

KAI AMBOS (Dir.)
MARÍA LAURA BÖHM (Coord.)

Kai Ambos	Luís Greco
Torben Asmus	Günther Jakobs
Klaus Bodemer	Inmaculada López-Barajas
María Laura Böhm	Walter Perron
Christoph Burchard	Cornelius Prittwitz
Albin Eser	Claus Roxin
Karl Heinz Gössel	Helmut Satzger
	Sebastian Scheerer

DESARROLLOS ACTUALES DE LAS CIENCIAS CRIMINALES EN ALEMANIA

Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales
y Dogmática Penal alemana. Departamento
de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto
de Ciencias Criminales de la Georg-August-Universität
Göttingen (5-16 de septiembre de 2011)



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2012



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

- © Editorial Temis S. A., 2012.
© Kai Ambos (Dir.), María Laura Böhm (Coord.), et al., 2012.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec. editorial@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos S. A.
Carrera 39B, núm. 17-85, Bogotá.

ISBN 978-958-35-0896-7
2595 201200038100

ZB 12/3238
Zentralbibliotheken
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

PRESENTACIÓN

El presente libro tiene por base los temas y textos presentados por los docentes (aquí autores) de la *Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática penal alemana* que tuvo lugar en la Georg-August-Universität Göttingen entre los días 5 y 16 de septiembre de 2011. Se trató del primer curso en ciencias criminales (derecho penal, derecho procesal penal, derecho penal europeo, derecho penal internacional, derecho constitucional, sociología del delito y criminología) dictado en Alemania en idioma castellano y portugués —según el curso— por docentes de la academia alemana. La exposición de contenidos y su discusión fue una posibilidad única y en extremo enriquecedora tanto para los participantes, quienes pudieron plantear sus dudas y discutir sus críticas en su propio idioma, como para los docentes, quienes muchas veces vieron puestas a prueba sus investigaciones y enseñanzas al ser confrontadas con los comentarios y ejemplos de los juristas latinoamericanos. De esta excelente experiencia entonces, y dada la gran diversidad de temas que fueron tratados en la Escuela de Verano, surgió la idea de reunir una vez más a los docentes, no ya en las aulas y con un número de participantes relativamente reducido (70 participantes de 13 países latinoamericanos), sino en una obra conjunta, ofrecida a un público mucho más amplio.

Entre los trabajos aquí presentados se encuentran obras inéditas y artículos ya publicados, los cuales se encontraban dispersos en diversos medios y países. Algunos de los textos son de complejo nivel teórico para la discusión dogmático-penal y criminológica, mientras que otros tienen por fin difundir los principios y funcionamiento del sistema penal alemán, europeo e internacional, revelando detalles normativos y operativos de actualidad que pueden resultar de difícil acceso fuera del ámbito alemán o europeo. El orden de los textos en esta obra no es alfabético por autor ni temático, sino que reitera el orden en que fueron dadas las clases magistrales y los bloques de estudio durante el curso.

Nos parece relevante resaltar que no sólo las temáticas tratadas, sino también el círculo de docentes reunidos para la Escuela de Verano ha sido de gran diversidad, lo cual también se reitera por supuesto en los autores aquí reunidos. Entre ellos se cuentan cinco *Profesores eméritos* de indudable trascendencia internacional: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Günther Jakobs, Prof. Dr. Karl Heinz Gössel, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Albin Eser, Prof. Dr. Klaus Bodemer y Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin. También contribuyen en esta obra cinco *Profesores activos* de renombre en sus distintas áreas de investigación y enseñanza: Prof.

Para fortalecer la situación del acusado y para no apoyar solo el beneficio de la parte de perseguidor procesal, el defensor en el caso de tener sospecha sobre criminalidad transnacional debería también prestar ayuda desde el punto de vista institucional. En este sentido fue elaborado por un grupo compuesto por profesores, en el cual tuve el honor de participar, una proposición para crear una institución de apoyo para la defensa nacional, llamada "Eurodefensor"²⁹. Mediante informaciones sobre los ordenamientos jurídicos extranjeros, traducciones, contactos y otros elementos de ayuda³⁰, Eurodefensor no solo podría ayudar a eliminar las barreras idiomáticas entre los Estados miembros, sino también las barreras legales y de facto.

4. CONCLUSIÓN

Desde el punto de vista del Derecho penal, el próximo desarrollo del Derecho penal y procesal europeo es uno de los fenómenos más interesantes de la actualidad. Los tiempos en que el Derecho penal se consideraba una materia nacional han pasado a la historia. Esto trae consigo nuevos retos para los diferentes grupos profesionales de juristas: que aplican el derecho a diario: sobre todo jueces, fiscales y abogados, y el legislador que deben respetar las especificaciones europeas, y finalmente también para los profesores en todos los Estados miembros que deben enseñar a una nueva generación de juristas que la europeización del Derecho penal es algo evidente y normal.

²⁹ V. SCHÜNEMANN, *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, 2004, pág. 14 y ss. (art. III-174a), v. SATZGER, *Internationales Strafrecht*, 5ª ed., 2011, § 10 núm. 23.

³⁰ V. SCHÜNEMANN, *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, 2004, págs. 14 y ss. (art. III-174a concepto); v. también SALDITT, *StV* 2003, 136, 137; SATZGER, *StV* 2003, 137, 139.

CAPÍTULO XI

PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS E INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL*

KAI AMBOS

El presente trabajo se refiere a cuatro *pares de opuestos* (*Gegensätze*) que pretenden captar los problemas y las tensiones que genera la internacionalización del derecho penal. Los cuatro pares son:

- Responsabilidad colectiva vs. Responsabilidad individual.
- Tribunales de Derechos Humanos vs. Tribunales penales.
- Tribunal de Derechos Humanos audaz vs. Tribunal de Derechos Humanos tímido.
- Tribunales penales ad hoc vs. Corte Penal Internacional permanente.

1. RESPONSABILIDAD COLECTIVA VS. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL

El viejo sistema de la responsabilidad colectiva para violaciones graves de los derechos humanos ("DDHH"), basado en el derecho internacional público, más concretamente en el derecho de los derechos humanos (DDHH) y en el derecho humanitario internacional ("DHI") ha sido complementado¹

* Versión actualizada y más elaborada de la ponencia presentada en el Simposio Humboldt, *Internacionalización del Derecho Constitucional. Constitucionalización del Derecho Internacional*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 4-6.10.2010. Agradezco a la Dra. MARÍA LAURA BÖHM, antigua colaboradora científica en mi cátedra y desde el 1º de abril de 2011 becaria de la Fundación Alexander von Humboldt, por su ayuda en la preparación de la publicación del texto.

¹ El sistema de protección se ve complementado ya que el derecho penal internacional viene a cubrir el "vacío de punibilidad fáctica" que emergía del no juzgamiento de severas violaciones de derechos humanos por falta de interés de persecución estatal. Véase sobre esta relación entre derechos humanos y derecho penal internacional AMBOS, "Derechos humanos y derecho penal internacional", en *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2006, págs. 19 y ss., aquí págs. 20 y ss. con más referencias en notas 7-8.

a partir de los juicios de Núremberg² por el nuevo sistema de responsabilidad individual³. El derecho penal internacional (DPI) constituye un salto cualitativo pues “arma” las meras prohibiciones con una pena, reforzándolas⁴ y, sobre todo, identificando a los principales⁵ responsables (*naming and shaming*). Con base en la teoría de las normas se puede

² Cfr. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung (AT Völkerstrafrecht)*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002-2004, págs. 84 y ss.; ya antes *id.*, “Individual criminal responsibility in international Criminal Law: A jurisprudential analysis. From Nuremberg to The Hague”, en McDONALD/SWAAK-GOLDMAN (Comp.), *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts*, t. 1, The Hague, Kluwer Law International, 2000, págs. 1 y ss.; *Revista Penal* 7 (2001), pág. 5 y ss. Ver también BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, Ardsley (NY), Transnat. Publ., 2003, págs. 12, 47, 59, 64 y ss., 106. Cfr. también, en castellano, AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional*, Bogotá, Edit. Temis, 2006, págs. 73 y ss.; *id.*, “Los fundamentos de la responsabilidad penal individual en el derecho penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Núremberg a La Haya”, en AMBOS (*supra* nota 1), págs. 123 y ss., aquí págs. 126 y ss.

³ En general sobre la particularidad del DPI como atribución individual de violaciones de derechos humanos véase DAHM, *Zur Problematik des Völkerstrafrechts*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1956, págs. 14 y ss.; sobre el DPI en sentido estricto y en sentido amplio véase SCHRÖDER, “Verantwortlichkeit, Völkerstrafrecht, Streitbeilegung und Sanktionen”, en VITZTHUM (Comp.), *Völkerrecht*, Berlin: de Gruyter, 5ª ed., 2010, págs. 579 y ss.; STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, Berlin, de Gruyter, 2007, págs. 2 y ss.; PASTOR, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, Atelier, 2006, págs. 80 y ss. Sobre la relación responsabilidad individual *versus* responsabilidad estatal véase BENZIG, “Sovereignty and the Responsibility to Protect in International Criminal Law”, en KÖNIG *et al.* (Comp.), *International Law Today: New Challenges and the Need for Reform?*, Berlin, Springer, 2008, págs. 17, 42 y ss. Véase el estudio de KINDT, *Menschenrechte und Souveränität - Diskutiert anhand der internationalen Strafrechtspflege*, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, págs. 32 y ss., quien explora en detalle la calidad del individuo como sujeto del DPI.

⁴ Cfr. sobre esta idea ya TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Freiburg i.Br., Albert, 1966, pág. 34: “derecho penal internacional en sentido formal es el conjunto de todas las normas de naturaleza penal del derecho internacional, que conectan a una conducta determinada —crímenes internacionales— ciertas consecuencias típicamente reservadas al derecho penal y que, como tales, son aplicables directamente” (trad. Ezequiel Malarino en AMBOS [*supra* nota 2], pág. 34, nota 5; cfr. este mismo texto y págs. 73 y ss., para más referencias).

⁵ La persecución de los crímenes internacionales por la Corte Penal Internacional, por ejemplo, se da sólo respecto de las cúpulas de las organizaciones criminales, a los líderes, lo que implica una limitación *ratione personae* fundamental, y necesaria, para que

decir que la prohibición constituye una norma primaria de conducta que se convierte con su criminalización en una norma secundaria de sanción⁶. Un ejemplo paradigmático de este proceso constituye el movimiento de la prohibición de la guerra de agresión a la codificación del crimen de agresión recientemente logrado en la primera conferencia de revisión de la CPI, celebrada entre el 31 de mayo y el 11 de junio de 2010 en Kampala, Uganda. El nuevo artículo 8 *bis* dispone en la parte relevante:

Artículo 8 *bis*

Crimen de agresión

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

“2. A los efectos del párrafo 1, por «acto de agresión» se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes,

la función de la justicia internacional pueda efectivamentne llevarse a cabo y cumplir con su función de prevención. Véase al respecto AMBOS, *Derechos humanos (supra* nota 1), págs. 29 y s. También sostiene esta posibilidad de reducción de la impunidad NEUBACHER, *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, pág. 418; véase en cambio escéptico al respecto EIROA, *Políticas del castigo y derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009, págs. 198 y ss., 201 y ss. Sobre la cuestión —meramente teórica— relativa a si el DPI tiene futuro “en la realidad” PRITTWITZ, “Internationales Strafrecht: Die Zukunft einer Illusion?”, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 11 (2003), págs. 469 y ss.; una crítica de fondo presenta PASTOR (*supra* nota 3), págs. 19 y ss., 75 y ss., 131 y ss., 191 y ss. Sobre la particularidad y desafíos que trae consigo la persecución de macro-crímenes (*Makrokriminalität*) véase en detalle AMBOS, *AT Völkerstrafrecht (supra* nota 2), págs. 523 y ss.

⁶ Véase el actual estudio sobre las teorías de las normas de Ast, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010, págs. 16 y ss., con detallado análisis y diferenciación de las normas de mandato y de prohibición; véase también fundamental FERNÁNDEZ, *La teoría de las normas en el derecho penal*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2010, págs. 15 y ss., y *passim*, con análisis de las distintas teorías de las normas fundamentales en el ámbito penal.

independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión: [...]”⁷.

Esta codificación resuelve la vieja discusión sobre la diferencia entre el acto ilegal de agresión (la prohibición) y el crimen de agresión⁸ con la introducción de elementos normativos calificadores (*qualifiers*) - “character, gravity and scale”, “manifest violation”. En otras palabras, un acto de agresión en el sentido del inciso 2 del artículo 8 *bis* se convierte solamente en un crimen de agresión si ese acto por su carácter, gravedad y escala constituye una violación manifiesta de la Carta de la ONU⁹.

El principio detrás de esta distinción vale también para otras prohibiciones de derecho internacional, en particular de DIH, por ejemplo la prohibición de asesinar personas protegidas (civiles) en el conflicto armado¹⁰. Para que estas prohibiciones se conviertan en un crimen, en el ejemplo el crimen de guerra de asesinar a un civil, se requieren elementos adicionales que reflejen el salto cualitativo de prohibición a crimen¹¹.

⁷ Resolución RC/Res. 6, aprobada por consenso el 11 de junio de 2010, en la decimotercera sesión plenaria, Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, Kampala.

⁸ Sobre esta discusión véanse los trabajos célebres de CARL SCHMITT, *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz „Nullum crimen, nulla poena sine lege“* (dictamen de 1945), reimpresión Berlin, Duncker & Humblot, 1994; y de HANS-HEINRICH JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, Bonn, Röhrscheid, 1952, donde se discute la violación del principio de legalidad por falta de una codificación del crimen de agresión en el momento de los hechos (o sea de la guerra de expansión de los nacionalsocialistas comenzando con la invasión en Polonia en 1939). Véase también AMBOS, *AT Völkerstrafrecht* (*supra* nota 2), págs. 111 y ss.

⁹ Véase en este sentido el Anexo III a la Resolución RC/Res. 6 (*supra* nota 7), *Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión*, núm. 7: “Se entiende que al determinar si un acto de agresión constituye o no una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, los tres elementos de características, gravedad y escala deben tener la importancia suficiente para justificar una determinación de violación ‘manifiesta’. Ninguno de los elementos puede bastar por sí solo para satisfacer el criterio de violación manifiesta”.

¹⁰ La protección de civiles durante conflictos armados es una de las piedras fundamentales del Derecho Internacional Humanitario. La prohibición de su ataque, sin embargo, devino en crimen individualmente imputable recién a partir de su tipificación como crimen de guerra (por ej. en el art. 8(2)(a)(i); (b)(i) del Estatuto de Roma).

¹¹ Véase en detalle AMBOS, *Internationales Strafrecht* (München, Beck, 2ª ed., 2008), § 7, nm. 220 y ss. Sobre el “nuevo” crimen de agresión véase AMBOS, *Das Verbrechen*

2. TRIBUNALES DE DERECHOS HUMANOS VS. TRIBUNALES PENALES

A este salto cualitativo, institucionalmente le corresponde la creación de Tribunales penales internacionales complementando los (viejos) tribunales de DDHH¹². Sin embargo, las diferentes perspectivas de estos tribunales llevan a tensiones que podemos resumir en la posible colisión entre el deber estatal de investigar y castigar a los violadores de DDHH, formulado innumerables veces por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”), y el deber de respetar la garantía de un juicio justo¹³; respeto que hace legítima la actividad de cualquier tribunal penal. La resolución de estas tensiones es sin lugar a dudas muy compleja y a veces es imposible satisfacer los intereses de todas las partes interesadas. Un ejemplo paradigmático en este sentido está dado por el caso Lubanga, líder miliciano de la República Democrática del Congo procesado por la Corte Penal Internacional (en adelante “CPI”). En resumen, la tensión que surgió en este caso se refiere al intento de preservar el derecho

de Agresión nach Kampala, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (2010), págs. 649 y ss.; *id.*, “The Crime of Aggression After Kampala”, *German Yearbook for International Law* 53 (2010), 2011, 463-509; *Íd.*, *El crimen de agresión después de Kampala*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 51, Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson, 2011.

¹² Una historia “comparada” del desarrollo del Derecho de los DDHH y del DPI —y sus respectivas instituciones— presenta KINDT (*supra* nota 3), págs. 36 y ss. y 50 y ss. respectivamente.

¹³ *Desde Velásquez-Rodríguez vs. Honduras*, sent. del 29 de julio de 1988, párrs. 162 y ss., 166, 174, luego nuevamente por ejemplo en el conocido caso *Almonacid Arellano et al. vs. Chile*, sent. del 26 de septiembre de 2006, Serie C núm. 154, párr. 110; y hasta la reciente sentencia *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, sent. del 24 de noviembre de 2010, Serie C núm. 219, párr. 140: “La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. [...] Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación [...]”. En el mismo sentido, más recientemente el *Human Rights Committee* (“HRC”), en su General Comment 31, identificando “obligaciones positivas” en el art. 2 (1) PIDCP y exigiendo “medidas adecuadas o [...] la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado” por violaciones al PIDCP cometidas por órganos estatales, así como por “particulares o entidades privadas” (par. 8); en cuanto al art. 2 (3) PIDCP, el HRC exige “recursos [...] eficaces”, “mecanismos judiciales y administrativos adecuados para atender las reclamaciones de violaciones de los derechos” para dar efecto a la “obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez” (párr. 15); además, los “Estados Partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia”, especialmente en casos de graves violaciones como tortura, asesinato arbitrario y desaparición forzada (párr. 18).

a la defensa, en particular el derecho al acceso a la prueba de descargo en manos de la fiscalía (“disclosure”, art. 67 (2) Estatuto CPI), frente a la necesidad de cumplir con ciertas promesas de confidencialidad dadas a ciertos informantes (cfr. art. 54 (3)(e) Estatuto CPI) y de proteger las fuentes de información de la fiscalía. Invocando este derecho a la divulgación de la información de cargo, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI (“SCP”) dispuso el sobreseimiento de la causa contra Lubanga alegando que “el proceso en primera instancia ha sido perturbado en tal grado que ahora es imposible ensamblar los elementos de un juicio justo”¹⁴. Para abreviar la larga historia procesal¹⁵, basta señalar aquí que la fiscalía impidió finalmente la liberación de Lubanga — ¡y con ello una posible situación de impunidad generada por un Tribunal Penal Internacional!— convenciendo a sus fuentes de información que renunciaran a su derecho de confidencialidad¹⁶. El ejemplo muestra que la resolución de la tensión entre castigo y juicio justo puede generar efectos reales no deseados. Por un lado, a ningún observador neutral le hubiera gustado la liberación de Lubanga a esta altura del proceso (en general no nos gusta la impunidad de graves violaciones de DDHH); por otro lado, tampoco

¹⁴ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case núm. ICC-01/04-01/06-1401, Decision on the Consequences of Non-disclosure of Exculpatory Materials Covered by Article 54(3)(e) Agreements and the Application to Stay the Prosecution of the Accused, Together with Certain other Issues Raised at the Status Conference on 10 June 2008 [Decisión relativa a las consecuencias de la no divulgación de materiales eximentes comprendidos en los acuerdos previstos en el apartado e) del párrafo 3 del artículo 54 y la solicitud de sobreseimiento en la causa del acusado, junto con algunas otras cuestiones planteadas en la reunión con las partes de 10 de junio de 2008], párr. 93 (13 de junio de 2008) [“the trial process has been ruptured to such a degree that it is now impossible to piece together the constituent elements of a fair trial”].

¹⁵ Para los detalles ver AMBOS, Investigaciones confidenciales (art. 54 (3)(e), Estatuto CPI) vs. obligaciones de divulgación - el caso *Lubanga* y el derecho nacional, *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho), 3ª Época, núm. 3 (2010), págs. 179 y ss.

¹⁶ En el juicio del proceso se presentó un problema similar por la negación de la Fiscalía de dar a conocer la identidad de ciertos intermediarios que aportaron información para que pudiera accederse a testigos directos (cfr. sesión del 7 de julio de 2010, ICC-01/04-01/06-T-312-ENG ET WT 07-07-2010 1/22 SZ T, y la decisión ICC-01/04-01/06-2517-Conf, “Decision on the Prosecution’s Urgent Request for Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU” [Decisión relativa al requerimiento urgente de la Fiscalía para modificar el plazo para la divulgación de la identidad del Intermediario 143 o alternativamente para suspender el procedimiento a la espera de próximas consultas con la Unidad de Víctimas y Testigos] del 8 de julio de 2010).

queremos, como juristas formados en la tradición del derecho y proceso penal posilustración, el castigo a cualquier precio.

La pregunta difícil, sobre todo en procesos de transición, es si y, en caso afirmativo, en qué medida podemos conciliar el deber de castigar con el garantismo de un derecho penal clásico. Mi respuesta es que no se puede, sino que se tiene que tomar una decisión basada en principios y restringida por éstos: si no se puede condenar a un imputado siguiendo las reglas de un juicio justo se le debe absolver; si se viola su derecho a un juicio justo ya antes del juicio mismo —en la etapa de investigación— y esta violación no puede ser subsanada, se tiene que suspender definitivamente el proceso por un *abuse of process*. En efecto, este ha sido el argumento fundamental del juez inglés Fulford en el caso Lubanga cuando ordenó la suspensión (provisional) del proceso y la liberación del procesado¹⁷.

3. TRIBUNAL DE DERECHOS HUMANOS AUDAZ VS. TRIBUNAL DE DERECHOS HUMANOS TÍMIDO

Al comparar la jurisprudencia de la CIDH con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “TEDH”) uno podría tener la impresión, retomando la tesis formulada por VON BOGDANDY en nuestro congreso¹⁸, que la CIDH es un Tribunal audaz y el TEDH un tribunal tímido. Esta tesis es dudosa. Según VON BOGDANDY la CIDH es audaz porque sus decisiones tienen un efecto directo, la Corte anula normas nacionales (por ej. amnistías), decide casos importantes (políticamente delicados) y es una institución reciente (no consolidada). VON BOGDANDY tiene razón en cuanto a su análisis de la pretensión jurisdiccional de la Corte. De hecho, la Corte, en resumidas cuentas, se ha convertido en una cuarta instancia (una *Superrevisionsinstanz*) que interpreta la Convención como una Constitución de los Estados Americanos (“control de convencionalidad”) de la cual se derivan obligaciones con efecto directo y sobre todo muy concretas de los Estados miembros. Si bien la Corte acepta que está vinculada por la Convención, la interpreta, para decir lo menos, con mucha libertad, incluso al punto de exceder los criterios de una in-

¹⁷ Cfr. la decisión oral de la Sala de Juicio I (ICC-01/04-01/06-T-314-ENG, “Oral decision of Trial Chamber I of 15 July 2010 to release Mr Thomas Lubanga Dyilo” [Decisión oral de la Sala de Juicio I del 15 de julio de 2010 sobre la liberación del Sr. Thomas Lubanga Dyilo], pág. 17, línea 8 hasta pág. 22, línea 8); y su posterior reversión por la Cámara de Apelaciones (ICC-01/04-01/06-2583 08-10-2010 1/11 T OA17).

¹⁸ En su ponencia del día 5 de octubre en este Congreso indicado en *supra* nota *.

interpretación admisible tal como es prevista en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁹. En efecto, la Corte parece muchas veces seguir la célebre frase de CHARLES EVANS HUGHES, antiguo juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos: *We are under a Constitution, but the Constitution is what the Supreme Court says it is*. De hecho, el propio presidente de la Corte, el mexicano SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, invocó la famosa frase de Hughes alegando que la Convención no sería otra cosa que lo que la Corte interamericana dice que es²⁰.

La tendencia activista de la Corte es más clara en la jurisprudencia que impone reparaciones a los Estados miembros, reparaciones que inciden directamente en la política nacional, incluso en ámbitos como el de la infraestructura. Un ejemplo, por cierto extremo, es la decisión en el caso *Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala*,²¹ donde la Corte ordenó al Estado construir autopistas y sistema de alcantarillado en la región donde ocurrió la masacre. Con esto la Corte interviene en temas que solamente pueden ser decididos por el gobierno nacional o local pues la obligación de tomar una determinada medida *concreta* de reparación en un determinado lugar del Estado condenado puede implicar que a este Estado le falten los recursos para tomar esta misma u otras medidas en otras regiones. Esto muestra que la Corte, con un cierto activismo judicial, se arroga competencias que van más allá de las que pueden razonablemente ser asignadas a un Tribunal de DDHH el cual, en última instancia, carece no sólo de conocimiento suficiente sobre las condiciones

¹⁹ Véanse los argumentos y ejemplos brindados en MALARINO, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la CIDH", en AMBOS/MALARINO/ELSNER (Comp.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y protección internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, págs. 25 y ss.

²⁰ Cfr. MALARINO (*supra* nota 19), pág. 26 con más referencias.

²¹ La Corte ha ordenado poner en práctica y desarrollar, en el plazo de cinco años, en ciertas comunidades afectadas por una masacre, independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que se destinen para esa región, los siguientes programas: a) estudio y difusión de la cultura maya achí a través de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala u otra organización similar; b) mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre las comunidades afectadas y la cabecera municipal de Rabinal; c) sistema de alcantarillado y suministro de agua potable; d) dotación de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe en la educación primaria, secundaria y diversificada de dichas comunidades, y e) establecimiento de un centro de salud en la aldea de Plan de Sánchez con el personal y las condiciones adecuadas (Caso *Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones y costas de 19 de noviembre de 2004, punto 9 de la parte resolutive y párrs. 109 a 111).

locales, sino también de la legitimidad democrática²². Otro ejemplo que tiene que ver más con la garantía del juicio justo ya mencionada es el del caso *Almonacid Arellano contra Chile*, en que la Corte restringió la aplicación del principio *ne bis in idem*, garantizado en la Convención (art. 8.4.), en caso de descubrir nuevas pruebas luego de la sentencia definitiva²³. Ahora bien, ¿es posible calificar esta jurisprudencia como audaz? Esto presupondría que la Corte ha tenido que superar varios obstáculos, sobre todo la resistencia de los Estados Americanos, para llegar a esta jurisprudencia. En otras palabras, esto supondría que la Corte ha tenido que actuar en un clima hostil, anti-DDHH. Creo que no es así, sino más bien al contrario. En 1988, cuando la Corte estableció el deber estatal de investigar y castigar a quienes violaran los DDHH en su sentencia fundamental en el caso Velásquez Rodríguez²⁴, ya habían comenzado los procesos de transición de las dictaduras a las democracias en el Cono Sur y en Centroamérica²⁵. En este período se recuperó y reforzó el movimiento de DDHH y con ello el reclamo de justicia y castigo a los responsables de las violaciones graves de DDHH cometido en los Estados terroristas. En el ámbito internacional, este movimiento recibió apoyo por varios gobiernos del viejo sistema occidental y por organizaciones internacionales, gubernamentales o no-gubernamentales y, sobre todo,

²² MALARINO (*supra* nota 19), págs. 51 y ss. Críticos en similar sentido de los sistemas penales internacionales GLESS, "Strafe ohne Souverän?", *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 125 (2007), págs. 24 y ss., aquí pág. 34, quien habla de "castigo sin soberano"; crítico del déficit democrático y de los principios del Estado de derecho PASTOR (*supra* nota 3), págs. 99 y ss.

²³ *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 26 de septiembre de 2006, párr. 154: "[...] esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*". Sobre esta tendencia "punitivista" o "neopunitivista" véanse respectivamente MALARINO (*supra* nota 19), págs. 45 y ss., y PASTOR, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", *Nueva Doctrina Penal* (2005), págs. 73 y ss., quien critica detalladamente la jurisprudencia en derechos humanos y el movimiento de derechos humanos que está teniendo lugar en América Latina.

²⁴ Ver *supra* nota 13.

²⁵ Véase sobre este período el trabajo fundamental de CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, Madrid, Universidad Complutense, 2007, *passim*.

se ensambló con la refundación del movimiento internacional para una justicia penal internacional que se reinició con la caída del muro de Berlín y el fin de la vieja confrontación de bloques²⁶. De hecho, los nuevos gobiernos democráticos latinoamericanos comenzaron con una política proactiva de derechos humanos y consideraron a la Corte como aliada contra las viejas estructuras. Por un lado, los representantes estatales muchas veces no discutieron los requisitos de admisibilidad, por ejemplo el agotamiento de los recursos internos; por otro lado, se solicitó a la Corte tomar ciertas decisiones en favor de su política de DDHH. En otra palabra, la Corte y los nuevos gobiernos, en principio, persiguieron la misma política pro-DDHH. Esto, obviamente, no significa que la Corte no tuviera sus conflictos con ciertos gobiernos, por ej. con el gobierno peruano de Fujimori por la intervención de la Corte en contra de la persecución sufrida por jueces del Tribunal Constitucional peruano a partir de 1992²⁷ o más recientemente con el gobierno venezolano de Hugo Chávez por el informe desfavorable a su gobierno dado a conocer en febrero de 2010²⁸.

Otro tema relacionado y ciertamente más complejo es la comparación concreta de la jurisprudencia de la CIDH con la del TEDH, Tribunal que, *argumentum a contrario* de VON BOGDANDY, sería un Tribunal tímido. Tampoco creo que esta apreciación sea del todo acertada. Una profundización sobre esta cuestión excede el espacio y fin de este artículo, sin embargo es

²⁶ Cfr. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, München, Beck, 2006, § 6, num. 25. En detalle sobre la importancia de la caída de la cortina de hierro (y del muro en Alemania, el proceso llamado „die Wende“) para el DPI véase NEUBACHER (*supra* nota 5), págs. 372 y ss.

²⁷ En el año 1999 el gobierno de Fujimori decidió en forma intempestiva no someterse a la Corte y retirar su consentimiento a la competencia contenciosa de la misma mediante la Resolución Legislativa No. 27152, de fecha 8 de julio de 1999, la cual fue declarada inadmisibles por la Corte en su sentencia *Tribunal Constitucional vs. Perú* del 24 de septiembre de 1999. En el año 2007 también el presidente Alan García se mostró reticente frente a la sentencia de la Corte en el caso de la matanza del penal Castro (cfr. El Comercio, 10.01.2007, <http://elcomercio.pe/ediciononline/html/2007-01-10/0nEcPolitica0648819.html>; ver también http://www.elregionalpiura.com.pe/editoriales/editoriales_2007/editorial_cidh.htm).

²⁸ Debido al informe “Democracia y Derechos Humanos en Venezuela” aprobado por la Comisión Interamericana (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 de diciembre de 2009) donde se identifica la restricción por parte del gobierno venezolano del pleno goce de los derechos humanos —fundamentalmente aquellos relacionados con la libertad de expresión—, Hugo Chávez amenazó con denunciar y retirarse de la Convención (cfr. http://el-nacional.com/www/site/p_contenido.php?q=nodo/124706/Nacional/Venezuela-abandonar%C3%A1-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos).

dable hacer algunas observaciones basadas en una investigación en curso²⁹. En *primer lugar*, naturalmente la comparación entre la jurisprudencia de los dos tribunales es solamente posible con respeto a casos comparables o sea con respeto a la jurisprudencia del TEDH referente a violaciones graves de DDHH. En *segundo lugar*, esta comparación tiene que reconocer y aclarar el contexto normativo y político diferente de ambas jurisdicciones. El alcance de la Convención y de las sentencias del Tribunal Europeo es más limitado que el que los Estados han concedido a la Corte Interamericana. La relación y rango de la CEDH con los distintos órdenes nacionales depende de la legislación interna de éstos³⁰ y el alcance de las sentencias del TEDH, por su parte, es a la vez relativamente limitado. No se trata de fallos que impongan condenas de obligado cumplimiento, sino más bien de la constatación de situaciones de hecho (“El Estado X ha violado el art. Y de la CEDH”). Las sentencias, por lo tanto, no tienen efecto casatorio, es decir, se trata de sentencias que no pueden proteger en forma directa e inmediata el derecho subjetivo lesionado³¹. El TEDH señala dónde existe una violación de la Convención, sin embargo le está vedado imponer o siquiera establecer los medios por los cuales el Estado debe corregir tal violación. El TEDH no está facultado para hacerlo y tampoco ha pretendido avanzar en tal sentido³². Por otra parte, el alcance

²⁹ AMBOS/BÖHM, Tribunal Europeo de DDHH y Corte Interamericana de DDHH - ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz?, investigación en el marco del Grupo de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (publicada en 2011 en la obra colectiva de dicho Grupo por la Fundación Konrad Adenauer, Montevideo).

³⁰ Mientras que en algunos Estados a la Convención se le ha reconocido rango constitucional (Austria, Suiza), en muchos otros cuenta con rango supralegal (por ej. España, Francia), y en unos pocos con rango meramente legal (Alemania), es decir, en este último caso, que la Constitución nacional sigue teniendo prevalencia frente a la CEDH. Cfr. AMBOS (*supra* nota 11), §10, nm. 7 y ss.; AMBOS/ HEINZE, La jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las violaciones del derecho a la personalidad mediante informaciones periodísticas escritas y gráficas y sus efectos sobre la ley alemana, en BOIX REIG (Comp.), *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid, JusTel, 2010, pág. 536.

³¹ Con excepción de los casos de denuncia admisible y fundada en que se dispone una “indemnización justa” —art. 41 CEDH— a falta de la posibilidad de una indemnización total de acuerdo con el ordenamiento legal del Estado en cuestión. Cfr. ya AMBOS (*supra* nota 11), §10, num. 12 y ss. con más referencias.

³² Cfr. *Campbell et al. v. United Kingdom*, núm. 5/1980/36/53-54, fallo del 22 de marzo de 1983, párr. 38; *Belolis v. Switzerland*, núm. 20/1986/167, fallo del 29 de abril de 1988, párr. 78; *Demicoli v. Malta*, núm. 33/1980/224/288, fallo del 27 de agosto de 1991, párr. 45. Véase al respecto RADTKE, *Konventionswidrigkeit des Vollzugs erstmaliger Sicherungsverwahrung nach Ablauf der früheren Höchstfrist? Innerstaatliche Wirkungen*

del fallo se limita únicamente a las partes en litigio (“inter partes”, art. 46 CEDH)³³. En *tercer lugar*, esta comparación también tiene que tomar en cuenta el grado de cumplimiento o incumplimiento que en cada región se hace de la jurisprudencia de los sistemas en cuestión³⁴. En cuarto lugar, ya más concreto respecto de la posición del TEDH, es importante señalar que el TEDH entiende a la CEDH como un *living instrument* (instrumento viviente)³⁵ y defiende una interpretación “dinámica-teleológica” de la Convención, es decir, el Tribunal considera el sentido y fin *actuales* de la norma teniendo en cuenta los cambios (económicos, sociales y éticos) que hayan tenido lugar desde la firma de la Convención hasta nuestros días³⁶.

und Folgen des Urteils des EGMR vom 17. 12.2009, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2010), págs. 537 y ss., aquí pág. 540.

³³ Crít. AMBOS (*supra* nota 11), pág. 361 con más referencias. Véase como ejemplo el caso alemán analizado en detalle por SATZGER, “Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Straf- und Strafprozessrecht. Grundlagen und wichtige Einzelprobleme”, *Jura* 10 (2009), págs. 759 y ss.

³⁴ Según manifestaciones de la jueza Medina Quiroga en marzo de 2009, solo el 12 por ciento de las sentencias de la Corte Interamericana fueron plenamente cumplidas por los Estados en todos sus puntos. El ámbito donde mayor incumplimiento se advierte es el relacionado con las sentencias a “investigar, procesar y eventualmente condenar a culpables de violaciones muy graves de derechos humanos” (cfr. <http://www.ultimahora.com/notas/208940-S%C3%B3lo-12%20de-sentencias-de-la-Corte-Interamericana-son-cumplidas>). Por su parte, sobre la cuota de cumplimiento de las sentencias del TEDH se ha dicho que el porcentaje es del 97 por ciento (según un reporte del Consejo de Europa de 2006), aunque como el mismo autor que cita este informe críticamente señala, no es claro qué criterio se ha tomado para definir qué reacción estatal puede considerarse como cumplimiento de una sentencia ni para elaborar tal cifra, sin duda difícil de aceptar (cfr. ESSER, “Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte”, en ALBRECHT *et al.* [eds.], *Internationales Strafrecht in der Praxis*, Heidelberg, Müller, 2008, págs. 1 ss., aquí pág. 90). Teniendo en cuenta el número de sentencias que anualmente dicta el Tribunal (en 2010 fueron 1499!), dicho porcentaje resulta ciertamente aún más dudoso (cfr. el *Council of Europe Annual Report 2010. European Court of Human Rights*, January 2011, disponible en <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/F2735259-F638-4E83-82DF-AAC7E934A1D6/0/AnnualReport2010.pdf>).

³⁵ ANNE PETERS, *Einführung in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, München, Beck, 2003, pág. 18.

³⁶ *Tyrer v. the United Kingdom* - 26 (25.4.78), nm. 31 [„The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field“]. Esta idea es seguida en *Loizidou v. Turkey*, Fallo 23.03.1995, Series A núm. 310, págs. 26-27, párr.

Igualmente, según el TEDH, la protección efectiva de los DDHH también puede hacer necesaria la criminalización de ciertas conductas lesivas de los derechos fundamentales. En este sentido, la línea del TEDH es proactiva y muy similar a la de la CIDH. A primera vista parecería que esta protección efectiva de los DDHH en ningún caso puede comprometer los derechos del imputado a un juicio justo, incluso cuando se trata de violaciones graves de DDHH. En este sentido, el TEDH ha dicho que no hay un derecho convencionalmente reconocido de la víctima a “que se haga justicia”³⁷. En algunas sentencias expresamente se estipula que la obligación estatal consiste en la investigación (no en la condena)³⁸, y se rechaza por lo tanto que se trate de un derecho a la “venganza privada”³⁹. Sin embargo, si se observan sentencias recientes del TEDH respecto de los casos de criminalidad sistemática más severos (aquellos que por otra parte se concentran en pocos países, que a su vez enfrentan la mayoría de los casos tratados ante la Corte⁴⁰), la tendencia al momento de interpretar principios fundamentales del proceso penal y la injerencia del Tribunal en la política criminal de los Estados Parte parece no diferir en demasía de la modalidad de la CIDH⁴¹. Un ejemplo muy actual aporta el caso

71; *Selmouni v. France* (Grand Chamber), núm. 25803/94, fallo 28.07.1999, 149 y ss., nm. 101; *Christine Goodwin v. the United Kingdom* (Grand Chamber), núm. 28957/95, fallo 11.07.2002, § 74; *Mamatkoulov and Abdurasulovic v. Turkey*, núms. 46827/99 y 46951/99 (Sect. 1), fallo 6.02.2003.

³⁷ *Öneryıldız v. Turkey*, App. núm. 48939, fallo 30.11.2004, párr. 96.

³⁸ *M.C. v. Bulgaria*, App. núm. 39272/98, fallo 4.12.2003, párr. 201; *Öneryıldız v. Turkey* (*supra* nota 37), párr. 96. Repetidamente ha exigido el TEDH que se provean los medios para adelantar una investigación conducente, sin exigir el resultado castigo. Cfr. *Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom*, App. núm. 46477/99, fallo 14.03.2002, párr. 71; *Ramsahai and Others v. The Netherlands*, App. núm. 52391/99, fallo 15.05.2007, párr. 324; *Anguelova v. Bulgaria*, App. núm. 38361/97, fallo 13.06.2002, párr. 139; *Bazorkina v. Russia*, App. núm. 69481/01, fallo 27.07.2006, párr. 118; *Cesim Yildirim et al. v. Turkey*, App. núm. 20109/03, fallo 17.06.2008, párr. 52; *Nadrosov v. Russia*, App. núm. 9297/02, fallo 31.07.2008, párr. 38.

³⁹ *Perez v. France*, App. núm. 47287/99, fallo 12.02.2004, párr. 70.

⁴⁰ A 31 de diciembre de 2010 casi el 60 por ciento de los procesos pendientes ante el TEDH está concentrado en sólo cuatro países demandados —que se cuentan precisamente entre aquellos países que tienen las causas más graves estudiadas por el Tribunal—: Rusia 28.9 por ciento, Turquía 10.9 por ciento, Rumania 8.6 por ciento y Ucrania 7.5 por ciento de los procesos en trámite (*Council of Europe Annual Report 2010*, *supra* nota 34, pág. 127).

⁴¹ Véase ALDANA PINDELL, “An Emerging Universality of Justiciable Victim’s Rights in the Criminal Process to Curtail Impunity for State-Sponsored Crimes”, en *Human*

Kononov, en el cual la Cámara III había considerado que una sentencia de Letonia que condenó por la comisión de crímenes de guerra a un ex comandante letón de una sección militar del ejército soviético —quien había recibido en febrero de 1944 la misión de atacar a un grupo de aldeanos letones en territorio letón por ser presuntos colaboradores del ejército nazi—, era violatoria del artículo 7 CEDH, dado que al momento de la comisión de los hechos no existía normativa internacional vinculante que los prohibiera ni era previsible para *Kononov* que el mismo pudiera ser perseguido criminalmente por tales hechos⁴². En un reciente fallo, sin embargo, la Gran Cámara decidió que tal condena no implicaba violación del artículo 7 dado que al momento de la comisión de los hechos existía “suficiente normativa y costumbre internacional” que afirmaban la responsabilidad criminal por tales actos⁴³. Esta controversial interpretación y jurisprudencia, que habilita el juzgamiento de graves violaciones de

Rights Quartely 26, págs. 605 y ss., aquí págs. 665 y ss., quien da el ejemplo de sentencias recientes dictadas contra Inglaterra por graves violaciones de los derechos humanos, y donde por ejemplo se ha ampliado el ámbito de protección respecto de los derechos de las víctimas sobrevivientes (y sus allegados), obligándose al Estado a justificar los casos en que la persecución de los presuntos autores de los crímenes no fue exhaustiva ni con la debida participación de víctimas y allegados; la autora precisamente hace referencia a que en estos casos el TEDH ha avanzado en forma similar a como lo ha hecho en casos de violación grave de DDHH, por ejemplo, respecto del Estado turco (“Como en los casos turcos, estos casos también han estado relacionados con graves violaciones del uso desproporcionado de la fuerza letal o el maltrato de supuestos terroristas o criminales por parte de los agentes policiales estatales” [“Like the Turkish cases, these cases have also involved grave violations of the disproportionate use of lethal force or the mistreatment of alleged terrorists or criminals by state law enforcement agents”], pág. 666). Los casos mencionados son *McKerr v. the United Kingdom*, núm. 28883/95, fallo 4.5.01; *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, núm. 24746/94, fallo 4.5.01; *Kelly and Others v. the United Kingdom*, núm. 30054/96; fallo 4.5.01, *Shanaghan v. the United Kingdom*, núm. 37715/97 fallo 4.5.01.

⁴² *Kononov v. Latvia*, App. núm. 36736/04, fallo 24.07.2008.

⁴³ *Kononov v. Latvia*, TEDH [Gran Cámara] núm. 36736/04, fallo 17.05.2010, párr. 237; ver también párrs. 227, 234 y ss., 243. El voto disidente entendió en cambio que sí se violaba el principio de irretroactividad de la ley y que la ulterior persecución penal no había sido previsible para *Kononov* (véanse párrs. 22-23 del voto disidente). Véase la Decisión de inadmisión del caso *Kolk/Kislyiy v. Estonia*, del 17.01.2006, accesible en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Kislyiy&sessionId=61433880&skin=hudoc-en> (trad. al español en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>). Véase el análisis crítico de estas decisiones pretendidamente “excepcionales” del TEDH en GIL GIL, “La excepción al principio de legalidad del num. 2 del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, texto

derechos humanos por lo menos *forzando* la normativa internacional, pone por tanto en cuestión la idea de que el TEDH sea más “tímido” que la Corte IDH.

4. TRIBUNALES PENALES AD HOC VS. CORTE PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE

Como he argumentado en otro lugar⁴⁴, la justicia penal internacional se ha movido desde la imposición (vertical) del sistema *ad hoc* de la justicia penal internacional hacia el régimen (potencialmente⁴⁵) universal (horizontal) de la Corte Penal Internacional. Con la creación de la CPI se ha establecido un sistema internacional de justicia criminal (*international criminal justice system*) que está compuesto por tres niveles: el primer nivel del Estado territorial que sigue siendo el primero responsable para investigar y enjuiciar crímenes internacionales; el segundo nivel supranacional donde la CPI actúa de modo complementario en defecto del Estado territorial; y el tercer nivel de los terceros Estados que investigan delitos internacionales extraterritorialmente con fundamento en los principios de competencia conocidos (especialmente el principio de jurisdicción universal) siempre y cuando el Estado territorial o la CPI, por falta de competencia u otras razones, no lo haga.

La nueva justicia penal internacional permanente supera varios problemas de la justicia penal *ad hoc*, v. gr., la cuestión de su legitimidad por la creación *ex post facto* por el Consejo de Seguridad de la ONU⁴⁶. Sin embargo, como veremos más adelante genera nuevos problemas. El nuevo sistema parte de una nueva base normativa (“principio de tabula rasa”) y no sigue un sistema preconcebido (ni penal material ni procesal)⁴⁷. Por otra parte, si bien el nuevo sistema abraza el principio de legalidad en todos sus aspectos de *lex scripta, stricta, certa y praevia* (art. 22 al 24

en preparación en el marco del Grupo de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (publicado en 2011 en la obra colectiva de dicho Grupo por la Fundación Konrad Adenauer, Montevideo).

⁴⁴ Ver AMBOS, “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional”, *Política Criminal* 9 (julio 2010), págs. 237 y ss., accesible en www.politicacriminal.cl/n_09/Vol5N9A6.pdf.

⁴⁵ La posibilidad de su universalidad la he argumentado ya antes en AMBOS, “La internacionalización del derecho penal y América Latina”, en AMBOS (*supra* nota 1), págs. 39 y ss., aquí pág. 53.

⁴⁶ EIROA (*supra* nota 5), págs. 33 y ss.

⁴⁷ AMBOS (*supra* nota 44), págs. 241 y ss.

del Estatuto de Roma) concede a los jueces una amplia discrecionalidad. Así, en un proceso penal concreto dependerá de su formación jurídica si el juicio es más adversarial o, por el contrario, más inquisitivo⁴⁸. En cuanto al derecho sustantivo, el recurso a los principios generales en el sentido del artículo 21 será indispensable para completar las lagunas del Estatuto de la CPI⁴⁹.

5. CONCLUSIONES

De lo dicho se desprende que los pares de opuestos existentes en el DPI lejos de ser entendidos como problemáticos, deben ser estudiados como aspectos positivos e incluso enriquecedores de la legislación y la jurisprudencia del ámbito internacional; o bien porque la presunta contradicción no existe, o bien porque la misma pone en realidad de manifiesto una cierta "evolución" en cuanto a la teoría y la práctica de los ordenamientos protectores de los derechos humanos. La construcción de un orden penal internacional ha dado un paso importante hacia una mejor protección de los derechos fundamentales, al menos si se comparte la idea de que el DPI puede cumplir funciones de prevención o retribución tendientes a disminuir ámbitos de impunidad. La responsabilidad estatal, propia de los sistemas "clásicos" de protección de los derechos humanos se ven complementados por la imputación individual de los crímenes, cometidos claramente no por una "entidad" colectiva-estatal, sino por sujetos individuales pertenecientes a la misma. Esta imputación, que desde Núremberg hasta la constitución de los tribunales ad hoc se basó en normativas estatuidas *post facto*, se realiza desde la redacción del Estatuto de Roma y la entrada en funciones de la CPI indiscutiblemente en respeto del principio de legalidad, valioso logro del derecho penal ilustrado, y el cual también debe valer y hacerse respetar incluso, y hasta

⁴⁸ AMBOS (*supra* nota 44), págs. 241 y ss. Véase en detalle sobre esta cuestión ya *id.*, The structure of International Criminal Procedure: 'Adversarial', 'Inquisitorial' or 'Mixed'?, en Bohlander (comp.), *International Criminal Justice: A critical analysis of institutions and procedures*, Londres, Cameron May, 2007, págs. 464 y ss. con más referencias.

⁴⁹ AMBOS (*supra* nota 44), pág. 250; sobre las limitaciones al *nullum crimen* ver la discusión en *ibid.*, págs. 246 y ss. Véase un ensayo anterior también de mi autoría sobre las reglas generales de atribución, en AMBOS, "Remarks on the General Part of International Criminal Law", en *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), págs. 660 y ss. (en castellano en AMBOS, *Principios e imputación en el derecho penal internacional*, Barcelona, Atelier, 2008, págs. 13 y ss.).

diría, *ejemplarmente*, en los procesos de juzgamiento de los más graves crímenes violatorios de los derechos humanos. Un tribunal de derechos humanos puede —y "debe", ¿tal vez?— actuar en forma audaz, si amplía el ámbito de protección de los individuos mediante interpretaciones *pro* individuo, y *contra* poder estatal; sus decisiones no acarrear consecuencias inmediatas a individuos juzgados ni están restringidas por los principios reconocidos (en el mundo occidental) del derecho penal. Un tribunal penal —también el internacional—, en cambio, de ninguna manera tiene permitido mostrarse audaz. Debe aplicar el derecho en respeto de los principios del derecho penal y del debido proceso, y evitar repetir abusos de poder propios de los sistemas estatales a los que —indirectamente a través de sus agentes— está juzgando.

Las supuestas oposiciones, por lo tanto, deberían ser entendidas como pares de complementariedad o superación de estadios previos en este recorrido de las naciones hacia el establecimiento internacional de mecanismos adecuados que promulguen el mayor y mejor respecto de los derechos humanos.