, exige a los Estados que investiguen los casos de desapariciones con riesgo para la vida o tortura (artículos 6 y 7).¹³ Para sortear el problema de la prescripción del delito el juez se basaba en los siguientes argumentos: a) los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles; b) si los hechos fueran considerados como delitos comunes, los casos en que no han sido hallados los cuerpos de las víctimas deberían ser calificados como “detención ilegal seguida de desaparición”, cuya naturaleza jurídica de delito per-

11 Procedimiento Sumario núm. 53/2008 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5.

Puede accederse a la documentación del caso a través del Portal iberoamericano de ciencias penales de la Universidad de Castilla La Mancha: <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/Dossier/Espa%F1a%20proceso%20a%20los%20cr%EDmenes%20de%20la%20Dictadura> (consultado el 17 de agosto de 2011).

12 Según dispone el Preámbulo, “hasta la elaboración de un código de leyes más completo, las altas partes contratantes consideran justo declarar que en los casos no incluidos en las regulaciones adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la protección y el imperio de los principios de derecho internacional, tal como resultan de los usos establecidos por la naciones civilizadas, las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública”.

13 Similares obligaciones derivan de la Convención europea de derechos humanos de 1950 (Art. 2) y de la Convención de las Naciones Unidas sobre desapariciones forzadas de 2006 (Art. 12).

manente supone que la consumación se sigue produciendo mientras dura el estado antijurídico de desaparición y el cómputo de la prescripción no se iniciaría hasta que el mismo hubiera cesado.

En relación con la Ley de Amnistía, Garzón asumía la jurisprudencia de algunos tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que han declarado la inadmisibilidad de las amnistías en los casos de graves violaciones de derechos humanos. Los delitos de desaparición forzada se habrían seguido cometiendo tras la aprobación de la Ley de Amnistía e incluso después de la entrada en vigor de la Constitución en diciembre de 1978. La resolución culminaba con una lista de los presuntos responsables, encabezada por Franco y seguida por dirigentes del ejército nacionalista vencedor de la Guerra Civil. Este ha sido uno de los aspectos más criticados de la resolución, al tratarse de personas cuya muerte es un hecho notorio, por lo cual el juez Garzón habría pretendido usar el proceso penal al servicio de objetivos ajenos a sus finalidades, siguiendo el precedente de los “juicios de la verdad” en Argentina, criticados también en su día por ser meros instrumentos de investigación vacíos de contenido punitivo real.¹⁴

La AN el 2 de febrero de 2009 estimó el recurso del Ministerio Fiscal contra el auto del Juez instructor y acordó sobreseer el procedimiento. La Sala estableció que ninguno de los delitos entraba dentro de su competencia y que en su caso serían competentes los tribunales territoriales de los lugares donde los diversos delitos hubieran sido cometidos. La Sala, además, rechazó la posibilidad de enjuiciar los hechos como delitos contra la humanidad al ser este un tipo delictivo inexistente en el momento de su comisión tanto en la legislación española como en el derecho internacional. La “cláusula Martens” no podía en ningún caso servir como referencia en tanto que ley previa dado que no incluía una descripción de delitos y el derecho de guerra no sería aplicable más que a conflictos armados internacionales, no siendo este el caso de la guerra española. Además, censuró la pretensión de aplicar de modo retroactivo la norma que declara la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, dado que tal norma no existía en el momento de la comisión de los hechos ni en el derecho español ni en el derecho internacional consuetudinario. Tampoco los hechos podrían ser considerados como detención ilegal seguida de desaparición, puesto que este tipo delictivo no fue introducido en el derecho español hasta la aprobación del CP de 1944 y porque en todo caso se trataría de muertes y no de desapariciones, por ser un hecho notorio que las detenciones habían tenido como consecuencia la muerte de las

14 Vid. PASTOR, D., *El poder penal internacional*, Barcelona, 2006.

víctimas. Finalmente, la Sala afirma la plena aplicabilidad de la Ley de Amnistía, que se extendía, más allá de los delitos políticos, a los delitos cometidos por las autoridades y sus agentes contra los derechos de las personas. Por otra parte, la norma internacional que prohíbe las amnistías en los casos de violaciones graves de derechos humanos no se podría considerar existente al tiempo de la aprobación de la Ley de 1977 y por lo tanto no cabe extinguir retroactivamente los efectos ya producidos por la indicada Ley.

Tras la decisión del pleno de la AN, las organizaciones promotoras de la persecución penal acudieron a diversos jueces territoriales, alguno de los cuales aceptó abrir una investigación ordenando la apertura de fosas. Posteriormente, el juez Garzón fue acusado de prevaricación por haber dictado a sabiendas una resolución injusta y el TS ha abierto un proceso penal contra el Magistrado, a instancias de La Falange, una organización de extrema derecha heredera directa de uno de los grupos paramilitares que apoyaron el levantamiento contra la República y participaron en los crímenes que Garzón trataba de investigar, y dos presuntas organizaciones sindicales: “Manos Limpias” y “Unión nacional de trabajadores”. El proceso contra Garzón, que recibió duras críticas fuera y dentro de España, llegó hasta la celebración del juicio, tras el cual el juez fue absuelto por sentencia de la Sala de lo Penal del TS del 27 de febrero de 2012. La referida Sala concluyó que el Magistrado había incurrido en error en su resolución de incoar el proceso penal, pero que el error había sido ya corregido por la vía jurisdiccional ordinaria y que no cabía apreciar el plus de antijuridicidad necesario para la concurrencia del delito imputado al juez. En la sentencia se reconoce que el juez actuó con la finalidad de tutelar los derechos de las víctimas de unos delitos que habían obtenido hasta el momento tan sólo una satisfacción parcial por parte del Estado. Con todo, el Tribunal entra en el fondo del asunto respecto a la perseguibilidad de los delitos y reafirma la tesis de la prohibición de aplicación retroactiva establecida por la AN. En cuanto a la Ley de Amnistía, afirma que se trata de “una Ley vigente, cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva al Parlamento”, y que fue adoptada en el contexto de una transición, que no se priva de calificar como “modélica”.

IV. Ley penal aplicable y prescripción

La norma que tipifica los delitos contra la humanidad entró en vigor en España en 2003, por lo cual su aplicación a hechos anteriores plantea el problema de la prohibición de retroactividad. La doctrina al respecto se encuentra dividida, con algunos autores que entienden que la preexistencia de esta categoría delictiva en el derecho internacional permitiría satisfacer las exigencias del principio de lega-

lidad¹⁵ y un sector doctrinal que entiende que el castigo por hechos anteriores a la referida fecha supondría una violación del mencionado principio constitucional¹⁶. Más allá del debate sobre el momento en el que el tipo de delito habría quedado configurado en el derecho internacional consuetudinario hay un problema concreto difícilmente resoluble, que afecta a cuál sería la pena aplicable, lo que afecta a la garantía penal (*nulla pena sine lege previa*). Por ello, vamos a centrarnos aquí en la posibilidad de calificarlos como asesinato o detención ilegal, tipos delictivos previstos en la legislación vigente cuando los delitos fueron cometidos. Por lo demás, una vez asegurado el cumplimiento del principio de legalidad, nada cabría oponer a que los hechos fueran valorados y enjuiciados según los principios propios de un derecho democrático y no según los de un régimen autocrático, siguiendo el criterio establecido por la Corte europea de derechos humanos en el caso de *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*.

En los supuestos en los que no ha podido establecerse la muerte de quienes fueron detenidos arbitrariamente y que por lo tanto cabe considerar como desaparecidos, la calificación como delito de detención ilegal seguida de desaparición forzada plantea el problema de que el actual tipo delictivo de detención ilegal seguida de desaparición forzada (Art. 163 CPE) no existía en el CP de 1932 y el antecesor de este tipo penal fue introducido en el Art. 483 del CP de 1944. Ello permitiría perseguir sólo los hechos cometidos tras la entrada en vigor del Código de 1944, interpretado, según la doctrina anteriormente señalada de la CEDH, a la luz del desarrollo del concepto de desaparición forzada. Los hechos anteriores a esa fecha en que no pudiera declararse la muerte solo podrían ser calificados como detención ilegal.

No hay duda que por esta vía no podría asegurarse la persecución de las torturas, cometidas durante toda la dictadura, ya que este delito no estaba tipificado en el Código Penal vigente al tiempo de la comisión y en todo caso las penas que hubieran podido imponerse, si los hechos no iban acompañados de lesiones, homicidio o detención ilegal, eran muy leves.

Llegados a este punto, la controversia gira en torno al problema de la prescripción. En el plano teórico-doctrinal no hay acuerdo respecto a la naturaleza procesal o sustantiva de esta institución. Para quienes entienden que es predominante su carácter procesal, la prohibición de aplicación retroactiva de las normas que

15 Vid. en este sentido PIGRAU, S., *La jurisdicción universal y su aplicación en España*, Barcelona, 2009, p. 130; OLLÉ, S., M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, Madrid, 2008, pp. 64 - 66, o ZAPICO, B., M. "Investigating the Crimes of the Franco Regime: Legal possibilities, obligations of the Spanish State and duties towards the victims", *International Criminal Law Review* 10, 2010, pp. 245 - 246.

16 Vid. en este sentido GIL, G., cit., pp. 114 - 121.

supongan una modificación desfavorable, como la declaración de imprescriptibilidad introducida en el CPE en 2003, debe justificarse acudiendo a los derechos constitucionales y las garantías jurídicas que puedan verse involucradas y al fundamento de la prescripción. Desde el punto de vista de las garantías jurídicas, parece claro que puede vulnerarse la seguridad jurídica y la confianza en el orden jurídico si se pretende aplicar retroactivamente una norma que extiende el término de prescripción una vez el delito ya habría prescrito, puesto que ello habría generado en el sujeto una legítima expectativa de no persecución del delito. Sin embargo, es más dudoso que se hubiera producido alguna vulneración de las garantías si la reforma normativa es anterior al momento en que hubiera expirado el plazo de prescripción. En tal caso resulta necesario conocer cuál es el fundamento de esta institución, lo cual plantea un interesante debate que remite al núcleo de la problemática de la justicia transicional.

No es el objetivo de este trabajo descender al detalle sobre el debate en torno al fundamento de la prescripción del delito. Si una conclusión clara cabe extraer del mismo es la necesidad de reconocer que no existe un fundamento único y que su razón de ser tiene relación esencialmente con la falta de necesidad de la pena, por razones vinculadas a la satisfacción de los fines de la pena y a las dificultades de llevar a cabo el proceso. Entre las aludidas razones estaría la consideración de que el hecho es percibido como pasado,¹⁷ y las necesidades de estabilización y de restauración de la confianza normativa han cesado o se han reducido significativamente. Ello puede tener que ver con el olvido colectivo de los hechos o con la superación de los efectos del mismo por parte de las víctimas, la clausura y el cierre de las heridas. Este argumento puede llevar sin excesiva dificultad a sostener que la evolución social comporte un cambio esencial en el modo de elaborar el pasado y se tome una decisión de construir una sociedad democrática haciendo aflorar un pasado traumáticamente silenciado, en la que existan demandas de justicia derivadas de haber cerrado en falso el pasado. Si a ello se agrega el descubrimiento de nuevas técnicas que faciliten la obtención de pruebas, como el ADN, que permiten superar las dificultades de un proceso penal incoado mucho tiempo después de la comisión del delito, la aceptación de excepciones a la prohibición de aplicación retroactiva de las leyes de prescripción puede resultar más justificada.

Al margen de que se esté dispuesto o no a aceptar tal clase de excepciones, debemos referirnos a otra especificidad transicional que podría haber tenido más

17 Vid, en este sentido RAGUÉS, V., R., *La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, Barcelona 2004, pp. 51 y 56. El autor alude a la conversión en pasado, a que el hecho ha pasado a ser historia, como una de las explicaciones del fundamento de la prescripción del delito.

trascendencia en el caso español de haber sido tenida en cuenta en el momento oportuno. El enjuiciamiento de delitos cometidos desde el poder en una dictadura plantea una obvia situación de excepcionalidad. En España durante el franquismo no existían las condiciones fácticas para ejercer la acción penal por esta clase de delitos. Ello ha sido tenido en cuenta por el TS en el orden civil, al establecer que el cómputo del tiempo de prescripción para la reclamación de propiedades ilegalmente apropiadas durante la Guerra Civil o los primeros años del franquismo debe iniciarse desde la fecha de la entrada en vigor de la Constitución (29 de diciembre de 1978). El mismo criterio debería haberse adoptado en el orden penal, como se hizo en Alemania en el enjuiciamiento de los tiradores del muro de Berlín, sin que pueda considerarse que con ello se produce vulneración del principio de legalidad.¹⁸ De este modo, hubiera sido posible abrir procesos penales en los primeros años de régimen democrático, pero no ahora, dado que han transcurrido ya más de los 20 años que el CPE 1944 establecía como tiempo de prescripción del asesinato.

Distinto sería el caso de las detenciones ilegales seguidas de desaparición, en que la naturaleza jurídica de delito de consumación permanente determina que el cómputo del plazo de prescripción no se inicie hasta el momento en que finaliza el estado antijurídico de privación de libertad. Pero la valoración del problema de las desapariciones forzadas resulta extremadamente compleja. En los supuestos de detención ilegal o secuestro, el estado antijurídico permanece vivo durante todo el tiempo en que se prolonga la privación de libertad bajo el control del autor, pues resulta fácil aceptar la idea de que se sigue consumando el delito en la medida que sigue ejerciendo el dominio del hecho objetiva y subjetivamente, con un dolo simultáneo al hecho que se sigue consumando. Pero la situación es distinta en los casos de desaparición forzada y para resolver el problema es necesario distinguir dos dimensiones. En primer lugar, la desaparición es esencialmente una “situación jurídica” caracterizada por la incertidumbre respecto a al destino de quien ha sido ilegalmente privado de libertad, de modo que su situación es la de “desaparecido” porque no existe certeza respecto a si está vivo o muerto (incerteza que podría hipotéticamente alcanzar, en caso de estar vivo, a si está libre o en poder de sus secuestradores). Sin embargo, la desaparición entraña también una dimensión fáctica consistente en la victimización indirecta producida sobre las personas cercanas al desaparecido, victimización de carácter psíquico producida por la imposibilidad de cerrar la herida y elaborar el duelo. Así se reconoce en el Art. 15 de la Convención Internacional para

18 De otra opinión es GIL, G. (cit.), quien considera que al no ser un supuesto de interrupción expresamente previsto por la ley se incurriría en una vulneración del referido principio.

la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada de 6 de febrero de 2007, según la cual “se entenderá por ‘víctima’ la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada”. Por otra parte, no puede olvidarse que el carácter permanente se predica del resultado, no de la acción, y en los delitos de resultado, que admiten el fraccionamiento espacio-temporal entre resultado y acción, se acepta que el inicio del plazo de prescripción se inicia en el momento de la consumación, incluso en los supuestos de daños producidos a largo plazo.

Con razón muchos han considerado escandalosa la pasividad del Estado ante el asesinato masivo de personas cuyos restos fueron depositados en fosas comunes. Durante muchos años, los gobiernos democráticos no han emprendido acciones para conocer su paradero, identificar los restos, establecer su situación jurídica y dar la oportunidad a sus familiares de enterrarlos. El intento de cerrar el asunto desde la Fiscalía alegando que la muerte de esas personas, nunca investigada ni oficialmente reconocida, es un “hecho notorio”, muestra una enorme fragilidad. Puede parecer artificioso e irreal seguir sosteniendo en la actualidad la tesis de una consumación perpetua, pues hay indicios de que en su mayor parte los desaparecidos estaban muertos desde el primer momento y además, pese a su dimensión fáctica, la condición de desaparecido no es inmune al paso del tiempo, de modo que, como ha reconocido la Corte Europea de Derechos Humanos, cuanto mayor sea el tiempo transcurrido mayor es la probabilidad de que la persona esté muerta. No obstante, por muy artificioso que pueda parecer, la situación jurídica de muchas de las víctimas de la feroz represión franquista es la de desaparecidos, hasta el punto de que no se había producido la declaración oficial de fallecimiento, como se ha hecho patente mediante la aprobación de la disposición adicional 8ª de la Ley de Registro Civil del 21 de julio de 2011, promovida por las asociaciones de recuperación de la memoria histórica, en virtud de la cual resulta ahora posible inscribir el fallecimiento sin necesidad de resolución judicial, con lo que los desaparecidos pueden pasar, pese a la inexistencia de prueba judicial de la muerte o proceso judicial de declaración de fallecimiento, a ser reconocidos como fallecidos y no como ausentes. Por lo tanto, resulta plenamente razonable la aplicación de lo dispuesto en el Art. 132 del CPE respecto a que el cómputo del plazo de prescripción se hará desde el momento en que cesa la situación antijurídica. La Convención Internacional de 2007 confirma este criterio en su Art. 5 al prever que, sin perjuicio de la aplicación del régimen de imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, “cada Estado parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición for-

zada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal: a) Sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito; b) Se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito”. No habiéndose establecido oficialmente el destino de estas personas ni existiendo norma alguna que fije un límite temporal, hay que concluir que el único límite a la perseguibilidad es, al menos de entrada, el que supone la posibilidad de enjuiciamiento de responsables vivos de los hechos y la disponibilidad de material probatorio. Solo después de un proceso en que se pudiera hacer constar como probada la fecha del fallecimiento de la víctima podría declararse extinguida la responsabilidad penal por prescripción del delito.

V. Amnistía

La garantía de no impunidad y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación son en la actualidad principios jurídicos asentados en el derecho internacional. Por ello las autoamnistías y las amnistías incondicionadas son en general rechazadas.¹⁹ Cuestión distinta es si debía considerarse ilegítima la Ley de Amnistía cuando fue aprobada y, en caso afirmativo, si algún órgano interno podría declararla nula. Niega esta posibilidad Gil,²⁰ advirtiendo que no sería suficiente declarar la referida ley meramente “derogada” como consecuencia de la posterior evolución del derecho internacional, dado que la misma ya habría agotado sus efectos al producirse la extinción, en el momento de su entrada en vigor, de las posibles responsabilidades penales. Por esta razón en Argentina se acudió al remedio de considerar las leyes de punto final y de obediencia debida como “leyes de *facto*” para poder ser después declaradas nulas y carentes de efectos jurídicos.²¹

Es razonable la tesis que sostiene que la Ley de Amnistía no puede ser declarada nula por ilegitimidad sobrevinida, pues ello implicaría la aplicación retroactiva de una norma de Derecho internacional consuetudinario cuya existencia en el momento en que la Ley fue dictada era dudosa. A la vez, buena parte de la doctrina destaca el carácter excepcional de la amnistía, que sólo estaría justificada por razones extraordinarias de necesidad y en la medida que con la misma se consigan los objetivos de pacificación y reconciliación y no se desatiendan las exigencias de

19 Vid. FREEMAN, M., *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge University Press, 2009, pp. 32 ss.

20 Vid. GIL, G., cit., p. 133.

21 Vid. NINO, C. S., “The duty to punish past abuses of human rights put into context: the case of Argentina”, en KRITZ (ed), *Transitional Justice...*, cit, pp. 434-436.

justicia y reparación a favor de las víctimas.²² A partir de las anteriores premisas, la solución al dilema puede pasar por una interpretación restrictiva de la Ley, que atienda al contexto en que la misma fue aprobada, una vez España había ratificado el PIDCP de 1966 (BOE 30 de abril de 1977). La aprobación de la amnistía meses después de la referida ratificación no es algo que, en un análisis jurídico, quepa atribuir simplemente a una incoherencia política, sino que constituye una circunstancia decisiva que enmarca el contexto en que debe efectuarse la interpretación de la norma, pues el Pacto impone a los Estados el deber de investigar las violaciones de derechos humanos y de ofrecer recursos a las víctimas.

Bien es cierto que el Pacto (Arts. 2, 3 y 15-2) no establece propiamente una obligación de perseguir penalmente los hechos y que, además, la interpretación debe partir de la base de que el ámbito de los delitos amnistiados está descrito en términos amplios. Así, no cabría considerar excluidos sin más de la amnistía todos los delitos cometidos desde el poder, ya que la propia Ley incluye precisamente el delito de rebelión, lo cual tendría como destinatarios aquellos que protagonizaron la sublevación militar contra la República. También están expresamente previstos como objeto de amnistía los delitos que hubieran podido cometer las autoridades, funcionarios y agentes con motivo u ocasión de la investigación y persecución de ciertos actos, lo cual impide excluir de la amnistía supuestos de tortura y delitos relacionados, máxime si también se tiene en cuenta que la Convención que obliga a los Estados a perseguir la tortura es de 1984.

En todo caso, las anteriores cautelas no son obstáculo para concluir que los crímenes más graves perpetrados u ordenados por las autoridades contra la población civil quedan fuera del alcance de la Ley de Amnistía. Al no estar incluidos ni en el preámbulo ni en el texto de la Ley, ni tampoco en los decretos que la precedían, puede entenderse que están implícitamente excluidos. El concepto de delito político es un elemento clave en la aplicación de la Ley de Amnistía. Garcés ha argumentado que los jueces deben interpretar la ley a la hora de valorar si se encuentran ante un delito político.²³ Para sostener que los delitos contra la humanidad no pertenecen a la esfera de delitos políticos no es necesario que esta tipología conceptual estuviera precisamente delimitada al tiempo de comisión, pues los hechos en sí, sea cual fuera su categorización legal, iban más allá de lo que cabe

22 Vid. recientemente en este sentido LASCURAIN, J. A., "Los límites de la amnistía", en *Doctrina penal* N° 28, 2011, p. 95 ss, aunque sin referirse a los intereses de las víctimas establecidos en las declaraciones internacionales anteriormente citadas.

23 GARCÉS, J., "La Ley Española 46/1977 de Amnistía, más citada que leída, no tiene por objeto actos de naturaleza genocida y lesa humanidad", 2010, www.rebellion.org/docs/105976.pdf (consultada el 03/05/2014).

atribuir a la idea de delito político. La amnistía por delitos políticos es una manifestación de una actitud liberal que preconiza un trato favorable a esta clase de delitos en determinados contextos, como es el propio de los procesos de transición. Su razón de ser político-criminal es la de dispensar un trato indulgente respecto a quienes hubieran actuado ilegalmente por “motivos nobles” o bien en un contexto de conflicto civil y enfrentamiento recíproco o en un *status quo* en el que la participación política por medios pacíficos no era posible, como sucede en el contexto de un régimen autocrático.

En el caso español, extender la amnistía hasta los más graves crímenes de abuso de poder cometidos unilateralmente contra la población estaría fuera del contexto en que se aprobó la Ley de Amnistía. Debe recordarse que esta fue una respuesta a las demandas ciudadanas de liberación de los presos políticos, con el propósito de superar las limitaciones de los decretos de 1976 y marzo de 1977. Su origen estuvo en una proposición de ley impulsada por los partidos que no habían tenido vinculación con el franquismo, que fue negociada con el partido mayoritario (UCD) y experimentó modificaciones, de modo que en su versión final incluyó, entre otros, la rebelión, los “delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades y empleados públicos en la investigación y persecución de los actos incluidos en la ley” y “los delitos cometidos por funcionarios en violación de los derechos de las personas”. Estos supuestos fueron añadidos a los delitos puramente políticos y fueron asumidos por los promotores de la amnistía como concesión para facilitar el consenso. Los principales actores de la negociación asumieron también que la amnistía alcanzara a los delitos de sangre, sin limitación temporal, incluidos, por lo tanto, todos los asesinatos cometidos por ETA y otras organizaciones terroristas en los últimos años del franquismo y los primeros del período transicional.

La proposición de ley de amnistía se tramitó con gran celeridad y escaso debate. En las intervenciones de los portavoces prácticamente no hubo referencias a los delitos cometidos por los servidores del régimen franquista. Los portavoces insistían en las ideas de reconciliación, de olvidar el pasado y mirar hacia el futuro. Marcelino Camacho, representante del Grupo comunista, afirmó que “*nos hemos matado unos a otros*” y ahora “*hemos enterrado nuestros muertos y nuestros rencores del pasado*”, defendiendo con entusiasmo una amnistía “*para todos*”. El socialista Txiki Benegas aseguraba que “*la sola idea de poder conquistar de nuevo la libertad perdida acalla y hace olvidar los sufrimientos soportados*” y Xavier Arzallus, en representación del grupo vasco-catalán, apelaba al “*mutuo olvido*”, dado que “*hechos de sangre ha*

habido *por ambas partes*”²⁴ Finalmente, la ley se aprobó con 296 votos a favor, 2 en contra y 18 abstenciones, del partido derechista Alianza Popular y algunos partidos de izquierda integrados en el Grupo mixto.

Un dato relevante es que los diputados apenas distinguieron entre la Guerra Civil y el franquismo y obviaron toda alusión expresa a los crímenes cometidos de forma masiva una vez terminada la guerra. En todo caso, poco puede aportar una especulación sobre la voluntad legislativa en puros términos de una interpretación subjetiva. Según una interpretación objetiva basada en criterios teleológico-sistemáticos no parece viable equiparar los casos de violaciones masivas de derechos humanos con los delitos políticos que desde el principio habían sido el objetivo de la iniciativa legislativa. La interpretación sólo puede hacerse en el contexto normativo trazado por la Declaración de Derechos Humanos (1948) y desarrollada por la Convención Europea de Derechos Humanos (1950) y el PIDCP, ambos ratificados por España en 1977. En tal contexto no tiene mucho sentido entender que el Parlamento surgido de las elecciones de 15 de junio de este mismo año estuviera acordando amnistiar delitos de genocidio y contra la humanidad sin referirse explícitamente a los mismos.²⁵ Si nos situamos en el marco valorativo en el que la Ley fue adoptada, al tiempo en que el primer Parlamento democrático se disponía a erigir un nuevo régimen fundado en el respeto al derecho y a los derechos humanos, no puede interpretarse que el genocidio y los crímenes de lesa humanidad estuvieran incluidos entre los “delitos de intencionalidad política”. La definición de los delitos contra la humanidad se produce en el Estatuto de Roma (1998) y en el CPE (2003) sobre la base de la idea que se había ido forjando ya en el derecho internacional, lo cual hace visible que la conceptualización de esta clase de delito representa una contradicción con todo intento de concebirlo como un delito político en el sentido propio de la tradición liberal que acepta la oportunidad de un trato indulgente respecto a estos crímenes.

Esta interpretación de la Ley de amnistía permitiría perseguir los delitos no prescritos, que hoy en día serían las detenciones ilegales seguidas de desaparición forzada cometidas a partir de 1944, a las que nos hemos referido con anterioridad. La persecución sería teóricamente posible porque se trataría de delitos no cubiertos por la Ley de amnistía, no por considerar que los mismos se seguirían cometiendo después de la aprobación de la citada Ley, pues esta adopta expresamente como *tempus commissi delicti* la tesis del acto, no la del resultado.²⁶ La imposibilidad de

24 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 24, de 14 de octubre 1977.

25 Vid. GARCÉS, cit.

26 Esta es la opinión de RODRÍGUEZ, A., M. A. “La nueva ley de la memoria y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos en el caso de los desaparecidos

persecución sería en este caso, ya a estas alturas, de índole práctica, pues el tiempo transcurrido habrá hecho inviable la sumisión a juicio de los responsables intelectuales y materiales de los hechos.

Por otra parte, en lo que respecta a los delitos que quedan bajo la cobertura de la Ley de Amnistía del 15 de octubre de 1977, cabe tener presente que su aplicación, con la consiguiente declaración de extinción de la responsabilidad penal, debe ser decidida en cada caso por el juez después de haber incoado un procedimiento penal en el cual debe fijarse: a) el hecho delictivo descrito en sus aspectos esenciales; b) la identidad del autor u otras personas indiciariamente responsables de los hechos delictivos y c) la motivación política. Lamentablemente en España ha predominado durante los años de vigencia de la Ley de amnistía una ignorancia o desconsideración respecto a la forma en que debe ser aplicada, a tenor de los que dispone su Art. 9, según el cual “solo los jueces y Tribunales pueden decidir en cada caso la aplicación de la amnistía. Para ello deben adoptar, de acuerdo con la ley procesal y con carácter de urgencia, las decisiones pertinentes según esta Ley”.²⁷

Teniendo en cuenta lo anterior, ante los delitos no prescritos caben dos actitudes: la negación del carácter político del hecho, lo que permitiría iniciar un proceso penal en el que podrían llegar a imponerse sanciones penales, o el reconocimiento del carácter político con el objetivo de lograr una resolución de carácter interlocutorio que ponga fin al proceso. En esta resolución pueden quedar fijados los hechos, con lo que se puede ofrecer una satisfacción moral a las víctimas o sus descendientes y dar contenido efectivo al derecho a la verdad. Esta vía se ha intentado en algún caso, con poco éxito.

VI. Respuestas extrajudiciales

De lo examinado hasta el momento cabe concluir que las posibilidades de perseguir los delitos del franquismo se han ido desvaneciendo con el paso del tiempo, en parte por razones jurídicas y, sobretudo y definitivamente, por razones fácticas, dada la inviabilidad de someter a juicio a presuntos responsables que pudieran estar vivos y en condiciones de afrontar un juicio. Por ello, aunque hubiera un clima político más receptivo del que hay actualmente en España, propuestas como la efectuada en 2014 por el relator especial de Naciones Unidas, Pablo de Greiff, de que el Estado derogue

del franquismo”, en *Jueces para la Democracia*, N° 63, 2008, pp. 68 - 85. Según el autor, dada su condición de delito permanente las detenciones ilegales seguidas de desaparición se seguirían cometiendo después de la Ley de amnistía. El argumento no puede compartirse, pues no se corresponde con el enunciado de la Ley de amnistía. Ésta dispone que a los efectos previstos en la ley los delitos se entenderán cometidos al momento de la realización de la acción. El resultado que alcanzamos es sin embargo el mismo, considerando que tales delitos no están amnistiados.

27 Vid. en este sentido GARCÉS, cit.

la Ley de Amnistía para permitir el juzgamiento de los crímenes del franquismo, están lamentablemente condenadas a estrellarse con la realidad.²⁸

El Estado democrático desaprovechó la oportunidad de iniciar un proceso penal en el que hubieran podido investigarse y en su caso ser condenados algunos de los responsables (no ya el dictador y otros dirigentes principales que habían muerto antes del fin de la dictadura) de los asesinatos masivos cometidos en los primeros años del régimen de Franco, delitos que hubieran podido ser calificados como asesinato y considerados no prescritos ni cubiertos por la Ley de Amnistía. Hoy cabría sustentar teóricamente la oportunidad de una persecución por los delitos de detención seguida de desaparición forzada, particularmente aquellos cometidos después de 1944, solo en el hipotético caso que tras la investigación de los hechos no pudiera establecerse que la víctima hubiera sido asesinada (por no haberse identificado los restos), algo que provocaría la paradoja procesal de que la defensa estuviera interesada en probar el asesinato para favorecer la aplicación de la prescripción, lo cual podría tener la ventaja de que favorecería un medio pactado de establecer la verdad a través del proceso penal. En todo caso, nos movemos en el terreno de lo puramente hipotético, pues la hora de la justicia penal ya ha pasado. Una excepción sería el caso de las adopciones ilegales de niños realizadas a lo largo de la dictadura que no quepa atribuir a una directa intencionalidad política, en cuyo caso puede haber incluso posibilidades reales de persecución de los hechos menos lejanos.

Estas conclusiones pueden generar sentimiento de impotencia en aquellos que confían en el derecho penal como el gran recurso para satisfacer las demandas de justicia, aunque de hecho no hacen sino confirmar los límites del mismo, ya de sobra conocidos en la teoría jurídica. Sin duda uno de los límites intrínsecos es el tiempo, como aquí se ha podido comprobar. Ello obliga a mirar hacia otros mecanismos, básicamente de carácter extrajudicial, que remiten a otras concepciones y rostros de la justicia. La aprobación en 2007 de la Ley de Memoria Histórica ha representado una ocasión perdida para crear una comisión de investigación oficial de carácter no jurisdiccional e independiente, que podría estar formada por juristas y otros especialistas de reconocido prestigio (historiadores, médicos forenses...) con el encargo de realizar un relato de la victimización producida durante la Guerra Civil y el franquismo.

Dado el tiempo transcurrido y la extensión de los casos a estudiar, sería necesario desarrollar un modelo propio, no coincidente con el de las comisiones de la verdad con poderes para-judiciales de investigación. Se trataría de una comisión que partiera de los datos ya conocidos por la ciencia y tuviera ciertos poderes de investigación,

28 Vid. http://politica.elpais.com/politica/2014/02/03/actualidad/1391443224_877477.html.

como la dirección de la apertura de las fosas e identificación de los restos.²⁹ A esta propuesta se objetará probablemente que ello supondría que la política se arrojará el papel que corresponde al historiador o se advertirá del riesgo de querer imponer una verdad oficial. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el historiador carece de ciertos poderes que pertenecen a la potestad del Estado y, por otra parte, este no puede abstenerse de su deber de promover el conocimiento de la verdad, lo cual no restringe la libertad de interpretación de los hechos históricos ni excluye, sino que facilita la posibilidad de elaboración de un relato personal, familiar o ideológico.

Puede sorprender a muchos que la propuesta de una comisión de este tipo no haya estado en la agenda política ni incluso haya tenido gran difusión mediática. Además de las propuestas en el ámbito académico,³⁰ cabe señalar algunos hechos aislados: hubo una propuesta de hacer un informe presentada en 2004 por el grupo Convergencia i Unió en el Parlamento del Estado, que no fue aceptada.³¹ El 28 de noviembre de 2008 el Parlamento vasco aprobó una proposición de ley solicitando al Estado la creación de una comisión de la verdad.³² En el plano del activismo social, diversos grupos han creado en mayo de 2013 una plataforma para la creación de una comisión de la verdad.³³ No hay indicios de que una iniciativa como esta sea tomada en serio como merece por los actores políticos, que serían los que deberían llevarla al Parlamento. La forma de llevarla a cabo podría ser una modificación de la Ley de Memoria Histórica.

29 Me he ocupado con mayor detalle del estudio de las comisiones de la verdad en el plano internacional en TAMARIT, "Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición", *Indret* 2010, N° 1: www.indret.com.

30 GIL, G., cit., pp. 154 - 155; DE LA CUESTA, A., J. L., "Spain", en BASSIOUNI, Ch., *The Pursuit of International Criminal Justice. A World Study on Conflicts. Victimization and Post-Conflict Justice*, v. 2, Antwerp / Oxford 2010, p. 1000; y TAMARIT, S., "Historical Memory...", cit., pp. 180-184.

31 Vid. AGUILAR, P., RAMÍREZ, B., C., "Amnesty and Reparations without truth and Justice in Spain", en WOUTERS, N., *Transitional Justice and Memory in Europe (1945-2013)*, Cambridge, Antwerp, Portland 2014, p. 212.

32 Vid. LANDA, G., J., "Bases para la puesta en marcha de una Comisión de la Verdad en Euskadi", Dirección de Derechos humanos. Departamento de Justicia, empleo y seguridad social, Vitoria-Gasteiz 31 marzo 2009.

33 Plataforma por la Comisión de la Verdad de los crímenes del Franquismo: <http://comisionverdadfranquismo.com/>

La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del derecho internacional a los crímenes del pasado en España: Un análisis jurídico tras los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, el Comité contra la Desaparición Forzada y el Relator Especial sobre Justicia Transicional de las Naciones Unidas

Supreme Court Position Regarding the Implementation of International Law Crimes of the Past in Spain: a Legal Analysis after Reports of the un Working Group on Enforced Disappearance, the Committee on Enforced Disappearances and the un Special Rapporteur on Transitional Justice

A posição do tribunal supremo respeito à aplicação do direito internacional aos crimes do passado na Espanha: uma análise jurídica depois dos informes do grupo de trabalho sobre desaparecimentos forçados, o comitê contra a desaparecimento forçada e o relator especial sobre justiça transicional das nações unidas

Javier Chinchón Álvarez*, Lydia Vicente Márquez** y Alicia Moreno Pérez***

Fecha de recepción: 30 de mayo de 2014.

Fecha de aprobación: 25 de junio de 2014.

Doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.03](https://doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.03)

* Director de Investigación de Rights International Spain y profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Complutense de Madrid

** Directora Ejecutiva de Rights International Spain y abogada y consultora internacional de derechos humanos.

*** Directora de Litigio de Rights International Spain y abogada especializada en derecho penal y procesal penal español.

Para citar este artículo: CHINCHÓN, J., VICENTE, L. y MORENO, A.,
“La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del
derecho internacional a los crímenes del pasado en España: Un
análisis jurídico tras los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapa-
riciones Forzadas, el Comité contra la Desaparición Forzada y el
Relator Especial sobre Justicia Transicional de las Naciones Unidas”,
Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP,
vol. 2, 2014, pp. 66-101. doi: dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.03

Resumen

Junto a la indiscutible importancia del caso, la sentencia del Tribunal Supremo español en el proceso seguido contra el juez Baltasar Garzón, acusado de prevaricación al haberse declarado competente para investigar las denuncias presentadas por crímenes cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo, ha tenido una trascendencia determinante: desde entonces y hasta la fecha, la doctrina sentada por el Alto Tribunal ha sido seguida prácticamente de manera literal por los restantes tribunales españoles frente a cualquier denuncia relativa a los crímenes cometidos antes del último proceso de transición a la democracia en España. Este estado de cosas ha sido reiteradamente censurado por diversos mecanismos de las Naciones Unidas, en lo más reciente y de manera expresa por los tres órganos que han visitado o examinado a España: el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, el Comité contra la Desaparición Forzada, y el Relator Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición de las Naciones Unidas. Incorporando entonces sus valoraciones al respecto, en esta contribución se expondrán y analizarán las trascendentes posiciones de fondo defendidas por el Tribunal Supremo en cuanto a la aplicación del Derecho internacional a los crímenes del pasado en España; y especialmente, respecto a su configuración como crímenes contra la humanidad, la valoración jurídica acerca de la desaparición forzada, y la vigencia y aplicación de la Ley de Amnistía de 1977.

Palabras clave: Crímenes del pasado, crímenes contra la humanidad, desapariciones forzadas, amnistías, obligación de investigar, Guerra Civil, Franquismo, Memoria Histórica.

Abstract

Along with the undeniable importance of the case, the judgment of the Spanish Supreme Court in the trial against Judge Baltasar Garzón accused of prevarication, having declared itself competent to investigate complaints for crimes committed during the Civil War and the Franco's regime, it has had a determining significance:

from then to now, the doctrine of the High Court has been almost literally followed by the remaining Spanish courts against any complaint concerning to crimes committed before the last transition to democracy in Spain. This state of affairs has been repeatedly criticized by various bodies of the United Nations, expressly by the three that have visited Spain more recently: The UN Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, the Committee on Enforced Disappearances and the UN Special Rapporteur on the Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of Non-Repetition. In this contribution will be presented and analysed transcendent positions defended by the Supreme Court regarding the application of international law to the past crimes in Spain and especially its configuration as crimes against humanity, the legal assessment about the enforced disappearance, and the validity and application of the 1977 Amnesty Law.

Keywords: Past crimes, crimes against humanity, enforced disappearance, amnesties, obligation to investigate, civil war, Francoism, historical memory.

Resumo

Junto à indiscutível importância do caso, a sentença do Tribunal Supremo espanhol no processo seguido contra o juiz Baltasar Garzón, acusado de prevaricação ao ter-se declarado competente para investigar as denúncias apresentadas por crimes cometidos durante a Guerra civil e o Franquismo, tem tido uma transcendência determinante: desde então e até esta data, a doutrina sentada pelo Alto Tribunal tem sido seguida praticamente de forma literal pelos restantes tribunais espanhóis frente a qualquer denuncia relativa aos crimes cometidos antes do último processo de transição à democracia na Espanha. Este estado tem sido reiteradamente censurado por diversos mecanismos das Nações Unidas, no mais recente e de forma expressa pelos três órgãos que têm visitado ou examinado à Espanha: o Grupo de Trabalho sobre Desaparições Forçadas e Involuntárias, o Comitê contra a Desaparição Forçada e Relator Especial para a promoção da verdade, a justiça, a reparação e as garantias de não repetição das Nações Unidas. Incorporando então suas valorações ao respeito, nesta contribuição se exporão e analisarão as transcendentais posições de fundo defendidas pelo Tribunal Supremo em quanto à aplicação do Direito Internacional aos crimes do passado na Espanha; e especialmente, respeito a sua configuração como crimes contra a humanidade, a valoração jurídica acerca da desapareção forçada, e a vigência e aplicação da Lei de Anistia de 1977.

Palavras-chave: Crimes do passado, crimes contra a humanidade, desapareções forçadas, anistias, obrigação de investigar, Guerra Civil, Franquismo, Memória Histórica.

I. Introducción

El 27 de febrero de 2012, el Tribunal Supremo español (TS) dictó sentencia en la Causa Especial 20048/2009,¹ es decir, en el proceso seguido contra el juez Baltasar Garzón por delito de prevaricación al declararse competente para investigar las denuncias presentadas en 2006 por familiares y/o asociaciones de familiares de víctimas de crímenes cometidos durante la Guerra Civil española y la dictadura franquista. Transcurrido poco más de un mes, el día 3 de abril, se hizo público el Auto de 28 de marzo del mismo TS resolviendo la cuestión de competencia planteada por los Juzgados de Instrucción nº 3 de Granada y nº 2 de San Lorenzo del Escorial.² En este Auto y en lo que aquí interesa, se repitieron punto por punto los argumentos fundamentales de la sentencia de 27 de febrero, incorporando sólo algún matiz más aparente que real.³ Desde aquellas decisiones y hasta el momento presente, la pauta ha sido la reiteración por parte de los demás tribunales españoles de lo entonces mantenido por el TS. Generalmente, acudiendo a la cita literal del texto de la sentencia del TS; esto es, por ofrecer un ejemplo ilustrativo, valga el de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que ante una apelación en la que se defendía: “la aplicabilidad de la normativa internacional sobre crímenes de lesa humanidad; la no existencia de prescripción; no hallarnos ante delitos comunes; [que] la ley de amnistía no cubre los delitos de desaparición forzada; [y que] el procedimiento penal es adecuado para los fines perseguidos”,⁴ resolvería desestimando todo ello con este argumentario:

“Por lo que respecta a las cuestiones planteadas, la Sala, necesariamente, ha de reproducir parte de la STS de 27 de Febrero de 2012 (nº 101/2012), donde el Tribunal Supremo da cumplida respuesta a todas ellas”.⁵

Así las cosas, la siguiente afirmación de las Observaciones Preliminares del Relator Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición de las Naciones Unidas (comúnmente conocido como Relator Especial sobre Justicia Transicional) tras la visita que realizó a España a inicios de

1 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, de 27 de febrero 2012.

2 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Auto del 28 de marzo de 2012, número de recurso, 20380/2009.

3 Al respecto, puede verse RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN, “Posición del Tribunal Supremo sobre la cuestión de competencia, consecuencias prácticas”, *Serie de Análisis Jurídicos-GCyF*, número 1 de mayo de 2012 (disponible en <http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/197cfa5e1db424b-f61fde905c9e69ed17fc4d3a9.pdf>).

4 AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN PRIMERA, DE PALMA DE MALLORCA, Auto de 18 de junio de 2012, Diligencias Previa 705/09, Razonamiento Jurídico Primero.

5 *Ibíd.*, Razonamiento Jurídico Tercero.

2014, es una síntesis perfecta de lo que ha acontecido desde aquel comienzo de 2012 y hasta ahora:

“La decisión del Tribunal Supremo del 27 de febrero del 2012 absolviendo al titular del Juzgado de Instrucción Penal nº 5 por haber iniciado investigación de las desapariciones forzadas ocurridas durante la guerra civil y la dictadura, junto con su decisión de competencia en favor de los juzgados territoriales, según información recibida sólo han solidificado la tendencia de los jueces a archivar los procesos que les son presentados”⁶

En consecuencia, como idea clave es importante subrayar que no obstante el fallo absolutorio de aquella sentencia de 27 de febrero, la postura de fondo del TS respecto de todas las cuestiones resueltas por el juez Garzón sobre los crímenes del pasado en España fue, en esencia, de oposición absoluta. Dicho en otros términos, los propios del TS, que aunque el juez Garzón en sus actuaciones no llegó a prevaricar, sí “erró” en todas y cada una de las posiciones que defendió. Posición esta que tras ser (casi) mecánicamente asumida por y en todas las demás instancias judiciales del país ha llevado a confirmar un escenario que las recientes palabras del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de las Naciones Unidas (GTDFI) tras su visita a España en septiembre de 2013, puede resumirse en que:

“... la combinación de un marco legislativo deficiente, una judicatura que no ha interpretado la ley a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, fiscales que no han impulsado las investigaciones y la presencia de una Ley de amnistía, han creado un patrón de impunidad para los casos de desapariciones forzadas ocurridas durante la Guerra Civil y la dictadura”⁷

Por ir concretando lo avanzado, lo que en esencia vino a sostener el TS en su decisión fue, siguiendo el literal de la sentencia de 27 de febrero, lo siguiente:

6 RELATOR ESPECIAL PARA LA PROMOCIÓN DE LA VERDAD, LA JUSTICIA, LA REPARACIÓN Y LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observaciones preliminares del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, al concluir su visita oficial a España”, 3 de febrero de 2014. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14216&LangID=S>.

7 GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España”, 30 de septiembre de 2013. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>.

En primer lugar, que “la búsqueda de la verdad es una pretensión tan legítima como necesaria”, pero que “no forma parte del proceso penal” ni “corresponde al juez de instrucción [penal]”.⁸ En suma, que conocer la verdad de lo ocurrido y la suerte de los desaparecidos no es algo propio al proceso penal y/o a sus fines en España; de tal suerte que los tribunales españoles nada pueden hacer o aportar en este punto. Al respecto, el TS añadió que tal labor corresponde al Estado a través de otros organismos,⁹ aunque parece, o quiere, olvidar que como es sabido, las víctimas de todos estos crímenes acudieron a la Justicia también —o precisamente— porque ningún “organismo” del Estado había atendido sus demandas durante décadas. Dicho de otro modo, y por acudir ahora al propio contenido del Auto del 28 de marzo —sobre la cuestión de competencia—, porque la situación en España no ha sido ni es otra que aquella que el TS, al tiempo de afirmar que era intolerable, estaba ahora manteniendo y ratificando plenamente con sus posiciones de fondo; a saber, que:

“... si hay algo inobjetable desde cualquier punto de vista (...), es que los restos de quienes hubieran sufrido muertes violentas no pueden permanecer en el anonimato ni fuera de los lugares propios de enterramiento. Y tampoco cabe imponer a sus familiares el gravamen representado por tal clase de situaciones, moral y jurídicamente insostenibles”.¹⁰

Aclarado que esto que se calificaba como “moral y jurídicamente insostenible” no es más que la desnuda realidad de lo que ha ocurrido durante lustros en España —y ante lo cual, la postura del TS no hizo sino ratificar este estado de cosas, el TS a continuación afirmaría en su sentencia que los hechos denunciados en su día ante la Audiencia Nacional no podían ser considerados “crímenes contra la humanidad” en los años que se cometieron; y que tampoco se podía acudir al “elemento de contexto” en este caso, en la línea en que sí fue posible en la sentencia del mismo TS en la causa contra Adolfo Scilingo¹¹— tal y como defendió el juez Garzón. Al tiempo, se negó también la posibilidad de que los hechos denunciados —delitos de desaparición forzada según los denunciantes ante la Audiencia Nacional— tuvieran carácter permanente.

8 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, de 27 de febrero 2012, Fundamento de Derecho Primero.

9 *Ídem*.

10 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Auto de 28 de marzo de 2012, número de recurso, 20380/2009, pp. 7-8.

11 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia Nº, 798/2007, de 1 de octubre de 2007.

A partir de todo ello, dos serán las consecuencias definitivas: de un lado, que todos los crímenes denunciados estaban prescritos; y del otro, que en todo caso la Ley de Amnistía española de 1977¹² era plenamente aplicable a todos ellos.

La serie de conclusiones que acabamos de resumir descansan, a nuestro entender, en una posición de fondo del TS que puede caracterizarse como de singularmente refractaria a toda interpretación y aplicación normativa acorde con el derecho internacional, en general, y en particular con el derecho internacional de los derechos humanos, realidad que en nuestra opinión es especialmente patente en gran parte de los argumentos esgrimidos como supuesto fundamento de estas conclusiones.

En las próximas páginas analizaremos detenidamente lo que acabamos de apuntar; acompañando la exposición de diversas referencias jurídico-internacionales, de orden general pero también expresamente referidas a España. Al efecto, dividiremos nuestro examen en tres temas clave: los argumentos en torno a la figura de los crímenes contra la humanidad; la consideración que se realiza de la desaparición forzada de personas; y la posición adoptada respecto a la Ley de Amnistía española.

II. Los argumentos en torno a la figura de los crímenes contra la humanidad: el “elemento de contexto”

El punto de partida de la argumentación de la sentencia del TS es que en las decisiones del juez Garzón, “existe un error en la tipificación de los hechos que, como consecuencia del mismo, arrastra otros”.¹³ En este sentido, el TS afirmaría que su razonar era plenamente acorde con la interpretación del principio de legalidad penal (concepto, calificación y “contextualización” de los hechos como crímenes contra la humanidad) que ya defendió en la antes citada sentencia del 1 de octubre de 2007 en el conocido como caso Scilingo. Pero lo cierto es que en nuestra opinión, esto no es así, ya que en la sentencia que estamos analizando el TS incorporaría notables novedades. De hecho, su posición supuso un nuevo paso respecto de lo que entonces sostuvo para afirmar la jurisdicción de España sobre los crímenes cometidos durante la dictadura argentina, en virtud del principio de jurisdicción universal.

La tesis fundamental del TS en este punto partiría de que para perseguir penalmente los distintos crímenes de derecho internacional en España (y en concreto, los crímenes contra la humanidad) era y es necesaria una previa “transposición” operada según el derecho interno. Al menos, añadió, en aquellos sistemas que como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales.¹⁴

12 B.O.E. Número 248, de 17 de octubre de 1977.

13 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, de 27 de febrero 2012, p. 11.

14 *Ibid.*, p. 12.

No nos detendremos aquí y ahora en el debate en torno al principio de legalidad penal, bastando apuntar que esta interpretación supone descartar de plano las posibilidades que reconocen normas como el Art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PICDP), o el Art. 7.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH); también rechazar la viabilidad en España de lo resuelto por múltiples tribunales (nacionales e internacionales) que han apostado por una tesis diferente a la del TS. Sin embargo, en aquella sentencia de 2007 en el caso Scilingo, el propio TS indicaba algo más, que podemos condensar en este párrafo:

“No es posible aceptar que el acusado (...) no pudiera prever el carácter delictivo de sus actos en el momento de su comisión y la consiguiente posibilidad de que le fuera impuesta una pena. Los hechos descritos (...), de extraordinaria gravedad en atención a los bienes jurídicos que seriamente lesionan, y también en consideración a la forma en que lo hacen, eran claramente delictivos, como asesinatos o detenciones ilegales, en el momento de su comisión, tanto en Argentina (...) como en España, o como en cualquier país civilizado. (...) En el caso, tales circunstancias, aunque no puedan ser valoradas como elementos del tipo a los efectos de aplicación del artículo 607 bis, permiten considerar los hechos (...) como crímenes contra la Humanidad. Las previsiones del Derecho Internacional Penal consuetudinario, las normas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y convenios suscritos por España, concreta y especialmente el CEDH y el PIDCP, deben ser tenidas en cuenta al interpretar y aplicar las normas de derecho interno, de forma que resulte conducente a la efectiva protección de los Derechos Humanos esenciales. Nada impide, por lo tanto, la persecución de hechos que, aun calificados conforme al derecho interno como delitos ordinarios de asesinato y detenciones ilegales, deban ser considerados como crímenes contra la Humanidad conforme al Derecho Internacional Penal”.¹⁵

En virtud de este razonamiento, en aquella oportunidad se sostuvo que los crímenes que perpetró Adolfo Scilingo fueron delitos ordinarios cometidos en el “contexto de crímenes contra la humanidad”; considerados, “como crímenes contra la

15 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 798/2007, de 1 de octubre de 2007, Fundamentos de Derecho 6 y 8.

humanidad conforme al derecho internacional penal”. Y a partir de aquí, en aquella sentencia se aplicaron a esos hechos una serie de consecuencias o “efectos” propios de los crímenes contra la humanidad, en lo relativo a su perseguibilidad internacional y a la individualización de la pena en función de su gravedad.

Esta cuestión del “elemento de contexto” era desde luego importante, pues el juez Garzón había acudido profusamente en sus resoluciones tanto a este concepto como a lo sostenido en 2007 por el TS. Sin embargo, en esta oportunidad el TS señalaría algo, si se quiere, novedoso al respecto. Así, en la sentencia se comenzaría reiterando, de hecho como hizo el mismo juez Garzón, que el tipo penal de los crímenes contra la humanidad no podía aplicarse a su entender a los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo, en tanto que en el momento en que se cometieron no estaba recogido en el Código Penal español. Pero a partir de aquí, el TS vino a dar una nueva vuelta de tuerca, al afirmar que tampoco podría acudirse siquiera al concepto mismo de crímenes contra la humanidad ni por ende, al “elemento de contexto de crímenes contra la humanidad”. Y aquí la clave fue que el TS, en relación con el caso que nos ocupa, mantuvo que no se satisfaría la exigencia de previsibilidad y accesibilidad; que no existía, en fin, conocimiento alguno del concepto mismo de “crímenes contra la humanidad” durante todo el período que abarcaba la investigación del juez Garzón. Es decir, que en España hasta por lo menos el año 1952, el mero concepto de “crímenes contra la humanidad” era algo absolutamente extraño, desconocido e imprevisible (penalmente).

El TS no ofreció en su sentencia explicación clara acerca de cuál sería el hecho o circunstancia, o la fecha a partir de la que a su entender pudiera afirmarse que en España se habría tenido noticia de la existencia (conceptual como mínimo) de los crímenes contra la humanidad. Tan sólo indicó que sostener cualquier fecha anterior a 1952 era “erróneo”. Inevitablemente, la pregunta es: ¿por qué?

Este interrogante adquiere una importancia y trascendencia capitales si recordamos que el mismo TS sostuvo en la sentencia del caso Scilingo, por ejemplo lo que sigue:

“[...] la relevancia de la conducta enjuiciada desde la perspectiva de la protección de los Derechos Humanos esenciales a nivel internacional, tampoco podía ser ignorada por el recurrente en el momento de la comisión, ya que constituían precisamente las acciones más graves contra aquellos. En este sentido, deben ser tenidos en cuenta especialmente [...] el Acuerdo de Londres y el Estatuto de Nuremberg, que ya consideraron crímenes contra la Humanidad el asesinato y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o la

persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del Tribunal; la Convención para la prevención y represión del genocidio[...].¹⁶

Lo cierto es que en este punto el TS lo que expuso es una suerte de respuesta elíptica para justificar su posición. El párrafo clave pudiera ser el siguiente:

“Entre estas resoluciones destacamos la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de enero de 2006, caso Kolk y Kislyly (sic) contra Estonia [...]. De acuerdo a esta doctrina, que vuelve a evidenciar la fuerza expansiva de los derechos humanos, es posible una investigación y, en su caso, una condena por delitos contra la humanidad sin vulnerar el principio de legalidad, pero para ello es preciso que el contenido incriminatorio de los hechos sea, de alguna manera, conocida por los infractores o que lo sea para el país al que pertenecen como miembros de un aparato de poder. En el caso, dos responsables del Ministerio del Interior ruso, ocupante de la República báltica de Estonia, en el año 1949 procedieron a la deportación de una familia y en 1994 fueron condenados por los tribunales de la República Estonia, una vez recuperada la independencia, por delitos contra la humanidad considerando su imprescriptibilidad de acuerdo al Derecho penal internacional. El Tribunal afirma el conocimiento de la tipicidad por Rusia por su participación en la redacción de los principios de Nuremberg, como potencia vencedora, y su pertenencia a las Naciones Unidas que, definitivamente los aprobaron el 11 de diciembre de 1946. En definitiva, esta Sentencia destaca la validez universal de los derechos humanos y su aplicación incluso cuando no aparece su punición en el ordenamiento interno del país, aunque requiere el conocimiento de su vigencia al tiempo de los hechos”.¹⁷

Así, el TS nada dijo sobre el concepto o caracteres (históricos) de los crímenes contra la humanidad, nada acerca de si la figura, como tal, sería o no de aplicación a una experiencia como la española. Lo único que indicó es que según interpretaba la sentencia que citó del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en los procesos en cuestión fue adecuado invocar, al menos, el concepto de crímenes contra la humanidad en tanto que Rusia (la URSS en realidad) participó en la redacción de los principios de Nuremberg, así como por su pertenencia a las Naciones Unidas

16 *Ibid.*, Fundamento de Derecho 6.

17 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia N° 101/2012, de 27 de febrero 2012, pp. 28-29.

que “definitivamente los aprobaron el 11 de diciembre de 1946”. Lo que no nos dijo, pero estaba afirmando, es que como España ni participó en la redacción de esos “principios de Nuremberg”, ni formaba parte de las Naciones Unidas aquel año, lo que contenían esos documentos está fuera de toda lógica que fuera aplicable a España, ya que le era absolutamente “desconocido” (para el propio Estado y para los perpetradores). “Desconocido”, siguiendo la lógica del TS, hasta al menos después de 1952, y a partir de ese indefinido momento, no se decía tampoco hasta cuándo.

A lo anterior conviene agregar, pues tendrá también su importancia como veremos, que probablemente para reforzar la tesis que pretendía sustentar, el TS señaló también que en esta sentencia el TEDH argumentaba “partiendo de la participación rusa en la elaboración de los principios de Nuremberg, como potencia vencedora, y su pertenencia a las Naciones Unidas que los aprobaron”.¹⁸

Pues bien, expuesto todo ello, esta posición aconseja al menos dos comentarios para poder valorarla completamente. En primer lugar, no es baladí aclarar qué es lo que realmente dijo el TEDH en aquella sentencia. Para ello, nada mejor que citar el párrafo 6 de sus Fundamentos de Derecho:

“El Tribunal señala que la deportación de población civil estaba expresamente reconocida como crimen contra la humanidad por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg de 1945 (artículo 6 c)). Si bien el Tribunal de Nuremberg se estableció para enjuiciar a los principales criminales de guerra de los Países Europeos del Eje, por los crímenes que habían cometido antes y durante la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal destaca que la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad se vio posteriormente confirmada por, *inter alia*, la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional. Como consecuencia, la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede verse limitada únicamente a los nacionales de ciertos países, ni exclusivamente a actos cometidos dentro del periodo específico de la Segunda Guerra Mundial”.¹⁹

Es decir, el TEDH consideró que los Principios de Nuremberg son de “validez universal”, y por ello sus efectos no pueden circunscribirse únicamente a “ciertos

18 *Ibíd.*, p. 15.

19 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Caso Kolk y Kislyiy c. Estonia, Application Nº 23052/04 y 24018/04, decisión de inadmisibilidad de 17 de enero de 2006, Fundamentos de Derecho, párr. 6. Traducción libre.

países”. Esta y no otra es la premisa de la que partió el TEDH, ya que pese a lo que afirmaría el TS, no es sino tres párrafos después cuando el TEDH mencionaba la pertenencia de la desaparecida URSS a la Asamblea General de las Naciones Unidas; de hecho, cuando estaba argumentando en torno a una cuestión distinta, como es que lo anterior sería así aplicable incluso si los actos cometidos por los demandantes pudieran haber sido vistos como legales bajo el derecho soviético en vigor entonces.²⁰ De esta manera, para el TS el contenido de la Resolución (I) del 11 de diciembre de 1946, así como la codificación posterior de la Comisión de Derecho Internacional bajo el rótulo de “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg”, cuya validez universal destaca el TEDH, serían textos cuyo contenido no es que sea o no sea aplicable a la experiencia española, como podría resultar legítimo discutir, sino que sencillamente su contenido era y es absolutamente irrelevante y desconocido si de España hablamos. Salta a la vista pues que siguiendo la lógica que expone el TS, el TEDH debió entonces “equivocarse” —tuvo que “errar”— al afirmar la validez universal de los principios señalados.

Aclarados los términos exactos en que se manifestó el TEDH en la sentencia expresamente invocada por el TS como argumento fundamental de lo que mantuvo, conviene detenerse ahora un instante en la posición de fondo que pretendía sostener el TS. En esencia, sería algo como que para que la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas citada, así como el documento referido de la Comisión de Derecho Internacional, tuvieran algún valor o incidencia en relación con España hubiera sido necesario que España fuese parte de las Naciones Unidas o hubiera participado en su redacción. La pregunta es de nuevo, ¿por qué? El TS con seguridad conoce que ninguno de esos documentos se trata de una especie de tratado internacional en el que se requeriría que en este caso España, hubiera manifestado su consentimiento en obligarse. Ambos documentos son textos de naturaleza codificadora, en sentido estricto o como medio de cristalización; esto es, su finalidad no es otra que recoger (por escrito) una costumbre internacional jurídicamente vinculante. En suma, estas normas consuetudinarias en caso alguno obligarían solamente a los Estados que hubieran participado en su formación; posición sólo sostenible si se tratase de una costumbre internacional local, lo que es obvio de ningún modo es el caso.

De hecho, la lógica que parecía querer sostener el TS en este punto llevaría a conclusiones ciertamente llamativas. Adelantemos una: toda vez que España no

20 *Ibíd.* Fundamentos de Derecho, párr. 9. Traducción libre.

ingresó en las Naciones Unidas hasta el 15 de diciembre de 1955 cabría mantener que tampoco hasta esa fecha tuvo el menor significado, incidencia, vinculación o relevancia jurídica otras resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, como por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Yendo un paso más allá, España jamás participó en su redacción, obviamente, de lo que entonces cabría colegir que, quizá, ya no sólo es que hasta finales de 1955 esta Declaración fuera, de hecho y de Derecho, inexistente para España, sino que lo seguiría siendo hasta, ¿cuándo? ¿Para siempre? Si tomáramos por buena la argumentación del TS, habría que concluir que España no tenía obligación alguna en materia de derechos humanos, ni los infringió jamás en consecuencia, hasta, como muy pronto y en el mejor de los casos, prácticamente el comienzo de 1956. Lo que parece una afirmación más que aventurada.

III. La valoración jurídica acerca de la desaparición forzada de personas

El TS se refería desde el inicio de su sentencia a “la desaparición de familiares sin conocer la verdad de los hechos acaecidos, el lugar de fallecimiento y de su enterramiento”,²¹ y aunque reconoció la demanda de las víctimas de tutela (judicial) como legítima, en lo que interesa mantuvo que:

“[...] desde las denuncias, y quizás también desde la instrucción, no se perseguía exactamente la incoación de un proceso penal dirigido a depurar responsabilidad penal contra las personas determinadas, o susceptibles de ser determinadas en la instrucción judicial, por hechos que revisten apariencia de delito. Más bien, se pretendía mediante la demanda de tutela judicial la satisfacción del derecho a saber las circunstancias en las que el familiar respectivo falleció... Esa pretensión de las víctimas, aunque razonable, no puede ser dispensada por el sistema penal”.²²

Conviene apuntar que en realidad, el TS pareciera estar haciendo abstracción aquí del literal de las denuncias y sobre todo de las declaraciones de los testigos durante el juicio, quienes claramente mantuvieron que lo que buscaban las víctimas acudiendo a la vía penal era que se indagaran unos hechos delictivos nunca antes investigados penalmente en España, establecer las responsabilidades penales, y obtener repara-

21 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, de 27 de febrero 2012, p. 8.

22 *Ibíd.*, p. 9.

ción.²³ Así formulada, esta petición de las víctimas era y es perfectamente acorde con el contenido que para el derecho internacional de los derechos humanos presenta la obligación del Estado de investigar graves violaciones de los derechos humanos. De hecho, recordemos que la obligación general de los Estados de investigar tiene como objetivos tanto revelar la verdad y las circunstancias en las que se cometieron los hechos, como identificar, procesar y sancionar en su caso a los responsables, así como reparar a las víctimas. Todos ellos concurren en el derecho a la justicia, a la tutela judicial, a interponer un recurso efectivo, por lo que el cauce natural para hacer realidad esta obligación no es otro que el de los órganos de justicia, como órganos del Estado que son.

Ciertamente, el TS en su sentencia habló “del derecho a saber” de las víctimas, pero no mencionaba que tanto mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos como tribunales internacionales de derechos humanos han concluido que este “derecho a saber” está íntimamente vinculado con otros derechos, como el derecho de acceso a justicia y el derecho a un recurso efectivo, que se traducirían en la Constitución española como derecho a “obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales” (Art. 24). Y es que para poder sancionar, depurar responsabilidades penales, es necesario llevar a cabo previamente, como dijo efectivamente el TS, la práctica de una serie de actuaciones para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos.²⁴ Es decir, la instrucción penal necesariamente es el marco en el que, en un contexto como el que nos ocupa, se tendrían que tomar las medidas oportunas para asegurar las pruebas, practicar análisis forenses de los restos para determinar si el fallecimiento pudo ser por muerte violenta, estudio de la fecha de la muerte, etc.; esto es, analizar todo vestigio que permita esclarecer el hecho, su naturaleza y circunstancias, y aquellas otras tendentes a averiguar sus responsables, tanto materiales como intelectuales, y castigarlos en su caso.

En este sentido, y como marco fundamental, conviene recordar el Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, aprobado por el GTDFI en 2010; cuyo sustento jurídico, como es bien sabido, es el contenido de la codificadora —y por tanto obligatoria— Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992.²⁵ En su Preámbulo se afirma que:

23 Para más datos, puede verse RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN, “El juicio contra el Juez Garzón, La única oportunidad que hasta la fecha han tenido las víctimas de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo para declarar ante un tribunal español”, 12 de febrero de 2012, disponible en http://ris.hrahead.org/casos_/casos-de-ris/caso-garzon-1.

24 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, de 27 de febrero 2012, p. 9.

25 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992, Documento de las Naciones Unidas, A/RES/47/133.

“[l]a existencia del derecho a la verdad en el derecho internacional está aceptada por la práctica de los Estados que incluye tanto la jurisprudencia como el establecimiento de diversos mecanismos que buscan la verdad [...]. Esos mecanismos incluyen la instrucción de causas penales”, y que “la reconciliación entre el Estado y las víctimas de desapariciones forzadas no puede tener lugar sin el esclarecimiento de todos los casos individuales”.²⁶

El derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas se refiere, en concreto, al derecho a conocer los progresos y resultados de una investigación, la suerte y el paradero de las personas desaparecidas y las circunstancias de la desaparición, así como la identidad del autor o los autores de la desaparición.²⁷ Por ello:

“[las] principales obligaciones del Estado en relación con el derecho a la verdad son, sobre todo, de procedimiento e incluyen: la obligación de investigar hasta que se esclarezca la suerte y el paradero de la persona; la obligación de comunicar los resultados de las investigaciones a las partes interesadas [...]; la obligación de facilitar el pleno acceso a los archivos; y la obligación de proporcionar una protección plena a los testigos, los familiares, los jueces y otras personas que participen en cualquier investigación”.²⁸

Así, lo que afirma y destaca el GTDFI resulta una aproximación a la cuestión debatida muy diferente a la que escogió por el TS. Y en este punto, es importante destacar que el GTDFI expresamente tiene reconocidos varios casos de desaparición forzada de personas que tuvieron lugar (comenzaron) en España a mediados de la década de 1940.²⁹ Por más decir, en su ya referida reciente visita a España, el mismo GTDFI señaló singularmente que hoy día sigue habiendo miles de “familias de los desaparecidos en España [que] quieren conocer la verdad sobre la suerte o el paradero de sus seres queridos”.³⁰

26 GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, “Compilación de Comentarios Generales sobre la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas (A/HRC/16/48.), p. 28.

27 *Ibid.*, p. 30.

28 *Ibid.*, pp. 31-32.

29 Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/2004/58, 21 de enero de 2004, párr. 259-267; así como Documento de las Naciones Unidas, A/HRC/4/41, 25 de enero de 2007, párr. 380. Más próximo en el tiempo, Documento de las Naciones Unidas, A/HRC/13/31, 21 de diciembre de 2009, pp. 94, 97.

30 GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España”, 30 de septiembre de 2013. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=5>.

Ahora bien, sentando lo anterior y dando un paso más en los argumentos que esgrimió el TS, respecto del “delito de detención ilegal sin dar razón del paradero” (siempre pareciendo huir del concepto de “desaparición forzada”), el Alto Tribunal afirmó que el mismo no estaba vigente –no existía– hasta el Código Penal de 1944.³¹ Al respecto, de entre las muchas referencias posibles, valga acudir a un documento singularmente explicativo: las “Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas” elaboradas por el GTDFI en 2010, con el objeto de contribuir al mejor cumplimiento de la obligación contenida en la ya citada Declaración de 1992 de tipificar internamente el delito de desaparición forzada. En lo que ocupa, constató entonces el GTDFI que la detención ilegal puede formar parte de un tipo de desaparición forzada, pero que no es “suficiente para abarcar todos los elementos constitutivos de esa figura delictiva” conforme al derecho internacional; resultando además que “la ausencia de una figura penal separada no exime a los Estados de investigar y castigar los actos de desaparición forzada”.³² En este mismo orden de ideas, cabe recordar que aún a la fecha en el Código Penal español no existe la figura de la desaparición forzada, como tal, ni se pretende incluir en la reforma hoy en curso.³³

Sobre la “permanencia” del delito, el TS afirmó que “no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica”, y añadió que “[n]o es razonable argumentar que un detenido ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió detenido más allá del plazo de prescripción de 20 años”.³⁴ Vayamos aquí por parte aportando algunas referencias pertinentes del sistema universal y europeo de protección de derechos humanos:

En primer lugar, podemos volver al informe ya citado del GTDFI de 2010 para mejor comprender y comparar las posiciones discutidas. Para el GTDFI, “[c]onforme a la definición de desapariciones forzadas que figura en la Declaración, el delito en cuestión comienza con el arresto, detención o traslado contra su voluntad de la víctima, lo que significa que la desaparición forzada puede iniciarse con una

31 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, de 27 de febrero 2012, pp. 15 - 16.

32 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas”, Doc. A/HRC/16/48/Add.3, de 28 de diciembre de 2010, p. 4.

33 Al respecto, RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN, “Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Penal (II), Los crímenes de derecho internacional olvidados, una vez más”, en Serie de Análisis Jurídicos-SyDH, abril de 2013. Disponible en <http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/0b5d0d0f-5b3ad5e67738871c99898874b71754a3.pdf>

34 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, de 27 de febrero 2012, p. 16.

detención ilegal o con un arresto o detención inicialmente legal”.³⁵ Pero la desaparición forzada constituye desde luego algo más que una simple detención ilegal, y la aplicación por vía de la analogía interna –como sucedería en España– de la detención ilegal es “imperfecta” e insuficiente; si bien, al menos permite o facilita su aplicación a los actos de desaparición forzada. Debiendo recordar también que para el derecho internacional, otro elemento constitutivo del delito es la negativa a reconocer la privación de libertad o el ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida; y que el artículo 166 del Código Penal español contempla el elemento “no dar razón de paradero” como circunstancia agravatoria de la pena.

Con todo, la clave ha de situarse en que según el mismo GTDFI le subrayó expresamente a España:

“[...] la desaparición forzada es un delito continuado y una vulneración permanente de los derechos humanos mientras no se hayan esclarecido la suerte y el paradero de las víctimas (artículo 17 de la Declaración). Una desaparición forzada es un acto único y consolidado y no una combinación de actos aislados e inconexos. Aun cuando varios aspectos de la desaparición forzada puedan haberse completado años o décadas atrás, si otras partes de la desaparición persisten, especialmente si no se determina la suerte o el paradero de la víctima, deberá considerarse el caso por parte de los tribunales penales y no deberá fragmentarse el acto de la desaparición forzada”.³⁶

Si del ámbito universal pasamos un momento al sistema europeo de protección de derechos humanos, el TS tampoco pareció compartir la jurisprudencia del TEDH en este punto. En lo que ahora nos ocupa, y a parte el contenido del Art. 5 del CEDH, el TEDH ha venido estableciendo el derecho a la vida (Art. 2) junto con la prohibición de la tortura (Art. 3) como los pilares y valores básicos del CEDH. La obligación de investigar (en su vertiente procesal) derivaría de la obligación (positiva) de proteger, respetar y asegurar (Art. 1) el derecho a la vida (dimensión sustantiva o material); lo que ha permitido al TEDH aplicar en materia de desapariciones forzadas la mayor protección del derecho a la vida, en el entendimiento de que una

35 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas”, Doc. A/HRC/16/48/Add.3, de 28 de diciembre de 2010, p. 7. En este mismo sentido, Comentario General sobre la Definición de Desapariciones Forzadas (2007), p. 16.

36 GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España”, 30 de septiembre de 2013. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=5>

desaparición supone (también) una grave y directa “amenaza para la vida”.³⁷ Sin olvidar su clara jurisprudencia respecto a que cuando concurren varias circunstancias, como un estrecho e intenso grado de parentesco familiar, el haber presenciado la desaparición forzada, así como directamente haber intentado obtener información sobre la suerte del desaparecido, y singularmente la ausencia de reacción y/o respuesta, y la actitud consiguiente, de las autoridades estatales competentes ante tales demandas, una desaparición forzada supone también la conculcación del contenido del artículo 3 del CEDH.³⁸

Así y en resumen, que la detención/desaparición por fuerzas de seguridad y policiales, en circunstancias que amenazan a la vida, genera la obligación de investigar para clarificar los hechos y el paradero de la persona desaparecida. En este sentido, el TEDH en la sentencia de la Gran Sala en el caso Varnava y otros c. Turquía³⁹ concluyó, en concreto, que la continuada ausencia de investigación debida se considerará una violación continuada, incluso cuando la muerte pudiera eventualmente presumirse. De manera más detallada, el TEDH indicó en esta importante decisión que:

“[...] la falta de una investigación efectiva es, en sí misma, lo principal en cuanto a la violación alegada. Tiene su propio y diferente ámbito de aplicación que puede llegar a funcionar con independencia de la dimensión sustantiva del artículo 2 (derecho a la vida) relativa a la responsabilidad del Estado por cualquier muerte ilegal o desaparición en circunstancias amenazantes para la vida. [...] El Tribunal [...] clarificó que la obligación procesal de llevar a cabo una investigación sobre las muertes, bajo el artículo 2, había evolucionado en su propia jurisprudencia hacia una obligación separada y autónoma; que podría considerarse capaz de obligar a los Estados incluso cuando la muerte tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la Convención. [...] El Tribunal recuerda que la obligación procesal prevista en el artículo 2 de investigar cuando ha habido una muerte

37 Véase por ejemplo, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Tímurtas c. Turquía*, solicitud núm. 25531/94, sentencia de 13 de junio de 2000, párrs. 85 - 86 y 90. A partir de esta decisión, lo resumido es la postura generalmente consolidada en el sistema europeo.

38 Véase, por ejemplo, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Kurt c. Turquía*, sentencia de 25 de mayo de 1998, en *Reports 1998-III*, párr. 130 - 134; *Çakici c. Turquía*, N° 23657/94, sentencia de 8 de julio de 1999, párr. 88 - 99, en especial 98; *Orhan c. Turquía*, N° 25656/94, sentencia de 18 de junio de 2002, en especial párr. 358; *İpek c. Turquía*, N° 25760/94, sentencia de 17 de febrero de 2004, párr. 178 - 183, en especial párr. 181 - 183; *Osmanoğlu c. Turquía*, N° 48804/99, sentencia de 24 de enero de 2008, en especial párr. 96 - 97.

39 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Varnava y otros c. Turquía (GC)*, No 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90, sentencia de 18 de septiembre de 2009.

sospechosa o ilícita se ve impulsada, en la mayoría de los casos, por el descubrimiento del cuerpo o por la constatación de la muerte. En lo que respecta a desapariciones en circunstancias amenazantes para la vida, la obligación procesal de investigar apenas puede terminar con el descubrimiento del cuerpo o la presunción de muerte; esto tan sólo arroja luz sobre un aspecto de la suerte de la persona desaparecida. La obligación de dar cuenta sobre la desaparición y la muerte, así como identificar y perseguir a los perpetradores de actos ilícitos, generalmente perdura. [...] El Tribunal por tanto concluye que incluso cuando el transcurso de un lapso de tiempo de más de 34 años sin ninguna noticia de las personas desaparecidas puede suponer una prueba circunstancial fuerte de que las personas han podido morir, esto no elimina la obligación procesal de investigar. [...] El Tribunal enfatiza que [...] la obligación procesal bajo el artículo 2 que surge en relación con las desapariciones opera de manera independiente de la obligación sustantiva. Recuerda que la Corte Inter-americana, y hasta cierto punto el Comité de Derechos Humanos, aplican el mismo enfoque al aspecto procesal de las desapariciones cuando examinan alegaciones de denegación de justicia o falta de protección judicial incluso cuando la desaparición ocurrió antes del reconocimiento de su jurisdicción. [...] No obstante, hay una importante diferencia que debe extraerse de la jurisprudencia del Tribunal entre la obligación de investigar cuando ha habido la sospecha de una muerte y la obligación de investigar cuando ha habido la sospecha de una desaparición. Una desaparición es un fenómeno distinto, caracterizado por una situación continuada de incertidumbre y de falta de responsabilidad en la que se da una falta de información o incluso una ocultación deliberada y confusión sobre lo ocurrido [...]. Esta situación frecuentemente se extiende en el tiempo, prolongando el tormento de los familiares de la víctima. Por ello, no puede decirse que una desaparición es, simplemente, un acto o evento instantáneo; el elemento adicional y distintivo de la posterior falta de información sobre el paradero y la suerte de la persona desaparecida da lugar a una situación continuada. Por tanto, la obligación procesal persiste, potencialmente, todo el tiempo que continúa sin aclararse la suerte de la persona; la continuada ausencia de investigación debida

se considerará una violación continuada, incluso cuando la muerte pudiera eventualmente presumirse”.⁴⁰

En consecuencia, el hecho de que la persona detenida y desaparecida hubiera muerto a continuación de forma violenta no afecta en absoluto la consideración del hecho como una desaparición forzada; son dos hechos, si se quiere, separados y distintos, pero cuya concurrencia no es excluyente. En síntesis, y volviendo al ámbito universal, como ha afirmado el GTDFI:

“[a]unque una conducta viole varios derechos, incluido el derecho al reconocimiento de una persona ante la ley, su derecho a la libertad y a la seguridad y el derecho a no ser sometida a tortura ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y viole, además, el derecho a la vida o lo ponga gravemente en peligro, [...] una desaparición forzada es un acto único y consolidado y no una combinación de actos”.⁴¹

En suma, la permanencia no es como tajantemente afirmó el TS, una “construcción” ilógica, sino que es algo consustancial a la propia naturaleza de la desaparición forzada, que puede venir seguida, las más de las veces, de una ejecución extrajudicial. La razón de fondo, volvamos a insistir, es que:

“[l]as desapariciones forzadas son el prototipo de actos continuos. El acto comienza en el momento del secuestro y se extiende por todo el período de tiempo en que el crimen tiene lugar, es decir, hasta que el Estado reconoce la detención o proporciona información relativa a la suerte o al paradero de la persona desaparecida. [...] Aun cuando varios aspectos de la violación puedan haberse completado antes de la entrada en vigor del instrumento nacional o internacional pertinente, si otras partes de la violación persisten, y mientras no se determine la suerte o el paradero de la víctima, deberá considerarse el caso y no deberá fragmentarse el acto. Así pues, cuando la desaparición forzada se inició antes de la entrada en vigor de un instrumento o antes de que un Estado determinado aceptase la jurisdicción del órgano competente, el hecho de que la desaparición

40 Párr. 136, 138, 145 - 148, traducción libre.

41 GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, “Compilación de Comentarios Generales sobre la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas”, Comentario General sobre la Desaparición Forzada como Delito Continuado (A/HRC/16/48), p. 26.

continúe tras la entrada en vigor o la aceptación de la jurisdicción atribuye a la institución la competencia y la jurisdicción para entender del caso de desaparición forzada en su conjunto y no sólo de los actos u omisiones imputables al Estado que se produjeron tras la entrada en vigor del instrumento legal pertinente o la aceptación de la jurisdicción [...] como consecuencia del carácter continuo de la desaparición forzada, es posible condenar a una persona por la desaparición sobre la base de un instrumento jurídico promulgado después de que comenzara la desaparición forzada no obstante el principio fundamental de no retroactividad”⁴²

De igual manera, frente a la interpretación del TS, la naturaleza continuada de las desapariciones forzadas no busca “sustrae[r el delito] a las normas de prescripción”⁴³ sino todo lo contrario, y precisamente en línea con el objeto del proceso penal: que los responsables de tales actos comparezcan ante la justicia. Si el desaparecido no ha sido hallado (ni vivo ni muerto), ni nadie ha dado razón definitiva de su paradero, el hecho ilícito subsiste por mucho que se presuma su muerte violenta. En el Comentario General sobre el artículo 17 de la Declaración, el GTDFI establece claramente que:

“[e]l sentido y propósito general de este artículo es garantizar unas condiciones tales que los responsables de actos que constituyen desapariciones forzadas comparezcan ante la justicia, con una interpretación restrictiva de la prescripción [...]. Su finalidad es impedir que los autores de actos criminales se aprovechen de la prescripción. Puede interpretarse en el sentido de limitar las ventajas de la prescripción para los autores de estos actos criminales”⁴⁴

Aun más, en su informe de buenas prácticas de 2010 el GTDIF afirmaba que:

“[l]a indicación de que los casos de desaparición forzada no prescriben constituye una garantía contra la impunidad. Así debe establecerse siempre cuando el delito se comete en un contexto en el que constituye un crimen de lesa humanidad. En otros casos, si los Estados deciden establecer plazos de prescripción, debe disponerse

⁴² *Ibid.*, pp. 25-26.

⁴³ TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia N° 101/2012, de 27 de febrero 2012, p. 16.

⁴⁴ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, “Compilación de Comentarios Generales sobre la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas”, Comentario General sobre el artículo 17 de la Declaración (E/CN.4/20001/68), p. 8.

claramente en la legislación nacional que esos plazos no empezarán a contar hasta que se esclarezca la suerte o el paradero de las víctimas”.⁴⁵

De forma que el GTDFI considera mejores prácticas las de los Estados en los que las desapariciones forzadas no están sujetas a prescripción.⁴⁶ Añadiendo que en el caso de aquellos Estados en cuyas legislaciones se establecen plazos de prescripción, supone la “mejor práctica” aquella consistente en interpretar la prescripción a la luz del principio por el que la desaparición forzada constituye un delito permanente, lo que entraña que el plazo de prescripción sólo empieza a contar a partir del momento en que deja de cometerse el delito.⁴⁷ Así ha quedado recogido en el Art. 8 de la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas, sin perjuicio de que “[l]a práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable” (Art. 5); es decir, la imprescriptibilidad.

A la vista de todo ello, a nadie debería extrañar, menos sorprender, que el Comité contra la Desaparición Forzada haya tenido que concluir, expresa y literalmente lo que sigue al examinar a España:

“... [el Comité] observa con preocupación la información recibida acerca del criterio adoptado por el Tribunal Supremo en relación con la investigación de presuntos casos de desaparición forzada (sentencia 101/2012) en virtud del cual, entre otros fundamentos tales como la existencia de una ley de amnistía y la muerte de los presuntos responsables, sostuvo que “[...] la argumentación sobre la permanencia del delito no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica. No es razonable argumentar que un detenido ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió detenido más allá del plazo de prescripción de 20 años, por señalar el plazo máximo [...]” (Arts. 8, 12 y 24).

45 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Mejores Prácticas de la Legislación Penal Nacional en Materia de Desapariciones Forzadas”, Doc. A/HRC/16/48/Add.3, de 28 de diciembre de 2010, p. 16.

46 *Ídem*.

47 *Ibíd.*, p. 17.

El Comité, teniendo en consideración el régimen de prescripción vigente en España en relación con los delitos de carácter permanente, insta al Estado parte a que vele por que los plazos de prescripción se cuente efectivamente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, es decir, desde que la persona aparece con vida, se encuentran sus restos o se restituye su identidad. Asimismo, lo exhorta a que asegure que todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas y aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal que se adopten las medidas necesarias, legislativas o judiciales, con miras a superar los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir tales investigaciones...⁴⁸

IV. Sobre la aplicación de la Ley de Amnistía (Ley 46/77 de 15 de octubre de 1977)

En cuanto a este último particular, ya desde el comienzo del Fundamento de Derecho primero de la sentencia, el TS nos hablaba de “delitos amnistiados”. Cabría señalar aquí, de inicio, que resulta llamativo este calificativo, porque no se invoca caso alguno en que un juez en el marco de un proceso sobre los crímenes que aquí ocupan así lo haya declarado, ni ningún perpetrador invocado; a lo sumo, pues, podría hablarse de “delitos amniables” (en virtud de procedimiento, judicial, expreso que permitiese tal declaración). Con todo, lo cierto es que al examinar la Ley de Amnistía de 1977, el TS dedicó apenas dos páginas a exponer sus razonamientos jurídicos; siendo el resto de su argumentación una serie de valoraciones de índole política –olvidando aquí su afirmación al inicio de la sentencia, esto es, que no le corresponde al juez penal realizar juicios que no sean los propios del ámbito jurídico. En lo fundamental, la posición del TS rechazó completamente que, como defendió el juez Garzón, cualquier ley de amnistía que busque eliminar un crimen contra la humanidad sería nula de pleno derecho y, por ende, no podría ser aplicada; si bien, lo que parece apuntar es que leyes como la Ley de Amnistía española probablemente sean en la actualidad (internacionalmente) ilícitas, pero no así en el momento en que esta Ley fue aprobada ni respecto a (algunos de) los hechos que pretendían amnistiarse.

48 COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA, “Observaciones Finales sobre el Informe Presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención”, Documento de las Naciones Unidas, CED/C/ESP/CO/1, 12 de diciembre de 2013, párr. 11-12. Negritas suprimidas.

De este modo, el TS partió aquí de reconocer que “una ley de amnistía, que excluya la responsabilidad penal, puede ser considerada como una actuación que restringe e impide a la víctima el recurso efectivo para reaccionar frente a la vulneración de un derecho”,⁴⁹ pero para sostener tras ello que:

“[a]hora bien, las exigencias del principio de legalidad a los que nos venimos refiriendo, hacen que estos derechos sean exigibles frente a las vulneraciones sufridas con posterioridad a la entrada en vigor del Pacto [PIDCP] y el Convenio [CEDH] y así lo ha interpretado —dice a continuación el TS— el Comité encargado de su vigilancia en sus decisiones (véanse, las resoluciones 275/1988 y 343, 344 y 345 de 1988 en las que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas recuerda que el Pacto “no puede aplicarse retroactivamente”).”⁵⁰

Analicemos este párrafo por partes, comenzando por la mención que el TS hizo de las decisiones del Comité de Derechos Humanos (el Comité), que por lo demás, también se invocaron en general respecto a la interpretación del “principio de legalidad penal” que defendió el TS en toda su sentencia.

En primer lugar, es muy significativo que el TS sólo mencionase estas dos decisiones del Comité de 1988 (ambas en relación con Argentina y las leyes de amnistía de aquel país; y ambas resueltas en el Período 38 de Sesiones del Comité de 1990). De hecho, las dos decisiones son absolutamente idénticas en lo que aquí interesa, de tal modo que a efectos expositivos pueden tratarse como si fuesen, en el fondo, una sola. Aclarado esto, en realidad no es exacto que el TS sólo refiérase esta(s) decisión(es), porque varios párrafos después volvería al ámbito del Comité para señalar lo siguiente:

“[...] desde estos órganos vigilantes del cumplimiento del Pacto, se han efectuado recomendaciones al Estado español sobre la derogación de la ley de amnistía (Resolución 828 del 26 de septiembre de 1984 del Consejo de Europa; observación General 20 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 10 de marzo de 1992), o se ha recordado la imprescriptibilidad de los delitos y violaciones de derechos humanos (Comité de Derechos Humanos, periodo 94de sesiones, Observancia final nº 5 sobre España)”⁵¹

49 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, de 27 de febrero 2012, p. 18.

50 *Ídem*.

51 *Ibíd.*, p. 19.

No están todos los que son, y es evidente cierta confusión en la cita (el Consejo de Europa nada tiene que ver con el “Pacto” ni el Comité), pero en todo caso, lo más interesante es que para el TS los documentos que cita son “recomendaciones y observaciones y no de denuncias de incumplimiento”. No es sencillo comprender exactamente lo que el TS quería identificar como “denuncias de incumplimiento”, quizá se refiera a decisiones respecto a comunicaciones individuales, pero lo fundamental es que el TS lo que pareció decirnos es que en estos casos que ahora citaba, lo afirmado por el Comité —esto es, lo contrario a lo que sostiene el TS— no tiene valor (¿jurídico?) alguno real; siendo que sin embargo, la decisión del Comité de 1988 respecto a Argentina, la única que citó al respecto y a la que el TS sí pareció “someterse”, es absolutamente clave y determinante. Razones jurídicas, de fondo o procesales, que permitan fundamentar tal cosa, brillan totalmente por su ausencia.

Destacado ello, volvamos a la decisión del Comité de 1988, tal y como la hemos agrupado. Por motivos de espacio, dejaremos ahora al margen referencia a las muy numerosas decisiones del Comité respecto a las amnistías en general; subrayando ahora que la tesis esencial que vino a hacer suya el TS parece ser que, tal y como se discutió en aquella decisión del Comité, no existe violación, no hay incompatibilidad alguna, si se prefiere, entre la aprobación de las leyes de “obediencia debida” y “punto final” argentinas y el Art. 2.3 del PIDCP, en tanto que “el Pacto no puede aplicarse retroactivamente”. Máxima que ahora, así formulada y sin más, se trae al caso de España y su Ley de Amnistía, para concluir que tampoco hay problema alguno entre la ley española y el Art. 2.3 del PIDCP (derecho a un recurso efectivo). Sin más.

Ahora bien, el TS con seguridad ha de conocer que el Comité nos ha compartido más cosas respecto a aquellas leyes de amnistía argentinas. Por poner un ejemplo sencillo, valga mencionar las Observaciones finales del Comité en relación con Argentina de 1995:

“El Comité reitera su preocupación sobre la Ley 23.521 (Ley de Obediencia Debida) y la Ley 23.492 (Ley de Punto Final) pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el periodo del gobierno autoritario de un recurso efectivo, en violación de los artículos 2 (2,3) y 9 (5) del Pacto”⁵²

Parece pues que el Comité no sólo ha afirmado lo que el TS nos presentaba como prueba irrefutable de lo que quiere afirmar; de hecho, lo que ha señalado con claridad

52 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Argentina”, Documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.46, 5 de abril de 1995, párr. 10.

el Comité actuando en el ámbito de otra de sus competencias –la revisión de informes periódicos de los Estados parte–, es precisamente que esas leyes de amnistía violaban el Art. 2.3 del PIDCP.

Llegados a este punto, caben pues dos posibilidades, necesariamente convergentes, para que lo que nos presentó el TS —tal y como lo hace— sea tan evidente como se pretende: 1) que el Comité hubiera decidido vulnerar todos los principios (para el TS claros e indiscutibles) que había defendido tajantemente en la decisión de 1988; y 2) que entonces lo que afirmó en 1995, y repitió en relación con Argentina varias veces después, así como en relación con otros muchos países, no tendría valor alguno, por lo anterior o porque “se trata de recomendaciones y observaciones”. La otra alternativa sería que el TS nos mencionó una decisión aislada que parece apoyar su tesis, soslayando o desestimando cualquier otra referencia, incluso del mismo órgano, que contradiga su parecer. Alternativa que, de ser el caso, sería muy poco edificante.

La cuestión es que una cosa es el modo en que el Comité interpretó su competencia temporal, de conformidad con el Protocolo Adicional I al PIDCP (es decir, para la resolución de comunicaciones individuales), y otra muy diferente la regla que ha de regir la interpretación y aplicación general de un tratado internacional; máxime ante violaciones continuadas o permanentes del mismo. Esta distinción es la que explica que en un caso el Comité se declarase incompetente (en las decisiones de 1988), sin que ello obste para que, en el ejercicio de otra de sus competencias, afirme que esas leyes de amnistía violan el Art. 2.3 del PIDCP, como por ejemplo hizo en el documento referido de 1995. De hecho, y por no volver ahora a todo lo que ya expusimos anteriormente respecto a la desaparición forzada de personas, la clave de aquella decisión del Comité se encuentra en lo siguiente:

“El Comité considera necesario recordar al Estado parte que, con respecto a las violaciones ocurridas o que continuaron después de la entrada en vigor del Pacto, tiene la obligación de investigar a fondo las presuntas violaciones y de proporcionar los recursos correspondientes a las víctimas o a sus familiares”.⁵³

Y aquí, no es necesario insistir en que desde el sistema universal de protección de los derechos humanos, pasando por todos y cada uno de los sistemas regionales, ya nadie duda hoy de que las desapariciones forzadas de personas son el arquetipo de los hechos o violaciones que “continúan después” de su inicial comisión.

53 Citamos el párrafo 5.4 de la decisión 275/1988; idéntico es el literal del párrafo 5.4 de la decisión 343, 344 y 345/1988.

Si pasamos ahora al ámbito del TEDH, ciertamente su jurisprudencia respecto a las leyes de amnistías es más limitada, por diversos motivos, que la del Comité de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, cabe señalar que si bien en un momento inicial fue la Corte la que miraba al TEDH, en la última década es éste el que ha tenido que aproximarse a los avances de la Corte. Así, en el seno del TEDH, una de las primeras posiciones expresadas sobre las amnistías suele situarse generalmente en el caso *Abdülamet Yaman c. Turquía*:

“El Tribunal además resalta que cuando un agente estatal ha sido acusado de crímenes de tortura o malos tratos, es de una importancia vital para la finalidad de un “recurso efectivo” que los procesos penales y las sentencias no estén sujetos a prescripción y que la concesión de una amnistía o un indulto no deberían ser admisible (ver Conclusiones y Recomendaciones del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas: *Turquía*, 27 de mayo de 2003, CAT/C/CR/30/5).⁵⁴”

Más próximo en el tiempo, podría referirse el caso *Ould Dah c. Francia*:

“[...] en la misma forma que el Comité de Derechos Humanos y el TPIY, consideran que la amnistía es generalmente incompatible con el deber que tienen los Estados de investigar sobre tales actos. Es forzoso constatar que en este caso la ley de amnistía mauritana interviene no tras el enjuiciamiento y condena del demandante sino precisamente con vistas a impedir toda persecución penal frente a éste. Ciertamente, de forma general, no se podría negar la posibilidad de un conflicto entre, de una parte, la necesidad de perseguir los crímenes cometidos y, de otra parte, la voluntad de reconciliación del cuerpo social de un país. En todo caso, ningún proceso de reconciliación de este tipo ha sido puesto en marcha en Mauritania. Sin embargo, como el Tribunal ya ha constatado, la prohibición de la tortura ocupa un lugar primordial en todos los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos y consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. Por lo tanto no se podría cuestionar la obligación de perseguir tales hechos concediendo la impunidad a su autor por la adopción de una ley de

54 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Abdülamet Yaman c. Turquía*, No 32446/96, sentencia de 2 de noviembre de 2004, párr. 10. Traducción libre.

amnistía susceptible de ser calificada de abusiva desde el punto de vista del Derecho internacional[...]⁵⁵

Así, lo referido podría colocar el debate en sus justos términos; si bien, la posición del TS no se refirió, tampoco, a la aproximación resumida del TEDH respecto a las leyes de amnistía. La cual, apuntemos, se ha visto, ya reafirmada, ya mejor definida, tras su decisión en el caso *Marguš contra Croacia*: Y es que en este proceso, inicialmente en la sentencia de Sala del 13 de noviembre de 2012 se concluyó que desde hace décadas, y sobre la base de “las normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario, los tratados de derechos humanos, así como las decisiones de tribunales internacionales y regionales y de la práctica de los Estados”, existe una clara y constante tendencia que determina que la concesión de amnistías generales respecto de crímenes internacionales está prohibida por el derecho internacional.⁵⁶ Por su parte, en su sentencia del 27 de mayo de 2014, la Gran Sala añadió a todo ello que la misma jurisprudencia anterior del TEDH permitía concluir que la concesión de amnistías respecto al asesinato y maltrato de civiles es contraria a las obligaciones contenidas en los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo; en tanto que ese tipo de leyes impiden u obstaculizan la investigación, y necesariamente conllevan la impunidad de los responsables.⁵⁷ De otro lado, subrayó la obligación unánimemente reconocida de los Estados de procesar y castigar a los responsables de las más graves violaciones a los derechos humanos; y a su tenor, la general y desde hace lustros creciente orientación internacional a considerar, en consecuencia, a las amnistías como jurídicamente inaceptables.⁵⁸

En cualquier caso, el TS lo que nos dio a entender es que en cierto modo, este tipo de leyes podrían ser contrarias al CEDH, pero lo que afirmó es que el CEDH no es (tampoco) aplicable “retroactivamente” a los hechos denunciados. Al respecto, no es necesario insistir en la posición del TEDH en relación con las desapariciones forzadas de personas, que ya comentamos en el apartado anterior. Añadamos solamente entonces que por acudir a una decisión reciente del TEDH, precisamente en relación con España, en el caso *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz contra España* el TEDH de ningún modo ha mantenido que sea posible hablar de “aplicación retroactiva” alguna del CEDH en casos de desaparición forzada

55 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Ould Dah c. Francia*, No 13113/03, decisión de inadmisión de 17 de mayo de 2009, p. 17. Traducción libre.

56 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Marguš contra Croacia*, No 4455/10, sentencia de 13 de noviembre de 2012, párr. 74.

57 La reciente sentencia de la Gran Sala se encuentra disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-144276#{“itemid”,\[“001-144276”\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-144276#{“itemid”,[“001-144276”]}). La referencia es del párr. 127.

58 *Ibíd.*, párr. 139.

de persona, ni por supuesto ha sostenido que una ley de amnistía como la española suponga el fin de la obligación estatal de investigar hechos de esa naturaleza.⁵⁹

Ahora bien, tras descartar la posibilidad de aplicación del derecho convencional, el TS daría paso en su sentencia a otras formas de creación de obligaciones internacionales. Su argumentación en este punto aparecía concentrada en un solo párrafo, en los siguientes términos:

“Algún sector de la doctrina internacionalista mantiene que la prohibición de la amnistía respecto de delitos que afectan al contenido esencial de derechos humanos era costumbre internacional, de *ius cogens*, y, por lo tanto, vinculante para España a raíz de la ratificación del Pacto que así lo establece. Sin embargo, incluso si ello fuera así, esa costumbre incorporada al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en 1966, ratificado por España en 1.977, regiría a partir de una fecha muy posterior a los hechos objeto de la instrucción judicial. Aún en este supuesto, que entendemos no concurre, la prohibición de una amnistía dispuesta por una costumbre, posteriormente introducida a un Convenio Internacional, plantearía un nuevo problema, el de la posibilidad de que un tribunal español pudiera declarar nula, por contraria a derecho, la ley de amnistía. Ello no está previsto en los Pactos que se consideran de aplicación a los hechos, ni lo consideramos procedente, pues el incumplimiento del Tratado da lugar a su denuncia por parte de los órganos vigilantes del Pacto. Los jueces, sujetos al principio de legalidad no pueden, en ningún caso, derogar leyes cuya abrogación es exclusiva competencia del poder legislativo”.⁶⁰

No podemos detenernos ahora en todo lo que cabría comentar aquí, aunque hay que subrayar al menos que esta exposición es singularmente confusa. De hecho, el TS pareció afirmar que si existiera esa “costumbre internacional de *ius cogens*”, la misma sería sólo vinculante para España tras ratificar el PICDP. Sin embargo, si partimos únicamente de la naturaleza consuetudinaria de la norma, como señalaba el TS, ello supondría que hasta que España ratificó el Pacto habría sido lo que se conoce técnicamente como un “objeto persistente” en cuanto a la “prohibición

59 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Caso *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*, Application N° 301410/09, decisión de inadmisión de 27 de marzo de 2012, párr. 31 y ss., en especial párr. 39. Sobre los motivos que llevaron al TEDH a inadmitir esta demanda, puede verse RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN, “Decisión del TEDH en el caso Gutiérrez Dorado vs. España, Luces y Sombras”, *Series de Análisis Jurídicos-GCyF*, abril de 2012 (disponible en <http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/f893f36547a757264deca19d70abf3e48ae19ae5.pdf>).

60 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia N° 101/2012, de 27 de febrero 2012, p. 19.

de la amnistía respecto de delitos que afectan al contenido esencial de derechos humanos”. Pero, ¿sobre qué datos se sostendría entonces la oposición sistemática, expresa y permanente de España a tal norma consuetudinaria desde su formación —por acudir a la caracterización al uso de la Corte Internacional de Justicia? Nada nos dijo el TS al respecto. Pero es que, además, si el propio TS caracterizó esa “costumbre internacional” como de norma de “*ius cogens*”, ¿cómo es sencillamente posible que España no estuviera vinculada por ella, por una norma nada más ni nada menos que de *ius cogens*, hasta que ratificó el Pacto? Sostener tal cosa requeriría, en fin, de una explicación jurídica descomunal, por no decir otra cosa.

Con lo apuntado dejemos este particular, porque en realidad el TS lo que finalmente pareció concluir es que, sea como fuere, a su juicio, no hay costumbre internacional, de *ius cogens*, alguna. Tampoco nos aclaró sus razones en este punto, pero la clave es que a continuación añadió que en cualquiera de los casos, los tribunales de justicia nada podrían hacer respecto a la Ley de Amnistía; pues es una cuestión que afecta al legislador (haciendo abstracción, en fin, sobre a quién corresponde en su caso aplicar o no una ley). Los motivos en este punto vuelven a ser confusos, porque si el TS estaba manejando como hipótesis la existencia de una costumbre internacional, es difícil comprender con base en qué sostuvo que no aplicar plenamente una ley contraria a ella “no está previsto en los Pactos que se consideran de aplicación a los hechos, ni lo consideramos procedente, pues el incumplimiento del Tratado da lugar a su denuncia por parte de los órganos vigilantes del Pacto”. ¿Estamos hablando entonces de la aplicación de una costumbre internacional por parte de los tribunales españoles, o de un tratado internacional, o de las dos cosas, o de ninguna? Es complicado saber exactamente lo que nos quiso plantear el TS. Aunque la referencia final parecía tender a mantener que aun en el supuesto de que la ley española fuera contraria a las obligaciones, convencionales o consuetudinarias, de España, los jueces deberían aplicar en todo caso esa ley (interna). Tentación sentimos de recordar la posición que el Derecho internacional tiene en relación con el Derecho interno, en general o en lo concreto según la interpretación unánime de los artículos 1.1, 9, 95 o 96 de la Constitución española; pero entendemos que no es preciso hacerlo. Lo único que señalaremos entonces es que el TS pareció indicarnos en este punto y en todo caso, que el Estado español no tendría otra alternativa que a través de sus órganos de justicia, aplicar una disposición de derecho interno contraria a los compromisos internacionales que le vinculan, hasta que fuese “denunciado” ante “los órganos vigilantes” correspondientes; eso o que el legislador derogue la ley en cuestión. Renunciando, en fin, a toda posibilidad de que, por ofrecer una simple alternativa, los jueces interpreten la Ley de

Amnistía de tal modo que de su ámbito de aplicación quedasen fuera las graves violaciones a los derechos humanos/crímenes de derecho internacional.

Con todo, la cuestión de fondo que parece subyacer en esta tan condensada y confusa argumentación del TS es como ya avanzamos, la valoración política que hizo de la Ley de Amnistía. Así, apeló a su sentido de reconciliación, diciendo que “en ningún caso fue una ley aprobada por los vencedores, detentadores del poder, para encubrir sus propios crímenes”;⁶¹ sostuvo que “la citada Ley fue consecuencia de una clara y patente reivindicación de las fuerzas políticas ideológicamente contrarias al franquismo. Posteriormente fueron incorporándose otras posiciones, de izquierda y de centro e, incluso, de derecha”;⁶² y añadió que habría constituido junto con la Constitución “un importante indicador a los diversos sectores sociales para que aceptaran determinados pasos que habrían de darse en la instauración del nuevo régimen de forma pacífica evitando una revolución violenta y una vuelta al enfrentamiento”.⁶³

Varios comentarios podrían hacerse en este punto, pero nos limitaremos a uno y de orden jurídico-internacional. Sea como fuere, si el TS quiso estimar que esta Ley sería de aplicación a los crímenes cometidos durante la Guerra Civil y por las autoridades en el franquismo, baste recordar que las razones que presentó resultan, en esencia, irrelevantes para examinar la adecuación de una medida legislativa con las obligaciones internacionales vinculantes para el Estado. Aceptar el planteamiento de fondo del TS, de hecho, supondría negar la misma existencia del derecho internacional, pues equivaldría a sostener que toda medida legislativa aprobada con un apoyo más o menos amplio, por unos motivos u otros, y por un Parlamento democrático, automáticamente sería internacionalmente “lícita”, aunque su contenido incurriera en contradicción flagrante con las obligaciones internacionales del Estado.

A este respecto, baste recordar entre otros muchos ejemplos, el de la ley de amnistía uruguaya (Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado), no solamente aprobada por el legislador, sino incluso por referendo popular; lo que como es lógico, no obstó para que entre otros, el Comité de Derechos Humanos expresara:

“[...] su honda preocupación con respecto a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado y su profunda inquietud por las consecuencias que tiene esa ley para el cumplimiento del Pacto. A ese respecto, el Comité destaca la obligación que tienen los Estados

61 *Ibíd.*, p. 20.

62 *Ídem.*

63 *Ibíd.* p. 21.

partes en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto de garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados pueda interponer un recurso efectivo ante la autoridad competente judicial, administrativa, legislativa o de otro carácter. El Comité observa con honda preocupación que en algunos casos el hecho de mantener la Ley de Caducidad excluye de manera efectiva la posibilidad de investigar casos pasados de violaciones de derechos humanos y, por consiguiente, impide que el Estado parte asuma la responsabilidad de permitir que las víctimas de esas violaciones interpongan un recurso efectivo. Asimismo, el Comité considera que la Ley de Caducidad viola el artículo 16 del Pacto por lo que se refiere a las personas desaparecidas y el artículo 7 en relación con los familiares de esas personas”⁶⁴

Y en igual sentido, acabemos trayendo a colación también la Observación General del GTFDI, relativa al contenido del artículo 18 de la Declaración, en la que se concluye —con rotundidad y sin margen para la duda— que:

“Se considerará que una ley de amnistía es contraria a las disposiciones de la Declaración aunque haya sido aprobada en referendo o procedimiento de consulta similar, si a consecuencia de su aplicación o implementación se produce directa o indirectamente, alguno o todos estos supuestos: a) Cesar la obligación del Estado de investigar, procesar y castigar a los responsables de las desapariciones, como prevén los artículos 4, 13, 14 y 16 de la Declaración; [...] b) Sobreseer procesos penales o cerrar investigaciones contra presuntos responsables de desapariciones o imponer sanciones insignificantes[...]”⁶⁵

En suma, y de nuevo, probablemente solo al TS podría sorprenderle lo que nos vemos obligado a reproducir. Por mero orden cronológico, según el GTFDI:

“En octubre de 1977, España aprobó una Ley de Amnistía con un amplio apoyo parlamentario. Según la información recibida por el Grupo de Trabajo, las autoridades españolas y gran parte de la

64 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observaciones finales del Comité de derechos Humanos, Uruguay”, CCPR/C/79/Add.90, 8 de abril de 1998, C. Principales temas de preocupación y recomendaciones, párr. 1.

65 GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, Observación General del artículo 18 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, parr. 2.

sociedad ven a esta Ley de Amnistía como una pieza fundamental que permitió una transición pacífica de la dictadura a un Estado de Derecho. Se le explicó al Grupo de Trabajo que la ley de amnistía española no es una “ley de punto final”. Al respecto, el artículo 18 de la Declaración es categórico en indicar que los autores o presuntos autores de actos de desaparición forzada no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal. Una ley de amnistía no debe permitir el término de la obligación del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de las desapariciones. El Grupo de Trabajo insta al Estado a adoptar todas las medidas necesarias legislativas y judiciales, para asegurar que las desapariciones forzadas no sean crímenes sujetos a amnistía, en particular privando de todo efecto la Ley de Amnistía de 1977, como ya ha sido recomendado por distintos organismos internacionales”⁶⁶

De su lado, el Comité contra la Desaparición Forzada, debió indicarle a España que le:

“[...] exhorta a que asegure que todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas y aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal; que se adopten las medidas necesarias, legislativas o judiciales, con miras a superar los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir tales investigaciones, *en particular la interpretación que se ha dado a la ley de amnistía*”⁶⁷

Finalmente, para el Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición de las Naciones Unidas:

“En España se ha alegado que la Ley 46/1977 (Ley de Amnistía) no es una ley de ‘punto final’ puesto que fue adoptada democráticamente por el primer parlamento elegido después de la transición. El hecho

66 GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España”, 30 de septiembre de 2013. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>. Negritas suprimidas.

67 COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA, “Observaciones Finales sobre el Informe Presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención”, Documento de las Naciones Unidas, CED/C/ESP/CO/1, 12 de diciembre de 2013, párr. 12.

de que la ley fue adoptada no por el régimen anterior sino por un parlamento elegido democráticamente la hace, es cierto, diferente de una ‘auto-amnistía.’ Pero en efecto la ley acabó cumpliendo las funciones de una ley de punto final en tanto que se ha utilizado para archivar prácticamente la totalidad de los casos que llegan ante los jueces.

Aun en países que no han derogado leyes de amnistía, los tribunales de algunos de ellos han encontrado interpretaciones tanto de esas leyes como de los principios relevantes (legalidad, no retroactividad) que no han impedido la investigación y el procesamiento de presuntos responsables de violaciones a los derechos humanos. Esto incluye, por ejemplo, interpretaciones según las cuales las amnistías suspenden la responsabilidad penal, pero, en la medida en que requieren para su aplicación una determinación judicial (como sucede con la ley 46/1977), requieren a su vez al menos una investigación de los hechos, pues de otra manera no hay responsabilidad alguna que se pueda suspender o extinguir [...]

[Por todo ello, entre otras cuestiones, el Relator coincide con] el Comité contra la Desaparición Forzada y el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas, en particular en relación a: privar de efectos la ley de amnistía de 1977”⁶⁸

V. Conclusión final

Tras el examen que hemos realizado de los argumentos del TS en torno a la figura de los crímenes contra la humanidad, la consideración que realizó de la desaparición forzada de personas, y la posición adoptada respecto a la aplicación de la Ley de Amnistía, la conclusión a ofrecer no puede ser otra que la siguiente: no sólo en las soluciones adoptadas por la sentencia, sino muy especialmente en los razonamientos utilizados, el TS se mostró totalmente refractario a cualquier consideración fundada, a cualquier aplicación y en suma a toda interpretación normativa acorde con el derecho internacional, en general, y con el derecho internacional de los derechos humanos, en particular. Y de este modo, y aunque en su sentencia afirmase que “la normativa internacional de protección de los derechos humanos, en permanente

68 RELATOR ESPECIAL PARA LA PROMOCIÓN DE LA VERDAD, LA JUSTICIA, LA REPARACIÓN Y LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observaciones Preliminares del Relator Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición, Pablo de Greiff, al concluir su visita oficial a España”, 3 de febrero de 2014. Disponibles en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14216&LangID=5>

discusión, está propiciando importantes debates jurídicos que impiden hoy un pronunciamiento categórico sobre su extensión”,⁶⁹ lo cierto es que como acabamos de ver, el TS sí se manifestó sobre ello categóricamente: según su juicio sobre el derecho aplicable, ninguna “normativa internacional de protección de los derechos humanos” es jurídicamente pertinente en cuanto a la investigación judicial de los crímenes del pasado en España; tampoco lo es la interpretación que de la misma han dado múltiples órganos internacionales, ni en lo general ni en lo particular sobre el mismo caso de España. De hecho, a juicio del TS tal investigación (penal) judicial era y es sencillamente imposible en este país; como lo ha sido y parece ser la plena satisfacción de los derechos de sus víctimas.

No cabe duda de que muchas de las cuestiones que hemos examinado en esta breve contribución han sido y son objeto de un tan intenso como legítimo debate, pero sin querer realizar ningún juicio de intenciones, resulta ciertamente llamativo que la posición mantenida por el TS pueda resumirse en el descarte, la negativa, o la oposición a considerar en serio los muy numerosos pronunciamientos de múltiples instancias internacionales que desde hace décadas han establecido lo contrario —en todo o en parte— que lo defendido por el Alto Tribunal español. Y todas estas afirmaciones y/o construcciones, conviene destacarlo, no son meras posiciones doctrinales, sino el derivado de las funciones que les han sido atribuidas como órganos vigilantes e intérpretes cualificados de un amplio conjunto de obligaciones internacionales aceptadas por España. Resultando un argumento poco edificante, por decir lo menos, la defensa de que cuando conviene o se pretende ignorarlas, se trata de meras “recomendaciones y observaciones” que pueden tomarse, en fin, a beneficio de inventario. Máxime cuando, sin irnos a lo más general, estos órganos internacionales han mantenido, todos ellos, desde hace años y en lo más reciente, exactamente lo mismo respecto a la valoración jurídica que merece el modo en que España ha tratado y trata los crímenes cometidos antes de su último proceso de transición a la democracia.

En cualquier caso, el hecho es que a pesar de que durante el procedimiento que concluyó con la sentencia analizada gran parte de lo que señalado fue, en lo general, ya expresa y reiteradamente puesto sobre la mesa, el TS aparentemente no hizo o quiso hacer oído a nada de ello. Realidad que de lo particular del proceso contra el juez Garzón se extendió de forma inmediata a todas y cada una de las causas relativas a algunos de los crímenes cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo. Dicho de otro modo, a partir de la resolución del TS, el resto de tribunales

69 TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia N^o 101/2012, de 27 de febrero 2012, p. 34.

españoles asumió de manera completa y casi mecánica tanto el fondo como los argumentos utilizados en su sentencia; no resultando entonces infundada –pero sí lamentable– la reciente caracterización que como ya vimos, nos compartió hace unos meses el GTDFI. Esto es, la general existencia en España de “una judicatura que no ha interpretado la ley a la luz del derecho internacional de los derechos humanos [creando] un patrón de impunidad para los casos de desapariciones forzadas ocurridas durante la Guerra Civil y la dictadura”⁷⁰

En este orden de ideas y finalmente, aunque no debiera sorprender a (casi) nadie, entendemos que es especialmente ilustrativo que como hemos ido apuntando, en los últimos meses los tres órganos internacionales que han visitado o examinado a España –el GTDFI, el Comité contra la Desaparición Forzada y Relator Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición– hayan coincidido unánimemente en que en España parece y/o se pretende jurídicamente imposible el “acceso por parte de las víctimas al aparato judicial”, en palabras del último de ellos.⁷¹ O por mejor detallarlo, y en lo que nos ha ocupado específicamente en este artículo, que: “[e]l Tribunal Supremo en sus sentencias de absolución y competencia estableció expresamente que no procede la investigación penal por casos de desapariciones forzadas dado que los casos estarían prescriptos, los presuntos responsables estarían muertos, el carácter continuado de las desapariciones sería una ficción inaceptable jurídicamente y, de todas maneras, sería aplicable a ellos la Ley de Amnistía de 19[7]7. [...], esta combinación de factores es contraria a los principios que emergen de las obligaciones internacionales de España[...]”⁷² Obligaciones internacionales cuyo contenido e interpretación, valga recordarlo, no son algo novedoso ni sobrevenido, sino claramente establecidos y asentados desde hace lustros; como nos han tenido que recordar recientemente y al unísono, y como el TS y el resto de tribunales españoles deberían haber sabido y si no, saber ya.

70 GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observaciones Preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España”, 30 de septiembre de 2013. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=5>

71 RELATOR ESPECIAL PARA LA PROMOCIÓN DE LA VERDAD, LA JUSTICIA, LA REPARACIÓN Y LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observaciones Preliminares del Relator Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición, Pablo de Greiff, al concluir su visita oficial a España”, 3 de febrero de 2014. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14216&LangID=5>

72 GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Observaciones Preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU al concluir su visita a España”, 30 de septiembre de 2013. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=5>. *Cursiva añadida.*

SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

Seleccionados en la II Edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal

Violencia sexual contra niños y niñas menores de quince años en el caso Lubanga: análisis crítico y una propuesta de solución

Leandro Alberto Días

O status de vítima no Tribunal Penal Internacional:
a importância de uma perspectiva comunicativa

Giovanna Maria Frisso

Violencia sexual contra niños y niñas menores de quince años en el caso Lubanga: análisis crítico y una propuesta de solución

Sexual Violence Against Children under Fifteen Years in the Case Lubanga: Critical Analysis and a Proposed Solution

Violência sexual contra crianças menores de quinze anos no caso Lubanga: análise crítica e uma proposta de solução

Leandro Alberto Dias*

Fecha de recepción: 15 de enero de 2014.

Fecha de aprobación: 31 de marzo de 2014.

Doi: dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.04

Para citar este artículo: DIAS, L., "Violencia sexual contra niños y niñas menores de quince años en el caso Lubanga: análisis crítico y una propuesta de solución", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 2, 2014, pp. 103-132. doi: dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.04

Resumen

Uno de los temas más controvertidos que la Sala de Primera Instancia I de la Corte Penal Internacional tuvo que resolver en la sentencia de condena contra Thomas Lubanga Dyilo fue el tratamiento jurídico de los actos de violencia sexual cometidos durante el conflicto armado en Ituri. Este aspecto resultó problemático debido a que la Fiscalía decidió no presentar una acusación por crímenes sexuales. Por el contrario, centró su estrategia durante gran parte del proceso en los crímenes de guerra de reclutamiento, alistamiento o utilización de niños menores de quince años para participar activamente en las hostilidades. Ante esta situación, la mayoría de Sala de Primera Instancia I decidió no pronunciarse sobre el tema, mientras

* Abogado, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente de la facultad de Derecho (UBA) en la asignatura Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal (cátedra prof. Dr. Dr. h.c. Marcelo A. Sancinetti). Investigador estudiante y Becario de Inicio DeCyT (Programación 2012-2014). Investigador estudiante y becario CIN (Convocatorias 2012 y 2013). El autor desea agradecer a Pablo Ezequiel Cano, Natalia Luterstein, Noelia Matalone y Dalila Seoane, por los valiosos aportes efectuados a una versión preliminar del ensayo presentado, y a Paula Scianca Luxen por sus comentarios. El agradecimiento debe hacerse extensivo al Prof. Dr. Héctor Olasolo Alonso, por las sugerencias realizadas al presente artículo.

que la jueza Elizabeth Odio Benito consideró a los actos de violencia sexual como constitutivos del crimen de utilización activa de menores en las hostilidades. En el presente ensayo se analizarán críticamente ambas posiciones, con el propósito de exponer una tercera alternativa, consistente en que los actos de violencia sexual, a pesar de no haber sido expresamente imputados, se encuentran incluidos en las conductas de reclutamiento o alistamiento.

Palabras clave: Caso Lubanga, participación activa en las hostilidades, niños soldados, crímenes sexuales, invisibilidad, derechos del imputado, principio de legalidad, *nullum crimen sine lege*, Corte Penal Internacional, reclutamiento.

Abstract

One of the most controversial issues that the Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court had to decide in their judgment against Thomas Lubanga Dyilo was the legal treatment of the acts of sexual violence committed during the armed conflict of Ituri. This was a challenging aspect because the Prosecutor had previously decided not to present charges based on sex crimes. On the contrary, he mostly focused his prosecutorial strategy on the war crimes of conscripting, enlisting children under the age of fifteen years or using them to participate actively in hostilities. Facing that situation, the majority of the Trial Chamber I decided not to analyse the issue, while judge Elizabeth Odio Benito took up this point and considered that acts of sexual violence constitute an active participation in hostilities. In this essay I will critically analyse both opinions with the aim of offering an alternative explanation. The latter could be read as follows: despite the fact that acts of sexual violence were not included in the charges, they are covered by the conducts of conscripting or enlisting.

Keywords: Lubanga Case, active participation in hostilities, child soldiers, sexual violence, invisibility, rights of the accused, principle of legality, *nullum crimen sine lege*, International Criminal Court, recruitment.

Resumo

Um dos temas mais controvertidos que a Sala Primeira Instância I da Corte Penal Internacional teve que resolver na sentença de condenação contra Thomas Lubanga Dyilo foi o tratamento jurídico dos atos de violência sexual cometidos durante o conflito armado em Ituri. Este aspecto resultou problemático devido a que o Ministério Público decidiu não apresentar uma acusação por crimes sexuais. Pelo contrário, centrou sua estratégia durante grande parte do processo nos crimes de guerra de recrutamento, alistamento ou utilização de crianças menores de quinze anos para participar ativamente nas hostilidades. Ante esta situação, a maioria

de Sala de Primeira Instância I decidiu não pronunciar-se sobre o tema, enquanto a juíza Elizabeth Odio Benito considerou aos atos de violência sexual como constitutivos do crime de utilização ativa de crianças nas hostilidades. No presente ensaio se analisarão criticamente ambas as posições, com o objetivo de expor uma terceira alternativa, consistente em que os atos de violência sexual, a pesar de não ter sido expressamente imputados, se encontram incluídos nas condutas de recrutamento ou alistamento.

Palavras-chave: Caso Lubanga, participação ativa nas hostilidades, crianças-soldado, crimes sexuais, invisibilidade, direitos do imputado, princípio de legalidade, *nullum crimen sine lege*, Corte Penal Internacional, recrutamento.

I. Introducción

El problema de los niños soldados ha sido en los últimos años objeto de un importante número de informes, trabajos académicos y normas que han ido delineando los contornos de la protección que el derecho internacional ofrece a los niños y niñas asociados a fuerzas o grupos armados.¹ En este contexto, el derecho internacional penal también ha regulado la cuestión, como lo muestra el Estatuto de Roma (ER), que tipificó en 1998 por primera vez como crimen de guerra el reclutamiento, el alistamiento, o la utilización de niños menores de quince años para participar activamente en las hostilidades.²

La creciente atención sobre el fenómeno de los niños soldados se ha visto reflejada en el proceso ante la Corte Penal Internacional (CPI) contra Thomas Lubanga Dyilo, en el marco de la situación en la República Democrática del Congo (RDC). En este caso, la Fiscalía centró su estrategia de acusación en los crímenes vinculados con el reclutamiento, el alistamiento y la utilización de niños menores de quince años (artículos 8 (2) (b) (xxvi) y 8 (2) (e) (vii) del ER), obteniendo una sentencia condenatoria de la Sala de Primera Instancia I (SPI I). Sin embargo, se ha criticado el accionar de la Fiscalía por haber dejado de lado distintas conductas de violencia

1 Sobre el tema, desde la óptica del derecho internacional penal, resultan imprescindibles las investigaciones realizadas en los últimos años por Gregoria Palomo Suárez y Julie McBride: MCBRIDE, J., *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, T.M.C. Asser Press/Springer, The Hague, 2013; PALOMO S., G., *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht. Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2009.

2 En ese sentido, el Tribunal Especial para Sierra Leona llegó a considerar que al menos desde el año 1996 existía una norma consuetudinaria sobre la que se respaldaba la tipificación de esas conductas como crímenes de guerra. TESL, Sala de Apelaciones, *Prosecutor against Sam Hinga Norman, Decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment)*, SCSL-2004-14-AR72(E), 31 de mayo de 2004, párr. 8 y ss.

sexual que no fueron imputadas específicamente a pesar de que parecían haber sido cometidas.³

La cuestión se volvió más controvertida durante la etapa de juicio oral, debido a que la Fiscalía dedicó gran parte de sus esfuerzos a comprobar que efectivamente se habían cometido crímenes sexuales, a pesar de no haberlos incluido en su escrito de acusación. Ante esta situación, la SPI I tuvo que decidir si estas conductas, aptas para configurar crímenes sexuales autónomos, podían ser abarcadas por las disposiciones sobre las que se fundaba la acusación. En particular, se discutió si distintos actos de violencia sexual, cometidos contra niños soldados por miembros del grupo armado que los había reclutado, podían configurar una participación activa en las hostilidades.

En el presente trabajo se analizarán minuciosamente la posición mayoritaria de la SPI I y el voto particular de la jueza Odio Benito, con el fin de determinar si resultaba posible subsumir los actos de violencia sexual en los tipos penales sobre los que versó la acusación. Se comprobará que ambas posturas requieren ser replanteadas, y se presentará una tercera posición alternativa.

II. Los problemas procesales surgidos en el caso Lubanga por la falta de acusación por crímenes sexuales

A. Lineamientos del contexto

La Fiscalía decidió, en el caso Lubanga, no presentar cargos por crímenes sexuales contra el acusado, a pesar de la evidencia de que este tipo de actos se habían producido durante el conflicto armado en Ituri.⁴ Esta decisión se debió, en una primera etapa, a razones prácticas, ya que se requería una actuación rápida para el libramiento de una orden de arresto ante una posible liberación de Thomas Lubanga por las autoridades congoleñas.⁵

3 Cfr. MEROPE, S., “Recharacterizing the Lubanga case: regulation 55 and the consequences for gender justice at the ICC”, *Criminal Law Forum*, Vol. 2, N° 3, 2011, pp. 314-315.

4 CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, “Special report on the events in Ituri. January 2002-December 2003”, UN Doc. S/2004/573, 2004, párr. 37, 80 y 108; Human Rights Watch, “The War Within the War: Sexual Violence Against Women and Girls in Eastern Congo”, New York/Washington/Londres/Bruselas, 2002; Amnesty International, “Democratic Republic of Congo—Mass Rape—Time for Remedies”, [en línea] London, 2004. Disponible en: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/AFR62/018/2004/en/618e1ff2-d57f-11dd-bb24-1fb85fe8fa05/af620182004en.pdf>>; Open Letter from Women’s Initiatives for Gender Justice to Mr. Luis Moreno Ocampo, [en línea] 20 de septiembre de 2006. Disponible en: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc252017.pdf>> [Consulta: 04.05.2014].

5 OFICINA DEL FISCAL, *Report on the activities performed during the first three years (June 2003-2006)*, 12 de septiembre de 2006.

Sin embargo, con posterioridad, la Fiscalía mantuvo una acusación basada exclusivamente en las conductas de reclutamiento, alistamiento, y utilización de niños menores de quince años.⁶ Factor determinante en esta decisión fue la política de realizar investigaciones cortas y temáticas,⁷ con el fin de dar lugar a procesos rápidos en los que se seleccionarían determinadas conductas aptas para representar los incidentes más graves y los principales supuestos de victimización.⁸

De esta manera, a pesar de las críticas recibidas, la Fiscalía decidió presentar el 28 de agosto de 2006 el documento que contiene los cargos, acusando a Thomas Lubanga por los crímenes de guerra de reclutamiento, alistamiento y utilización de niños menores de quince años, sin hacer ninguna referencia a conductas de violencia sexual.⁹ En la audiencia de confirmación de cargos tampoco se mencionaron esta clase de actos, y los cargos fueron confirmados sin mayores menciones por la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP I).¹⁰

No obstante, durante los alegatos de apertura de la etapa de juicio oral, el Fiscal hizo particular hincapié en las conductas de violencia sexual, exponiendo que gran parte de su estrategia de litigio estaría basada en la comprobación de las mismas.¹¹ La situación provocó el debate sobre la posibilidad de que la SPI aplicase la norma 55 del Reglamento de la Corte,¹² a partir de una petición de los representantes de las víctimas,¹³ con el fin de modificar en la sentencia la calificación jurídica de los hechos atribuidos al acusado. Esto dio lugar a una decisión por mayoría de dos a uno,

- 6 El artículo 8 (2) (b) (xxvii) hace referencia al crimen dentro del contexto de un conflicto armado internacional, mientras que el 8 (2) (e) (vii) lo hace en el marco de un conflicto armado no internacional (CANI). En la sentencia condenatoria la SPI I consideró que los crímenes se habían cometido en este último contexto, por lo que en este ensayo se analizará únicamente el artículo 8 (2) (e) (vii).
- 7 Cfr. TAN, J., "Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime of Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in Lubanga", en GILL, T. et al (eds.) *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 15, 2012, p. 122.
- 8 CPI, Oficina del Fiscal, *Report on Prosecutorial Strategy*, 14 de septiembre de 2006, pp. 5-6. Sobre el tema, vid. GUARIGLIA, F., "The Selection Of Cases By The Office Of The Prosecutor Of The International Criminal Court", en STAHN, C. y SLUITER, G. (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 215.
- 9 CPI, Oficina del Fiscal, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Document Containing the Charges. Article 61(3)(a)*, ICC-01/04-01/06-356-Anx2, 28 de agosto de 2006. Una versión enmendada de los cargos fue presentada el 22 de diciembre de 2008, así como una versión pública al día siguiente. Vid. CPI, Oficina del Fiscal, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Public Document – Redacted Version. Amended Document Containing the Charges, Article 61(3)(a)*, ICC-01/04-01/06-1573-Anx1, 23 de diciembre de 2008.
- 10 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges*, ICC-01/04-01/06-803-tEN, 29 de enero de 2007.
- 11 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Transcript, Caso N° ICC-01/04-01/06-T-107*, 29 de enero de 2007, pp. 10, 11, 13 y 39.
- 12 Reglamento de la Corte, Aprobado por los magistrados de la Corte el día 26 de mayo de 2004, quinta sesión plenaria La Haya, 17-28 de mayo de 2004. Documentos oficiales de la Corte Penal Internacional, ICC-BD/01-01-04.
- 13 CPI, Representantes Legales de las Víctimas, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Joint Application of the Legal Representatives of the Victims for the Implementation of the Procedure under Regulation 55 of the Regulations of the Court*, ICC-01/04-01/06-1891-tENG, 22 de mayo de 2009.

por la que se informó preliminarmente a las partes y participantes que tanto los hechos y las circunstancias recogidas en los cargos contra Thomas Lubanga, como la evidencia introducida durante el juicio oral, podrían acreditar los elementos materiales de los crímenes de esclavitud sexual y de tratos crueles e inhumanos.¹⁴ Asimismo, la Sala afirmó la posibilidad de modificar la base fáctica, y no solamente la calificación jurídica de los hechos descritos en la decisión de confirmación de cargos.¹⁵

La decisión fue apelada por la defensa y la Fiscalía, y la Sala de Apelaciones (SA) unos meses después sentó las bases para la aplicación de la norma 55. Allí se determinó que la SPI no puede modificar la base fáctica enunciada en el documento que contiene los cargos, o en sus enmiendas, pero sí la caracterización jurídica de esos hechos y circunstancias.¹⁶ De ese modo, la SPI I decidió descartar la posibilidad de recaracterización jurídica de los hechos, en virtud de que nada de lo expuesto en los cargos apoyaría una calificación de los acontecimientos como constitutivos de un crimen de esclavitud sexual o de tratos crueles e inhumanos.¹⁷

Ante esta situación, las estrategias de la Fiscalía y de los representantes de las víctimas se centraron en lograr la subsunción de los actos de violencia sexual dentro del concepto de participación activa en las hostilidades, entendiendo que los niños y las niñas que eran sometidos sexualmente por los miembros de su propio grupo armado prestaban un rol fundamental dentro de dicho grupo. En consecuencia, la prohibición de su utilización para participar activamente en las hostilidades incluiría también ese uso con fines sexuales.¹⁸

Posteriormente, la mayoría de la SPI I resolvió no pronunciarse en la sentencia sobre esta cuestión al considerar que, con independencia de que los actos de violen-

14 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision Giving Notice to the Parties and Participants that the Legal Characterization of Facts may be Subject to Change in Accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court*, ICC-01/04-01/06-T-107, 14 de julio de 2009, párr. 33.

15 Id. párr. 28-32. Posteriormente, la SPI emitió una decisión en la que se clarificaba el alcance de esta interpretación, y se invitaba a las partes a ofrecer nuevas presentaciones referidas vinculadas con la apelación. Vid. CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Clarification and further guidance to parties and participants in relation to the "Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterization of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulation of the Court"*, ICC-01/04-01/06-2093, 27 de agosto de 2009.

16 CPI, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled "Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court"*, ICC-01/04-01/06-2205, 8 de diciembre de 2009, párr. 93.

17 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Legal Representatives' Joint Submissions concerning the Appeals Chamber's Decision on 8 December 2009 on Regulation 55 of the Regulations of the Court*, ICC-01/04-01/06-2223, 8 de enero de 2010, párr. 34-38.

18 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012, párr. 574, 577 y 598.

cia sexual pudiesen o no ser parte de la prohibición de utilizar a niños menores de quince años, ello contravendría el artículo 74(2) del ER, porque supondría un exceso respecto de las circunstancias y hechos descritos en los cargos.¹⁹

B. La necesidad de preservar el principio de congruencia

Teniendo en cuenta este panorama, debe determinarse si la cuestión planteada ha sido resuelta por la mayoría de la SPI de forma satisfactoria. No pretende ser objeto de este trabajo la tan debatida discusión en torno a la norma 55 del Reglamento de la CPI y a las facultades de las distintas Salas de la CPI para modificar la calificación jurídica de determinados hechos,²⁰ sino que se analizará otro asunto: las consecuencias de un eventual exceso, por parte de la SPI, respecto de los cargos confirmados por la SCP, en una sentencia condenatoria.²¹

En ese sentido, la argumentación mencionada en los apartados anteriores remite al artículo 74 (2) del ER, en tanto establece que el fallo se referirá únicamente a los hechos y circunstancias descritos en los cargos o sus modificaciones.²² Frente al contenido de esta disposición, se ha llegado a considerar que la reticencia de los magistrados Fulford y Blattmann para examinar los hechos de violencia sexual presuntamente cometidos se asienta en un tecnicismo,²³ entendido este último término como una formalidad procesal sólo relevante para expertos y de la que podría prescindirse.

Con independencia de que la existencia de una disposición como la analizada obliga a los jueces a aplicarla para salvaguardar el debido proceso en su faceta

19 *Ibíd.*, párr. 630.

20 Sobre el problema particular de la aplicación del principio *iura novit curia* y la compatibilidad de la norma 55 con el ER, vid. HELLER, K., "A Stick to Hit the Accused With: The Legal Recharacterization of Facts under Regulation 55", en STAHN, C. et al. (eds.), *The Law and Practice of the International Criminal Court: A Critical Account of Challenges and Achievements*, [En Línea] Oxford University Press, Oxford, en prensa. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=2370700>> [Consulta: 05.06.2014].

21 Se hace referencia a una sentencia condenatoria porque la cuestión debatida, como se verá inmediatamente, está vinculada con una garantía procesal reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos y, como tal, sólo rige a favor del acusado. En ese sentido, un exceso respecto de los cargos que por algún motivo favoreciese al acusado resulta irrelevante a los fines de determinar el alcance de la garantía. Vid. RUSCONI, M., "Iura novit curia y congruencia: la garantía del derecho de defensa entre hechos y normas", [En línea] *Boletín Semestral GLIPGó*, Nº 5, 2013, p. 9. Disponible en <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component?option=com_docman/Itemid,71/gid,765/task,doc_download/> [Consulta: 05.06.2014].

22 Este segmento del artículo 74 tiene su origen en una propuesta de la delegación argentina al Comité Preparatorio para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. Vid. Working paper submitted by Argentina to the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. A/AC.249/L.6, 12-30 de agosto 1996, p. 12.

23 Cfr. TAN, J., "Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime of Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in Lubanga", en GILL, T. et al (eds.) *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 15, 2014, p. 118.

procesal,²⁴ aquí también entra en juego una derivación específica del derecho de defensa: la necesaria correlación entre la acusación y la decisión o fallo.²⁵ Esto que podría denominarse como *principio de congruencia*, se presenta como la exigencia vinculada con el aseguramiento al acusado de que tanto él como la Fiscalía tendrán como objeto de referencia argumental durante el juicio oral la misma plataforma fáctica, por lo que el tribunal deberá decidir exclusivamente sobre esos hechos.²⁶

Esta faceta del derecho de defensa ha sido reconocida expresamente por distintos tribunales internacionales de derechos humanos,²⁷ cuenta con distintas consecuencias²⁸ y su fundamento se encuentra en la necesidad de evitar que algún aspecto de la sentencia signifique una sorpresa para el acusado, colocándolo en una situación de indefensión.²⁹ En lo que respecta al tema puntual que se aborda en este trabajo, el aspecto central a determinar tiene que ver con si al momento de concretarse la acusación se encontraban descritos, o no, los distintos actos sexuales que podrían ser sumidos en alguno de los crímenes de competencia de la Corte.

24 Reconocen esta problemática: GRAF, R., "The International Criminal Court and child Soldiers. An Appraisal of the Lubanga Judgment", *JICJ*, Vol. 10, N° 4, 2012, p. 966, nota 135; DRUMBL, M., "The Effects of the Lubanga Case on Understanding and Preventing Child Soldering", en GILL, T. et al. (eds.) *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 15, 2014, p. 104, nota 69. A su vez, se ha considerado que los cargos y sus formalidades tienden a la garantía de la libertad individual, y a salvaguardar al acusado de la arbitrariedad y la injusticia. Cfr. FRIMAN, H. et al., "Charges", en SLUITER, G. et al. (eds.) *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 383.

25 Cfr. RUSCONI, M., "*Iura novit curia* y congruencia: la garantía del derecho de defensa entre hechos y normas", cit., p. 6.

26 *Ibid.*

27 A modo de ejemplo, CoIDH, *Fermín Ramírez Vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas*, 20 de junio de 2005, párr. 65-69; TEDH, *Pélissier and Sassi v. France, Judgment, 25444/94*, 25 de marzo de 1999, párr. 51-54. En estos casos, como en otros que se fueron analizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el eje de la cuestión estuvo centrado en una re-caracterización a nivel jurídica de los cargos, a partir del principio *iura novit curia*, sin que se le haya brindado el tiempo al acusado para preparar una defensa respecto de esa nueva calificación jurídica. Sin embargo, y esto es lo importante, en todos estos casos se mantiene intacta la plataforma fáctica en la sentencia, más allá de la subsunción de los hechos en un tipo penal diferente. Una lista detallada de casos del TEDH puede encontrarse en: CPI, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled 'Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court'*, cit., párr. 84, nota al pie de página, 136.

28 Para un desarrollo sucinto, vid. RUSCONI, M., "*Iura novit curia* y congruencia: la garantía del derecho de defensa entre hechos y normas", cit., pp. 9-22.

29 Cfr. MAIER, J., *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*, Editores del Puerto, 2da ed., Buenos Aires, 2012, p. 568.

Según el procedimiento ante la CPI, la investigación y la persecución de crímenes dependen, en gran medida, de ciertas decisiones que debe tomar la Fiscalía.³⁰ La misma lógica sigue la presentación del escrito de acusación,³¹ que al no ser un prerrequisito para la emisión de una orden de arresto, por lo general se presenta tras la comparecencia del sospechoso ante la CPI.³² Sin embargo, esta primera presentación resulta provisoria, en tanto el ER establece un procedimiento complejo de confirmación de los cargos que requiere, entre otros pasos procesales, una audiencia en la que tanto la Fiscalía como la defensa pueden presentar evidencias, con la participación de las víctimas a través de sus representantes legales. Realizada la audiencia, los cargos son rigurosamente examinados por la SCP en una detallada decisión. En ese momento —es decir, cuando los cargos son confirmados por existir motivos fundados para creer que el imputado es responsable por cada crimen que se le imputa— se produce un cambio sumamente relevante en el estatus jurídico de quien se ve sometido al proceso: deja de ser un “sospechoso”, y pasa a ser un “acusado” ante la CPI.³³

Lo mencionado no implica que el escrito de acusación deba permanecer intacto; la constitución del documento puede diferir según se trate de una etapa previa o posterior a su confirmación.³⁴ Sin embargo, según el artículo 61 (9) del ER las enmiendas posteriores deben ser autorizadas por la SCP.³⁵ No solo eso, sino que una vez comenzado el debate oral los cargos no pueden ser modificados,³⁶ sino que solo pueden ser retirados siempre que se cuente con la autorización de la SPI.³⁷ Puede observarse, entonces, la estrecha vinculación que tienen estas disposiciones con el

30 En ese sentido, es el Fiscal quien decidirá abrir una investigación sobre la base de distinta información recibida por alguna de las vías que habilita el ER, sin perjuicio de un eventual control jurisdiccional en ciertos casos, y lo mismo sucede cuando debe decidirse si se procederá o no con una acusación. Sobre el tema, véase la sucinta exposición que realiza Jacobs en: JACOBS, D., “A Shifting Scale of Power: Who is in Charge of the Charges at the International Criminal Court and the uses of Regulation 55”, en SCHABAS, W., MCDERMOTT, Y. y HAYES, N. (eds.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law*, [En Línea] Ashgate, Aldershot, 2013. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=1971821>> [Consulta: 05.06.2014].

31 En ese sentido, la regla 121 (3) de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) señala lo siguiente: “El Fiscal proporcionará a la Sala de Cuestiones Preliminares y al imputado, con una antelación mínima de 30 días a la fecha de la audiencia de confirmación de los cargos, una descripción detallada de éstos, junto con una lista de las pruebas que tenga la intención de presentar en la audiencia”.

32 Cfr. FRIMAN, H. *et al.*, “Charges”, cit., p. 383.

33 *Ibid.*, p. 399.

34 *Ibid.*, p. 392.

35 Art. 61 (9) ER; Regla 128 RPP. En ese sentido, la SA de la CPI consideró que nuevos hechos y circunstancias, no descritos en los cargos, solamente podrían ser agregados a través del procedimiento del artículo 61(9) del Er, que señala lo siguiente: “Una vez confirmados los cargos y antes de comenzar el juicio, el Fiscal, con autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares y previa notificación al acusado, podrá modificar los cargos. El Fiscal, si se propusiera presentar nuevos cargos o sustituirlos por otros más graves, deberá pedir una audiencia de conformidad con el presente artículo para confirmarlos. Una vez comenzado el juicio, el Fiscal, con autorización de la Sala de Primera Instancia, podrá retirar los cargos”.

36 Es decir, no pueden incluirse nuevos cargos, ni modificarse la base fáctica respecto de los ya existentes. Cfr. FRIMAN, H. *et al.*, “Charges”, cit., p. 442.

37 *Ibid.*, p. 422.

ya mencionado artículo 74 (2), que circunscribe la sentencia a los hechos y circunstancias descritos en el escrito de acusación y sus enmiendas. Esto significa que los hechos contenidos en los cargos confirmados por la SCP definen la plataforma fáctica de lo que conformará la decisión de la SPI.³⁸ Desde el momento en que esos cargos no pueden ser modificados —comienzo del juicio como perfeccionamiento de la acusación—, se hace plenamente operativo el principio de congruencia.

La interpretación aquí propuesta ha sido respaldada por la SA de la CPI, en la ya mencionada decisión respecto de la facultad de la SPI de modificar la base fáctica expresada en los cargos.³⁹ A pesar de ello, pueden mencionarse al menos dos objeciones contra esta postura. En primer lugar, algunos autores, como Otto Triffterer, consideran que la SPI podría dar lugar a una modificación en los cargos, debido a que los artículos 61 (11) y 64 (6) (a) le permiten ejercer las funciones y atribuciones de la SCP que sean pertinentes y apropiadas en la etapa de juicio.⁴⁰ Sobre esto pueden señalarse varios contra argumentos. Uno de ellos se vincula con la limitación que el propio artículo 61 (11) establece, en cuanto a que la SPI solo puede ejercer las atribuciones de la SCP de conformidad con los artículos 61 (4) y 61 (9). Justamente, estas disposiciones determinan las reglas específicas sobre la presentación, confirmación y enmienda de cargos. En otras palabras, el propio ER veda la posibilidad de que la SPI ejerza ciertas funciones esenciales de la Sala que intervino en la etapa anterior del proceso, vinculadas con el control de la acusación.⁴¹ Por otro lado, y aunque pudiese sortearse con éxito ese inconveniente, todavía debería justificarse por qué estas funciones de la SCP resultan pertinentes y apropiadas en la etapa de juicio, cuando ese momento procesal tiene como fin la determinación de la responsabilidad penal de un individuo a partir de cargos ya confirmados judicialmente.

En segundo lugar, nada impediría que hechos comprobados en el debate oral, y que no fueron discutidos en la audiencia de confirmación de cargos, pudiesen ser

38 *Ibíd.*, p. 431.

39 CPI, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009* entitled 'Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court', cit., párr. 77, 94 y 100.

40 Cfr. TRIFFTERER, O., "Requirements for the decision", en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court -Observers' Notes, Article by Article-. Second Edition*, C.H.Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden, 2008, p. 1396.

41 Le asiste razón al juez Fulford al señalar que las facultades para enmarcar y modificar cargos son exclusivas de la SCP. Cfr. CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Minority opinion on the "Decision Giving Notice to the Parties and Participants that the Legal Characterization of Facts may be Subject to Change in Accordance with Regulation 55 (2) of the Regulations of the Court"*, ICC-01/04-01/06-2054, párr. 13-16. Procesalmente, podría decirse con el comienzo del debate oral se aplica el principio de preclusión respecto de estas cuestiones vinculadas con la modificación de cargos en contra del acusado, y no se puede "volver atrás" sin correr el riesgo de violar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

utilizados en la sentencia, debido a que la última oración del artículo 74 (2) del ER solo obliga a la CPI a fundamentar el fallo en las pruebas presentadas y examinadas en el juicio.⁴² En el caso Lubanga esto resulta esencial, porque en el debate surgieron testimonios tendientes a acreditar la existencia de actos de violencia sexual, superando la plataforma fáctica de la acusación. Sin embargo, esta interpretación no tiene en cuenta que en el mismo artículo 74 (2) se menciona de modo expreso que la sentencia referirá *únicamente* a los hechos y las circunstancias descritas en los cargos o en las modificaciones de los mismos.⁴³ A su vez, si la SPI asumiese funciones exclusivas de la SCP, se estaría desnaturalizando el proceso ante la CPI: uno podría preguntarse, en definitiva, qué función tendría la etapa de confirmación de cargos, si la Sala que interviene en el juicio también pudiese controlar la acusación.⁴⁴

El eventual ejercicio por parte de la SPI de estas funciones que le corresponden a la SCP generaría además que una misma Sala pudiese determinar que hay motivos fundados para creer que una persona puede ser responsable de un crimen de competencia de la Corte⁴⁵ y luego juzgarlo, a pesar de que la sentencia de condena solo puede referir a pruebas presentadas y examinadas en el juicio, no en etapas previas.⁴⁶

42 Cfr. JACOBS, D., “Lubanga Decision Roundtable: Lubanga, Sexual Violence and the Legal Re-Characterization of Facts” [En Línea], *Opinio Juris*, 18 de marzo de 2012. Disponible en <<http://opiniojuris.org/2012/03/18/lubanga-decision-roundtable-lubanga-sexual-violence-and-the-legal-re-characterization-of-facts/>> [Consulta: 05.06.2014].

43 El hecho de que las partes durante la etapa de confirmación de cargos no estén obligadas a presentar todo el material probatorio no afecta a esta conclusión. Es cierto que la prueba relevante para una eventual sentencia condenatoria debe necesariamente producirse en el debate, y que diversos datos provenientes de testigos, por ejemplo, no podrán ser detallados antes de su declaración en juicio. Pero las circunstancias que se puedan tener por acreditadas a partir de lo acontecido en la etapa oral no deben exceder el límite máximo que marca la acusación confirmada por la SCP, porque de lo contrario se estaría obligando a la defensa a discutir sobre algo distinto de lo que originalmente sustentaba la acusación, de modo sorpresivo. Es decir, se podrá profundizar la hipótesis fáctica sobre la supuesta responsabilidad del acusado, pero no se podrán agregar hechos que excedan lo descrito en los cargos.

Por supuesto, podría pensarse un sistema procesal distinto, con atribuciones exclusivas de la Fiscalía respecto de los cargos, sin intervención jurisdiccional, y que permitiese la modificación de la plataforma fáctica a partir de los hechos probados en el juicio —por ejemplo, en un alegato de cierre—. Más allá de que ese sistema no entra en consideración por no ser el adoptado en el ER, debe decirse que una estructuración del proceso de esa forma resultaría cuestionable en lo que se refiere a los derechos del acusado a ser informado en el más breve plazo de la acusación que contra él se formula, y a disponer del tiempo y las facilidades necesarias para preparar su defensa.

44 En ese sentido, la etapa procesal ante la SPI no consiste en la mera realización de una audiencia igual a la llevada a cabo ante la SCP, y respecto de los mismos hechos. Por el contrario, durante el juicio se analiza en detalle y de forma contradictoria la evidencia presentada por la Fiscalía y por la defensa, en un debate oral tendiente a determinar si una persona en efecto es responsable, o no, por crímenes de competencia de la Corte. Ya no se trata de “filtrar” cargos notablemente infundados, sino de comprobar si el estado de inocencia del acusado puede ser vencido en virtud de un estándar probatorio más estricto que en la etapa de confirmación de cargos —motivos fundados de la comisión de crímenes en la etapa de confirmación de cargos, y convencimiento de culpabilidad más allá de toda duda razonable, para una sentencia condenatoria—.

45 Artículo 61 (7) del ER.

46 Artículo 74 (2) del ER.

Esta acumulación de funciones generaría una vulneración de la garantía de ser juzgado ante un tribunal imparcial, en su faceta objetiva,⁴⁷ debido a que la actuación de los jueces durante el juicio podría haber generado en ellos una opinión sobre la culpabilidad del acusado.⁴⁸ Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en estos supuestos no se analiza la existencia de prejuicios subjetivos de los magistrados, sino que se debe neutralizar objetivamente el temor —desde la perspectiva de los acusados— a una posible falta de imparcialidad, con el fin de fortalecer la confianza en los tribunales.⁴⁹

En virtud de lo expuesto, puede afirmarse que el límite máximo de la plataforma fáctica a tener en cuenta en la sentencia debe ser necesariamente el expuesto en el escrito de acusación o sus enmiendas, previa confirmación por parte de la SCP, por lo que no puede variar una vez comenzado el juicio. Un exceso en la sentencia generaría un perjuicio en la situación procesal del acusado, violatorio del principio de congruencia y, en consecuencia, del derecho de defensa de quien se encuentra sometido a un proceso penal. Por esta razón, y por el hecho de que en los cargos no se hace mención a los actos de violencia sexual que se habrían cometido, la solución propuesta por la mayoría de la SPI I en el caso Lubanga resulta acertada.

Esta conclusión obliga al rechazo de los argumentos ofrecidos en su voto particular por la jueza Odio Benito al afirmar que la Sala tiene el deber de fijar el derecho aplicable con independencia de los cargos presentados por la Fiscalía contra el acusado;⁵⁰ máxime cuando el procedimiento ante la CPI debe atender también al daño sufrido por las víctimas de los crímenes de la jurisdicción de la Corte.⁵¹ De acogerse esta posición, solamente se estaría sustituyendo un mal por otro mal: la invisibilidad

47 En estos supuestos no se analiza si el juez es parcial o cuenta con prejuicios respecto del caso, sino la presencia de hechos que puedan generar dudas sobre la imparcialidad del tribunal y si el juez ofrece suficientes garantías para excluirlas. Debe examinarse, entonces, si la organización interna y las funciones ejercidas generan dudas sobre la independencia de un juez. Vid. GRABENWARTER, C., *The European Convention on Human Rights. Commentary*, C.H. Beck/Hart/Nomos/ Helbing Lichtenhahn Verlag, München/Oxford/Baden-Baden/Basel, 2014, pp. 120-122, con referencias a la jurisprudencia del TEDH sobre el tema.

48 Cfr. SANCINETTI, M., *La Violación a la Garantía de la Imparcialidad del Tribunal. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al “caso Cabezas”*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 11.

49 Vid. TEDH, *Castillo Algar v. Spain, Judgment*, 79/1997/863/1074, 28 de octubre de 1998, párr. 46-51, entre muchos otros. Tampoco puede ser dejada de lado la conclusión de la SA de la CPI, en cuanto a que otorgarle a la SPI la atribución para extender *motu proprio* el alcance del juicio a hechos y circunstancias no alegadas por la Fiscalía sería contrario a la división de competencias según el ER. Cfr. CPI, SA, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled ‘Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court’*, cit., párr. 94.

50 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., Opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito, párr. 15.

51 *Ibid.*, párr. 8.

de la violencia sexual se reemplazaría por una violación a los derechos procesales de un acusado que no podría defenderse adecuadamente durante el juicio oral frente a hechos que no le han sido atribuidos por la Fiscalía.

III. ¿Violencia sexual como participación activa en las hostilidades?

A. Participación activa y participación directa en las hostilidades

Aunque hubiese podido ser sorteado el problema procesal de la ausencia de descripción de conductas de violencia sexual en los cargos, aún subsistirían una serie de inconvenientes a nivel sustantivo. En particular, la consideración de los actos de violencia sexual contra menores de quince años como una participación activa en las hostilidades puede ocasionar una colisión con la protección que el derecho internacional humanitario brinda a los niños en un conflicto armado, así como con el principio de legalidad penal.

El concepto de participación activa se encuentra estrechamente vinculado con el derecho que regula los conflictos armados, porque provoca que las personas civiles, mientras dure dicha participación, pierdan su protección contra ataques y otros efectos de las hostilidades.⁵² Esta regla, que tiene su fundamento en el principio de distinción entre combatientes y civiles,⁵³ no solo es recogida en distintos tratados internacionales,⁵⁴ sino que tiene además un carácter consuetudinario.⁵⁵

Ahora bien, el propio derecho internacional humanitario hace referencia expresa, como regla general, a una participación “directa” —por oposición a una indirecta—, y no a una participación “activa”. Sin embargo, ambos conceptos son generalmente

52 Cfr. SCHMITT, M., “Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, Nº 3, 2010, p. 702; CASTILLO, F., S.; LOZANO, P., F.; MATEUS, R., L. y MOLANO, A., A., “La pérdida de la condición de persona protegida durante los conflictos armados”, trabajo realizado bajo la supervisión del Prof. Héctor Olasolo Alonso en el marco de la Clínica Jurídica de Derecho Internacional Penal y Humanitario de la Universidad del Rosario, en prensa, 2014. En un mismo sentido: CIDH, Informe Nº 55/97, Abella c. Argentina, 18 de noviembre de 1997, párr. 178.

53 Este principio de carácter consuetudinario resulta una piedra angular para la regulación que el derecho internacional humanitario realiza de la conducción de las hostilidades, y conforme al mismo las partes contendientes, en el desarrollo de las operaciones militares, deben distinguir en todo momento entre objetivos militares, y objetivos no cuentan con ese carácter —es decir, personas o bienes civiles— y dirigir el uso de la fuerza armada a la destrucción total o parcial, captura o neutralización de los primeros. Cfr. OLASOLO A., H., *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados en situación de combate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 35.

54 Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949; Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977, artículo 51 (3); Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977, artículo 13 (3), entre otros.

55 Cfr. HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, regla 6, pp. 19 ss.

entendidos como sinónimos⁵⁶ y así lo han afirmado las distintas salas de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁵⁷ y la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso Strugar.⁵⁸

En cuanto a su alcance, el Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) al Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 afirma que los civiles pierden su protección cuando realizan actos de guerra que por su naturaleza o finalidad puedan causar un daño actual a personal o equipamiento enemigo, debiendo existir una relación causal directa entre dichas conductas y el daño producido.⁵⁹ En la actualidad, el CICR ha complementado su posición mediante la exigencia de tres requisitos cumulativos: la superación de un umbral de daño, la causación directa entre la conducta y el daño que pueda generarse, y un nexo beligerante consistente en el propósito del acto de superar el umbral de daño en apoyo a una parte en el conflicto y en perjuicio de otra.⁶⁰

Debe señalarse que en los conflictos armados de carácter no internacional, esta regla es aplicable a quienes no sean miembros de alguna de las partes en conflicto, lo que en el caso de grupos armados organizados incluye solo a quienes desarrollen una función continua de combate en los mismos.⁶¹ Según este criterio, que ha sido denominado como funcional,⁶² se requiere una integración duradera al grupo armado, que incluye a los individuos que preparan, ejecutan o comandan los actos u operaciones militares, al igual que quienes son reclutados, entrenados y equipados para dirigir hostilidades, incluso cuando no hayan llevado a cabo

56 Cfr. GRAF, R., "The International Criminal Court and Child Soldiers. An Appraisal of the *Lubanga* Judgment", cit., p. 962; MELZER, N., "Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law", *IRRC*, N° 872, 2008, pp. 1113-1114; DÖRMANN, K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 378. Este último texto, a su vez, fue adoptado por la Asamblea del CICR el 26 de febrero de 2009, y representa la visión de la organización sobre el tema.

57 TPIR, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgment*, ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, párr. 629; *The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, Judgment*, ICTR-1993-3-T, 6 de diciembre de 1999, párr. 99-100; *The Prosecutor v. Alfred Musema, Judgment and sentence*, ICTR-96-13-T, 27 de enero de 2000, párr. 276-279; Sala de Primera Instancia III, *The Prosecutor v. Laurent Semanza, Judgment*, ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2003, párr. 363-366.

58 TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Pavle Strugar, Judgment*, IT-01-42-A, 17 de julio de 2008, párr. 173
59 Cfr. SANDOZ, Y. et al. (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Martinus Nijhoff/CICR, Geneva, 1987, p. 516.

60 Cfr. MELZER, N., "Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law", cit., pp. 995-996.

61 *Ibid.*, p. 1007.

62 Cfr. CASTILLO, F., S.; LOZANO, P., F.; MATEUS, R., L. y MOLANO, A., A., "La pérdida de la condición de persona protegida durante los conflictos armados", cit. La distinción se hace en relación con las funciones desempeñadas debido a que la membresía en raras ocasiones se formaliza a través de un acto de integración distinto al desempeño de funciones, y no se expresa consistentemente a través de uniformes, signos distintivos fijos o tarjetas de identificación. Cfr. MELZER, N., "Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law", cit., p.1006.

algún acto hostil.⁶³ Por el contrario, quienes solo apoyan o acompañan, pero cuya función no los involucra de modo directo en las hostilidades, deben ser considerados como personas protegidas.⁶⁴ Esta sería justamente la situación de los niños y niñas que integran un grupo armado para ser sometidos con fines sexuales, por lo que su protección solamente cede con una participación en las hostilidades.

En un primer análisis, la SPI I parecería haberse apartado del concepto imperante en el derecho internacional humanitario, al afirmar en su sentencia en el caso Lubanga que la distinción entre “participación activa” y “participación directa” en las hostilidades es fruto de una clara intención de los redactores del ER de establecer una interpretación amplia de las actividades y funciones abarcadas por el tipo penal.⁶⁵ A esta conclusión se llegó con base en los trabajos preparatorios del ER, en virtud de que en uno de los documentos se subraya que las palabras “utilizar” y “participar” fueron adoptadas para abarcar tanto la participación directa en combate, como la participación activa en actividades militares vinculadas, como exploración, espionaje, sabotaje, y la utilización de niños como señuelos, mensajeros o puntos de encuentro.⁶⁶

Para la SPI I, lo fundamental sería determinar si el uso de un niño en el marco de un conflicto armado puede ser considerado como una utilización para participar activamente en las hostilidades, por oposición a una actividad claramente desvinculada de las hostilidades.⁶⁷ Para realizar esa distinción, la Sala consideró que deben darse dos requisitos, cuya concurrencia debe analizarse caso por caso.⁶⁸ En primer lugar, se necesita una actividad de apoyo por parte del menor, que puede ser realizada tanto por aquellos que se encuentren en el frente de batalla, como por quienes, lejos de aquel, cumplen otras funciones de asistencia a quienes combaten. En segundo lugar, lo que deben tener en común todas estas conductas,

63 Cfr. MELZER, N., “Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law”, cit., p.1007.

64 *Ibid.* p. 1008.

65 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., párr. 627.

66 Draft Statute for the International Criminal Court, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. UN doc. A/CONF.183/2Add.1, 14 de abril de 1998, página 21, pie de página 12. A su vez, el TESL previamente había adoptado una posición similar en el caso AFRC: TESL, Sala de Primera Instancia II, *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu (AFRC case), Judgment, SCSL-04-16-T*, 20 de junio de 2007, párr. 736-737.

67 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., párr. 622. En ese sentido se retoma la postura de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre el tema: CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges*, cit., párr. 261.

68 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., párr. 628.

como requisito acumulativo, es la exposición del niño o niña a un peligro real de ser considerado un blanco potencial⁶⁹.

Sin embargo, si se analiza con cuidado, el test acogido por la SPI I parece en última instancia coincidir con aquel empleado por el derecho internacional humanitario, puesto que, a pesar de las diferencias terminológicas,⁷⁰ según este último solamente cuando un civil participa directamente en las hostilidades puede ser considerado como un blanco legítimo por la otra parte del conflicto armado.⁷¹ En consecuencia, no se ofrece una pauta autónoma para determinar cuándo se produce una participación activa en las hostilidades, sino que la previa constatación de que el menor ha realizado un acto que objetivamente pueda haberlo convertido en un blanco potencial —básicamente, ser neutralizado, en ciertos casos incluso a costa de su vida— se produce a través de las reglas del *jus in bello* aplicables para establecer si se está en presencia de una participación directa.⁷²

Asimismo, solamente a partir de una interpretación capaz de equiparar materialmente los conceptos de participación activa y participación directa en las hostilidades pueden ofrecerse resultados racionales en la práctica. No sólo porque de esta forma se daría lugar a una construcción estricta del tipo penal, cumpliéndose con el mandato de interpretación *pro reo* establecido en el artículo 22 (2) del ER, sino porque además se evitaría que ciertos actos pudiesen ser considerados legítimos durante las hostilidades, y luego punibles en un proceso penal. La coexistencia de una noción amplia de participación activa en las hostilidades en el marco del derecho internacional penal, para ampliar la protección secundaria a los niños a través de los efectos disuasorios de la pena, junto con un concepto estricto durante las hostilidades, no tiene en cuenta que los crímenes de guerra son, por definición, violaciones graves a normas consuetudinarias o convencionales pertenecientes al derecho internacional humanitario.⁷³ Sería incoherente considerar que la utilización de un menor resulta legítima durante el conflicto armado —porque no da lugar a una participación activa/

69 *Ibid.* En un mismo sentido, recientemente: CPI, Sala de Primera Instancia II, *The Prosecutor v. Germain Katanga, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/04-01/07-3436*, 7 de marzo de 2014, párr. 1045.

70 El problema terminológico parecería darse en virtud de que la CPI adopta una concepción demasiado restrictiva de participación directa, limitándola a las actividades realizadas en el frente de batallas. Por el contrario, en derecho internacional humanitario el alcance de la noción no resulta tan limitado, contando con una amplitud razonable, que permite su aplicación incluso en conflictos armados asimétricos. *Vid.* SOLÍS, G., *The Law of Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 205.

71 Cfr. WAGNER, N., "A critical assessment of using children to participate actively in hostilities in Lubanga: child soldiers and direct participation", *Criminal Law Forum*, Vol. 24, Nº 2, 2013, p. 179.

72 Crítico respecto de este requisito, por no tener en cuenta los peligros a los que los niños pueden ser sometidos por quienes los reclutan: DRUMBL, M., "The Effects of the *Lubanga* Case on Understanding and Preventing Child Soldering", *cit.*, pp. 103-104.

73 Por todos, *vid.* CASSESE, A. *et al.*, *Cassese's International Criminal Law. Third Edition*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 65.

directa en las hostilidades, y por lo tanto el niño sigue estando protegido—, y luego aplicarle una pena al autor de esa conducta por considerarlo responsable por la comisión de un crimen de guerra. De esta situación, además, se derivaría una violación al principio de culpabilidad:⁷⁴ si al momento de realizar la conducta, el autor guió su comportamiento con base en el respeto por el ordenamiento jurídico —derecho internacional humanitario—, luego no se lo podría considerar culpable por algo que en principio no estaba prohibido.

B. Disminución de la protección como consecuencia no deseada de la extensión del concepto de participación activa en las hostilidades

Si bien la mayoría de la SPI I decidió no tratar el tema a causa de las limitaciones procesales previamente expuestas, la jueza Odio Benito consideró de modo explícito los actos sexuales cometidos contra menores como una utilización de estos últimos para participar activamente en las hostilidades.⁷⁵ La magistrada afirmó que, al analizar la existencia de actividades de apoyo del menor al grupo que generen su exposición a un peligro real, es necesario tener en cuenta que las niñas utilizadas como esclavas sexuales proveen un apoyo esencial al grupo armado, que resulta en un daño irreparable como consecuencia directa e inherente de su involucramiento con el grupo.⁷⁶ Por lo tanto, concluye que debe calificarse como participación activa en las hostilidades el apoyo a los combatientes a través del uso de los cuerpos de los menores con el fin de realizar actos de violencia sexual.⁷⁷

Más allá de su atractivo inicial, esta interpretación parecería dar lugar a una extensión peligrosa del concepto de participación activa en las hostilidades. Esto se debe a que los actos sexuales contra menores del propio grupo no constituyen actos que por su naturaleza o propósito estén dirigidos a causar un daño actual a personal o material enemigo, o a su esfuerzo militar.⁷⁸ En consecuencia, no hacen que los niños pierdan su condición de protegidos y asuman el riesgo de ser atacados por miembros del grupo armado contrario. Así, si un comandante militar se encuentra violando a una niña en una habitación, esta actividad no habilita a los miembros del grupo armado enemigo a neutralizar a la niña en caso de que

74 Ese principio, que ha sido reconocido en derecho internacional penal desde los juicios de Núremberg hasta la actualidad, exige que el acusado debe haber tenido al menos la oportunidad de motivarse por la norma jurídica en última medida infringida, por lo que debe ser responsable no sólo en sentido objetivo, sino también subjetivo. Cfr. AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume 1: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 90.

75 Vid. CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., Opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito, párr. 21.

76 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., Opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito, párr. 18.

77 *Ibid.*, párr. 20-21.

78 CIDH, *Third Report on the Human Rights situation in Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102*, 26 de febrero de 1999.

accedan en ese instante a dicho lugar. La razón es simple: el acto sexual al que se ve sometida la niña no es una participación, ni directa ni activa, en las hostilidades.

Sobre esta clase de concepciones extensivas del concepto de participación activa en las hostilidades se ha considerado, con razón, que lo que se da con una mano se quita con la otra,⁷⁹ porque el aumento del alcance de la prohibición a nivel penal reduce el resguardo del niño que se vio involucrado en el acto. Recuérdese que el derecho internacional humanitario considera que la “participación activa” es sinónimo de la “participación directa”, y la consecuencia es la pérdida de la protección mientras dura la actividad.⁸⁰ En definitiva, al considerar, como hace la jueza Odio Benito, que los actos de violencia sexual dan lugar a una participación en las hostilidades, se genera el riesgo de flexibilizar un concepto que debe ser entendido estrictamente, para de este modo ampliar la protección de los niños y las niñas frente a actos de violencia de grupos armados enemigos. De lo contrario, se estaría provocando a través del derecho internacional penal una pérdida de protección durante la conducción de hostilidades,⁸¹ que es precisamente el momento en el que se necesita un resguardo de mayor intensidad.

Esta consecuencia no deseada se ha intentado neutralizar señalando que nada impide la coexistencia de una noción amplia de participación activa en las hostilidades en el marco del derecho internacional penal,⁸² junto con un concepto estricto durante las hostilidades.⁸³ Respecto de esta afirmación, se recuerda lo señalado en el apartado anterior, en cuanto a que los crímenes de guerra son violaciones a las normas que regulan los conflictos armados, por lo que sería lógicamente inconsistente que una conducta pudiese estar simultáneamente permitida y prohibida, según se la analice desde la perspectiva del derecho penal o a la luz del derecho internacional

79 Cfr. SIVAKUMARAN, S., “War Crimes before the Special Court of Sierra Leone. Child Soldiers, Hostages, Peacekeepers and Collective Punishments”, *JICJ*, Vol. 8, Nº 4, 2010, p. 1019; URBAN, N., “Direct and Active Participation in Hostilities: The Unintended Consequences of the ICC’s decision in Lubanga.” [En Línea], *EJIL: Talk!*, 11 de abril de 2012. Disponible en <Direct and Active Participation in Hostilities: The Unintended Consequences of the ICC’s decision in Lubanga./> [Consulta: 05.06.2014].

80 Cfr. MCBRIDE, J., *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, cit., p. 197; WAGNER, N., “A critical assessment of using children to participate actively in hostilities in Lubanga: child soldiers and direct participation”, cit., p. 204; URBAN, N., “Direct and Active Participation in Hostilities: The Unintended Consequences of the ICC’s decision in Lubanga.”, cit.

81 Cfr. SIVAKUMARAN, S., “War Crimes before the Special Court of Sierra Leone. Child Soldiers, Hostages, Peacekeepers and Collective Punishments”, cit., p. 1019.

82 De ese modo se intentaría ampliar la protección secundaria a los niños a través de los efectos disuasorios de la pena.

83 *Vid.* SÁCOUT, S. y CLEARY, K., “The Adjudication Process and Reasoning at the International Criminal Court: The Lubanga Trial Chamber Judgment, Sentencing and Reparations”, en HAECK, Y. y BREMS, E. (eds.), *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice. Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Springer, Dordrecht, 2014, p. 144. A favor de limitar los alcances de la interpretación propuesta por la CPI en el caso Lubanga solamente a los alcances del tipo penal de uso activo de menores de quince años en las hostilidades: CASTILLO, F., S.; LOZANO, P., F.; MATEUS, R., L. y MOLANO A., A., “La pérdida de la condición de persona protegida durante los conflictos armados”, cit.

humanitario. Estas consideraciones cuentan con entidad suficiente como para generar consecuencias negativas en lo que se refiere al respeto y puesta en práctica de las reglas del *jus in bello*, ya que si incluso cumpliéndose con sus disposiciones se corre el riesgo de recibir una pena, quienes participan de las hostilidades podrían preguntarse por qué debería dárseles cumplimiento en primer lugar.

Esto no significa que los miembros de un grupo armado puedan abusar sexualmente de niños y niñas incorporados al grupo, porque de ese modo estarían cometiendo crímenes sexuales. Simplemente debe considerarse que no se trata de participación activa en las hostilidades, ya que en caso contrario se estaría afirmando, como consecuencia no deseada, que en esos momentos los niños y las niñas se encuentran desprotegidos por el derecho internacional humanitario frente a actos de violencia del enemigo.⁸⁴

C. La colisión con el principio de legalidad

La consideración de los actos sexuales cometidos contra menores como una utilización de estos últimos para participar activamente en las hostilidades resulta también problemática frente al principio de legalidad, también conocido como *nullum crimen sine lege*,⁸⁵ y que ha sido recogido en el artículo 22 (2) ER. Según este principio, en derecho internacional penal, se requiere la existencia de una norma —escrita o no—, a partir de la que pueda derivarse la criminalidad de un acto.⁸⁶ Esta garantía, que forma parte del derecho internacional de los derechos humanos y que hoy en día puede ser considerada como un derecho subjetivo individual de naturaleza consuetudinaria,⁸⁷ contribuye a la legitimidad de un sistema jurídico a través

84 Cfr. WAGNER, N., “A critical assessment of using children to participate actively in hostilities in Lubanga: child soldiers and direct participation”, cit, p. 204; MCBRIDE, J., *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, cit., p. 197.

85 Esta generalizada formulación en latín ha sido acuñada por el jurista alemán Paul Johann Anselm von Feuerbach. Cfr. ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage*, Verlag C. H. Beck, München, 2006, p. 147. Algunos autores, en el marco del derecho internacional penal, tienden a modificar la expresión por la de *nullum crimen sine iure*, en virtud de las dificultades que el requisito de ley formal genera en el marco del derecho internacional general. En este ensayo se ha decidido mantener intacta la formulación original no sólo por cuestiones expositivas, sino también porque según la jerarquía de fuentes del ER, la propia letra del tratado haría las veces de ley escrita, a diferencia de lo que sucede en el marco de otros tribunales penales internacionales. En específico, el artículo 21(1) establece la preeminencia del ER, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba por sobre el resto del derecho aplicable, mientras que los artículos 9 y 51(5) colocan al Estatuto en una posición superior en la jerarquía. Vid. JESCHECK, H., “The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute”, *JICJ*, Vol. 2, Nº 1, 2004, p. 41. Sobre la discusión terminológica, vid. GALLANT, K., *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 14.

86 Cfr. WERLE, G., *Völkerstrafrecht. 3. Auflage*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 46.

87 Vid. OLASOLO, A., H. “El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP*, Vol. 1, 2013, pp. 22-25.

de la limitación de las intervenciones penales a casos prescritos con antelación por el derecho⁸⁸ y cuenta con una triple fundamentación.

La primera de ellas es quizá la más complicada de trasladar al sistema jurídico internacional, debido a que la necesidad de una ley previa emitida por un poder legislativo, como límite liberal al poder estatal y medio de legitimación de injerencias derivado de la voluntad popular,⁸⁹ requiere de una división de poderes inexistente en el ámbito internacional. Más allá de eso, en el marco de la CPI, se ha señalado que los Estados parte del ER actúan como un órgano legislativo, por lo que este fundamento mantiene cierta vigencia.⁹⁰ La segunda razón de ser detrás del *nullum crimen sine lege* se vincula con la función de la pena de prevención general negativa, que establece que la conminación penal consiste en el efecto intimidatorio respecto de potenciales delincuentes, y que no podría producirse si no se fija del modo más exacto posible cuál es la acción prohibida.⁹¹ Finalmente, se afirma que el principio de legalidad se basa en la necesidad de garantizar que los particulares “puedan orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresen tanto el reproche social como sus consecuencias”.⁹² Esta última línea argumental encuentra vinculación con el principio de culpabilidad, debido a que sólo podrá hablarse de una conducta culpable si antes del hecho el autor sabía, o al menos hubiera tenido la posibilidad de averiguar que su conducta estaba prohibida, lo que presupone una determinación de la criminalidad previa a la comisión del crimen.⁹³

Un análisis particularizado de los requisitos concretos que se derivan de la vigencia de este principio ciertamente excede el objeto de este trabajo. No obstante,

88 Cfr. BROOMHALL, B., “Nullum crimen sine lege”, en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court -Observers’ Notes, Article by Article-. Second Edition*, C.H.Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden, 2008, p. 716.

89 Vid. ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage*, cit., p. 146.

90 Cfr. GALLANT, K., “La legalidad como norma del Derecho consuetudinario internacional: la irretroactividad de los delitos y de las penas”, en MONTIEL, J. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, p. 343.

91 Cfr. ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage*, cit., p. 147; BROOMHALL, B., “Nullum crimen sine lege”, cit., 716. Según Roxin, la formulación también puede plantearse en términos de la moderna teoría de la prevención general positiva, en el sentido de que la conminación e imposición de penas también contribuye a estabilizar la fidelidad al derecho y a construir la predisposición a comportarse de acuerdo a las normas, y ello sólo es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible.

92 OLASOLO, A., H., “El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, cit., p. 32, con referencias a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

93 Cfr. ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage*, cit., p. 148.

resulta necesario hacer hincapié en una de las derivaciones del principio de legalidad, conocida como *lex stricta*,⁹⁴ y que prohíbe la analogía al momento de interpretar los tipos penales.⁹⁵

Se trata de una consecuencia cuyas raíces pueden encontrarse en la reforma liberal del derecho penal, y que intentó terminar con las injusticias que generaba la definición judicial de conductas criminales por analogía, vinculadas con la ausencia de aviso previo al acusado, la aplicación retroactiva de delitos y la anulación del efecto de disuasión propio del derecho penal.⁹⁶ Esta imposibilidad de realizar interpretaciones analógicas en este campo del derecho hoy en día se da por sentada, tanto en sistemas jurídicos derivados del *common law* como en aquellos de tradición romano-germánica,⁹⁷ y tiende a la protección de la confianza y la previsibilidad.⁹⁸

En cuanto al Estatuto de Roma, resulta interesante señalar que los redactores no sólo establecieron esta prohibición en el artículo 22 (2), sino que, además, incluyeron el principio de interpretación estricta de los elementos del tipo penal, e incluso más favorable al imputado en caso de duda. Se ha mencionado que esta ampliación supera los estándares que suelen manejarse en derecho interno,⁹⁹ por lo que el sistema

94 Las otras derivaciones son las de *lex praevia* —prohibición de retroactividad—, *lex scripta* —prohibición de derecho consuetudinario—, y *lex certa* —prohibición de tipos penales indeterminados—. Estos requisitos formales que se han asentado en los sistemas nacionales de tradición romano-germánica, y que han sido receptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no necesariamente resultan compatibles con los elementos del principio de legalidad establecidos, por ejemplo, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por los tribunales *ad hoc* —accesibilidad del acusado a la norma que hace su punible su conducta al momento del hecho y previsibilidad para el imputado, al llevar a cabo su conducta, de que con ella estaría incurriendo en responsabilidad penal según el derecho aplicable—. Estas divergencias ameritan un tratamiento pormenorizado. Sin perjuicio de ello, y en virtud de que la jurisprudencia de la CPI ha receptado la configuración del *nullum crimen sine lege* en sus cuatro derivaciones, se partirá de la primera concepción del principio de legalidad. Cfr. CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges*, cit., párr. 303. Sobre el tema, vid. OLASOLO A., H., “El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo”, *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, cit., pp. 26-38.

95 Cfr. AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, cit., p. 90.

96 Cfr. BROOMHALL, B., “Nullum crimen sine lege”, cit., 725.

97 *Ibíd.*, 724.

98 Cfr. ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage*, cit., p. 146.

99 En ese sentido, el clásico principio procesal de *in dubio pro reo*, adquiere un aspecto sustantivo en el marco de la Corte Penal Internacional. Cfr. SATZGER, H., *International and European Criminal Law*, C.H. Beck/Hart/Nomos, München, 2012, p. 221.

de justicia penal autónomo de la CPI¹⁰⁰ ofrece una protección reforzada para los acusados en este aspecto.

Sin embargo, la jueza Odio Benito, lejos de seguir las prescripciones de esta disposición, decide recurrir a un razonamiento analógico para considerar los actos sexuales cometidos contra menores como una participación activa en las hostilidades.¹⁰¹ Así, la magistrada señala que el test basado en el peligro real de ser considerado como un blanco potencial por el enemigo resulta insuficiente, porque los niños se encuentran a su vez expuestos a otros riesgos que emanan del propio grupo armado que los reclutó, como entrenamientos brutales, torturas o violencia sexual.¹⁰²

Sin desconocer la gravedad de la situación, lo cierto es que estos otros riesgos son distintos a los que se puede ver sometido un menor cuando participa activamente en las hostilidades: no se trata de peligros contra la vida e integridad corporal producto de un ataque legítimo del grupo armado enemigo, sino contra la integridad sexual y física por conductas ilícitas de los miembros del propio grupo. Esto genera, en contra de la proscripción de analogía, la aplicación de una regla jurídica —participación activa en las hostilidades— a otro caso no regulado —actos sexuales no abarcados por el test del blanco potencial—, por el método de la semejanza.¹⁰³

Lo señalado también generaría una falta de adecuación del razonamiento de la jueza con el principio de culpabilidad.¹⁰⁴ Esto se debe a que la interpretación analógica termina dando lugar a la creación de una norma distinta a la que puede

100 Esta ha sido la terminología utilizada por el profesor Olasolo Alonso para describir adecuadamente las características puntuales del sistema establecido por el ER en lo que respecta al principio de legalidad, y que se presenta como más estricto en la protección de los acusados que el de los tribunales *ad hoc* o mixtos. Cfr. OLASOLO, A., H. "El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo", *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, cit., p. 37. Podría hablarse, por lo tanto, de un régimen autónomo dentro del derecho internacional penal, lo que generaría una situación particular, en tanto esta última disciplina jurídica es considerada justamente como un régimen autónomo dentro de un derecho internacional fragmentado. Sobre el tema, vid., STAHN, C. y VAN DEN HERIK, L., "'Fragmentation', Diversification and '3D' Legal Pluralism: International Criminal Law as the Jack-in-The-Box", en STAHN, C. y VAN DEN HERIK, L. (eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, pp. 22-92.

101 Cfr. AMBOS, K., "The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues", *International Criminal Law Review*, Vol. 12, Nº 2, 2012, pp. 115 y 137.

102 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., Opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito, párr. 19.

103 Vid. ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage*, cit., p. 141.

104 Si bien este principio no se encuentra expresamente regulado en el ER, de todos modos puede derivarse a partir de sus fuentes como principio de derecho internacional o como principio general del derecho, y también a partir de las referencias que hace el artículo 30 respecto del elemento subjetivo general que se requiere para la comisión de un crimen de competencia de la Corte. Cfr. AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, cit., p. 94; JESCHECK, H., "The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute", *JICJ*, Vol. 2, Nº 1, 2004, p. 45.

derivarse de las disposiciones del ER interpretadas a la luz del *nullum crimen* y, por lo tanto, se impide que el acusado pueda motivar su conducta de acuerdo con una prohibición establecida con anterioridad.

IV. Argumentos a favor de una posición alternativa

A. Hacia una interpretación del reclutamiento y del alistamiento como un crimen permanente y de peligro abstracto

Se presenta, por lo tanto, una situación paradójica. De un lado, le asiste razón a la jueza Odio Benito al afirmar que la invisibilidad de la violencia sexual en conceptos jurídicos conlleva la discriminación de las víctimas que sufren estas conductas.¹⁰⁵ De otro, en las secciones anteriores se han expuesto los problemas procesales y sustantivos que pueden generarse al considerar esos actos como participación activa en las hostilidades.

Sin embargo, el análisis crítico de los argumentos expuestos por los integrantes de la SPI I permite encontrar una posición armónica que podría resolver la paradoja: los actos de violencia sexual forman parte de los riesgos a los que se ven sometidos los niños reclutados o alistados en un grupo armado, con independencia de que participen o no activamente en las hostilidades.

Según la mayoría de la SPI I, el artículo 8 (2) (e) (vii) del ER establece tres crímenes diferentes: el de reclutamiento, el de alistamiento y el de utilización activa, por lo que este último crimen queda configurado por la utilización de los niños no alistados o reclutados previamente en las fuerzas armadas o el grupo armado.¹⁰⁶ La redacción parecería avalar esta conclusión, en tanto se han separado los verbos a través de conectores disyuntivos, no siendo necesaria una acumulación de conductas¹⁰⁷ y, además, entre las tres acciones típicas, existen diferencias sustantivas con incidencia en la praxis.

105 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., Opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito, párr. 15.

106 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., párr. 609. El hecho de que, como afirma Ambos, pueda tratarse más bien de un único crimen con una estructura típica que recoge tres modalidades alternativas, resulta irrelevante a los fines del presente trabajo. Esto se debe a que, en definitiva, ambas concepciones permiten que una persona pueda ser responsable penalmente en virtud de este artículo a través de tres acciones diferenciadas. Cfr. AMBOS, K., "The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues", cit., p. 133.

107 CPI, Sala de Primera Instancia I, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012, párr. 609. Por todos, AMBOS, K., "The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues", cit., p. 133.

En el supuesto de la utilización, tal como se expresó previamente, se requiere que en el caso el niño se haya visto sometido al peligro concreto de ser considerado como un blanco potencial por el enemigo. Resulta, entonces, una consecuencia de la estructura de este tipo penal la necesidad de un análisis de la conducta en cuestión, para poder aplicar el test y establecer si en las circunstancias particulares del caso ha existido ese peligro real.¹⁰⁸ Procesalmente esto supone que si faltase una descripción de las circunstancias fácticas de violencia sexual resultaría imposible analizar los actos sin violar el principio de congruencia entre acusación y sentencia.¹⁰⁹

Pero no sucedería lo mismo con el supuesto de las conductas de reclutamiento o alistamiento. La diferencia entre estas dos últimas alternativas radica en el consentimiento del menor,¹¹⁰ actuando su ausencia como circunstancia agravante en el primer caso.¹¹¹ Con independencia de la distinción, lo importante en estos supuestos es que el fundamento del ilícito se encuentra ya el hecho de vincular al niño con una fuerza armada o un grupo armado, sin importar para qué se lo utilice posteriormente.¹¹² Se trata, en definitiva, de crímenes permanentes, que comienzan con la incorporación del niño al grupo y que se agotan una vez que deja de formar parte del mismo, o que cumple quince años.¹¹³ Esta interpretación del

108 Se trata, en definitiva, de un crimen de peligro concreto, en el marco del derecho internacional penal. A su vez, la palabra “para” parecería estar dando cuenta de un tipo de tendencia interna trascendente, más precisamente de un crimen de resultado “recortado”. Esto significa que la consumación del crimen se produciría con una mera utilización, acompañadas por un elemento subjetivo distinto del dolo, que en este caso consistiría en realizar la conducta para obtener una participación activa en las hostilidades. La consecuencia de esta interpretación sería el adelantamiento de la punibilidad a momentos en los que todavía no se ha producido la participación activa en las hostilidades del menor –ni, por ende, el peligro concreto–, debido a que el autor ha utilizado al niño con ese fin. Sobre esta cuestión no se realizarán mayores aclaraciones, debido a que su complejidad amerita un tratamiento puntual y a que la jurisprudencia de la CPI implícitamente ha rechazado este argumento. Sobre los delitos de resultado reportado, vid.: SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 320-323.

109 Vid. apartado II del presente trabajo.

110 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., párr. 607-608.

111 Cfr. MCBRIDE, J., *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, cit., p. 184; SIVAKUMARAN, S., “War Crimes before the Special Court of Sierra Leone. Child Soldiers, Hostages, Peacekeepers and Collective Punishments”, cit., pp. 1013-1014.

112 Cfr. HAPPOLD, M., “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en DORIA, J., GASSER, H. y BASSIOUNI, M. C. (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2009, p.579; JØRGENSEN, N., “Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 11, Nº 4, 2012, pp. 681-682; SIVAKUMARAN, S., “War Crimes before the Special Court of Sierra Leone. Child Soldiers, Hostages, Peacekeepers and Collective Punishments”, cit., p. 1012; SMITH, A., “Child Recruitment and the Special Court for Sierra Leone”, *JICJ*, Vol. 2, Nº 4, 2004, pp. 1147-1148. En un mismo sentido: CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., párr. 609.

113 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., párr. 618; CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges*, cit., párr. 248; TPIR, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Nahimana et al., Judgment, ICTR-99-52-a*, 28 de noviembre de 2007, párr. 721.

reclutamiento y el alistamiento hace que sea indiferente la descripción de los actos sexuales que los niños pudieron haber sufrido cuando formaban parte del grupo. Lo único que interesa, y que por lo tanto debe describirse en la acusación, es el hecho de que el niño efectivamente formaba parte de las fuerzas armadas nacionales, o de un grupo armado organizado, en determinado momento.

Al mencionarse el “mero” reclutamiento o alistamiento como suficiente para generar responsabilidad penal, podría hablarse de un tipo de peligro abstracto, en el que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que se necesite la producción de un resultado de puesta en peligro en el caso concreto.¹¹⁴ A diferencia de la utilización para participar activamente en las hostilidades, aquí no se protege al niño de un riesgo efectivo, sino de todos los peligros —que podrán, o no, manifestarse en la práctica— a los que puede ser sometido por el hecho de estar asociado a una de las partes en un conflicto armado.¹¹⁵ Por más que el niño reciba un trato impecable, el haberlo reclutado ya resulta punible según el ER. En consecuencia, esta postura genera que los actos de violencia sexual cometidos por los propios miembros del grupo contra menores ya se encuentren abarcados por el reclutamiento o el alistamiento, evitándose la impunidad por esos actos violatorios de los derechos fundamentales de los niños.¹¹⁶

El ubicar estas conductas en un tipo penal permanente y de peligro abstracto basta para evitar los problemas señalados en los apartados anteriores. Por un lado, los hechos descritos en los cargos contra Lubanga son lo suficientemente amplios como para abarcar distintos supuestos de reclutamiento o alistamiento, sin exceder la base fáctica. Por otro lado, no se producen los problemas sustantivos señalados. A diferencia del caso de la participación activa en las hostilidades, la consideración de los actos de violencia sexual como integrantes del reclutamiento o alistamiento no genera, en principio, ningún tipo de colisión con el derecho internacional humanitario. Y finalmente, no se violaría el principio de legalidad, debido a que esta

114 Vid. ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage*, cit., p. 426. Esta definición de los delitos de peligro abstracto representa, de todos modos, una mera enunciación de esta clase de delitos. Para un panorama acabado de los distintos problemas genera esta categoría, vid.: KISS, A., *El Delito de Peligro Abstracto, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2011.

115 Cfr. COTTIER, C., “War Crimes”, en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court -Observers’ Notes, Article by Article- Second Edition*, C.H.Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden, 2008, p. 470.

116 Coinciden con esta interpretación: DRUMBL, M., “The Effects of the Lubanga Case on Understanding and Preventing Child Soldering”, cit., p. 104; JØRGENSEN, N., “Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law”, cit., p. 683; TAN, J., “Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime of Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in Lubanga”, cit., p. 146.

interpretación puede deducirse, sin mayores esfuerzos, de la redacción del propio artículo 8 (2) (e) (vii) ER.¹¹⁷

B. La función esencial de los niños y niñas como aspecto determinante del reclutamiento o alistamiento

El presente trabajo presenta una posición alternativa que podría considerarse adecuada para solucionar la paradoja presentada en el caso Lubanga. Sin embargo, lo cierto es que el contenido concreto de los crímenes de guerra de reclutamiento y alistamiento presenta todavía numerosas cuestiones sin resolver. Sin ir más lejos, la propia definición que ofrece la SPI I en el caso Lubanga sobre estos crímenes resulta bastante concisa: simplemente se hace mención a que ambos verbos refieren a la incorporación de un niño o una niña de menos de quince años a un grupo armado.¹¹⁸ Estos elementos resultan acertados según una interpretación que parta de considerar que el artículo 8 (2) (e) (vii) ER establece tres crímenes distintos, y que considere que al reclutamiento y al alistamiento como delitos de peligro abstracto, pero todavía quedan dudas respecto del alcance de estos dos últimos tipos penales. En otras palabras: ¿cuándo puede afirmarse que un niño o niña se encuentra reclutado o alistado?, ¿es necesaria una incorporación “formal” o sería suficiente una incorporación de facto al grupo armado o a la fuerza armada?

La literatura más autorizada tampoco ofrece una mayor claridad en este apartado. Se ha acudido al significado ordinario de los términos para afirmar que, por ejemplo, alistarse es equivalente a enrolarse en la lista de un cuerpo militar para desempeñarse como soldado, mientras que un reclutamiento tendría lugar cuando se compele a una persona a realizar un servicio militar, es decir, cuando se realiza un alistamiento sin consentimiento del menor.¹¹⁹ Parecería claro que de

117 Vid. TAN, J., “Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime of Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in Lubanga”, cit., p. 146.

118 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., párr. 607 y 609. Las razones detrás de tan sucinto desarrollo probablemente se vinculen con que en el derecho internacional no hay todavía definiciones aceptadas de esos términos. Cfr. WERLE, G., *Principles of International Criminal Law. Second Edition*, T.M.C/Asser Press, The Hague, 2009, p. 415.

119 Cfr. HAPPOLD, M., “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, cit., p. 589; DÖRMANN, K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, cit., p. 377; PALOMO, S., G., *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht. Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*, cit., pp. 137-138. Esta autora, de todos modos, ofrece un interesante tratamiento del tema, más allá de que ciertos criterios, como el de la necesidad de entrenamiento para participar en las hostilidades pueda resultar criticables. En la nota al pie número 124 de este trabajo se analizará la cuestión. Sobre la distinción entre reclutamiento y alistamiento, vid. AMBOS, K., “The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues”, cit., pp. 134 - 136, con referencias.

estas definiciones no puede derivarse un criterio sistemático, que pueda ser utilizado para resolver estos casos de un modo previsible.¹²⁰

En este contexto, aparecen como relevantes las consideraciones realizadas por la jueza Odio Benito sobre la necesidad de que se tenga en cuenta el rol esencial de los niños y niñas en el grupo armado, ya que una determinación casuística podría llegar a resultar discriminatoria.¹²¹ Piénsese en los casos de niñas reclutadas con el único propósito de ser esclavas sexuales o “esposas” de los comandantes militares de un grupo, y que no reciben entrenamiento ni participan en las operaciones militares. A los fines de este tipo penal, cuyo fin es proteger a los menores de todos los riesgos asociados a una vinculación con un conflicto armado, parecería razonable considerar el reclutamiento de menores con fines sexuales como suficiente para configurar el tipo penal,¹²² sin que deba probarse una incorporación formal al grupo,¹²³ o una finalidad ulterior vinculada a una participación en las hostilidades.¹²⁴ La comisión de estos actos es un riesgo intrínseco a la conducta de reclutar o alistar a niños y niñas menores de quince años, y aquí sí debe tenerse en cuenta la

120 Esto no significa desconocer las particularidades de los casos concretos, que necesariamente deben ser tenidas en cuenta para resolver todo problema jurídico, sino de generalizar circunstancias jurídicamente relevantes que permitan resolver de un mismo modo aquellos casos en los que se presenten dichas circunstancias. Cfr. SANCINETTI, M., *La Violación a la Garantía de la Imparcialidad del Tribunal. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al “caso Cabezas”*, cit., p. 96.

121 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., Opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito, párra. 21. Estas situaciones discriminatorias sucederían al menos en aquellos casos en los que se utilice el recurso a las circunstancias del caso concreto para ofrecer soluciones *ad hoc*, que resten importancia al rol de las personas reclutadas para realizar actos sexuales por cuestiones tales como la ausencia de una incorporación en los entrenamientos con fines militares junto con quienes sí fueron reclutados para desempeñarse como soldados.

122 Señala Drumbl, en ese sentido, que el reclutamiento de niños y niñas en fuerzas armadas o grupos armados, con fines de explotación sexual, definitivamente constituiría un reclutamiento ilegítimo. Cfr. DRUMBL, M., “The Effects of the *Lubanga* Case on Understanding and Preventing Child Soldering”, cit., p. 104. Coincide en la apreciación: TAN, J., “Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime of Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in *Lubanga*”, cit., p. 146.

123 DÖRMANN, K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 377.

124 Sin embargo, algunos autores consideran que la razón detrás de la incorporación al grupo armado debe ser el entrenamiento del niño para participar en hostilidades armadas. Esta interpretación tendría en cuenta la preocupación de ciertas delegaciones de que puedan ser abarcadas por la norma las escuelas organizadas o dirigidas por las fuerzas armadas de un Estado. Vid. WERLE, G., *Völkerstrafrecht. 3. Auflage*, cit., p. 537; PALOMO S., G., *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht. Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*, cit., pp. 138-139. Si bien es cierto que en estos casos los niños no se encuentran reclutados, el requisito vinculado con el entrenamiento armado parecería ser excesivo. La razón por la que estos supuestos serían impunes se vincula con el hecho de que los niños, al no cumplir una función esencial, grupo o la fuerza armada, no estarían sometidos a riesgos cubiertos por la norma. No sucede lo mismo en el caso de menores capturados únicamente, por ejemplo, para satisfacer sexualmente a los integrantes de los combatientes, que sí cumplirían un rol vital en el conflicto y se verían sometidos a peligros derivados, con independencia de que no participen, ni vayan a participar, en las hostilidades. Se trata, en definitiva, de definir los límites del tipo penal desde el punto de vista normativo.

posibilidad de que sean sometidos a estas actividades atentatorias contra sus derechos fundamentales.¹²⁵

Una posición de este tipo, que permite que todas las formas de incorporación relevante a un grupo armado puedan ser perseguidas penalmente, se encuentra en línea con los recientes desarrollos en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, como también se encarga de señalar la propia jueza Odio Benito,¹²⁶ y que ha llevado a la sustitución del término “niños soldados” por el de “niños asociados a fuerzas armadas o grupos armados”.¹²⁷

Por otra parte, se podría afirmar que un tipo penal de peligro, como el de reclutamiento o alistamiento, que no requiere que efectivamente sucedan los actos de violencia sexual, resulta insuficiente para captar la totalidad del disvalor de esas conductas aberrantes.¹²⁸ Una objeción de este tipo sería acertada, y de ahí que le asista razón a la jueza Odio Benito cuando señala que los crímenes de violencia sexual son ofensas distintas y autónomas, y que podrían haber sido evaluadas por la Sala si la Fiscalía hubiese presentado cargos respecto de dichas conductas.¹²⁹

Pero lo cierto es que esto no ha sucedido en el caso Lubanga, por lo que necesariamente se requiere una solución capaz de tener en cuenta los actos de violencia sexual, sin violentar garantías fundamentales del acusado recogidas expresamente por el ER. Por ello, la solución a partir de las conductas de reclutamiento y/o alistamiento aparece como la mejor alternativa, en especial si se tiene en cuenta que de esta forma podría haberse generado un mayor impacto en la medición de la pena.¹³⁰

Ello no obsta, claro está, que en circunstancias ideales se debería presentar una acusación tanto por reclutamiento o alistamiento, como por los distintos crímenes sexuales,¹³¹ lo que, siguiendo los parámetros establecidos por la Sala de Cuestiones

125 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., Opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito, párra. 19.

126 Id., párra. 6.

127 Cfr. VITÉ, S., “Between Consolation and Innovation: The International Criminal Court’s Trial Chamber Judgment in the Lubanga Case”, en GILL, T. D. et al (eds.), *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 15, 2014, p. 75.

128 Vid. TAN, J., “Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime of Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in Lubanga”, cit., p. 147.

129 CPI, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment*, cit., Opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito, párra. 20.

130 Cfr. TAN, J., “Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime of Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in Lubanga”, cit., p. 146.

131 Coinciden con esta apreciación: APTEL, C., “Lubanga Decision Roundtable: The Participation of Children in Hostilities, consultado.” [En Línea], Opinión Juris, 18 de marzo de 2012. Disponible en < <http://opinio-juris.org/2012/03/18/lubanga-decision-roundtable-the-participation-of-children-in-hostilities/> > [Consulta: 05.06.2014]; JØRGENSEN, N., “Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law”, cit., p. 684; TAN, J., “Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime of Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in Lubanga”, cit., p. 147.

Preliminares II en el caso Bemba,¹³² dará lugar a una acumulación de cargos conforme las reglas del concurso ideal.¹³³ De este modo, se podría realizar un proceso penal respetuoso de las garantías del acusado, y a su vez reconocer la importancia simbólica que tienen los cargos para las víctimas de crímenes internacionales.¹³⁴

V. Conclusiones

La atribución de responsabilidad penal por hechos potencialmente subsumibles en crímenes sexuales en el caso Lubanga ciertamente presentó un problema complejo, de muy difícil solución. En la sentencia condenatoria emitida por la SPI I se ofrecieron dos posiciones que parecerían ser irreconciliables: impunidad basada en el respeto de los derechos procesales del acusado versus punición a costa de la vulneración de garantías del acusado, y de una mayor desprotección de los niños y niñas durante las hostilidades.

En los apartados que anteceden se intentó demostrar que una posición alternativa conciliadora era, en efecto, posible: un mayor énfasis en el reclutamiento o alistamiento de niños soldados por encima de la, quizá desmedida, atención que recibió el concepto de participación activa habría permitido la inclusión de todos los maltratos que los menores recibieron al formar parte de un grupo armado. De esta forma se mantendría una interpretación estricta de participación directa / activa en las hostilidades, de acuerdo con lo que establece el derecho internacional humanitario con el fin de ampliar la protección de los civiles, y se podría llegar a una condena respetuosa de los derechos humanos del imputado.

A modo de conclusión, deben señalarse dos reflexiones básicas que pueden ayudar a repensar el derecho internacional penal frente a esta clase de conflictos. La primera es que si realmente se aspira a construir un sistema de justicia penal a nivel internacional, ciertos principios esenciales —culpabilidad, legalidad e imparcialidad, entre

132 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, *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-01/05-01/08*, 15 de junio de 2009, párra. 199 y ss.

133 Debe recordarse que en esa decisión se ha seguido el llamado test de Celebici, que permite la acusación por varios cargos cuando hay al menos un elemento distintivo en cada uno de los tipos penales imputados, respecto de los otros. TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Delalic et al., Judgment, IT-96-21-A*, 20 de febrero de 2001, párra. 412. Cfr. AMBOS, K., “Aspectos problemáticos de la decisión de confirmación de cargos de la Corte Penal Internacional en el caso Bemba”, *Revista Penal*, Núm. 25, 2010, p. 19. Sin perjuicio de lo expuesto, el problema de la acumulación de cargos dista de estar resuelto en el marco de la CPI, en particular porque con posterioridad a la mencionada decisión se han emitido otras, sin un criterio uniforme. Vid. FRIMAN, H. et al., “Charges”, cit., p. 393.

134 Vid. SMITH, K., “Prosecutor v. Lubanga: How the International Criminal Court Failed the Women and Girls of the Congo”, *Howard Law Journal*, Vol. 54, 2011, p. 489. Entre los efectos simbólicos que cargos adecuados pueden tener en las víctimas que buscan una retribución por el daño que se les ha causado se encontrarían, según la autora, la confianza en las habilidades de la Fiscalía, la integridad del sistema jurídico, y el valor de las víctimas para ese sistema y para el gobierno.

otros– deben ser respetados.¹³⁵ No se desconoce el objetivo de poner fin a la impunidad, pero los medios para lograrlo no pueden ignorar determinados límites liberales,¹³⁶ basados en derechos humanos básicos de quienes están sometidos a proceso y necesarios para evitar decisiones arbitrarias y, por ende, injustas.

La segunda reflexión se vincula ya con la función del derecho penal. Sin perjuicio de los distintos fines que la pena pudiese llegar a tener ante la comisión de crímenes atroces, capaces de afectar a la humanidad en su conjunto, no debe perderse de vista que una condena por lo general llegará demasiado tarde.¹³⁷ En el caso específico de los conflictos armados, la protección de las víctimas debe fortalecerse durante las hostilidades, por lo que el respeto de las reglas del derecho internacional humanitario resulta fundamental. Y para lograr esto último, un concepto restrictivo de participación directa en las hostilidades debería imponerse jurídicamente en todos los regímenes autónomos del derecho internacional.

135 Cfr. AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, cit., p. 88.

136 Sobre el tema, vid. ROBINSON, D., "A Cosmopolitan Liberal Account of International Criminal Law", *LJIL*, Vol. 26, Núm. 1, 2013, pp. 127-153.

137 Vid. WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 11ra edición, 2011 (original de 1969), p. 19.

O status de vítima no Tribunal Penal Internacional: A importância de uma perspectiva comunicativa

The Status of Victim in the International Criminal Court: the Importance of a Communicative approach

El estatus de víctima en el tribunal penal internacional: la importancia de una perspectiva comunicativa

Giovanna María Frisso*

Fecha de recepción: 30 de noviembre de 2013.

Fecha de aprobación: 15 de mayo de 2014.

Doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.05](https://doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.05)

Para citar este artículo: FRISSO, G., "O Status de vítima no Tribunal Penal Internacional: A Importância de uma Perspectiva Comunicativa", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 2, 2014, pp. 133-151. doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.05](https://doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.05)

Resumo

Este artigo analisa o reconhecimento do status de vítima pelo Tribunal Penal Internacional a partir de uma perspectiva comunicativa. Parte - se do pressuposto de que a vítima pode contribuir para uma decisão que venha a ser racionalmente aceita por todos os envolvidos no processo penal internacional, bem como para a adequada censura do comportamento praticado. No entanto, o impacto positivo da participação da vítima depende da manutenção da lógica interna dos processos de argumentação que ocorrem nos processos penais internacionais e do devido respeito aos direitos do acusado. O necessário reconhecimento de que, perante o Tribunal, as vítimas e os acusados são juridicamente iguais requer a afirmação do potencial restaurativo das decisões sobre o status vítima. Neste contexto, este artigo argumenta

* Professora do Departamento de Direito do Instituto de Ciências da Sociedade da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro. Este artigo resulta de pesquisa realizada durante o doutorado na Universidade de Nottingham. Gostaria de agradecer o apoio de meus orientadores, Professor Dirk Van Zyl Smit e Sandesh Sivakumaran, bem como as contribuições dos painelistas nacionais e internacionais do II Concurso Concurso "Blattman, Odio Benito e Steiner" de artigos sobre Justiça Penal Internacional, em particular as sugestões do Professor Héctor Olasolo.

ser necessária a distinção entre as decisões sobre o status de vítima e as decisões sobre a participação das vítimas.

Palavras chave: Vítimas, vitimização, Tribunal Penal Internacional, restauração, participação.

Abstract

This article examines the recognition of the status of victim by the International Criminal Court from a communicative perspective. It assumes that the victim can contribute to the achievement of decisions that can be rationally accepted by all those engaged in the international criminal process, as well as to the censorship of the criminal conduct. Nonetheless, the positive impact of the victims' participation relies on the maintenance of the internal logic of the argumentation processes that take place in the international criminal processes and the due respect of the rights of the accused. The necessary recognition that, before the International Criminal Court, the victims and the accused are equal requires the acknowledgement of the restorative potential of the decisions related to the status of victims. In this context, this article argues that it is necessary to distinguish the decisions on the status of victims from the decisions on their right to participate.

Keywords: Victims, victimization, international criminal court, restorative potential, participation.

Resumen

Este artículo examina el reconocimiento de la condición de víctima por el Tribunal Penal Internacional desde una perspectiva comunicativa. Partiendo del presupuesto de que la víctima puede contribuir para que una decisión pueda ser racionalmente aceptada por todos los involucrados en los procesos internacionales penales, así como para la censura de la conducta practicada. Sin embargo, el impacto positivo de la participación de las víctimas requiere la manutención de la lógica interna de los procesos de razonamiento que se producen en los procesos internacionales penales y el respeto de los derechos de los acusados. El necesario reconocimiento de que, ante el Tribunal, las víctimas y los acusados son jurídicamente iguales requiere la afirmación del potencial restaurador de las decisiones sobre el estatus de víctima. Este artículo sostiene que es necesaria la distinción entre las decisiones sobre la condición de víctima y las decisiones sobre la participación concreta de las víctimas.

Palabras clave: Vítimas, victimización, Tribunal Penal Internacional, restauración, participación

I. Introdução

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI) contém dispositivos inovadores sobre a participação e a proteção das vítimas, bem como sobre o direito à reparação.¹ A análise do seu processo de negociação indica que vários argumentos, nem sempre congruentes, motivaram a inclusão da vítima no processo internacional penal.² Além disso, o tratamento da matéria por vários grupos de trabalho permitiu que diferentes perspectivas acerca do escopo e da extensão do envolvimento das vítimas no processo internacional penal fossem reproduzidas no texto do Estatuto. Como resultado, a normativa relacionada às vítimas no Estatuto é marcada por certa inconsistência.³

Coube, então, à Comissão Preparatória do Regulamento Processual do TPI elaborar regras processuais comuns que pudessem dar maior uniformidade e sistematicidade ao tratamento conferido às vítimas pelo Estatuto.⁴ As negociações na Comissão adotaram como referência a definição da Declaração sobre os Princípios Fundamentais da Justiça para as Vítimas de Delito e Abuso de Poder das Nações Unidas (Declaração das Nações Unidas).⁵ Diante do impasse acerca da adequação da definição da Declaração para o sistema processual do TPI,⁶ foi proposta uma

- 1 GURMENDI, S. A. F., “The Elaboration of the Rules of Procedure and Evidence”, em R.S LEE (ed), *International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, Ardsley, 2001, p. 240.
- 2 Veja alguns destes argumentos em BAUMGARTNER, E., “Aspects of victim participation in the proceedings of the International Criminal Court”, *International Review of the Red Cross*, Núm. 90, 2008, pp. 409-440; HEMPTINNE, J. d. e RINDI, F., “ICC Pre-Trial Chamber allows victims to participate in the investigation phase of proceedings”, *Journal of International Criminal Justice*, Núm. 2, 2006, pp. 342 - 350; JOUET, M., “Reconciling the Conflicting Rights of Victims and Defendants at the International Criminal Court”, *Saint Louis University Public Law Review*, Núm. 26, 2007, pp. 249 – 306; LITTLE, A. A., “Balancing Accountability and Victim Autonomy at the International Criminal Court”, *Georgetown Journal of International Law*, Núm. 38, 2007, pp. 363 – 397; STAHN, C. et al., “Participation of Victims in Pre-Trial Proceedings of the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, Núm. 4, 2006, pp. 219-238 e TRUMBULL, C. P., “The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings”, *Michigan Journal of International Law*, Núm. 29, 2008, pp. 777-826.
- 3 Compare, por exemplo, o artigo 19 ao artigo 68(3) do Estatuto. Sobre o impacto do processo de negociação na estrutura do Estatuto de uma forma geral, veja BASSIOUNI, M. C., “Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court”, *Cornell International Law Journal*, Núm. 32, 1999, pp. 443-469; KIRSCH, P. e HOLMES, J. T., “The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process”, *American Journal of International Law*, Núm. 93, 1999, pp. 2-12 e WASHBURN, J., “The Negotiation of the Rome Statute for the International Criminal Court and International Lawmaking in the 21st Century”, *Pace International Law*, Núm. 11, 1999, pp. 361-377.
- 4 TIMM, B., “The Legal Position of Victims in the Rules of Procedure and Evidence”, em H. FISCHER, C. KRESS and S. R. LÜDER, *International and National Prosecution of Crimes under International Law: Current Developments*, Berlin Verlag Arno Spitz, Berlin, 2001, p. 289.
- 5 GURMENDI, S. F., “Definition of Victims and General Principles”, em R. S. LEE (ed), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, cit., p. 427.
- 6 Este embate se deu, sobretudo, em relação aos danos previstos na Declaração. Foram apresentadas reservas, por exemplo, à noção de dano coletivo e à relação entre vítimas indiretas e danos indiretos. Sobre a definição de vítima no processo de negociação do Estatuto de Roma, veja: GURMENDI, S. F., “Definition of Victims and General Principles”, cit., pp. 427, 428 e TIMM, B., “The Legal Position of Victims in the Rules of Procedure and Evidence”, cit., p. 290.

definição geral. Esta definição buscava eliminar os aspectos controversos da definição da Declaração e, ao mesmo tempo, oferecer ao TPI critérios objetivos para restringir o número de vítimas que seriam ouvidas no processo internacional penal.

Este artigo examina o reconhecimento do status de vítima na jurisprudência do TPI a partir de uma perspectiva comunicativa. Para tanto, defende-se a distinção entre as decisões relacionadas ao status de vítima e as decisões relativas à participação concreta das vítimas. Esta separação reduz os riscos de mal-entendidos na comunicação entre os envolvidos no processo internacional penal, bem como entre o TPI e o seu público. Além disto, ela permite que o potencial reparatório da concessão do status de vítima seja considerado. Este argumento será construído a partir da análise da jurisprudência do TPI. Para tanto, o artigo se divide em três partes.

A primeira parte se concentra nos critérios da definição de vítima estabelecidos pela Regra 85 do Regulamento Processual. A análise da jurisprudência indica que, apesar de algumas divergências, a definição de vítima tem sido compreendida, essencialmente, como um mecanismo de controle da participação no processo internacional penal. No entanto, os fundamentos que informam esta perspectiva não têm sido articulados nas decisões, dificultando a atribuição de um único significado ao termo vítima e, conseqüentemente, a compreensão destas decisões por aqueles que solicitam sua inclusão no processo. Diante deste contexto, alegase que uma fundamentação pautada na percepção do processo internacional penal como um processo comunicativo oferece argumentos claros e persuasivos para as decisões sobre o status de vítima.

A segunda parte examina o procedimento de solicitação para participação no processo internacional penal criado pela Regra 89 do Regulamento Processual. A análise deste procedimento chama atenção para a forma pela qual questões substanciais, formais e processuais podem limitar indiretamente a concessão do status de vítima e, por conseguinte, a possibilidade de o requerente ser ouvido no processo. Ademais, discute-se como o recurso a estes mecanismos afasta o significado simbólico do reconhecimento do processo de vitimização.

À luz dessas partes, o artigo afirma que o termo vítima assume um significado especializado no âmbito processual do TPI, que não é autoexplicativo. A complexidade criada pela definição de vítima da Regra 85 e pelo procedimento de solicitação para participação no processo, afirma-se na terceira parte, é ampliada pelo fato de o termo vítima não ser usado de forma consistente nos instrumentos constitutivos do TPI. Para reduzir os equívocos que podem ser causados por essa inconsistência, a terceira parte defende que as decisões sobre o status de vítima devem ser baseadas exclusivamente nos critérios da Regra 85.

II. A definição de vítima na Regra 85: seus elementos e possível impacto no engajamento comunicativo de vítimas

Apesar de o Estatuto de Roma reconhecer uma série de direitos às vítimas, ele não define o termo vítima. Esta definição é encontrada na Regra 85 do Regulamento Processual, segundo a qual vítimas são “pessoas físicas que sofreram um dano como resultado do cometimento de um crime da competência do Tribunal”. Cabe ao TPI, dar concretude às expressões pessoa física, crimes da competência do tribunal, dano, e nexos entre o dano sofrido e os crimes sob a jurisdição do Tribunal.

A. Pessoa física

Até o momento, não houve muita reflexão sobre o critério pessoa física na jurisprudência do TPI.⁷ A interpretação atual permanece basicamente a mesma da primeira decisão sobre a matéria.⁸ Naquela oportunidade, a Juíza Steiner afirmou que “uma pessoa física é ... qualquer pessoa que não seja uma pessoa jurídica”.⁹

Pessoas que faleceram, a juíza Steiner esclareceu posteriormente, não são pessoas físicas e, portanto, não podem ser consideradas vítimas para os fins do TPI.¹⁰ O status de vítima também é negado aos desaparecidos, como pode ser observado no seguinte trecho:

[E]ssas supostas vítimas ou estão vivas, caso em que devem dar o seu consentimento expresso [para serem representadas no processo internacional penal], ou mortas, caso em que não podem ser considerados como ‘pessoas físicas’ [...] Em qualquer caso, pessoas desaparecidas não estão disponíveis para dar o seu consentimento. No entanto, os familiares afetados pelo desaparecimento podem

7 BAUMGARTNER, E., “Aspects of victim participation in the proceedings of the International Criminal Court.”, cit., p. 418.

8 Pre-Trial Chamber I, *Situation in the Democratic Republic of Congo (DRC)*, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS1, VPRS2, VPRS3, VPRS4, VPRS5, VPRS 6, 17 January 2006, ICC-01/04-101-1EN-Corr. Futuras citações farão referência ao número da decisão: ICC-01/04-101-1EN-Corr..

9 Id., para. 80.

10 Pre-Trial Chamber I, *Situation in the DRC*, Corrigendum à la «Décision sur les demandes de participation à la procédure déposées dans le cadre de l'enquête en République démocratique du Congo par a/0004/06 à a/0009/06, a/0016/06 à a/0063/06, a/0071/06 à a/0080/06 et a/0105/06 à a/0110/06, a/0188/06, a/0128/06 à a/0162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 à a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 à a/0230/06, a/0234/06 à a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 à a/0233/06, a/0237/06 à a/0239/06 et a/0241/06 à a/0250/06, 24 December 2007, ICC-01/04-423 para. 23.

ser considerados vítimas nos termos do Estatuto e do Regulamento Processual, desde que cumpram todos os critérios necessários.¹¹

Esta interpretação indica que o reconhecimento do status de vítima exige que o Tribunal seja capaz de acessar as opiniões e preocupações das vítimas. O termo vítima, para o Juízo de Instrução I, atribui um papel comunicativo ao requerente no processo internacional penal, o qual não pode ser desempenhado pelo falecido nem pelo desaparecido. O termo vítima assume, portanto, um significado específico. Esta interpretação encontra guarida na inexistência de dispositivo que regulamente o envio de pedidos de participação com fundamento na representação dos interesses de pessoas falecidas.

O significado especializado atribuído ao termo vítima difere do entendimento comum do termo, segundo o qual “a vítima não deixa de ser uma vítima por causa de sua morte”,¹² posição seguida pelo Juízo de Instrução III. Esta interpretação se apoia na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo a qual o direito à reparação se transmite aos herdeiros por sucessão. Apesar de a vítima não poder participar do processo, seus direitos podem ser exercidos por seus sucessores. Para o Juízo de Instrução III, esta interpretação estaria de acordo com a normativa de direitos humanos reconhecida internacionalmente, nos termos do artigo 21(3) do Estatuto de Roma.

Os distintos entendimentos apresentam um risco significativo para a comunicação entre o TPI e o público. Acredita-se, no entanto, que este risco não afaste a adequação da atribuição do status de vítima apenas àqueles que podem participar do processo.¹³ Esta posição se pauta em uma compreensão comunicativa do processo

11 Pre-Trial Chamber I, *Situation in Darfur, Sudan*, Corrigendum to Decision on the Application for Participation in the Proceedings of Applicants a/0011/06 to a/0015/06, a/0021/07, a/0023/07 to a/0033/07 and a/0035/07 to a/0038/07, 14 December 2007, ICC-02/05-111-Corr, para. 35. Futuras citações farão referência ao número da decisão: ICC-02/05-111-Corr

12 Pre-Trial Chamber III, *Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, Fourth Decision on Victims' Participation, 12 December 2008, ICC-01/05-01/08-320, para. 40. A Seção de Instrução III foi a única a esclarecer os diferentes significados atribuídos ao termo vítima.

13 Cumpre observar que os Juízos de Julgamento em Primeira Instância têm aceitado a participação de vítimas que vieram a falecer após terem solicitado sua participação no TPI. Veja, por exemplo, Trial Chamber II, *Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the treatment of applications for participation, 2 de fevereiro de 2009, ICC-01/04-01/07-933-tEN, para. 40-42. Futuras citações farão referência ao número da decisão: ICC-01/04-01/07-tEN. Como explicam Olasolo e Kiss, esta interpretação pode encontrar guarida na interpretação da Regra 89(3) na medida em que aquele que apresenta um pedido para participação no processo internacional penal consente com a sua representação em caso de morte por seus herdeiros. OLASOLO, H. e KISS, A., “El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en Materia de Participación de Víctimas”, en H. OLASOLO, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, cit., p. 369. Entende-se, todavia, que esta questão é diferente daquela aqui discutida, já que aborda a possibilidade de os interesses de um indivíduo cujo status de vítima tenha sido reconhecido pelo TPI serem representados por terceiros em caso de morte.

internacional penal que reconhece que a vítima é capaz de colaborar para o esclarecimento dos fatos relevantes, bem como para a comunicação da censura moral das condutas praticadas. Para tanto, a vítima precisa ser ouvida, suas opiniões e preocupações consideradas. Neste contexto, as decisões que negam ao falecido e ao desaparecido o status de vítima e reconhecem o status de vítima aos sobreviventes, apesar de contra intuitivas, podem ser justificadas à luz de sua necessária participação nos procedimentos perante o TPI.

Ademais, a compreensão comunicativa do processo internacional penal exige o devido respeito aos direitos do acusado, aspecto que se complica com a possibilidade de representação dos direitos de pessoas que tenham falecido. A normativa de direitos humanos deve instruir a interpretação não apenas dos dispositivos relacionados aos direitos das vítimas, mas também daqueles que asseguram os direitos dos acusados.

O caráter contra intuitivo desta perspectiva exige o desenvolvimento de uma argumentação persuasiva e clara, que possa ser compreendida, inclusive, por aqueles que tiveram seu status de vítima negado. O simbolismo do termo vítima requer que o processo de argumentação ultrapasse o discurso técnico da distinção entre pessoa física e pessoa jurídica e a noção de consentimento, sobretudo, se se admite que o público do TPI é constituído, também, por leigos.¹⁴ A argumentação relacionada ao critério pessoa física deve, portanto, evitar que o não reconhecimento do status de vítima pelo TPI seja, indevidamente, entendido como a negação da condição de vítima e do processo de vitimização, a negação de que o evento ocorreu ou de que a conduta é típica.

B. Qualquer crime da competência do Tribunal Penal Internacional

Existem duas abordagens na jurisprudência sobre a interpretação do critério “qualquer crime da competência do TPI”. Para o Juízo de Julgamento em Primeira Instância I (Juízo de Julgamento I), a interpretação deve ser pautada exclusivamente nas disposições do Estatuto a respeito da jurisdição do TPI.¹⁵ Uma vítima de qualquer

14 Sobre o simbolismo do termo vítima, sua relevância e seus riscos, veja: FELDMAN, T., “Indirect Victims, Direct Injury: Recognising Relatives as Victims under the European Human Rights System”, *European Human Rights Law Review*, Núm. 1, 2009, pp: 50 – 69; DIJK, J., “Free the victim: a critique of the western conception of victimhood”, *International Review of Victimology*, Vol. 16, Núm. 1, 2009, pp. 1-33. Outra importante fonte de referência é a discussão travada por Primo Levi acerca da noção de vítima, sobrevivente e testemunha. Veja, em especial, LEVI, P., *The drowned and the saved*, Abacus, London, 2003.

15 Para tanto, os artigos 5, 11 e 12 do Estatuto de Roma devem ser examinados. ICC-01/04-101-tEN-Corr., para. 85. Cumpre observar que esta interpretação não foi unânime.

crime sob a jurisdição do TPI pode, de acordo com esta perspectiva, se qualificar para participar do julgamento de um acusado.¹⁶

Abordagem alternativa tem sido adotada pelos Juízos de Instrução. Eles defendem dever ser este critério examinado à luz das diferentes fases do processo internacional penal.¹⁷ É necessário, portanto, diferenciar entre uma situação e um caso e, conseqüentemente, entre a vítima de uma situação e a vítima de um caso.¹⁸ De acordo com esta posição, o status de vítima de uma situação é delimitado pelos parâmetros estabelecidos em uma denúncia ou em uma autorização para se iniciar uma investigação.¹⁹ Assim, o status de vítima pode ser negado a um indivíduo devido aos limites temporais de uma situação, ainda que o crime tenha sido cometido no período previsto no artigo 11 do Estatuto. Já as vítimas de um caso devem mostrar que elas sofreram dano diretamente ligado ao(s) crime(s) indicado(s) no mandado de detenção ou na notificação para comparecimento.²⁰ Nem todos os crimes cometidos em uma situação são, portanto, relevantes para a definição do status de vítima de um caso. A diferenciação entre vítima de uma situação e vítima de um caso foi ratificada pelo Juízo de Recursos em julho de 2008, tornando-se a principal interpretação da matéria.²¹

Tendo em vista a necessidade de se conciliar os direitos das vítimas e os direitos dos acusados, a distinção entre vítimas de uma situação e vítimas de um caso é adequada. Ela relaciona a vítima ao contexto em análise e, com isto, limita o conteúdo da participação a informações e contribuições que sejam relevantes para uma decisão, impedindo que o processo se prolongue devido a um aumento substancial de dados estranhos à investigação ou ao caso em questão.²² Em um caso, ela garante

16 Sobre os riscos que a interpretação do Juízo de Julgamento em Primeira Instância I apresentou para a discussão acerca da participação das vítimas, veja: OLASOLO, H. "Cuestiones Procesales y Procedimentales sobre la Posición de las Víctimas em las Actuaciones ante la Corte Penal Internacional", *Revista de Derecho Público*, Núm. 21, 2008, p. 12.

17 ICC-01/04-101-EN-Corr, para. 65 e ICC-02/04-101, paras. 83 - 88.

18 Sobre a possibilidade de a vítima contribuir para a investigação de uma situação, veja: The Appeals Chamber, *Situation in the DRC*, 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, 19 December 2008, ICC-01/04-556, para. 57. Futuras citações farão referência ao número da decisão: ICC-01/04-556.

19 BAUMGARTNER, E., "Aspects of victim participation in the proceedings of the International Criminal Court.", cit., p. 414.

20 Id., p. 422.

21 The Appeals Chamber. *Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the appeals of the The Prosecutor and the Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008, 11 de julho de 2008, ICC-01/04-01/06-1432, OA9 OA10, paras. 53-65. Futuras citações farão referência ao número da decisão: ICC-01/04-01/06-1432.

22 Sobre a inclusão das vítimas e os riscos de atraso, veja HEMPTINNE, J. d. e RINDI, F., "ICC Pre-Trial Chamber allows victims to participate in the investigation phase of proceedings", cit., p. 348; JOUET, M., "Reconciling the Conflicting Rights of Victims and Defendants at the International Criminal Court.", cit., p. 278 e TRUMBULL, C. P., "The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings", cit., p. 816.

que aqueles que venham a participar do processo penal possam colaborar para o esclarecimento dos atos pelos quais se presume o acusado responsável e, consequentemente, para uma decisão capaz de expressar a censura necessária dos atos ilegais cometidos pelo acusado.²³ Em outros termos, ela mantém a relevância da fala de todos aqueles que participam do processo penal - o promotor, o acusado e as vítimas.

C. Dano

Não existe uma definição do termo dano nos instrumentos constitutivos do TPI. Segundo o Juízo de Recursos,²⁴ a palavra dano em textos jurídicos assume o seu significado comum, abrangendo a noção de ferimento, lesão e prejuízo.²⁵ Esta compreensão tem resultado em uma interpretação ampla de dano, que inclui dano físico ou mental, sofrimento emocional e prejuízo financeiro.²⁶

Neste sentido, a jurisprudência do TPI reflete os danos elencados na Declaração das Nações Unidas. O recurso à Declaração está em acordo com o Artigo 21(3) do Estatuto de Roma, segundo o qual as decisões do TPI devem ser consistentes com os direitos humanos.²⁷ As normas internacionais de direitos humanos pautaram também o entendimento de que vítimas diretas e indiretas podem sofrer danos.²⁸

23 Veja a decisão dissidente do Juiz Blattmann em Trial Chamber I. *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on victims' participation – Separate and Dissenting Opinion of Judge René Blattmann, 18 January 2008, ICC-01/04-01/06-1119, para. 10.

24 No Brasil, os órgãos do Estatuto de Roma, *Appeals Division, Trial Division and Pre-Trial Division*, foram traduzidos oficialmente como Seção de Recursos, Seção de Julgamento em Primeira Instância e Seção de Instrução. Optou-se pela utilização dos termos Juízo de Recursos, Juízo de Julgamento em Primeira Instância e Juízo de Instrução para evitar possíveis confusões com o emprego do termo seção quando se trata da Seção para a Participação e a Reparação das Vítimas (VPRS), órgão da Secretaria.

25 ICC-01/04-01/06-1432, para. 31.

26 ICC-02/05-111-Corr, para. 30. Para maiores detalhes, veja OLASOLO, H., "Cuestiones Procesales y Procedimentales sobre la Posición de las Víctimas en las Actuaciones ante la Corte Penal Internacional", cit.

27 A terminología utilizada no artigo 21(3) do Estatuto de Roma, "direitos humanos reconhecidos internacionalmente", permite questionar se a referência abrange apenas normas internacionais de direitos humanos de caráter vinculante. Compreendendo o processo internacional como um processo comunicativo, este artigo considera a força persuasiva dos argumentos apresentados aspecto essencial para a atuação do Tribunal. Neste contexto, acredita-se que, mesmo não tendo caráter vinculante, a Declaração é abarcada pela noção de "direitos humanos reconhecidos internacionalmente", podendo orientar a interpretação do TPI. O poder persuasivo da Declaração pode ser ilustrado não apenas pelo fato de ter sido adotada por unanimidade na Assembleia Geral das Nações Unidas, mas também por seu impacto na adoção pelos Estados de legislação capaz de implementar os direitos das vítimas, bem como pela incorporação de parte de seus dispositivos em documentos internacionais de caráter vinculante. A influência global da Declaração no reconhecimento dos direitos das vítimas foi, como mencionado, percebida no próprio processo de negociação do Estatuto de Roma. O recurso à Declaração como orientação foi reconhecido pelo Juízo de Apelação do TPI, ICC-01/04-01/06-1432, para. 30. Sobre a força persuasiva da Declaração, veja: GENUGTEN, W., GESTEL, R., GROENHUIJSEN, M. e LETSCHERT, R. "Loopholes, risks and ambivalences in international lawmaking: the case of a Framework Convention on Victims' Rights", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XXXVII, 2006, pp. 109-154.

28 TIMM, B., "The Legal Position of Victims in the Rules of Procedure and Evidence", cit., p. 290. Cumpre observar que o Juízo de Julgamento em Primeira Instância I compreendeu, em um primeiro momento, que noção de vítima indireta se aplicaria apenas às pessoas jurídicas. Veja: Trial Chamber I, *Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on victims' participation, 18 de janeiro de 2008, ICC-01/04-01/06-1119, para. 91. Futuras citações farão referência ao número da decisão: ICC-01/04-01/06-1119.

Vítimas diretas são definidas na jurisprudência do TPI como aquelas cujos danos por elas sofridos resultam da prática de um crime da competência do Tribunal e vítimas indiretas, como aquelas que sofreram danos decorrentes dos danos sofridos pelas vítimas diretas.²⁹ A inclusão de vítimas indiretas no processo internacional penal pode resultar em uma condenação mais significativa dos crimes sob a análise do Tribunal, ao expor o alcance das consequências destes crimes. Além disto, a participação conjunta de vítimas diretas e indiretas contribui para a autoridade moral da mensagem de ilicitude.

D. O nexo entre o dano sofrido e os crimes sob a jurisdição do tribunal

Segundo o Juízo de Instrução II, o alegado dano será considerado “resultante de” quando as circunstâncias espaciais e temporais em torno do dano e da ocorrência do incidente parecerem sobrepor-se, ou pelo menos serem compatíveis e não claramente inconsistentes.³⁰ Esta interpretação facilita a análise nos casos concretos do nexo de causalidade, evitando discussões técnicas sobre o tema. No entanto, tal como a definição de dano, ela abre a possibilidade de participação no processo penal.

Para controlar este risco, a noção de nexo de causalidade também tem sido relacionada à distinção entre situação e caso. O nexo de causalidade pode ser estabelecido em uma situação se uma pessoa sofreu um dano ligado a um crime da competência material do TPI cometido em um contexto delimitado temporalmente e espacialmente por uma autorização para investigação ou uma denúncia.³¹ Já o estabelecimento do nexo de causalidade em um caso se limita ao dano sofrido em razão dos crimes pelos quais o acusado é presumido responsável.³²

29 ICC-01/04-01/06-1432, para. 31. A definição de vítima indireta foi bastante controversa na jurisprudência do TPI, sobre o desenvolvimento jurisprudencial do tema, veja OLASOLO, H. “Cuestiones Procesales y Procedimentales sobre la Posición de las Víctimas en las Actuaciones ante la Corte Penal Internacional”, cit. Foi questionado, pela doutrina, em que medida o dano causado pela ação violenta e imprevisível de crianças soldados está relacionado ao dano a eles causado. SPIGA, V., “Indirect Victims Participation in the Lubanga Trial”, *Journal of International Justice*, Vol. 8, 2010, p. 192. No entanto, parece-nos mais adequada a compreensão do tema nos moldes em que tratada por Olasolo e Kiss. Veja: OLASOLO, H. e KISS, A., “El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en Materia de Participación de Víctimas”, cit.. Outra proposta é apresentada por Díaz, veja: DÍAZ, D. R. V., “El concepto de víctima al interior de tribunales penales internacionales”, *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores*, Vol. II, 2013, pp. 87-103.

30 ICC-02/04-101, para. 14.

31 Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Application for Participation in the Proceedings Submitted by VPRS 1 to VPRS 6 in the Case the Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, 29 June 2006, ICC-01/04-01/06-172-1EN, pp. 7 e 8. Futuras citações farão referência ao número da decisão: ICC-01/04-01/06-172-1EN.

32 Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, 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, 24 February 2006, ICC-01/04-01/06-8-Corr, Annex I, para. 35 and 40. Futuras citações farão referência ao número da decisão: Veja também OLASOLO, H., *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Biblioteca Jurídica Diké, Colômbia, 2011, p. 126.

O impacto da distinção entre uma situação e um caso na interpretação do nexo de causalidade é ilustrado pelo caso Lubanga.³³ Thomas Lubanga foi acusado de alistar e recrutar crianças com menos de quinze anos de idade e usá-las para participar ativamente nas hostilidades.³⁴ Neste caso, foi discutido se as pessoas que sofreram prejuízos em decorrência dos crimes cometidos pelas crianças recrutadas poderiam ser consideradas vítimas indiretas. O Juízo de Julgamento I decidiu que as vítimas indiretas se restringem àquelas cujo dano por elas sofrido está relacionado ao cometimento do crime de recrutamento forçado.³⁵ A pessoa atacada por uma criança-soldado não é uma vítima indireta, pois sua perda não está relacionada ao dano infligido à criança quando de seu recrutamento. Assim, mesmo diante de uma interpretação ampla de dano e de nexo de causalidade, o Juízo de Julgamento I conseguiu limitar as interações comunicativas constitutivas do processo penal à discussão dos atos supostamente cometidos por Lubanga.

III. O procedimento de solicitação e a limitação indireta de quem é vítima

A Regra 89 estabelece o procedimento a ser seguido por pessoas, supostas vítimas, que gostariam de ser ouvidas pelo TPI, nos moldes do artigo 68(3) do Estatuto. A solicitação, escrita, deve ser enviada à Secretaria do TPI contendo, no mínimo, a identidade do requerente; a data e o local do(s) crime (s); a descrição do(s) dano(s) sofrido(s) em decorrência da prática de qualquer crime da competência do Tribunal; a prova de identidade e a assinatura ou impressão digital do requerente no documento.³⁶

Para facilitar a análise das solicitações, a Seção para a Participação e a Reparação das Vítimas (VPRS) produziu um formulário padrão de solicitações de participação.³⁷ O formulário oferece orientações específicas sobre as informações que devem ser fornecidas pelos requerentes em relação a cada critério da definição de vítima. Estas informações buscam permitir ao TPI decidir se o requerente, na condição de vítima, poderá participar do processo e a forma pela qual esta participação se dará.

33 Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the confirmation of charges, Public Redacted Version with Annex I, 29 January 2007, ICC-01/04-01/06-803-tEN. Futuras citações farão referência ao número da decisão: ICC-01/04-01/06-803-tEN.

34 *Ibíd.*

35 Trial Chamber I, *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, Redacted version of the 'Decision on "indirect victims"', ICC -01/04-01/06-1813, 8 April 2009, para. 53. Futuras citações farão referência ao número da decisão: ICC-01/04-01-06-1813.

36 O Regulamento Processual faz exigências específicas nos casos em que a solicitação é feita em nome de uma vítima.

37 O formulário para solicitações relacionadas à participação e à reparação é o mesmo. Ele foi desenvolvido a partir das críticas recebidas pela VPRS em relação ao primeiro formulário elaborado.

No entanto, a suficiência e a adequação das informações exigidas foram e ainda são objeto de discussão.

A. O conteúdo das informações

O julgamento dos primeiros procedimentos de solicitação foi marcado por questionamentos acerca das informações indispensáveis para a atribuição do status de vítima ao requerente e a delimitação de sua participação no processo. Um destes questionamentos foi posto pela defesa que alegou ser necessária a apresentação de dados sobre condições médicas pré-existentes; relações com pessoas que já solicitaram sua participação no processo; relações com intérpretes ou testemunhas e registros criminais anteriores.³⁸ O Juízo de Instrução I afastou a necessidade destas informações a partir de uma distinção entre as interações comunicativas que ocorrem entre as partes e as vítimas e aquelas que envolvem as partes e as testemunhas.³⁹ O Juízo reconheceu que a sugerida ampliação do rol de informações inibiria a apresentação de solicitações pelas supostas vítimas, devido às dificuldades práticas de produção destes documentos. O impacto negativo desta ampliação se faria sentir também no julgamento das solicitações, uma vez que expandiria o conteúdo das discussões para além dos critérios da Regra 85.

No entanto, até mesmo o formulário produzido pela VPRS exige informações que não estão diretamente relacionadas aos critérios da Regra 85. O formulário pede, por exemplo, informações acerca do número de dependentes e a ocupação dos requerentes. Estes dados, indispensáveis para a configuração dos critérios da Regra 85, podem acabar gerando uma diferenciação no valor das vítimas para fins de reparação. É, portanto, necessário avaliar com cuidado o possível impacto destas informações, evitando os riscos de um tratamento diferencial injustificado em fases posteriores do processo.

As informações a serem prestadas pelos requerentes são essenciais para a concessão do status de vítima e a consequente determinação do direito de participação no processo internacional penal e do direito à reparação.⁴⁰ Neste sentido, a tentativa inicial da defesa de ampliar o rol de informações necessárias teria consequências

38 Pre-Trial Chamber I, *Situation in the DRC*, Decision on the Requests of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2) (e) of the Regulations of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor, 07 December 2007, ICC-01/04-417, para. 13. Futuras citações farão referência ao número da decisão: ICC-01/04-417.

39 *Id.*, para. 11.

40 Há, no entanto, propostas de simplificação das informações a serem fornecidas pelos solicitantes. Veja: War Crimes Research Office, *Victim Participation at the Case Stage of the Proceedings*, Washington College of Law, 2009, p.6. Disponível em: <http://www.wcl.american.edu/warcrimes/icc/documents/WCROReportVictimParticipationattheCaseStageofProceedingsFebruary2009.pdf> [Consulta:13.05.2014].

em todas as fases do processo perante o TPI. Esta tentativa foi afastada. No entanto, como se observa abaixo, o próprio Tribunal lançou mão de outros mecanismos para limitar a concessão do status de vítima.

B. A forma das informações

O Regulamento Processual não indica o que se compreende por documento comprobatório nem oferece exemplos destes documentos. Cabe, então, ao TPI definir quais documentos podem ser utilizados para comprovar, por exemplo, a identidade de um requerente. No exercício desta função, o Juízo de Instrução II decidiu que a identidade de um requerente deve ser comprovada por um documento com foto que, emitido por uma autoridade pública, indique o nome e a data de nascimento do titular.⁴¹ A exigência cumulativa destas características resultou na denegação do status de vítima a vários requerentes cujos documentos comprobatórios não atendiam a estes critérios.⁴²

Diante disto, o próprio Juízo de Instrução II solicitou à VPRS um relatório acerca da emissão pelos sistemas legal e administrativo de Uganda de documentos que atendem as características exigidas na decisão.⁴³ A inviabilidade da produção de documentos comprobatórios com as características estipuladas na decisão ficou clara no relatório da VPRS, que indicou serem apenas três os documentos que atendem as exigências da decisão: passaporte, carteira de motorista e título de eleitor.⁴⁴ Todos eles, o Relatório esclarece, são extremamente raros entre a população do norte de Uganda. Ademais, cumpre observar que o foco do Juízo de Instrução II no sistema jurídico e administrativo assume erroneamente uma implementação contínua e satisfatória por Uganda de sua legislação. A adoção de uma abordagem legalista desconsidera a lacuna que existe em muitos países entre a lei e sua implementação. Ela também ignora o impacto concreto do conflito armado na capacidade de os requerentes apresentarem esses documentos.⁴⁵

As dificuldades enfrentadas pelos requerentes para comprovar suas identidades foram consideradas de forma mais cuidadosa pelo Juízo de Instrução I. De acordo com este Juízo, “em regiões em que ocorreram ou estão ocorrendo conflitos, nem

41 Pre-Trial Chamber II, *Situation in Uganda*, Decision on victims' applications for participation a/001/06, a/00064/06 to a/0070/06, 0/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, 10 August 2007, ICC-02/04-101, para. 16. Futuras citações farão referência ao número da decisão: ICC-02/04-101.

42 Id., paras. 16 -20.

43 Id., para. 20.

44 Victims Participation and Reparation Section, Report on the identity documents available in the Ugandan legal and administrative systems and other supporting documentation for applications for participation in proceedings in Uganda.

45 McDERMOTT, Y., “Some are more equal than others: victim participation in the ICC”, *Eyes on the ICC*, Núm. 5(1), 2009, p. 31.

todos os registros de estado civil podem estar disponíveis e, se disponíveis, podem ser de difícil acesso ou sua obtenção muito cara.⁴⁶ Diante disto, foram aceitos como prova da identidade, dentre outros, cartões emitidos por agência humanitária; documentos relativos a tratamento médico; declarações de perda de documentos oficiais e documentos emitidos por centros de reabilitação para crianças associadas a grupos armados.⁴⁷ O entendimento do Juízo de Instrução I é mais congruente não apenas com a realidade das zonas de conflito, mas também com a realidade de muitos países em desenvolvimento.⁴⁸ Ele afasta os riscos de uma acusação anônima sem impedir indiretamente a participação das vítimas.

Mesmo após os critérios inicialmente exigidos pelo Juízo de Instrução II terem sido revistos à luz do relatório do VPRS, algumas discrepâncias persistiram na jurisprudência.⁴⁹ Neste contexto, os esforços do requerente para juntar a documentação necessária, bem como a chance de uma decisão favorável ao seu pleito dependem do Juízo que avaliará a sua solicitação. A incerteza criada pela imposição de critérios formais discricionários para a caracterização dos documentos comprobatórios afasta o potencial simbólico das decisões sobre o status de vítima. Ela desconsidera a relevância que o reconhecimento do processo de vitimização tem para aquele que, nos termos da Regra 85, sofreu danos em decorrência de um crime da competência do TPI.

C. O acesso limitado ao processo de argumentação

A Regra 89 estabelece que, ao receber as solicitações completas das vítimas, a Secretaria deve elaborar um relatório e transferi-lo juntamente com as solicitações para o Juízo relevante. Cópias das solicitações também devem ser transmitidas para a acusação e a defesa, que têm a oportunidade de se manifestar acerca da elegibilidade dos requerentes dentro de um determinado prazo. As observações das partes podem abordar uma série de questões, tais como: a adequação dos documentos apresentados; a confiabilidade das alegações das vítimas e o período de tempo indicado e a jurisdição do TPI. As informações fornecidas pelos requerentes no formulário de solicitação e as observações das partes buscam instruir o processo de decisão sobre o direito de o requerente participar, enquanto vítima, no processo perante o TPI.

46 Pre-Trial Chamber I, *Situation in the DRC*, Decision on the Requests of the Legal Representative of Applicants on application process for victims participation and legal representation, 17 August 2007, ICC-01/04-374, para. 13. Futuras citações farão referência ao número da decisão: ICC-01/04-374.

47 Veja a lista completa de documentos comprobatórios na decisão.

48 Considerações similares são traçadas em relação às informações necessários para o procedimento para fins de reparação em HENZELIN, M., HEISKANEN, V., et al. "Reparations to victims before the International Criminal Court: lessons from international mass claims processes" *Criminal Law Forum*, Núm. 17, 2006, p. 328.

49 McDERMOTT, Y., "Some are more equal than others: victim participation in the ICC", cit., p. 31.

A Regra 89 não prevê o acesso do requerente às observações das partes. Este silêncio, segundo o Juízo de Instrução I, não prejudica os requerentes, porque eles não têm o direito de contestá-las nem o direito de recorrer da decisão sobre o mérito da sua solicitação.⁵⁰ Se a solicitação for indeferida, a Regra 89(2) estabelece dever ser apresentada uma nova solicitação. Para a correção das deficiências da solicitação anterior, o acesso às decisões que negaram o status de vítima tem sido considerado suficiente.⁵¹

No entanto, de acordo com o Juízo de Instrução I, uma decisão fundamentada não exige a análise individualizada de todos os fatos e argumentos apresentados, mas a apresentação dos fatos e argumentos essenciais para a decisão.⁵² Há, portanto, o risco de novas solicitações serem rejeitadas por motivos que foram previamente submetidos ao TPI, mas que não foram considerados relevantes para se chegar a uma decisão sobre o mérito da primeira solicitação. A correção das deficiências indicadas pelo TPI pode ser insuficiente para uma futura decisão favorável. Neste contexto, o acesso às observações das partes permitiria que todas as questões suscitadas pela solicitação anterior fossem consideradas na nova solicitação, aumentando as chances de uma decisão favorável ao requerente.⁵³ De uma perspectiva comunicativa, o acesso às observações facilita a compreensão das decisões tomadas. Ele oferece elementos para que o requerente possa melhor compreender os motivos pelos quais lhe foi denegado o status de vítima, bem como a força persuasiva da argumentação desenvolvida, e, diante disto, avaliar de forma mais consciente a adequabilidade de um novo processo de solicitação.

O próprio procedimento dificulta, portanto, a compreensão dos significados que têm sido atribuídos ao termo vítima, ao negar acesso às posições contrárias ao reconhecimento do status de vítima.

50 Pre-Trial Chamber I, *Situation in the DRC*, Decision on the Request of the OPVC, 10 December 2007, ICC-01/04-418. Futuras citações farão referência ao número da decisão: ICC-01/04-418.

51 Id., para. 17.

52 Id., para. 16.

53 Esta proposta segue perspectiva similar à adotada pelo War Crimes Research Office em relação ao acesso das partes ao relatório produzido pela Secretaria. De acordo com o War Crimes Research Office, o acesso ao relatório permitiria às partes limitar seus comentários a divergências com o relatório do secretário. War Crimes Research Office, *Victim Participation at the Case Stage of the Proceedings*, cit., p.6. Disponível em: <http://www.wcl.american.edu/warcrimes/icc/documents/WCROReportonVictimParticipationattheCaseStageofProceedingsFebruary2009.pdf> [Consulta:13.05.2014]. Veja, também, Trial Chamber I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the implementation of the reporting system between the Registrar and the Trial Chamber in accordance with Rule 89 and Regulation of the Court 86(5), 9 November 2007, ICC-01/04-01/06-1022, paras 7 e 8. Futuras citações farão referência ao número da decisão: ICC-01/04-01/06-1022.

IV. O alcance limitado da definição de vítima da Regra 85

O uso do termo vítima para descrever pessoas que enviam informações de crimes à Promotoria, bem como aquelas autorizadas a apresentar “representações” ou “observações” antes do início do julgamento, ilustra situações em que a participação da vítima independe da concessão do status de vítima pelo TPI. Nestes contextos, a autocompreensão do processo de vitimização é suficiente. O termo vítima também é usado em um sentido amplo pelo Fundo Fiduciário.⁵⁴

O termo vítima pode, portanto, fazer referência a pessoas diferentes em momentos diferentes. A ambigüidade criada pelos múltiplos significados do termo vítima aumenta o risco de mal-entendidos nos processos comunicativos que ocorrem no Tribunal. Essa ambigüidade é ampliada quando as decisões sobre o status das vítimas não são baseadas apenas nos critérios da Regra 85, mas também nos critérios do artigo 68(3) do Estatuto, assimilando de forma indevida as decisões relativas ao status da vítima às decisões relativas ao direito das vítimas a participar.

Neste contexto, a posição defendida pela juíza Steiner de que apenas os quatro critérios da Regra 85 devem informar o primeiro exame da solicitação para participar no processo penal perante o TPI pode ser entendida como uma tentativa de dar certa uniformidade e consistência ao significado do termo vítima.⁵⁵ De acordo com esta posição, um requerente cujo status de vítima fora, em algum momento, reconhecido pelo TPI não deixaria de ser vítima de uma situação ou de um caso porque não fora autorizado a participar de um procedimento específico. Desta forma, o termo vítima manteria o mesmo significado nas diversas situações em que empregado pelo TPI. Este posicionamento permite ainda que o TPI explore o potencial simbólico de uma decisão declarativa que reconhece o status de vítima.

Esta interpretação exige o reexame das solicitações duas ou até mais vezes. O reexame não significa, todavia, a análise reiterada dos mesmos elementos. Inicialmente, as solicitações seriam consideradas para determinar se os requerentes preenchem os critérios da Regra 85. Se o fizerem, sempre que as vítimas solicitarem sua

54 Pre-Trial Chamber II, *Situation in Uganda*. Notification of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims in accordance with Regulation 50 of the Regulations of the Trust Fund for Victims with Confidential Annex, 25 January 2008, ICC-02/04-114, para. 35. Futuras citações farão referência ao número da decisão: ICC-02/04-114.

55 Neste sentido, veja OLASOLO, H. e KISS, A., “El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en Materia de Participación de Víctimas”, en H. OLASOLO, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, cit., e OLASOLO, H., “Cuestiones Procesales y Procedimentales sobre la Posición de las Víctimas en las Actuaciones ante la Corte Penal Internacional”, cit.. A maior parte dos Juízos tem compreendido que o interesse em participar do processo e a adequação da participação são critérios que devem ser avaliados ao mesmo tempo em que se examina a configuração dos critérios da Regra 85. A concessão do status de vítima significa, portanto, o reconhecimento do direito de participar em um determinado procedimento.

participação em um procedimento específico, o TPI consideraria seus pedidos à luz dos critérios do artigo 68(3). Neste momento, seria observado se os interesses das vítimas são afetados pelo procedimento em questão e definida a forma adequada de participação.⁵⁶ Passar-se-ia, então, à regulação da apresentação dos pontos de vista e preocupações das vítimas da forma mais adequada em uma situação, um caso ou em um determinado estágio do processo. Acredita-se que possíveis atrasos decorrentes do necessário reexame das solicitações poderiam ser reduzidos pela elaboração clara e completa das decisões sobre o status de vítima, para que elas possam instruir, em outros momentos, a avaliação dos interesses pessoais das vítimas e a adequação de sua participação.

A articulação do sentido e do alcance das decisões sobre o status de vítima afastaria ainda o risco de estas decisões serem compreendidas pelos requerentes como decisões que conferem automaticamente o direito de participação. Para tanto, estas decisões devem esclarecer a distinção entre o reconhecimento do status de vítima de uma situação e de vítima de um caso, bem como indicar que este reconhecimento não significa a possibilidade de participar automaticamente dos procedimentos relacionados, respectivamente, a uma investigação ou a um caso. Ao evitar a constituição das decisões sobre participação como decisões sobre o status de vítima, afasta-se a possibilidade de, em um momento, o requerente ter seu status de vítima reconhecido e, em outro, negado devido à impossibilidade participação em um determinado procedimento.

Essa abordagem certamente exige um grande esforço justificativo do TPI. Este esforço é, no entanto, necessário se o TPI tem como objetivo garantir que a racionalidade e legitimidade das suas decisões possam ser avaliadas pelas vítimas. Além disto, esta abordagem destaca a importância do reconhecimento pela comunidade internacional dos processos de vitimização que tiveram lugar em uma situação investigada pelo TPI ou que foram provocados pela conduta de um determinado acusado. Ela afirma a necessária censura destes processos de vitimização e comunica às vítimas o reconhecimento da injustiça contra elas cometida.

V. Considerações finais

A análise da jurisprudência do TPI indicou que as decisões sobre o status de vítima têm considerado, sobretudo, a capacidade de os requerentes expressarem as suas opiniões e preocupações, contribuindo para o esclarecimento dos fatos e sua

56 A necessidade de se analisar a participação da vítima em cada procedimento foi estipulada pela Seção de Recursos, veja ICC-01/04-556. Veja sobre o tema OLASOLO, H., "Systematic and Casuistic Approaches to the Role of Victims in Criminal Proceedings Before the International Criminal Court", *New Criminal Law Review*, Vol. 12, Núm. 4, 2009.

compreensão normativa. No entanto, a possível relação entre o status de vítima e o direito de participação tem permitido o recurso a estratégias capazes de limitar de forma discricionária a concessão do status de vítima. Estas estratégias têm dificultado a atribuição de um significado único ao termo vítima, aumentando os riscos de mal-entendidos nas interações que ocorrem no Tribunal, bem como na comunicação entre o TPI e seu público. A ambiguidade que caracteriza o termo vítima tem, por sua vez, impedido que o reconhecimento jurídico dos processos de vitimização pelo TPI alcance o seu potencial reparatório.

Diante deste contexto, o artigo defendeu a necessária compreensão do processo internacional penal como um processo comunicativo. Esta abordagem exige que o TPI seja construído como um espaço capaz de garantir a igualdade jurídica entre as vítimas e os acusados. Para tanto, é necessário que a vítima seja reconhecida como sujeito de direitos. Daí, a relevância das decisões acerca do status de vítima. Estas decisões, ao reconhecerem os processos de vitimização, censuram a violação dos direitos das vítimas e o sofrimento injustamente a elas imposto. Elas afirmam a intangibilidade do direito a ter direitos.

Neste sentido, o artigo sustentou dever ser a determinação do status de vítima pautada apenas nos critérios da Regra 85, os quais devem ser interpretados à luz da distinção entre uma situação e um caso. Este recorte permite que o reconhecimento dos processos de vitimização esteja relacionado apenas aos danos que uma conduta sob a análise do TPI, em uma situação ou em um caso, tenha causado às vítimas e não ao impacto que um determinado procedimento possa vir a ter nos interesses do requerente. Desta forma, o reconhecimento de processo de vitimização é uma etapa necessária para a futura participação da vítima em um determinado procedimento.

Ao exigir que as decisões sobre o status de vítima se pautem apenas nos critérios da Regra 85, esta abordagem facilita a construção jurisprudencial de um significado único para o termo vítima. A construção deste significado exige que o TPI trate de forma consistente o procedimento de solicitação para participação. A necessidade de se desenvolver uma argumentação persuasiva acerca do status de vítima impede, por exemplo, que ele seja negado devido a formalidades que desconsideram o contexto vivido pelos requerentes. Em outros termos, o procedimento de solicitação não deve ser usado estrategicamente como uma forma de limitar o reconhecimento do status de vítimas.

Uma vez reconhecido o processo de vitimização, o artigo defende que o TPI deverá, quando solicitado, avaliar em que medida a vítima poderá participar de um determinado procedimento. Neste contexto, o procedimento de solicitação para participação instrui, ao menos, duas decisões: uma relacionada à atribuição do status

de vítima e outra relacionada à participação da vítima no procedimento pleiteado. A determinação do status de vítima não deve ser confundida com a discussão acerca da possibilidade de o requerente expressar suas opiniões e preocupações em um procedimento específico, bem como a forma pela qual deverá fazê-lo. Ela, no entanto, servirá de base para as futuras decisões do TPI sobre a possibilidade de participação daquela vítima em um procedimento específico. Neste momento, outros critérios tornam-se relevantes para assegurar que a participação da vítima não resulte em uma violação dos direitos dos acusados.

É certo que a participação da vítima dá concretude ao reconhecimento do processo de vitimização. É a partir de sua fala que a vítima pode reinscrever a experiência da violência por ela sofrida em um contexto político capaz de dar-lhe significado. No entanto, o necessário respeito aos direitos do acusado exige que a participação da vítima seja examinada de forma cuidadosa. É diante dos riscos de uma possível redução do espaço de fala da vítima no processo internacional penal que as decisões relacionadas exclusivamente ao status de vítima ganham relevância. Estas decisões podem ser o único momento em que a comunidade internacional censura de forma clara e individualizada a violação dos direitos de uma determinada pessoa. Elas são, também, a primeira forma de contato entre o TPI e as vítimas e, por isto, a primeira oportunidade de o TPI assegurar a sua legitimidade, tornando claros seu mandato e suas atividades para um público não especializado.

SECCIÓN DE REPORTE DE JURISPRUDENCIA

**Esta sección ha sido realizada con el acompañamiento
de la profesora Andrea Mateus Rugeles**

CORTE PENAL INTERNACIONAL

A. Situación en la República de Costa de Marfil, caso de la Fiscalía c. Laurent Gbagbo, decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I sobre la audiencia de confirmación de cargos en relación con artículo 61 { ? } { c } { i } del Estatuto de Roma, de 3 de junio de 2013

María Paula López Velásquez

TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO

B. Caso de la Fiscalía c. Hassan Habib Merhi, Sala de Primera Instancia, decisión para llevar a cabo el juicio In Absentia, 20 de diciembre de 2013

María Paula López Velásquez

A. Situación en la República de Costa de Marfil, caso de la Fiscalía c. de Laurent Gbagbo

Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I sobre la audiencia de confirmación de cargos en relación con el artículo 61 (7) (c) (i) del Estatuto de Roma, 3 de junio de 2013*

María Paula López Velásquez**

El 3 de octubre de 2011 la Sala de Cuestiones Preliminares III (SCP III) autorizó el inicio de una investigación frente a la situación de la República de Costa de Marfil con respecto a crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional cometidos a partir del 28 de noviembre de 2008.

El 22 de febrero de 2012, se expandió la autorización para incluir crímenes de la competencia de la Corte, presuntamente cometidos entre el 19 de septiembre de 2002 y el 28 de noviembre de 2010.

En noviembre de 2011 la SCP III emitió orden de arresto en contra *de* Laurent Gbagbo (en adelante el acusado), habiendo encontrado motivos razonables para creer que es responsable como coautor indirecto, según el artículo 25 (3) (a) del Estatuto de Roma (en adelante el Estatuto o ER), en la comisión de crímenes de lesa humanidad, tales como asesinato, violación, otras formas de violencia sexual, persecución y otros actos inhumanos cometidos en Costa de Marfil entre el 16 de diciembre de 2010 y el 12 de abril 2011.

El 3 de junio de 2013, la SCP III, decidió declinar cargos, bajo el artículo 61 (7) (b) ER, y otorgar a la Fiscalía la oportunidad de presentar nuevas pruebas o llevar

* ICC-02/11-01/11 Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I sobre la audiencia de confirmación de cargos en relación al artículo 61 (7) (c) (i) del Estatuto de Roma, 3 de junio de 2013. Situación en la República de Costa de Marfil en el caso del Fiscal en contra de Laurent Gbagbo. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1599831.pdf>

** Estudiante de doble programa correspondientes a la facultad de Jurisprudencia y a la facultad de Relaciones Internacionales del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

a cabo nuevas investigaciones en relación a los cargos, conforme el artículo 61 (7) (c) (i) ER, al considerar que la evidencia presentada por la Fiscalía, vista como un todo, es insuficiente. No obstante, el grado de insuficiencia no es tal que derive en su rechazo, ya que sí tiene relevancia y valor probatorio.

I. En cuanto a la evidencia

Basándose en el artículo 61 (7) ER, la Sala plantea cómo aumenta el estándar de prueba dependiendo de la etapa del proceso. El estándar de “motivos fundados para creer que el acusado cometió el crimen del que se le acusa” requerido en la audiencia de confirmación de cargos, es mayor que el dado para la orden de arresto, “motivos razonables para creer”, pero menor que el estándar de prueba requerido para la condena de un acusado “más allá de toda duda razonable”.

Con el propósito de dar un significado concreto al estándar de “motivos fundados” la SCP III se remitió a lo establecido por la Sala de Cuestiones Preliminares I la cual manifestó que luego del escrutinio hecho a la evidencia, la Sala debe estar satisfecha de que los alegatos presentados por la Fiscalía son lo suficientemente fuertes para llevar al acusado a juicio.¹

A su vez acogió el criterio dado por la Sala de Cuestiones Preliminares II la cual ha entendido el término “fundados” como significativo, sólido, real, bien fundados en vez de imaginario.²

II. Estándar de prueba de los hechos y circunstancias

La SCP III define que los cargos presentados por la Fiscalía están compuestos por hechos y circunstancias, a los cuales la Fiscalía debe otorgarles su respectiva caracterización jurídica.³

Según esto la SCP III establece que es su obligación determinar si estos hechos y circunstancias cumplen o no con el estándar de prueba requerido. El estándar con el cual la Sala analiza la evidencia en general es el mismo, no importa si ese hecho está destinado a probar la responsabilidad individual o un elemento contextual de un crimen. Sin embargo, no todos los hechos serán utilizados en la etapa de juicio ya que el artículo 74 (2) del Estatuto menciona “los hechos y circunstancias descritos en los cargos”, es decir, solo se tendrán en cuenta los cargos que sean

- 1 SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES I, *Prosecutor vs Thomas Lubanga Dylo*, decisión de confirmación de cargos, 29 de enero de 2007, ICC-01/04-01/06-803-I EN, párr. 39.
- 2 SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES II, *Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, decisión concerniente al Artículo 61 (7) (a) y (b) del Estatuto de Roma en los cargos de la Fiscalía en contra de Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009, ICC-01/05-01/08-424, párr. 29.
- 3 SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES II, *Prosecutor vs Uhuru Muigai Kenyatta*, decisión concerniente al Artículo 61 (7) (a) y (b) del Estatuto de Roma, 23 de enero de 2012, ICC-01/09-02/11-382-Red, párr. 56.

confirmados; cualquier otra información no será incluida ya que no soportará los elementos de los crímenes. Por ejemplo, un elemento contextual entra en la categoría del artículo 61 (7) (a) del ER y debe ser probado con el estándar que exige la Sala de Cuestiones Preliminares, “motivos sustanciales para creer”.

Sin embargo, la SCP III establece que esto no significa que no exista diferencia entre los crímenes correspondientes a la responsabilidad individual del acusado y los crímenes que hagan parte de incidentes que solo establezcan el contexto.⁴ Para los primeros debe existir un nexo entre la conducta y el acusado, en cambio, en los segundos no se necesita tal nexo. Es inevitable entonces que en el caso de la responsabilidad individual deba existir mayor detalle en las pruebas.

De hecho, para que una prueba sea tenida en cuenta para probar un elemento contextual debe ser menos detallada que la prueba que intenta demostrar la responsabilidad individual; no obstante debe tener el suficiente valor probatorio y especificidad para soportar la existencia de un ataque en contra de la población civil. De acuerdo con la SCP III un ejemplo de tales detalles es la identidad de los perpetradores.

Respecto al caso en concreto, y según el análisis anterior, la SCP III determina que, teniendo en cuenta que los incidentes que buscan probar la existencia de un ataque en contra de la población civil son parte sustancial de los méritos del caso, la Sala de Cuestiones Preliminares I considera que no hay razón para que el estándar de prueba de estos sea inferior al de los demás hechos y circunstancias. Acorde a esto, cada incidente que subyace un elemento contextual debe ser probado con el mismo estándar que es aplicable a todos los demás hechos.

III. Aproximación a la evidencia

La Sala se remite al artículo 61 (5) del ER y manifiesta que a pesar de que la Fiscalía solo debe fundamentar cada cargo con “evidencia suficiente”, entiende que la Fiscalía ha demostrado la versión más sólida del caso en juicio. Esto en consonancia con los derechos de la defensa a tener la posibilidad de controvertir las pruebas que estén disponibles, además de evitar la demora del juicio.

Frente a los tipos de prueba, la Sala de Cuestiones Preliminares considera que no es necesario establecer reglas rígidas en cuanto a su valoración, no obstante

⁴ No es lo mismo utilizar incidentes para probar los elementos contextuales, como sería un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil, el cual establece un contexto; que utilizarlos para determinar que el acusado cometió conductas establecidas en los elementos específicos de dichos crímenes, ya que en este caso lo que importa es la vinculación directa de dicho acusado con ese contexto que debió probarse inicialmente (nota de la autora con base en lo establecido por la SCP III en la decisión bajo estudio).

establece ciertas disposiciones acerca de algunas clases de evidencia, ya que, no considera que todos los tipos de prueba tengan el mismo valor probatorio.

En general, para la SCP III es preferible tener la mayor cantidad de pruebas forenses y materiales como sea posible, incluyendo documentos y declaraciones escritas de testigos, pruebas que se autentican con mayor facilidad y brindan mayor seguridad en la cadena de custodia. Estas tendrán mayor valor probatorio en vista de la fiabilidad que ofrecen frente a la fuente de donde provienen.

Para la Sala los testimonios de oídas y los reportes de Organizaciones Internacionales tienen un menor valor probatorio ya que es problemático para la defensa controvertir la fiabilidad de la fuente, incluso para la misma Sala.

A pesar de que la Sala reconoce el derecho que tiene la Fiscalía de presentar pruebas documentales,⁵ esto no excluye el poco valor probatorio que se les pueda llegar a dar.

En este aspecto y respecto de lo anterior, la Sala de Cuestiones Preliminares hace una clara distinción en la presentación de dos tipos de evidencia: los testimonios de oídas junto con artículos de prensa e informes de Organizaciones Internacionales y la presentación de declaraciones escritas de testigos.

Frente a esto, advierte con preocupación que la Fiscalía soporta varios elementos fundamentales de su caso, como los elementos contextuales de los crímenes en reportes de Organizaciones Internacionales y artículos de prensa. En este orden de ideas, y en consonancia con el artículo 51 (1) (a), estos métodos de prueba no pueden sustituir el tipo de evidencia que es requerida en el escenario de la confirmación de cargos.

IV. La evidencia en el caso en concreto

De los 45 incidentes que presenta la Fiscalía la mayoría están soportados en testimonios de oídas, en pruebas documentales, en reportes de Organizaciones No Gubernamentales y artículos de prensa. De estos, 41 están destinados únicamente a demostrar la existencia de un ataque en contra de la población civil y ya que no se plantearon en mayor detalle, dificulta la determinación por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares de la actuación de los perpetradores conforme lo establece el artículo 7 (2) (a) del Estatuto de Roma.

Además de esto, la SCP III considera que se le presentó un escenario incompleto frente a: (i) conexiones estructurales de las llamadas “*pro Gbagbo forces*” y los incidentes; y (ii) la presencia y las actividades de las fuerzas armadas opositoras.

5 Artículo 61 (5) del ER.

Con esto la SCP III resalta que se ve forzada a llevar a cabo un gran número de suposiciones para determinar la implicación del señor Gbagbo en las acusaciones. Sin embargo, reconoce que la Sala de Apelaciones en decisiones anteriores,⁶ ha dado un trato más flexible a este tipo de prueba, razón por la cual la SCP III decide otorgar a la Fiscalía un tiempo mayor para completar su investigación.

6 SALA DE APELACIONES, *Prosecutor vs Callixte Mbarushimana*, juicio en la apelación de la Fiscalía en contra de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I del 16 de diciembre de 2011 denominada “Decisión de confirmación de cargos”, 30 de mayo de 2012, ICC-01/04-01/10-514 (OA4), párrafo 44; *Sala de Apelaciones, Prosecutor vs Uhuru Muigai Kenyatta*, decisión en la apelación de Mr. Francis Kirimi Muthara y Mr. Uhuru Muigai Kenyatta en contra de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II del 23 de enero de 2012 denominada “Decisión de confirmación de cargos según el Artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma”, 24 de mayo de 2012, ICC-01/09-02/11-425, párr. 33 - 36.

B. Caso de la Fiscalía c. Hassan Habib Merhi

Sala de Primera Instancia, decisión para llevar a cabo el juicio In Absentia, 20 de diciembre de 2013*

María Paula López Velásquez**

Hassan Habib Merhi, en adelante el acusado, fue indiciado por su presunto rol en la explosión ocurrida en Beirut el 14 de febrero de 2005 en la cual murió el primer Ministro Libanés Rafik Hariri junto con otras 21 personas y tuvo como resultado más de 200 heridos.

I. Lo que se llevó a cabo

El 5 de junio de 2013 la Fiscalía interpuso acusación ante la Sala de Primera Instancia alegando la participación del acusado en los anteriores hechos. De esta manera, se le acusa por conspiración de cometer actos terroristas, y complicidad en la comisión de dichos actos; el homicidio intencional premeditado de Rafik Hariri y de otras 21 personas, y la tentativa intencional de homicidio de 226 personas por el uso de explosivos.

El 31 de julio de 2013 el juez de instrucción confirmó la acusación y emitió orden de arresto nacional e internacional para la captura del acusado.

De acuerdo con la regla norma 76 de las reglas de procedimiento y prueba del Estado libanés se llevaron a cabo todos los pasos necesarios para poder continuar con el proceso en ausencia del acusado, pasos como anuncios en periódicos locales en varios idiomas, anuncios radiales y notificaciones al último domicilio del acusado.

* STL 13-04, Decisión de la Sala de Primera Instancia para llevar a cabo el juicio in Absentia, 20 de diciembre de 2013, Fiscalía vs Hassan Habib Merhi, disponible en <http://www.stl-tsl.org/en/the-cases/prosecutor-v-merhi-stl-13-04/filings/orders-and-decisions/trial-chamber/f0037>

** Estudiante de doble programa correspondientes a la facultad de Jurisprudencia y a la facultad de Relaciones Internacionales del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

II. Según lo llevado a cabo por las autoridades nacionales

La Sala de Primera Instancia del Tribunal Especial para el Líbano ha analizado, según la situación de seguridad en dicho Estado, las medidas adoptadas por las autoridades libanesas y por el Tribunal para notificar personalmente al acusado y asegurar su comparecencia.

Con esto la Sala concluye que el acusado se ha fugado, o que ha sido imposible encontrarlo; razón por la cual decide proceder en ausencia del acusado.

III. Derecho aplicable para seguir adelante el proceso

El artículo 22 del Estatuto del Tribunal autoriza a la Sala de Primera Instancia a continuar un proceso en ausencia del acusado si:

- a. Este ha renunciado de forma expresa o escrita a su derecho a estar presente en el juicio.
- b. No ha sido entregado al Tribunal por las autoridades correspondientes.
- c. Se ha fugado, o no puede ser encontrado luego de haberse llevado a cabo todos los pasos necesarios para asegurar su comparecencia ante el Tribunal y para informarle al acusado de los cargos confirmados por el juez de instrucción.

A su vez, la Sala de Apelaciones de este Tribunal interpretó, según los estándares dados por el derecho internacional de los derechos humanos, que llevar a cabo un juicio en ausencia del acusado es posible cuando:

- a. Se han hecho esfuerzos razonables para notificar personalmente al acusado.
- b. La evidencia en cuanto a notificaciones debe satisfacer a la Sala de Primera Instancia para determinar que el acusado conocía el proceso en su contra.
- c. Debe haber tal grado de especificidad en el punto anterior que la no comparecencia significa que este debió elegir no asistir y por tanto renuncia a su derecho de estar presente.

Además, y en consonancia con lo anterior, la Sala indica que no existe como requisito en el Estatuto, en las reglas de procedimiento y prueba o en el derecho internacional de los derechos humanos, que la Sala reciba evidencia positiva que asegure que el acusado conocía del proceso en su contra o que este sea notificado personalmente.

IV. Con respecto a los esfuerzos razonables

La Sala de Primera Instancia establece que estos serán valorados de acuerdo con las circunstancias; puede incluir medidas que no estén previstas en el estatuto o en las reglas. Sin embargo, puedan ser contextualmente consideradas.

Como ejemplo de estas medidas están las implementadas por las autoridades libanesas en concordancia con el artículo 148 del código libanés en el cual se establecen medidas adicionales para localizar al acusado, como lo es colocar anuncios del acusado en sus últimos domicilios y en los tribunales locales.

No obstante, para el caso en concreto y a pesar de todos los esfuerzos, no fue posible encontrar al acusado, esfuerzos que son de vital importancia para evitar que se le violen al mismo su derecho al debido proceso o a tener un juicio justo.

SECCIÓN DE REPORTE DE DOCTRINA

DÍAZ BARRADO, Cástor M., FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO J. L. (Coords.), *Derecho Internacional humanitario y derechos humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*. Pamplona, Thomson Reuters, 2013, ISBN: 978-84-470-4601-0, 736 pp.

Claudia Cárdenas Aravena

Reseñas bibliográficas

DÍAZ BARRADO, Cástor M., FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO J. L. (Dirs.). *Derecho internacional humanitario y derechos humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*. Pamplona, Thomson Reuters, 2013, ISBN: 978-84-470-4601-0, 736 pp.

Claudia Cárdenas Aravena*

Esta obra colectiva, prologada por Mario Villarroel Lander, es producto del proyecto de investigación “Difusión y aplicación del derecho internacional humanitario en Colombia”, de la convocatoria CAP de la Agencia Española de Cooperación Internacional (2012-2013), adscrito al Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid. En efecto, parte importante de los 24 textos que conforman la obra se dedican al conflicto colombiano o tienen referencias a él.

El libro está dividido en tres partes: la primera dedicada a cuestiones generales del derecho internacional humanitario y derechos humanos, la segunda a la protección de las víctimas y limitación de los medios de combate, y la tercera parte trata de la justiciabilidad de los incumplimientos del derecho internacional humanitario.

En la primera parte del libro se inicia con la contribución de Manuel Pérez González, que se titula “Tipos de conflictos y aplicación del derecho internacional humanitario, con especial referencia a los conflictos armados internacionales”. Se toca allí un tema tradicional —las clases de conflictos armados— pero aportando enfoques actuales. Son sobre todo estimulantes sus referencias a conflictos “transfronterizos” o “transnacionales” en el marco de lo que se ha dado en llamar la guerra contra el terrorismo, que tantos interrogantes plantea al derecho internacional humanitario, y la relevancia que reconoce a las garantías de derechos humanos en estos escenarios.

Le sigue el capítulo titulado “Derecho internacional humanitario y derechos humanos”, de Carlos R. Fernández Liesa. En él da cuenta de la complementariedad de ambos órdenes normativos, en particular en conflictos complejos como el colombiano.

* Profesora del Departamento de Ciencias Penales de la facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Abogada de la misma Universidad, Magíster y Doctor en Derecho por la Humboldt-Universität zu Berlin.

La tercera contribución a la primera parte se titula “Empresas militares y de seguridad privada y conflicto colombiano: aspectos de derecho internacional”, y es de autoría de Pilar Pozo Serrano. La autora llama la atención sobre un tema importantísimo por lo omnipresente del quehacer de esas empresas y al mismo tiempo —como ella lo explica— a primera vista difícilmente asible por el derecho, cuya regulación tradicional no está pensada para las empresas. En el texto se apoya la distinción entre el estatuto jurídico que les es aplicable y el de los mercenarios, y la autora se detiene en la relevante cuestión de la eventual responsabilidad estatal por actos en que incurran empleados de estas empresas. El siguiente capítulo se ocupa en principio del mismo tema, pero parcialmente desde otra óptica. Se titula “Los mercenarios y el conflicto colombiano”, y estuvo a cargo de David Bondía García. Defiende una visión distinta del que le precede, en cuanto identifica a las empresas militares y de seguridad privada con los mercenarios (p. 112 y ss.).¹ Describe episodios en los que en Colombia han sido protagonistas los mercenarios y cómo colombianos se han unido a mercenarios empleados en otros países.

El quinto capítulo, escrito por Saúl Ramírez Quesada, se titula “La aplicación del derecho internacional humanitario en Colombia”. Da antecedentes históricos y explica el alto estatus del derecho internacional humanitario dentro del derecho colombiano, donde tiene rango constitucional y sus disposiciones han sido declaradas *ius cogens* por la Corte Constitucional (p. 153 y ss.) lo que, sin embargo, no ha llevado a que se reconozca su aplicabilidad sin más, según se explica, principalmente por las dificultades de la caracterización del conflicto armado y los combatientes.

Sigue el texto “La responsabilidad de proteger y el derecho internacional. ¿Mito o realidad en la práctica internacional?”, de Romualdo Bermejo García. Explica claramente el origen de la responsabilidad de proteger, y nos entrega aportes a la discusión de si hay o no una regla emergente de derecho internacional en ese sentido, y cuál podría ser su contenido, del que se muestra crítico, sosteniendo que podría existir incluso un retroceso en comparación al derecho de las intervenciones humanitarias (p. 213). Resalta, además, el rol del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en este ámbito y pasa revista a varias situaciones de las que está conociendo la Corte Penal Internacional desde este prisma, deteniéndose sobre todo en Libia y examinando también la situación colombiana. El libro continúa con dos capítulos sobre injerencia: “La acción humanitaria, el derecho de injerencia y el conflicto de Colombia” e “Injerencia, derechos humanos, humanitarismo y Cruz Roja”, de Julio César Pineda.

1 Lo que no parece ser posible de acuerdo con la definición del artículo 47 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949.

La segunda parte del libro se ocupa, como se adelantará, de la protección de las víctimas y la limitación de los medios de combate. Al igual que en la primera parte, algunas de las contribuciones se centran en el conflicto colombiano y otras tocan asuntos que lo trascienden. El capítulo noveno, el primero de esta segunda parte, se titula “El conflicto interno y los derechos de los desplazados por violencia en Colombia”, y fue escrito por Carlos M. Molina. Explica el fenómeno de los desplazados en Colombia y la problemática social que los aqueja. También se dedica a los desplazados el siguiente capítulo, “Protección de los desplazados internos en los conflictos armados no internacionales. La situación en Colombia”, de María Teresa Ponte Iglesias. La autora pone de relieve la importancia de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, resaltando sobre todo su carácter recopilatorio del derecho ya vigente (p. 286 y ss.), lo que acaso hace que hayan contado con tan amplio reconocimiento, también por parte de la Corte Constitucional colombiana. Explica el rol del gobierno y del Estado colombianos y cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha ocupado de esta problemática.

El capítulo 11 consiste en una interesante contribución de Ana Manero Salvador, titulada “Las desapariciones forzadas en Colombia y los diferentes actores del conflicto”. Problematiza la posibilidad de que sean organizaciones distintas del Estado las que autoricen, apoyen o den su aquiescencia para la desaparición, y da cuenta de diversos casos suscitados en Colombia en los que se ha discutido la responsabilidad del Estado colombiano en sede de Corte Interamericana de Derechos Humanos (p. 326 y ss.).

El capítulo 12, “‘Targeted killing’. De los ataques letales selectivos a los asesinatos selectivos y a las ejecuciones extrajudiciales”, se dedica a un tema de candente actualidad en los conflictos contemporáneos, y fue escrita por José Luis Rodríguez Villasante y Prieto. Entrega valiosas reflexiones y referencias para continuar el necesario trabajo de lograr una adecuada valoración jurídica de estas prácticas. Por momentos los temas tratados van más allá de lo anunciado en el título de los ataques letales selectivos (terminología propuesta por el autor), pero en todo caso resaltan las valiosas referencias que nos entrega y las interrogantes que nos plantea el autor.

El capítulo 13, de autoría de Sonia Hernández Pradas, se titula “La protección especial de la infancia”. Entrega un panorama de las disposiciones de derecho internacional que protegen especialmente a los niños durante los conflictos armados y se refiere a algunos aspectos puntuales, como el quehacer de la Corte Penal Internacional y de la Cruz Roja en la materia.

El capítulo 14, “La protección especial de los medios de comunicación en los conflictos armados”, es de autoría de Sagrario Morán Blanco. Da cuenta de las disposicio-

nes que protegen a periodistas y a sedes de los medios de comunicación, explicando muchas veces de la mano de situaciones concretas y planteando que sería deseable homogenizar la protección de todos los periodistas y en todas las clases de conflicto.

El siguiente capítulo se titula “La mujer y su doble condición: víctima de los conflictos internos y protagonista en los procesos de justicia transicional. El caso de Colombia”, y fue escrito por Cecilia Giovanetti Lugo, Jessyka Manotas Muñoz e Ivonne Molinares Guerrero. Retrata, valiéndose de ejemplos, el papel de la mujer en los conflictos armados, particularmente en el colombiano, y da luces acerca de su rol en los procesos de transición.

Cierran la segunda parte del libro dos textos acerca de diversas clases de armas. El capítulo 16, “Disponibilidad y transferencia de armas”, escrito por José Luis Domenech Olmedas, se ocupa de explicar aspectos conceptuales centrándose en las armas pequeñas y ligeras, y llama la atención acerca de la necesidad de regular su tenencia, uso, almacenaje y comercio para evitar que produzcan un impacto humanitario y las dificultades inherentes a ello.

El capítulo 17 se titula “La prohibición de minas antipersonales” y fue escrito por Javier Guisández Gómez. Más allá de afirmaciones aventuradas, como que el *ius ad bellum* nace con las Naciones Unidas (p. 492), y de un recurso a los punteos que resulta excesivo a ratos, se detiene en las minas antipersonales para explicar cómo es que por sus características no cumplen con diversas exigencias para su uso legítimo (como la de la ventaja militar y la de la temporalidad) y cómo se ha respondido frente a ellas.

La tercera parte del libro, sobre la justiciabilidad de los incumplimientos del derecho internacional humanitario, consta de seis capítulos: en el primero de ellos (y 18 de la obra), “El debido proceso y el conflicto colombiano”, Florabel Quispe Remón se ocupa primero del debido proceso en general para luego dedicarse al conflicto armado en Colombia y los principales problemas que se han presentado desde la perspectiva del debido proceso, haciendo especial hincapié en la exorbitante competencia de la jurisdicción militar.

El capítulo 19 se titula “Los derechos de las víctimas y la negociación: el caso de Colombia” y es de autoría de Félix Vacas Hernández. El tema elegido resulta atractivo, pues se tocan dos valores que podrían manifestar intereses al menos en parte contrapuestos: si bien la finalización de un conflicto no puede menos que estar entre los primeros intereses de las víctimas, también lo será la obtención de reparación, siendo parte importante de ella la declaración de que hubo conductas criminales si las hubo, que será usualmente lo que tratarán de impedir quienes asumen que de su lado se han cometido masivamente estas conductas. Es la ya añosa

discusión “*peace vs. justice*” con su vehemente contrapunto “*no peace without justice*” lo que sale a relucir de estas líneas, que se pasean primero por el medio jurídico internacional, luego por el regional y finalmente por el colombiano, entregando un interesante panorama sobre la faceta jurídica del particular. Este tema no es abandonado del todo en la siguiente contribución: El capítulo 20 se titula “Los derechos de las víctimas en el tránsito hacia la normalización judicial. (La verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición)” y su autor es Pedro Montero Linares. Resulta llamativo que el autor ponga a la justicia de transición como una tercera clase de justicia, en paralelo a la justicia retributiva y la justicia restaurativa. No parece del todo feliz esa ordenación, ya que la justicia transicional lo es sobre todo por su contexto, y puede incluir componentes de justicia retributiva y restaurativa, en fin, no parece ser simplemente una forma más de justicia, al mismo nivel conceptual que las dos anteriores.

El capítulo 21 se titula “El sistema de eficacia del derecho internacional humanitario, en especial la protección penal de las víctimas en los conflictos armados internos”, y su autor es Fernando Pignatelli Meca. Desde la perspectiva española, da un completo panorama acerca de las obligaciones en pos de la eficacia del sistema, distinguiendo en obligaciones anteriores al conflicto, las contemporáneas al conflicto y las posteriores al conflicto, y pasa revista a los crímenes de guerra guiándose por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

El capítulo 22 se titula “Colombia: investigación pendiente de la Corte Penal Internacional”, y fue escrito por Antoni Pirgau Solé. En un tema que ha demostrado ser polémico entre dos posiciones: por una parte la de quienes sostienen la urgencia de que la Corte Penal Internacional abra una investigación en Colombia (que es la posición que defiende el autor) frente a la de quienes sostienen que lo adecuado conforme al principio de complementariedad es seguir esperando el resultado de las diversas gestiones del Estado colombiano. El autor desarrolla una serie de aspectos y entrega argumentos normativos y fácticos a favor de su postura. El tema continúa desarrollándose en el capítulo siguiente, titulado “Justicia penal internacional y Colombia” de Carmen Quesada Alcalá. Haciendo un análisis de la mano de las etapas del examen preliminar que ha dado la propia Fiscalía, entrega las razones por las cuales también a su juicio cabría abrir una investigación sobre los hechos acaecidos en Colombia por la Corte Penal Internacional.

Cierra el volumen la contribución titulada “El impacto del examen preliminar de la CPI sobre los delitos de lesa humanidad cometidos en Colombia desde el 1 de noviembre de 2001 en el proceso de negociación de paz entre el gobierno y las Farc” de Héctor Olasolo Alonso, donde el autor hace hincapié en la atención que

están recibiendo los actuales desarrollos en Colombia por parte de la Corte Penal Internacional y los órganos del sistema interamericano de derechos humanos.

En general el libro resulta interesante y su lectura estimula la reflexión sobre diversos tópicos. Esto vale en especial para el conflicto colombiano, que se arrastra hace décadas, habiendo pasado por varios periodos y distintos grados de complejidad; aunque también resulta recomendable la consulta y lectura de esta obra para quien se interese por problemas actuales del derecho internacional humanitario en un ámbito más general. Considerando la obra en su conjunto, eso sí, resulta que en ocasiones hubiera sido preferible contar solamente con una contribución por cada tema específico. Ello, sin perjuicio de que todos los temas de la obra —cuestiones actuales junto con otras clásicas, como dice su prólogo— están en cierta medida relacionados y es positivo que sea de ese modo.

En suma, es una lectura cuya principal virtud consiste en estimular la reflexión acerca de lo que, acaso por tenerlo demasiado encima nos puede costar ver: las evoluciones recientes y los desafíos presentes del derecho internacional humanitario.

Listado de jurados nacionales e internacionales: II edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner

Jurado internacional

- Elizabeth Odio Benito, magistrada de la Corte Penal Internacional (2003-2012).
- Enrique Iglesias, secretario General Iberoamericano.
- Héctor Olasolo, Presidente del Instituto Iberoamericano de La Haya, Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad del Rosario y Profesor Ad Hoc de la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas.

Jurados nacionales

En la II Edición del Certamen actuarán como miembros de los jurados nacionales las siguientes personas:

Argentina

- Carolina Anello

Abogada (Universidad de Buenos Aires, UBA). Candidata a doctorado (UBA). Máster en Estudios Internacionales (Universidad de Barcelona). Docente de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora visitante en el Instituto de Ciencias Criminales a cargo del Profesor Kai Ambos, Universidad George August de Göttingen (Alemania). En la actualidad, Prosecretaria Letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

- Eduardo D'Empaire

Abogado (UCA). Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales (Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina). Juez Tribunal Criminal de Bahía Blanca, Argentina. Profesor de Grado (cátedras Derecho Procesal Penal y Derechos Humanos) y de postgrado (cátedras Derecho Procesal Penal y Teoría de la Ejecución Penal) en la Universidad Nacional del Sur. Director de Carrera de Especialización en la Universidad Nacional del Sur.

- Natalia M. Luterstein

Abogada (orientación en Derecho Internacional Público) por la UBA. Máster en Derecho Internacional Público por la London School of Economics and Political Science. Profesora adjunta de Derecho Internacional Público y Sujetos y Jurisdic-

ciones de la Facultad de Derecho de la UBA. Asesora jurídica de la Dirección de Asuntos Jurídicos (área internacional) de la Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Brasil

- Heloisa Estellita

Professora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Membro de Comissões do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Advogada na área criminal em São Paulo.

- Mariana Tumbiolo Tosi

Advogada na área criminal, membro da Comissão de Cooperação Jurídica Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e pesquisadora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

- Carolina Yumi de Souza

Advogada da União no Estado de São Paulo, Mestre e Doutoranda em Processo Penal pela Universidade de São Paulo e membro da Comissão de Cooperação Jurídica Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais..

Chile

- Gonzalo Aguiar Cavallo

Profesor de Derecho de la Universidad Andrés Bello (Santiago, Chile) y de la Universidad de Valparaíso (Valparaíso, Chile). Director del programa Derecho Advance de la Universidad Andrés Bello (Santiago, Chile).

- Claudia Cárdenas Aravena

Profesora asociada del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile. Responsable del proyecto de investigación apoyado por el FONDECYT sobre la ley chilena que tipifica los crímenes de guerra, de lesa humanidad y de genocidio.

- Ania Salinas Cerda

Letrada de Sala (Legal Officer, Chambers) en la División de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional.

Colombia

- Juan Carlos Arias Duque

Licenciado en Derecho por la Universidad Santo Tomás. Especialización en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid. Magíster en Derecho

Procesal de la Universidad Libre. Licenciaturas en filosofía y psicología de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia. Se ha desempeñado como docente en la Universidad Santo Tomás, Universidad de Caldas, Universidad del Rosario, Universidad La Gran Colombia y Universidad Militar Nueva Granada. Actualmente es magistrado auxiliar de Justicia y Paz de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

- Andrés Luis Fajardo Arturo
Director del Departamento de Derechos Humanos y de la Clínica de interés público de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá.
- Mauricio Vanegas Moyano
Abogado con Especialización en Derecho Penal de la Université Pantheon - Assas París II; Maestría en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Université Pantheon - Assas París II; Profesor de planta en la Universidad del Rosario de Bogotá.

Costa Rica

- Cynthia Chamberlain Bolaños
Letrada de Sala (Legal Officer, Chambers) de la División de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional.
- Alfredo Chirino Sánchez
Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Costa Rica. Magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Costa Rica hasta febrero de 2013.
- Gonzalo Monge Núñez
Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad de Costa Rica, especialidad en Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Ecuador

- Hernán Hormazábal Malaree
Asesor de la Comisión de la Verdad y Derechos Humanos de la Fiscalía General de Ecuador. Docente en Postgrado en la Universidad Andina Simón Bolívar. Catedrático de Derecho Penal la Universitat de Girona (1992-2011). Con anterioridad fue catedrático (1991-1992) y Profesor Titular (1987-1991) de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Barcelona.
- Manuel Ollé Sesé
Asesor de la Comisión de la Verdad y Derechos Humanos de la Fiscalía General de Ecuador. Docente e Investigador en la Universidad Andina Simón Bolívar.

- Juan Morales Ordóñez

Profesor Principal de la Asignatura Introducción al Derecho, en la Universidad Técnica Particular de Loja. Doctorado en Jurisprudencia en el Ecuador. Magíster en Teoría del Derecho en Ginebra, Suiza. Fue Magistrado de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador de 2005 a 2011.

El Salvador

- Jaime Edwin Martínez Ventura

Abogado y Notario. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Diplomado en Criminología y Justicia Penal Juvenil. Fundador y ex director del Centro de Estudios Penales de El Salvador, CEPES. Actual Director General de la Academia Nacional de Seguridad Pública de El Salvador.

- Salvador Eduardo Menéndez Leal

Abogado y Notario. Doctor en Derecho Público por la Universidad Autónoma de Barcelona. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Catedrático universitario en postgrados de Derechos Humanos. Actualmente Procurador Adjunto de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

España

- Xabier Agirre Aranburu

Licenciado en Derecho por la Universidad del País Vasco. Master en Estudios de Paz por la Universidad de Notre Dame (EE. UU.). Analista de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia de Naciones Unidas (La Haya, Países Bajos, 1997-2004). Analista Principal de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (2004-2013). Ha contribuido a diversos proyectos de investigación y formación en Colombia, Perú, Guatemala, Argentina y Honduras.

- Antoni Pigrau Solé

Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, de cuya Facultad de Derecho fue profesor entre 1982 y 1992. Actualmente es Catedrático de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universitat Rovira i Virgili (URV). Corresponsal del *Yearbook of International Humanitarian Law*, desde su creación en 1998. Miembro de la Junta de Gobierno del Institut Català Internacional per la Pau (ICIP) y Director del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT) de la URV.

- Santiago Ripol Carulla

Licenciado (1986) y doctor (1990) en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Certificado del Curatorium de l'Acadèmia de Dret Internacional de La

Haia por su participación en los Trabajos del *Centre for Studies and Research in International Law and International Relations* (1993), Diploma en Derecho internacional. Universidad de Helsinki (1984). Desde febrero de 2010 es Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Pompeu Fabra.

Guatemala

- Carlos Abraham Calderón Paz

Profesor universitario en grado y postgrado en Derecho Procesal Penal y Derecho Penal Internacional del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos. Se ha desempeñado también como fiscal (tres años) y defensor público (15 años). Ha trabajado haciendo investigaciones respecto víctimas de delito, entre otras. También ha tenido actividades de acción legal ante el sistema interamericano de derechos humanos.

- Helen Beatriz Mack Chang

Presidenta de la Fundación Myrna Mack. Ha recibido múltiples premios y reconocimientos, entre los que destacan el *Right Livelihood Award* (Premio Nobel Alternativo de la Paz, Suecia, 1992), Premio de la Paz (Leuven, Bélgica, 1993) y el Reconocimiento del Latino Cultural Center “Rafael Cintrón Ortiz” y de la Universidad de Illinois (Chicago, 2002).

- Marvin Rabanales García

Profesor universitario en Postgrado y grado en la Universidad de San Carlos; especializado en investigaciones y trabajos académicos respecto a delitos de trata de personas, de niñez y adolescencia en el marco del conflicto armado en Guatemala.

México

- Sandra Salcedo González

Investigadora del Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana, México D. F.

- Gabriela Rodríguez

Directora del Programa Académico de Derecho y de la Maestría en Derechos Humanos y Garantías del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

- Patrick Zahnd

Asesor Jurídico Principal de la Oficina del Comité Internacional de la Cruz Roja en México.

- Deborah Ruiz Verduzco

Doctora en Derecho Internacional por la Universidad de Ginebra. Coordinadora en La Haya de la Organización Parlamentarias for Global Action (“PGA”).

Panamá

- Enrique Illueca

Licenciado en Derecho por la Universidad de Panamá. Máster (LL. M.) en Derecho por la Universidad de Columbia (1988) y Máster (LL.M) en Estudios Jurídicos Internacionales por la Universidad de Nueva York (1989). Editor Asociado “*Columbia Business Law Review*” (1987-1988). Investigador del Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá (1980-1983). Miembro de la Comisión Bancaria Nacional (1984). Miembro del Comité Ejecutivo de la CIAC (1990-93). Vicepresidente de la Asociación Panameña de Arbitraje (1992).

- Constantino Riquelme Ortiz

Licenciatura en Relaciones Internacionales por la Universidad de Panamá. Maestría en Ciencias Políticas por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá (Colombia). Doctorado en Derecho Internacional Público por la Universidad Autónoma de Madrid (España). Profesor de Planta en Derecho Internacional Público y Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua (USMA).

Paraguay

- Elodia Almirón Prujel

Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional de Asunción (1993). Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción (2004). Magister en Planificación y Conducción Estratégica Nacional. Instituto de Altos Estudios Estratégicos (2004). Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca, (2005). Docente en la Universidad Nacional de Asunción y Universidad Americana, en las ramas de Derechos Humanos y Derecho Internacional. Docente de la Escuela Judicial del Paraguay. Docente de Postgrado en las Universidades Autónoma de Asunción, del Norte y del Pacífico, en el área de Derecho Internacional.

- Enrique Kronawetter

Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional de Asunción en el año 1989. Postgrado en Litigio Oral en la Californian Western School of Law (1995). Coautor del Anteproyecto del Código Procesal Penal actualmente convertida en Ley N° 1286/98 y de la Ley Orgánica del Ministerio Público, convertida en Ley N° 1562/00. Director de la Escuela Judicial del Paraguay, dependiente del Conse-

jo de la Magistratura desde Septiembre de 2010. Director Jurídico del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, desde el mes de Marzo de 2011. Docente de la Escuela Judicial del Paraguay en los módulos “Introducción al litigio penal oral y público”.

- Ernesto Velázquez Argaña

Licenciado en Derecho por la Universidad Católica de Asunción. Máster de derecho (LL.M.) por la Universidad de Londres, (Queen Mary College), Reino Unido. Certificado de Estudios Diplomáticos en la Universidad de Oxford (Trinity College), Reino Unido. Actualmente es Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Católica de Asunción. Ejerció el cargo de Asesor Jurídico del Ministro de Relaciones exteriores de la República del Paraguay entre los años 2003 y 2011. Representante de la Conferencia de La Haya. Delegado paraguayo en reuniones de la Corte Penal Internacional.

Perú

- Salvador Herencia Carrasco

Abogado por la Universidad de Los Andes de Colombia (J.D.) y Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Ottawa. Ex-asesor jurídico de la Comisión Andina de Juristas y del Tribunal Constitucional. Miembro del Grupo Latinoamericano de Estudios en Derecho Penal Internacional. Actualmente Asesor del Viceministerio de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- Ivan Meini Méndez

Bachiller en Derecho y Abogado por la Universidad Católica del Perú (1998). Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Cádiz, España (2002), obteniendo el Premio Extraordinario de Doctorado. Estudios de postdoctorado en la Universidad de Fribourg, Suiza (2002-2003). Ha sido Procurador Adjunto Anticorrupción para los casos Fujimori/Montesinos (2004) y Jefe de la Unidad de Investigaciones de la Oficina Nacional Anticorrupción (2008). En la actualidad es profesor de Derecho Penal en la Universidad Católica del Perú y consultor internacional en Derecho Penal.

- Michelle Reyes

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente se desempeña como Coordinadora Regional para las Américas de la Coalición por la Corte Penal Internacional. Profesora del curso de Derecho Penal Internacional en la

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesora del curso de Historia y Política de los Derechos Humanos en la Maestría en Derechos Humanos de la PUCP.

Uruguay

- Pablo Galaín Palermo

Doctor en derecho penal de la Universidad de Salamanca. Profesor honorario de Derecho penal de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla desde 2009. Director desde el año 2007 del área en lengua portugués del departamento de investigación en derecho penal, procesal penal y penal internacional del Instituto Max Planck para el Derecho Externo y el Derecho Penal Internacional.

- Gonzalo Lorenzo

Doctor por la Universidad de Bremen (Alemania). Profesor Adscrito de Derecho Internacional Privado de la Universidad de la República. Profesor Titular de Derecho Internacional Privado en las Universidades de Montevideo y Profesor Adjunto de la misma materia en la Universidad de la República. Miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado. Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado.

- Pedro Julio Montano

Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Navarra (España). Catedrático de Práctica Forense en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Miembro fundador de la firma de abogados Scelza & Montano. Ha sido miembro de la Directiva de Escribanos de Uruguay y Presidente de la Caja Notarial.

Venezuela

- Angelina Jaffé Carbonell

Abogada *Summa cum Laude* por la Universidad Central de Venezuela. Doctora en Derecho internacional de la Universidad de París I (Pantheon-Sorbonne). Jefa del Departamento de Estudios Internacionales de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos de la Universidad Metropolitana.

- Pablo Leonte Han-Chen

Abogado egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela. Doctor en Derecho. Magister Scientiarum en Ciencias Penales y Criminológicas. Profesor Titular de Derecho Penal de Pregrado y Postgrado de la Universidad del Zulia. Investigador adscrito al Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia.

- Juan Luis Modolell González

Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello. Doctor en Derecho sobresaliente *cum laude* de la Universidad de Barcelona-España. Estancia post-doctoral en la Albert Ludwig Universitat de Freiburg, Alemania. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

Normas para la publicación en el *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* (ANIDIP)

El *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* (ANIDIP) es un medio arbitrado de divulgación científica que cada año presenta a la comunidad académica, a los actores participantes en la administración de justicia y a la sociedad civil los resultados de las investigaciones en el área de Derecho Internacional Penal, seleccionados para publicación por medio del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre justicia internacional penal. En cada edición del ANIDIP, los ensayos de investigación seleccionados irán acompañados por uno o varios trabajos inéditos de investigación de autores de reconocido prestigio y experiencia profesional en el área del Derecho Internacional Penal, que serán elegidos mediante convocatoria pública.

Con ello, el ANIDIP pretende estimular el conocimiento, el debate doctrinal y la aplicación del Derecho Internacional Penal en los países iberoamericanos, así como dar a conocer la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (CPI), los tribunales internacionales penales *ad hoc* y los órganos judiciales nacionales con competencia en crímenes internacionales. El ANIDIP se dirige también a difundir el mandato, las actividades y la jurisprudencia de otros organismos que abordan situaciones que podrían llegar a constituir crímenes internacionales. Además, pretende incentivar a los Estados iberoamericanos para la implementación nacional del Estatuto de Roma, la adopción de leyes nacionales de cooperación con la CPI y los tribunales internacionales penales *ad hoc* y la aprobación de la normativa sobre inmunidades y privilegios necesarios para el desarrollo de sus funciones.

El ANIDIP es publicado por la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Colombia), la Editorial Tirant lo Blanch (España) y el Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH).

Procedimiento para el envío, la revisión y la selección de ensayos y trabajos de investigación

Existen dos procedimientos para el envío, la revisión y la selección de ensayos y trabajos de investigación a efectos de su publicación en el ANIDIP: (i) Ensayos de investigación presentados al Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner. (ii) Trabajos de investigación presentados mediante convocatoria pública por

autores de reconocida trayectoria y experiencia profesional en el área del Derecho Internacional Penal.

Procedimiento con respecto a los ensayos de investigación presentados al Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner

El Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre justicia internacional penal es convocado cada año por el Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), con el apoyo institucional de la Corte Penal Internacional (CPI), la Secretaría General Iberoamericana, la Unión Europea, la Coalición por la Corte Penal Internacional (CICC), la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Colombia), la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos) y la Editorial Tirant lo Blanch.

Pueden participar en el Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner quienes, al momento de vencimiento del plazo para la presentación de los ensayos, cuenten con el título de licenciatura o grado en Derecho o en otra materia relacionada con la justicia internacional penal.

La extensión máxima de los ensayos, que deberán ser inéditos, será de veinte páginas, con interlineado 1,5, letra *Times New Roman* tamaño 12 puntos, márgenes superior e inferior de 3 cm y derecho e izquierdo 2,5 cm. Los ensayos deberán presentarse en español o portugués y deberán seguir las reglas de estilo que se recogen en el presente documento.

Cada año, durante los meses de junio y julio, se divulgará en la página web del IIH (www.iberoamericaninstituteofthehague.org) la convocatoria pública de la edición correspondiente al Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner, en la que se establecerán las bases y el procedimiento a seguir en dicha edición, que responderá, en todo caso, a los siguientes lineamientos:

- a. Los ensayos se enviarán en versión electrónica (documento de *Word*) hasta el 15 de enero siguiente a la publicación de la correspondiente convocatoria (por ejemplo, si la convocatoria se publicó en julio de 2013, los trabajos deberán presentarse, a más tardar, el 15 de enero de 2014) y se enviarán a la dirección de correo electrónico: info@iberoamericaninstituteofthehague.org

Tanto en el asunto del correo electrónico, como en la parte superior de la primera página del ensayo se incluirán los nombres y apellidos del participante, su número de pasaporte o tarjeta nacional de identidad, su nacionalidad, su edad,

el título de licenciatura o grado que posee y sus datos de contacto (dirección de correo electrónico y número de teléfono). En ninguna otra parte del ensayo se incluirá información que pueda identificar al autor del ensayo.

Una vez haya enviado su ensayo, todo participante recibirá un acuse de recibo.

- b. Finalizado el plazo de entrega (15 de enero), los ensayos serán clasificados por la nacionalidad de sus autores. En caso de que el número de ensayos provenientes de connacionales no sea superior a cinco, se podrán incluir en una misma categoría los ensayos correspondientes a los nacionales de dos o más Estados. Luego de esta clasificación, el personal del IIH procederá a dotar de anonimidad a los ensayos mediante la asignación de un número.
- c. Los ensayos de cada categoría nacional serán enviados, de manera anónima, a un jurado nacional de un país diferente, es decir, al jurado nacional de Chile se le enviarán los documentos presentados por colombianos y a Argentina se remitirán aquellos presentados por peruanos, por poner ejemplos hipotéticos. Los jurados nacionales tendrán hasta el 15 de febrero para seleccionar el mejor ensayo, de acuerdo con los siguientes criterios:
 - Tesis: (i) valor conceptual de la tesis defendida en el ensayo; (ii) claridad en el planteamiento; (iii) carácter innovador.
 - Argumentación: (i) valor conceptual de los argumentos presentados en apoyo de la tesis; (ii) profundidad en el desarrollo de los argumentos; (iii) carácter innovador de los argumentos (más allá de analizar los argumentos presentados por otros autores); (iv) relación lógica entre la tesis defendida y los argumentos desarrollados en apoyo de la misma.
 - Fuentes: (i) citación de las fuentes doctrinales internacionales y nacionales más relevantes en la materia; (ii) variedad de fuentes legislativas y jurisprudenciales de carácter internacional (y de carácter nacional, cuando sean relevantes para el objeto del ensayo).
 - Forma: respeto por las normas de formato recogidas en el Anexo I de la Convocatoria del Certamen (tanto en la extensión máxima de los ensayos como en las reglas de formato y de citación).

El criterio de forma tendrá un valor de 10% de la valoración global del ensayo. Cada uno de los otros tres criterios tendrá un valor de 30%.

- d. El 15 de febrero se constituirá un panel internacional formado por tres jurados de reconocida trayectoria y experiencia profesional en el área del Derecho Internacional Penal.
- e. El jurado internacional evaluará, de manera anónima, todos los ensayos seleccionados por los jurados nacionales bajo los criterios mencionados en el

apartado C. El 15 de marzo se definirá el ensayo ganador de la correspondiente edición del Certamen de Ensayos. Asimismo, el jurado internacional señalará aquellos otros ensayos que, con las oportunas modificaciones, podrían tener la calidad necesaria para su publicación en el ANIDIP.

- f. Al seleccionar el ensayo que ha de enviarse al panel de jurados internacionales, cada panel de tres jurados nacionales presentará un informe en el que se recogerán recomendaciones para su mejora, de cara a su posible publicación. De igual manera, el panel de jurados internacionales emitirá un informe con indicaciones para cada uno de los ensayos que considere que pudieran ser objeto de publicación.
- g. Los informes recibidos de los paneles de jurados nacionales e internacionales serán enviados a los autores, con el fin de que sean revisados a la luz de dichos informes, en un plazo máximo de treinta días.
- h. Las nuevas versiones de cada uno de los ensayos preseleccionados para publicación serán objeto de una nueva evaluación anónima (sistema de doble anonimato) durante el mes de abril por dos pares externos con reconocida competencia en Derecho Internacional Penal. Solo cuando el resultado de esta nueva evaluación sea positivo se procederá a la aceptación para la publicación de los ensayos preseleccionados que no hayan resultado ganadores del Certamen de Ensayos. Las modificaciones propuestas por los evaluadores serán remitidas a los autores de cada ensayo, quienes dispondrán de un plazo máximo de treinta días para su revisión.

Este plazo también será utilizado por los autores para incluir las actualizaciones a las que haya lugar en relación con sus ensayos, originalmente presentados el 15 de enero.

- i. La versión final de los ensayos objeto de publicación será recibida, a más tardar, el 31 de mayo.
- j. La cantidad de ensayos a publicar en cada número dependerá de su calidad y de los informes de los paneles de jurados nacionales e internacionales y de los pares anónimos. En todo caso, se publicará el ensayo ganador de la correspondiente edición del Certamen de Ensayos, tras la evaluación anónima del panel de jurados internacionales.

Procedimiento con respecto a los artículos de autores de reconocida trayectoria y experiencia profesional en el área del Derecho Internacional Penal

Cada año, la dirección del ANIDIP hará una convocatoria pública para la selección de uno o varios trabajos de investigación inéditos de autores de reconocido prestigio y experiencia profesional en el área del Derecho Internacional Penal.

Los autores que deseen presentar sus trabajos mediante este procedimiento deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- Edad: superior a 35 años.
- Formación: maestría o doctorado en derecho internacional penal o en una materia relacionada.
- Experiencia docente o profesional: diez años de docencia en derecho internacional penal (o en un área relacionada) o de experiencia en un tribunal nacional o internacional que aplique el derecho internacional penal, el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario.
- Publicaciones: una monografía y tres artículos sobre derecho internacional penal o materias relacionadas en revistas indexadas nacionales y/o internacionales.

Los autores que no cumplan con estos requisitos y deseen publicar sus trabajos en el ANIDIP deberán participar en el Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner.

La extensión máxima de los trabajos será de veinte páginas, con interlineado 1,5, letra *Times New Roman* tamaño 12 puntos, márgenes superior e inferior de 3 cm y derecho e izquierdo 2,5 cm. Los trabajos deberán presentarse en español o portugués y deberán seguir las reglas de estilo que se recogen en el presente documento.

La convocatoria pública anual realizada por la dirección del ANIDIP se publicará en la página web del IIH (www.iberoinstituteofth Hague.org) durante los meses de octubre y noviembre de cada año. Dicha convocatoria establecerá las bases y procedimientos a seguir en tal edición, que responderá, en todo caso, a los siguientes lineamientos:

- a. Los trabajos serán enviados en versión electrónica (documento de *Word*) hasta el 31 de marzo siguiente a la fecha de publicación de la correspondiente convocatoria a la dirección de correo electrónico: info@iberoinstituteofth Hague.org

Tanto en el asunto del correo electrónico, como en la parte superior de la primera página del trabajo de investigación, el autor incluirá sus nombres y apellidos, número

de pasaporte o tarjeta nacional de identidad, nacionalidad, edad, títulos de maestría y/o doctorado, instituciones y períodos de ejercicio de la docencia en derecho internacional penal (o en materias relacionadas), funciones desempeñadas en tribunales nacionales e internacionales y tiempo durante el que ocupó su cargo, monografías y artículos publicados en revistas indexadas nacionales y/o internacionales y datos de contacto (dirección de correo electrónico y número de teléfono).

En ninguna otra parte del trabajo de investigación se incluirá información que pueda identificar al autor del ensayo.

Una vez haya enviado su ensayo, todo participante recibirá un acuse de recibo.

- b. Tras recibir los trabajos de investigación se procederá a dotarlos de anonimidad mediante la asignación de un número y se enviarán a pares anónimos de reconocida competencia en derecho internacional penal para su evaluación durante el mes de abril, la cual seguirá los siguientes criterios:
 - Tesis: (i) valor conceptual de la tesis defendida en el ensayo; (ii) claridad en el planteamiento; (iii) carácter innovador.
 - Argumentación: (i) valor conceptual de los argumentos presentados en apoyo de la tesis; (ii) profundidad en el desarrollo de los argumentos; (iii) carácter innovador de los argumentos (más allá de analizar los argumentos presentados por otros autores); (iv) relación lógica entre la tesis defendida y los argumentos desarrollados en apoyo de la misma.
 - Fuentes: (i) citación de las fuentes doctrinales internacionales y nacionales más relevantes en la materia; (ii) variedad de fuentes legislativas y jurisprudenciales de carácter internacional (y de carácter nacional cuando sean relevantes para el objeto del ensayo).
 - Forma: respeto por las normas de formato recogidas en el Anexo I de la Convocatoria del Certamen (tanto en la extensión máxima de los ensayos, como en las reglas de formato y de citación).
- c. En su evaluación, los pares anónimos determinarán la aceptación o no para publicación de los trabajos presentados y recogerán recomendaciones para la mejora de aquellos que fueron aceptados.
- d. Las evaluaciones recibidas de los pares anónimos serán enviadas a los autores de los respectivos ensayos con el fin de que los revisen, en un plazo máximo de treinta días. La versión final de los ensayos será recibida, a más tardar, el 31 de mayo.
- e. La cantidad de trabajos de investigación a publicar en cada número dependerá de la calidad y de las evaluaciones de los pares anónimos.

Anexo I

Normas de estilo

Normas generales

- Aquellos documentos que se no se ajusten a las reglas de estilo recogidas en el presente anexo podrán ser descalificados automáticamente por los jurados nacionales o por el jurado internacional de La Haya.
- La extensión máxima de los artículos escritos en el formato que a continuación se detalla será de 7.000 palabras (incluidas las recogidas en notas al pie de página).
- Los documentos deberán encabezarse con el título del trabajo y el nombre del autor; como nota al pie se insertará su cargo académico o la actividad que desempeña, así como la institución a la que pertenece.
- En la parte superior del texto, antes de comenzar con la primera sección, se deberá incluir un resumen de un máximo de doscientas palabras en español, así como cinco palabras clave (este resumen no se contará dentro de las 7.000 palabras que, como máximo, ha de tener el texto principal).
- Se utilizará la siguiente jerarquía de titulación:
 - 1. Título 1
 - 1.1. Subtítulo 1
 - 1.1.1. Subtítulo 2
 - 2. Título 2
- Al final del artículo, deberá incluirse un listado de referencias jurisprudenciales y bibliográficas (esta sección tampoco se contará dentro de las 7.000 palabras que, como máximo, ha de tener el texto principal). A los efectos de facilitar el proceso de edición, se solicita que para la elaboración de este listado no se utilice la herramienta que ofrece Word para la creación de bibliografías.
- Los artículos deben ser enviados como documentos de Word y en formato PDF a todas las personas que se indiquen en la convocatoria.

Normas de formato

Letra:

Times New Roman, 12 puntos.

Espaciado:

Anterior: 0 puntos.

Posterior: 10 puntos.

Interlineado: 1,5

Márgenes:

Superior e izquierdo: 3 cm

Inferior y derecho: 2,5 cm

Notas al pie:

Letra: *Times New Roman*, 10 puntos.

Anterior: 0 puntos.

Posterior: 10 puntos.

Interlineado: 1,15

Epígrafes:

Los primeros epígrafes se presentarán en numeración romana.

Normas de cita

[Se deberá citar poniendo la inicial de los nombres tras los apellidos].

1. Ejemplo de cita de libros:

DIAZ, E., Estado de derecho y sociedad democrática, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

2. Ejemplos de citas de trabajos incluidos en volúmenes colectivos:

JELLINEK, G., “La declaración de derechos del hombre y el ciudadano”, trad. de A. García Posada, en VV.AA., Orígenes de la Declaración de Derecho del hombre y del ciudadano, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp. 57-120;

FERRAJOLI, L., “La semántica della teoria del diritto”, en U. SCAPELLI (ed.), La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

3. Ejemplos de citas de artículos contenidos en publicaciones periódicas:

BOBBIO, N., “Presente y porvenir de los derechos humanos”, Anuario de derechos humanos, Núm. 1, 1981, pp. 2-28;

LAPORTA, F., HIERRO, L., y ZAPATERO, V., “Algunas observaciones sobre la situación de la Filosofía del Derecho en la actualidad”, en VV.AA., La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Núm. 15, 1975, pp. 93-120.

4. Ejemplos de citas de documentos electrónicos:

En caso de cita de documentos electrónicos o páginas web deberá indicarse tras la referencia la dirección URL, la fecha de acceso a esos textos tras la leyenda «consulta:»)

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: 30.06.2011].

Normas de abreviaturas

En caso de utilización de siglas, éstas deberán expresarse entre paréntesis después de la primera referencia en el texto.

A continuación se detallan algunas de las abreviaturas más comunes que podrán ser utilizadas, entre otras cosas, para simplificar las citas:

Abreviatura	Significado	Uso
cfr. (confer) vid. (vide / videtur)	confróntese véase	Referencia a una obra donde se pueden encontrar las mismas ideas o donde se amplía un tema
et al. (et alteri / et alii)	y otros	Datos bibliográficos, para ahorrarnos un listado abundante de coautores, se cita el principal seguido de et al.
ibid. (ibídem) id. (idem)	allí mismo el/lo mismo	En la misma obra y página ya citada En la misma, pero otra página.
cit. (citatum)	citado	Se escribe el autor y el título de la obra, pero ningún dato más, excepto la página.
trad.	traductor	Datos bibliográficos
Vol.	volumen	Datos bibliográficos
t.	tomo	Datos bibliográficos
p.	página	Datos bibliográficos
pp.	páginas	Datos bibliográficos
Núm.	número	Datos bibliográficos

Autorización para publicación

Señores

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Editorial Tirant Lo Blanch e Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH).

Yo, (escriba su nombre completo) _____, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de (ciudad de residencia) _____, en (país) __, identificado como aparece al pie de mi firma, creador del texto titulado “Escriba el título de su artículo”_, como parte de la publicación *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, por medio de este documento autorizo voluntariamente a la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, la Editorial Tirant lo Blanch y al IIH para publicar la obra en mención, en versión impresa y electrónica.

Asimismo, conozco que, en razón a la naturaleza académica de la Universidad, la obra será publicada a título de ilustración con fines educativos, sin ánimo de lucro y, por lo tanto, autorizo que los fondos que se llegaren a recaudar por su divulgación se destinen a apoyar el financiamiento de los costos sufragados por la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario para la divulgación de esta u otra obra que publique con estos fines.

Igualmente, declaro que la obra es original e inédita y fue realizada por mí, sin violar o usurpar derechos de autor de terceros. Es de mi exclusiva autoría y detento la titularidad de sus derechos morales; garantizo que no contiene citas o transcripciones de obras no referenciadas; que no contiene declaraciones difamatorias contra terceros ni contrarias al orden público o a las buenas costumbres.

En caso de presentarse cualquier reclamación o acción por parte de un tercero en cuanto a los derechos morales o patrimoniales de autor sobre la obra en cuestión, asumiré toda responsabilidad y saldré en defensa de los derechos aquí otorgados.

Declaro que sobre la obra no pesa ningún gravamen, limitación en uso o utilización ni cesión de los derechos patrimoniales que impida desarrollar el objeto de la presente autorización.

Nombre: _____
(escriba su nombre completo)

Documento de identidad: _____
(especifique tipo de documento y número)

Dirección postal y electrónica de correspondencia: _____

Número de teléfono: _____

Firma:

Por favor diligencie el formulario y envíelo cuando presente el artículo al editor o director de la publicación. Es indispensable que el documento contenga su firma autógrafa.