

Revista
SISTEMA PENAL CRÍTICO

**EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA OBLIGACIÓN DE PERSEGUIR A LOS RESPONSABLES DE LOS
CRÍMENES CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS**

**THE INTERNATIONAL SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS
AND THE OBLIGATION TO PROSECUTE THOSE RESPONSIBLE FOR CRIMES
AGAINST HUMAN RIGHTS**

Hernán Hormazábal Malarée

*Catedrático de Derecho Penal
España*

RESUMEN:

Sólo a partir del momento en que los derechos humanos de la Declaración Universal de 1948 se plasmaron en normas jurídicas contenidas en convenciones internacionales se puede entender que comenzó el proceso de la construcción, aún no acabada, de un sistema internacional de protección de los derechos humanos. Los Estados parte de estas convenciones se han obligado a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Con la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se dio un paso importante con la regulación de la responsabilidad penal a nivel internacional de los responsables de crímenes contra los derechos humanos. Pero al establecer que serían las jurisdicciones nacionales las que estarían en la primera línea de defensa de los derechos humanos se abrieron nuevos problemas como el de la identificación de los crímenes contra los derechos humanos que serían de su competencia y las necesarias reformas en la legislación interna que, conforme a principios del derecho internacional, serían necesarias para evitar la impunidad.

ABSTRACT:

Only from the moment in which the Human Rights of the Universal Declaration of 1948 were embodied in legal norms contained in international conventions can we understand that the construction process of an international system of protection of Human Rights began, although it is yet unfinished. The States party to these conventions have agreed to respect, protect and guarantee Human Rights. With the entry into force of the Rome Statute of the International Criminal Court, an important step was taken with the regulation of criminal responsibility at the international level of those responsible for crimes against human rights. But by establishing that it would be the national jurisdictions that would be in the first line of defense of human rights, new problems were opened, such as the identification of crimes against human rights that would fall within their competence and the necessary reforms in domestic legislation that, according to principles of international law, would be necessary to avoid impunity.

PALABRAS CLAVE:

Derechos humanos, protección, responsabilidad estatal, crímenes, prohibición impunidad.

KEYWORDS:

Human Rights, protection, state responsibility, crimes, impunity prohibition.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. 3. EL IMPACTO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL. 4. EL MANDATO DE PERSEGUIR Y HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL AGENTE DEL ESTADO POR CRÍMENES CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS. 5. LOS OBSTÁCULOS QUE FAVORECEN LA IMPUNIDAD Y LA OBLIGACIÓN DE REMOVERLOS. 5.1. El non bis in idem. 5.2. El principio de territorialidad. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Desde la finalización de la II Guerra Mundial con la entrada en vigor de una serie de convenciones internacionales de protección de los derechos humanos, se estableció, por una parte, la obligación internacional de los Estados de proteger y garantizar la vigencia de los derechos humanos y, por la otra, su obligación de reparar en el caso de que se produjera una violación de estos derechos. Los Estados convinieron que el control de estas obligaciones estuviera a cargo de órganos internacionales de carácter permanente. No obstante, en lo que respecta a las responsabilidades penales por crímenes contra los derechos humanos el derecho internacional no previó ningún órgano permanente. Sólo en el año 2002 con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se dio una solución a este problema con la creación de una Corte Penal Internacional que, no obstante, sólo complementaría la competencia de las jurisdicciones nacionales. Esta solución abrió otros problemas alguno de los cuales se expondrán en este trabajo, como propuestas de solución que requiere modificaciones en las legislaciones internas de los Estados parte del Estatuto de Roma.

En efecto, el Estatuto de Roma al crear la Corte Penal Internacional y al mismo tiempo señalar que su competencia sería complementaria de la de las jurisdicciones nacionales colocó en la primera línea de defensa de los derechos humanos a las jurisdicciones nacionales de los Estados parte. Con ello es cierto que dio una respuesta al problema de la falta de una jurisdicción permanente, pero al mismo tiempo abrió a) el problema de identificar los crímenes contra los derechos humanos que estarían bajo la competencia de las jurisdicciones nacionales y b) el problema de impedir la impunidad de los violadores de derechos humanos de acuerdo con el mandato de interdicción que se contiene en diversos instrumentos internacionales y en el Estatuto de Roma en particular.

- a) El problema de la identificación de los crímenes internacionales y en particular de los crímenes contra los derechos humanos. El Estatuto de Roma señala que serán de competencia de la Corte Penal Internacional exclusivamente los que califica como los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”. Señala que están dentro de ese nivel de gravedad el genocidio, el crimen de lesa humanidad, los crímenes de guerra y los crímenes contra la paz. En estos crímenes sólo los hechos punibles de los dos primeros, el genocidio y el de lesa humanidad, son violaciones de derechos humanos y, de acuerdo con el Estatuto los más graves de trascendencia internacional. La competencia de las jurisdicciones nacionales en la protección de los derechos humanos no tiene ni debe estar limitada al genocidio y al crimen de lesa humanidad como la de la Corte Penal Internacional sino que debe ampliarse, como consecuencia de la obligación de todos los Estados parte de los convenios de derechos humanos de protegerlos y garantizarlos, a todos los otros graves crímenes entre los cuales el genocidio y el de lesa humanidad destacaron por ser los más graves. La identificación de estos otros crímenes es un problema abierto al que se tratará de dar una respuesta.
- b) El problema de hacer efectiva la interdicción de la impunidad de los crímenes internacionales. El principio de interdicción de la impunidad se puede identificar no sólo en el Estatuto de Roma sino también en otros instrumentos internacionales. Implica para los Estados parte de los convenios internacionales de protección de los derechos humanos la obligación de remover los obstáculos, sean fácticos o jurídicos, que puedan favorecer la impunidad. Para remover esos obstáculos, que pueden aparecer a lo largo de la investigación, del enjuiciamiento o de la ejecución de la sentencia, los Estados parte deberán hacer las modificaciones que sean necesarias en sus legislaciones internas.

2. EL SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El comienzo de la todavía inconclusa construcción de un sistema internacional de protección de los derechos humanos lo marcó el momento en que los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) asumieron que las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 debían plasmarse en normas jurídicas que los obligaran ante la comunidad jurídica internacional a respetarlos, protegerlos y garantizarlos¹.

¹ En 1945, el año en que acaba la guerra, se dicta la Carta de las Naciones Unidas que crea el Consejo de Seguridad, un organismo cuya función es preservar la paz y seguridad internacional y en 1948, la Asamblea General de la ONU adopta en París por la Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, un texto con más valor ético que jurídico que no obstante constituye un referente en los diferentes tratados de Derechos Humanos que se habrían de celebrar en el futuro. Sobre el estado de los Derechos Humanos en diferentes momentos de la historia reciente española y en la actualidad con la vigencia de la Constitución de 1978, ACEBAL MONFORT, Luis, 2014. *Derechos Humanos en España hoy. ¿Retórica o Futuro?* Madrid: Editorial ACCI.

Con este fin se abrieron a la firma de todos los miembros de la ONU, de conformidad con la facultad del artículo 1.3 de la Carta de 1945, una serie de tratados internacionales de protección de derechos humanos². Entre estos tratados destacan, por ser los más próximos a la Declaración de 1948, los que aprobó la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966. Se trata del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales³. El cumplimiento de las obligaciones convencionales lo controlan dos órganos no jurisdiccionales, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que después de examinar los informes que a su requerimiento han emitido los Estados parte, expresa sus preocupaciones y recomendaciones en un documento de observaciones finales.

Forman parte también del sistema jurídico internacional de protección de los derechos humanos otros tres tratados que, sin perjuicio de tener cada uno de ellos limitada territorialmente su vigencia, tienen la particularidad de que el órgano de control de cumplimiento de las obligaciones convencionales es jurisdiccional⁴. Cada uno de estos tratados establece un tribunal internacional que condenará al Estado si alguno de sus agentes transgrede alguna norma de protección y garantía de estos derechos. Se trata de a) el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (en adelante CEDH) que instituye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH); b) la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (en adelante CADH) con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y c) la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (en adelante Carta Africana) con la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁵.

Tanto en los Pactos de Nueva York de 1966 como en los Convenios Europeos y Americanos y en la Carta Africana, se aprecia una coincidencia en la identificación de los derechos humanos básicos. Así, por ejemplo, entre otros derechos, en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se reconoce la vida como derecho a proteger y garantizar, en el artículo 7 se establece la prohibición de la tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes, en el artículo 8 específicamente la prohibición de la esclavitud y en el artículo 9 genéricamente la libertad y la seguridad personal que a su vez correlativamente se encuentran reconocidos en los artículos 2, 3, 4 y 5 CEDH y en los artículos 4, 5, 6 y 7 de CADH. Por su parte la Carta Africana en el artículo 4 prevé la protección de la vida, en el artículo 5 la prohibición de la esclavitud y en el artículo 6 la protección de la libertad y seguridad.

Forma parte también del sistema jurídico internacional de protección de los derechos humanos, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ER en adelante), en vigor desde el 1º de julio de 2002, con la novedad de que a diferencia de los tratados anteriores establece responsabilidades personales por la comisión de los crímenes contra los derechos humanos que son de su competencia. En efecto, el ER establece responsabilidades penales para los autores de las graves violaciones de derechos humanos previstas en los crímenes de genocidio

² En la Carta de las Naciones Unidas, después de reafirmarse en el Preámbulo “*la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas*”, se declara en el artículo 1.3. que uno de sus propósitos es cooperar internacionalmente “*en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*”.

³ Hasta la fecha se han firmado nueve tratados. Los otros siete que siguieron a los dos Pactos fueron de carácter sectorial. En el año 1969 entró en vigor la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; en el año 1981 la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; en el año 1987 la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas crueles, Inhumanos o Degradantes; en el año 1990 la Convención sobre los Derechos del Niño; en el año 2003 la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; en el año 2008 la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y en el año 2010 la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

⁴ Al control de la compatibilidad de un hecho de cualquier poder del Estado con una norma de protección y garantía de un derecho humano reconocido en un tratado internacional se le llama en doctrina “control de convencionalidad”. En el caso del CEDH este control internamente corresponde a los tribunales domésticos de los Estados parte y subsidiariamente, una vez agotados los recursos internos, al órgano instituido en el respectivo tratado, que en este caso será el TEDH. Sobre el control de convencionalidad en el sistema de la Convención Americana GARCÍA RAMÍREZ, 2011. “El control judicial interno de convencionalidad”, en IUS, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, N° 28, México, 123-159. Sobre el control de convencionalidad en el sistema del Convenio Europeo FONDEVILA MARON, Manuel, 2017. “Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos”. *Estudios de Deusto* 65 (1), 347-360.

⁵ El Convenio Europeo fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 noviembre de 1950 y está en vigor desde 1953. La Convención Americana se suscribió en noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica. La Carta Africana fue aprobada por la Asamblea de la Organización para la Unidad Africana (hoy Unión Africana) el 27 de julio de 1981 y entró en vigor el 21 de octubre de 1986.

y lesa humanidad de los artículos 6 y 7 ER⁶. Los hechos punibles que subyacen en estos crímenes constituyen transgresiones específicas de normas de protección y garantía de derechos humanos pues sólo en ellos concurren todas las condiciones para que puedan ser calificados como violaciones de derechos humanos. Son hechos imputables a un agente del Estado llevados a cabo por una razón de Estado e incompatibles con una norma de protección y garantía de derechos humanos. Son violaciones de derechos humanos que han sido definidas como crímenes internacionales por una convención internacional⁷.

Los hechos punibles que subyacen bajo el genocidio comparten el elemento subjetivo común de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso y los que lo hacen en el crimen de lesa humanidad, el elemento objetivo común de que formen parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Son actos, como dicen Werle y Jessberger, de violencia organizada por el Estado⁸.

Por la circunstancia de que son actos de violencia organizada por el Estado sólo pueden tener lugar en situaciones de anormalidad democrática. En particular, los hechos punibles englobados en el crimen de lesa humanidad constituyen actos propios de gobiernos dictatoriales que utilizan todo el aparato represivo del Estado con el objetivo de mantenerse en el poder. Son violaciones de derechos humanos llevadas a cabo por agentes de un Estado controlado por un grupo social, económico, político o religioso que ya ha accedido al poder y quiere seguir manteniéndolo⁹.

Hasta la entrada en vigor del ER la persecución de las responsabilidades personales por los crímenes internacionales en general estuvo principalmente regulada por reglas dispersas de derecho consuetudinario y convencional. Por ejemplo, por los llamados Principios de Nüremberg que la Comisión de Derecho Internacional de la ONU por encargo de la Asamblea General identificó en el Estatuto del Tribunal Internacional de Nüremberg y en las sentencias de este Tribunal. Entre las convencionales de carácter sectorial están las previstas, por ejemplo, en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio adoptada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y también en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanas o Degradantes adoptada en 1987 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, sin olvidar el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes de 1989 que obligaron a los Estados parte a incorporar estos delitos en sus legislaciones internas.

Con el ER todas las normas de derecho internacional penal vigentes al 1º de julio de 2002, consuetudinarias o convencionales, convergieron en un solo texto. Normas como las consuetudinarias, cuya validez podía cuestionarse, pasaron a integrarse en el derecho internacional convencional¹⁰. Pueden reconocerse en el ER, por

⁶ La competencia de la Corte Penal Internacional se extiende también a los crímenes de guerra (artículo 8 ER) y al crimen de agresión (artículo 8 bis ER) que aún cuando puedan coincidir en los hechos punibles no pueden ser confundidos. El genocidio y el crimen de lesa humanidad se distinguen porque constituyen violaciones de normas convencionales de protección de derechos humanos. La antinormatividad de los de guerra se establece en relación con los Convenios de Ginebra y los de agresión constituyen crímenes que constituyen violaciones manifiestas de la Carta de la ONU.

⁷ Los hechos punibles englobados en el genocidio pueden coincidir con los que subyacen en el crimen de lesa humanidad, pero la diferencia reside en que en el genocidio es exigible la voluntad de exterminar total o parcialmente a un grupo minoritario y en el crimen de lesa humanidad es exigible que el hecho forme parte de un plan de violencia generalizada o sistemática. Antes de Nüremberg se discutió si las víctimas debían ser protegidas contra las atrocidades nazis en cuanto que formaban parte de un grupo nacional, étnico o religioso en cuyo caso los autores serían juzgados por el crimen de genocidio como defendía Rafael Lemkin o simplemente ser protegidas en cuanto personas por crímenes de lesa humanidad como opinaba Hersch Lauterpacht. Sobre la polémica entre Lemkin y Lauterpacht SANDS, Philippe 2017. *Calle Este-Oeste*, trad. Ramos Mena. Barcelona: Anagrama passim. También de PRADA, Pilar Eirene, 2019. “Apuntes socio-jurídicos sobre el concepto de genocidio” en OLÁSULO, H. y de PRADA P.E (coord). *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio*. Valencia: Tirant lo Blanch. pp. 191 y 193; De PRADA, José Ricardo, 2019. “Introducción. Reflexiones sobre la evolución del concepto originario al actual de genocidio” en OLÁSULO, H. y de PRADA P.E (coord). *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio*. Valencia: Tirant lo Blanch p. 29; OLLÉ SESÉ, Manuel 2019. “¿Qué significa intentar destruir una “parte” de un grupo? Particular atención al genocidio cometido a través del ataque a la dirigencia del grupo” en OLÁSULO, H. y de PRADA P.E (coord). *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio*. Valencia: Tirant lo Blanch pp. 530 ss. con jurisprudencia internacional sobre el crimen de genocidio.

⁸ WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian, 2017. *Tratado de Derecho Penal Internacional* cit. pp. 303 ss.

⁹ SCIDH caso La Cantuta vs. Perú, (Fondo, Reparaciones y Costa) sentencia de 29 de noviembre de 2006. La Corte en este caso conoció uno de los tantos crímenes cometidos durante el gobierno Fujimori. En su voto razonado complementario el Juez Cañado Trindade calificó estos hechos como terrorismo de Estado. Constituye un acto de terrorismo de Estado la ejecución, a los pocos días del golpe de Estado de Pinochet, el 16 de septiembre de 1973, del dirigente sindical Luis Alfredo Almonacid Arellano delante de su mujer y de sus hijos. Ver SCIDH, caso Almonacid Arellano contra Chile, de 26 de septiembre de 2006.

¹⁰ WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian, 2017. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. 3ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch

ejemplo, los Principios de Núremberg. El Principio II que establece que los crímenes internacionales son perseguibles con independencia del hecho de que las leyes internas los castiguen; los Principios I y III que establecen que la responsabilidad internacional de sus autores es perseguible cualquiera que sea su nacionalidad, el lugar donde hayan cometido el crimen y sin que puedan alegar inviolabilidades, inmunidades o cualquier otro privilegio de carácter personal; el Principio IV que declara que el hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden no la exime de responsabilidad y claramente el Principio VI que define como crímenes internacionales los crímenes de guerra, contra la paz y sobre todo, las violaciones de derechos humanos contenidas en el genocidio y en los crímenes contra la humanidad, hoy crímenes de lesa humanidad, una categoría en la que subyacen comportamientos hasta entonces previstos en diversos convenios sectoriales que obligaban a los Estados parte a perseguir crímenes como la tortura o desapariciones forzadas, por ejemplo.

El otro problema importante, como se ha explicado antes (supra 1.), al que daría una respuesta el ER es el de la jurisdicción competente para conocer de los crímenes internacionales. Desde Núremberg había una demanda de un tribunal internacional permanente al que no se le pudiera cuestionar su falta de imparcialidad objetiva como ocurriría casi cincuenta años más tarde, en 1993, con la creación, por iniciativa del Consejo de Seguridad, de los tribunales para la antigua Yugoslavia¹¹ y un año más tarde para Ruanda¹².

El ER ante la demanda de un tribunal internacional permanente responde con una solución aparentemente sencilla, pero discutible ya que no es una garantía contra la impunidad¹³. Crea efectivamente un tribunal internacional permanente, la CPI (artículos 1 y 5 ER), pero cuando al mismo tiempo dice que su competencia será complementaria de la de las jurisdicciones nacionales prioriza, sobre la de este tribunal, la competencia de los tribunales. De este modo, de acuerdo con el ER y en especial en lo que respecta a la protección penal de los derechos humanos, en la primera línea de la persecución de los crímenes internacionales contra estos derechos estarían los tribunales internos de los Estados parte y complementariamente la CPI, pero con una competencia limitada sólo a algunos de los crímenes contra los derechos humanos, a los crímenes de genocidio y de lesa humanidad. El problema de cuando se activa la competencia complementaria de la CPI lo resuelve el artículo 17.

1 a) ER. Señala este precepto que la Corte admitirá un asunto cuando el Estado que tenga jurisdicción sobre él “no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”. En otras palabras, cuando el Estado no tenga la voluntad política de investigar y enjuiciar a los responsables de los delitos de genocidio y de lesa humanidad o no esté en condiciones de hacerlo por su situación política interna.

De acuerdo con lo expuesto, en consecuencia, en el sistema internacional de protección de los derechos humanos hay que distinguir entre la responsabilidad por un hecho de un órgano del Estado que sea incompatible con una norma de protección de un derecho humano y la responsabilidad por un hecho de un agente del Estado y también incompatible con una norma de esa naturaleza, pero que además haya sido previamente definida como delito. En ambos casos la responsabilidad será del Estado por no haber cumplido su obligación convencional de proteger y garantizar la vigencia de un derecho humano, pero en el segundo también habrá una responsabilidad de carácter personal, penal concretamente, del agente del Estado. En los dos casos, bien sea de responsabilidad exclusiva del Estado o también excepcionalmente, además, personal del agente del Estado cuando la violación del derecho humano sea constitutiva de un crimen, el tribunal competente será un tribunal interno y sólo subsidiariamente del órgano jurisdiccional establecido en el correspondiente convenio que será en el caso del CEDH, el TEDH.

p. 132. Para estos autores el ER no es una fuente originaria del derecho internacional penal, sino que es “una constatación declarativa del derecho consuetudinario existente”.

¹¹ BUERGENTHAL, Thomas y THÜRER, Daniel, 2010. *Menschenrechte. Ideale, Instrumente, Institutionen*. Zürich: Dike Verlag p. 135 s.

¹² El poder del CS para crear Tribunales ad-hoc deriva del art. 7 de la Carta que permite a los órganos principales de las Naciones Unidas los órganos que estime necesarios, pero especialmente del art. 29 que reconoce expresamente al CS el derecho de establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones, es decir preservar la paz y seguridad internacional y también de los Capítulos V a VII de la Carta. Crítica en MACKE, Julia 2010. *UN-Sicherheitsrat und Strafrecht. Legitimation und Grenzen einer internationalen Strafgesetzgebung* (Berlin, Duncker & Humblot) *passim* y KURTH, Michael E., 2002. *Das Verhältnis des Internationalen Strafgerichtshofes zum UN-Sicherheitsrat. Unter besonderer Berücksichtigung von Sicherheitsresolution 1422*, Baden Baden: Nomos.

¹³ No es este el único aspecto criticable del ER. Por ejemplo, la CPI esté condicionada políticamente por el Consejo de Seguridad de la ONU en el ejercicio de su jurisdicción. El Consejo de Seguridad es un órgano en el que sus cinco miembros permanentes tienen poder de veto y también para activar y desactivar la competencia de la CPI. De esos cinco sólo dos ratificaron el ER. Por otra parte, según artículo 53.1 c) y 2 c) ER, el Fiscal tiene facultades para no iniciar una investigación o un enjuiciamiento.

Si el órgano jurisdiccional estima que el Estado ha incumplido su obligación convencional de proteger y garantizar uno o más derechos humanos lo condenará a la reparación que, no obstante, suele ser más amplia que una simple indemnización de perjuicios¹⁴. Si la transgresión a la norma de protección de un derecho humano ha sido definida como delito, los órganos jurisdiccionales internos del Estado tienen, además, la obligación de perseguir la responsabilidad penal de los autores¹⁵.

Luego, de acuerdo con lo expuesto anteriormente puede concluirse:

- a) que en el sistema internacional de protección de los derechos humanos hay dos líneas complementarias. Por un lado, está la más amplia que regula la responsabilidad del Estado por no haber protegido ni garantizado la vigencia de cualquiera de los derechos humanos reconocidos en el tratado y por el otro, la más restringida que establece también la responsabilidad personal del agente del Estado que lo ha violado, pero sólo si esa concreta violación ha sido previamente definida como delito;
- b) que al tener las jurisdicciones nacionales prioridad sobre la de los órganos internacionales establecidos en los propios tratados internacionales, son los tribunales internos de los Estados parte los que están en la primera línea de protección de los derechos humanos. A estos tribunales les corresponde la obligación de hacer efectiva la responsabilidad del Estado frente a cualquier hecho incompatible con una norma de protección y garantía de derechos humanos y la responsabilidad personal del agente del Estado si la concreta violación ha sido previamente definida como delito.
- c) que la competencia subsidiaria de la CPI está limitada en lo que respecta a la protección penal de los derechos humanos a los crímenes de genocidio y lesa humanidad. Esta competencia sólo se activa cuando los tribunales internos, de acuerdo con el artículo 17 1 a) ER, no tengan la voluntad política de investigar y enjuiciar o no puedan hacerlo.

3. EL IMPACTO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL.

Los tratados internacionales en general y los de protección de derechos humanos en particular, así como la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de control tienen fuerza vinculante para los Estados parte de las convenciones internacionales. En particular para España lo tiene el CEDH y la jurisprudencia del TEDH¹⁶. Del mismo modo, lo tienen tanto el ER en lo que respecta al genocidio y al crimen de lesa humanidad, así como las decisiones de la CPI.

En efecto, las normas de ambos tratados internacionales por su condición de ser normas de derecho internacional creadas por acuerdos libremente celebrados por los Estados que los obligan ante la comunidad jurídica internacional, de conformidad con los artículos 95.1 y 96.1 de la Constitución Española (en adelante CE)¹⁷, se integran en la jerarquía normativa española en una posición inferior a la de la Constitución Española, pero superior a las leyes¹⁸. De esta manera, en caso de conflicto entre lo que previene un tratado y una norma interna, serán

¹⁴ Para la CIDH la obligación de reparar no es solo una *restitutio in integrum* si es posible, sino también medidas simbólicas como un monumento en recuerdo de las víctimas, una calle o beneficios sociales para los familiares de la víctima directa y si la violación del derecho humano es punible, de investigar, enjuiciar y, si procede, condenar a los responsables. Ver SCIDH caso Goiburú y otros vs. Paraguay, de 22/9/2006; SCIDH caso Loayza Tamayo vs. Perú, de 27/11/1998, párrafo 85; también Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16/12/2005 “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, principios y directrices 18 a 23.

¹⁵ SCIDH caso García Lucero vs. Chile de 28/8/2013, párrafo 183. Para la CIDH en la obligación de reparar, si la violación del Derecho Humano es punible, involucra el deber del Estado de investigar de oficio las violaciones cometidas.

¹⁶ Artículo 46 CEDH. Fuerza obligatoria y ejecución de sentencias. 1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.

¹⁷ El artículo 95.1. CE dispone que “la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.” Por su parte el artículo 96.1. CE señala que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Ver SERRANO ALBERCA, José Manuel, 2001. “Artículo 96” en Garrido Falla y otros *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Madrid: Civitas, pp. 1499-1508.

¹⁸ El TC en la STC 140/2018 sin embargo, matiza que el artículo 96 CE “no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes internas aunque establece, de un lado, una regla de desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior, sin que ello suponga su derogación y, de otro, define la resistencia del tratado a ser derogado por las disposiciones

las disposiciones del tratado las que prevalecerán¹⁹. Luego, si el tratado internacional en conflicto es el CEDH, serán sus disposiciones las que deberán aplicarse por las autoridades españolas.

Por otra parte, en virtud de lo que señala el artículo 10.2 CE²⁰, la fuerza vinculante de las sentencias del TEDH, sin perjuicio de lo que señala el artículo 46 CEDH, tiene también fundamento constitucional²¹. Este precepto reconoce a los tratados internacionales de derechos humanos una eficacia interpretativa de los preceptos constitucionales relativos a derechos fundamentales y libertades. De este modo, como el TEDH es el intérprete supremo del CEDH y la interpretación se plasma en sus sentencias, también de conformidad con esas sentencias deberán ser interpretados los derechos y libertades reconocidos por la Constitución Española²². La fuerza vinculante de las normas del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH alcanza a todos los órganos de gobierno o judiciales, incluso al Tribunal Constitucional Español (TCE en adelante) que al interpretar los derechos y libertades contenidos en la CE deberán hacerlo no sólo conforme con las disposiciones del CEDH sino también con la jurisprudencia del TEDH²³.

El juez español, en consecuencia, cuando se enfrenta a un caso en el que entran en consideración normas internas y normas internacionales de derechos humanos, está obligado a resolver conforme a estas últimas normas y a su interpretación jurisprudencial. Si comprueba que la norma interna no es compatible con el CEDH, la ignorará y aplicará directamente la disposición del Convenio²⁴. El juez que resuelve un caso en estas condiciones ejerce un control “difuso de convencionalidad”, controla que el hecho del agente del Estado que es objeto del proceso sea compatible con las normas internacionales convencionales que protegen los derechos humanos²⁵.

En lo que respecta al control específico de las violaciones de derechos humanos que han sido definidas como crímenes internacionales, es decir, como genocidio y como lesa humanidad, el Estatuto de Roma, como se ha visto, lo deja en manos de los tribunales domésticos y sólo cuando estos no lo hacen porque no están en condiciones de hacerlo o no quieren, a la Corte Penal Internacional (supra 2.).

Cuando España adhirió al Estatuto de Roma debió incorporar estos crímenes a su ordenamiento jurídico interno conforme al modelo de los artículos 6 y 7 ER. Desde el año 2015 se contemplan en el Código Penal vigente el genocidio en el artículo 607 y el delito de lesa humanidad en el artículo 607 bis²⁶. De esta forma, tanto los tri-

internas posteriores en el tiempo, sin que esto último suponga la exclusión de la norma interna del ordenamiento nacional, sino su mera inaplicación”.

¹⁹ STC 49/1988 de 22 de marzo y STC 26/1991 de 15 de marzo.

²⁰ Artículo 10.2 CE. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

²¹ LÓPEZ GARRIDO, Diego, 2017. “El carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de las sentencias judiciales firmes”, en *Parlamento y Constitución*. Anuario Nº 18, pp. 60 ss. STC 245/1991 FJ 3: “El TEDH es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado”.

²² LÓPEZ GARRIDO, Diego ob. cit. nota anterior, las sentencias del TEDH producen el efecto de “cosa interpretada”, que es otra dimensión de su carácter vinculante y añade “por eso, las interpretaciones insertas en las sentencias del TEDH sobrepasan el caso concreto al que se refieren y se extienden a otros supuestos. Estas interpretaciones se objetivan, cobran vida propia, y tienen *vis expansiva* indudable, con efectos y fuerza que no eran esperables cuando nació el Tribunal de Estrasburgo”.

²³ En la práctica, como los derechos fundamentales de la CE coinciden con los derechos reconocidos en el CEDH y sus Protocolos, una decisión interna contraria a las normas convencionales equivale a una decisión inconstitucional que activa la posibilidad de recurrir ante el TCE. En estos casos la decisión del TCE se fundamentará no en la mayor jerarquía de la norma convencional, sino en la contradicción de esta con la norma constitucional interpretada conforme a los criterios del TEDH. Ver LÓPEZ GUERRA, Luis, 2018. “Constitución y protección internacional de los derechos humanos. El proceso de internalización del Convenio Europeo de Derechos Humanos” en PENDAS (Dir.), 2018, *España Constitucional (1978-2018) Trayectorias y perspectivas*, Madrid, CEPC, Vol. I, pp. 771-787.

²⁴ En la STC 140/2018 se establece que el artículo 96 CE no supone la derogación de la norma interna sino su inaplicación.

²⁵ En la doctrina constitucional se dice que el TC en la medida que interpreta los derechos y libertades de la CE fundamentales por mandato del artículo 10.2 CE conforme a los criterios jurisprudenciales del TEDH ejerce un control concentrado de constitucionalidad y los jueces y tribunales al conocer de un caso debe resolver conforme a esos criterios un control difuso de convencionalidad. JIMENA QUESADA Luis, 2013. *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Cizur Menor, Aranzadi.

²⁶ LO 1/2015 de 30 de marzo. El genocidio ya estaba en el CP por la adhesión de España en 1968 a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio adoptada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En el Código Penal de entonces estaba regulado en el artículo 137 bis cuyo contenido se inspiró en la Convención. El crimen de lesa humanidad se había incorporado al Código Penal con la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Véase MENDOZA CALDERÓN,

bunales internos españoles como la CPI pasaron a tener la misma competencia para investigar y enjuiciar a quienes aparezcan como responsables de la comisión de estos crímenes contra los derechos humanos, sin embargo, con dos diferencias. La primera es que la competencia de los internos es prioritaria y la segunda, que su competencia no está limitada *ratione materiae*, como lo está la de la CPI, sólo a “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, es decir, los que se señalan en el artículo 5 ER. En lo que respecta a la protección penal de los derechos humanos los Estados parte del ER pueden incorporar a la competencia de sus tribunales, aparte del genocidio y del crimen de lesa humanidad, otras violaciones de los derechos humanos que por su gravedad entienda que deben ser perseguidas penalmente.

Los tribunales domésticos españoles por el ER están obligados a perseguir a los autores de los crímenes internacionales contra los derechos humanos más graves, esto es de genocidios y de crímenes de lesa humanidad²⁷. Pero, también lo están para perseguir la responsabilidad de los autores de los otros crímenes graves contra los derechos humanos entre los cuales el genocidio y el de lesa humanidad destacaron por ser los más graves. Esta responsabilidad de perseguir estas otras responsabilidades penales por otros crímenes contra los derechos humanos que son graves pero que no tienen el nivel de gravedad ni del genocidio ni del crimen de lesa humanidad, deriva de las obligaciones internacionales que contrajo España al ratificar los tratados internacionales en los que se obligó a respetar y garantizar los derechos humanos. La protección penal de los derechos humanos no se agota con la tipificación de estos delitos. Hay otros delitos contra los derechos humanos que a pesar de no tener el nivel de gravedad de los crímenes de genocidio y de lesa humanidad, son, sin embargo, graves. Estos graves delitos son igualmente crímenes internacionales y lo son porque su base antinormativa se funda en la transgresión de una norma internacional que reconoce, garantiza y protege un derecho humano fundamental. El agente del Estado, un policía, por ejemplo, que ejecuta extrajudicialmente a un delincuente por considerar que es socialmente peligroso, habrá violado el derecho humano a la vida previsto en el artículo 2 CEDH, pero el hecho no puede ser calificado por faltar la condición de generalidad o de sistematicidad, un crimen de lesa humanidad.

Las claves para la identificación de los otros crímenes graves contra los derechos humanos entre los cuales destacan por su mayor gravedad el de genocidio y el de lesa humanidad, están en el propio ER. Los crímenes de genocidio y de lesa humanidad son categorías en las que se engloban una serie de hechos punibles que tienen en común, aparte de ser de los crímenes internacionales más graves, la exigencia de que se cometan, como han señalado WERLE y JESSBERGER, en un contexto de violencia organizada por el Estado²⁸. En el crimen de lesa humanidad cada uno de los hechos punibles constituye una violación de un derecho humano fundamental. En el artículo 7 ER son hechos punibles, por ejemplo, asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y traslado forzoso de población, privaciones de libertad, tortura, agresiones sexuales y desaparición forzada de personas que serán punibles como crimen de lesa humanidad en la medida que sean realizados de forma generalizada o sistemática, es decir, en un contexto planificado de violencia estatal.

Cada uno de estos hechos son graves violaciones de derechos humanos incluso en el supuesto que no sean generalizadas ni sistemáticas, de que sean realizados fuera de un contexto de violencia organizada, es decir, que sean puntuales. El elemento contextual es el que hace que cada uno de estos hechos se califique como crimen de lesa humanidad y que el ER lo valore como un crimen más grave.

Los Códigos Penales domésticos de los Estados parte para que sus tribunales puedan actuar en defensa y garantía de los derechos humanos fundamentales deben contemplar no sólo los crímenes de genocidio y lesa humanidad, sino también cada uno de los hechos punibles que se contemplan en el de lesa humanidad cuando han sido realizados fuera de un contexto de violencia organizada por el Estado. Constituyen un grupo de graves violaciones de derechos humanos en las que los crímenes de genocidio y lesa humanidad destacan por ser más graves. La-

Silvia (2011) La aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España bajo el principio de justicia universal y los conflictos derivados del principio de legalidad: el caso Scilingo. Estudios Penales y Criminológicos. Vol. XXXI, pp. 431-457.

²⁷ La aplicación extraterritorial de la ley penal está muy limitada en el derecho español. En el artículo 23.4. de la Ley Orgánica del Poder Judicial se señala que la jurisdicción española será competente para conocer, entre otros, de los delitos de genocidio y lesa humanidad cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional “siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España o contra un extranjero que se encontrara en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades española”.

²⁸ WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian, 2017. *Tratado de Derecho Penal Internacional* cit. Estos autores infieren este elemento contextual común de violencia organizada de la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico o religioso que exige el genocidio y de la generalidad o sistematicidad de los hechos punibles contra la población civil en el crimen de lesa humanidad.

mentablemente si bien en el Código Penal español estos hechos son punibles, no están identificados como crímenes contra los derechos humanos sino como delitos corrientes. Por los compromisos internacionales que tiene España de protección y garantía de los derechos humanos, estos delitos debieran estar destacados en el código penal en un nuevo capítulo del Libro II con el epígrafe “Crímenes contra los derechos Humanos” en el que se contemplen no sólo los crímenes de genocidio y lesa humanidad, sino también los graves crímenes que el ER tuvo a la vista para destacarlos en el Preámbulo y en el artículo 1 ER como los “más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”²⁹.

Del hecho de que las normas del ER tengan carácter de normas internacionales que dan estructura a un sistema de control penal de los crímenes internacionales contra los derechos humanos, se infiere un mandato vinculante para los sistemas penales domésticos: el de impedir la impunidad de los que son responsables personalmente de estos crímenes.

4. EL MANDATO DE PERSEGUIR Y HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL AGENTE DEL ESTADO POR CRÍMENES CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS.

En el sistema internacional de protección de los derechos humanos los tribunales competentes para investigar y enjuiciar al responsable de un crimen contra los derechos humanos, como se ha visto, son en primer lugar los internos y subsidiariamente la CPI. Tanto los tribunales internos como la CPI están ineludiblemente obligados por un principio general del derecho internacional de los derechos humanos a perseguir esa responsabilidad penal, *el principio de interdicción de la impunidad*.

El principio de interdicción o prohibición de la impunidad se puede identificar en numerosos instrumentos internacionales. Está presente, por ejemplo, en los Principios de Núremberg³⁰, en la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio de 1948³¹, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966³², en el contexto de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad de 1968 y en el de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006. También en la Convención Americana de Derechos Humanos como lo ha puesto de relieve la CIDH, y en el Estatuto de Roma especialmente en su Preámbulo que si bien es cierto que no es vinculante tiene sin duda un valor interpretativo.³³

En efecto, en diferentes párrafos del Preámbulo se califica a los crímenes que se definen en el ER como “atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad” y se enfatiza que no pueden quedar sin castigo; que los Estados tienen el deber de “ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”; que se debe “poner fin a la impunidad ... y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes” y “que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

Por otra parte, el principio de interdicción de la impunidad también puede identificarse en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En numerosas sentencias ha señalado de forma reiterada que de la obligación convencional de respetar los derechos y libertades y de garantizar su libre y pleno ejercicio deriva a) el deber del Estado de investigar toda violación de derechos humanos³⁴; b) la obligación de enjuiciar

²⁹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, 2022. “La protección de los Derechos Humanos en el Código Penal español. Una propuesta de reforma”. *Liber Amicorum Derechos Humanos y Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, Tomo II. Aquilafuente, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022, pp. 634 a 646.

³⁰ Principio II. El hecho de que las leyes internas no impongan castigo por un acto que constituya un crimen bajo las leyes internacionales no exime a la persona que cometió el acto de su responsabilidad bajo las leyes internacionales.

³¹ Artículo V. Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.

³² Artículo 6. 3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusara en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

³³ También la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha puesto de manifiesto la vigencia de este principio con toda claridad en la Resolución sobre impunidad 81/2005. En el párrafo 13 se dice textualmente que es “el deber de todos los Estados de poner fin a la impunidad y de enjuiciar o extraditar, de conformidad con las obligaciones que han adquirido en virtud del derecho internacional, a los responsables de todas las violaciones de los derechos humanos...”.

³⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, 2017. *La justicia transicional en Brasil. El caso de la guerrilla de Araguaia*.

y si procede condenar a los responsables si en esta investigación se constata que la violación es constitutiva de delito, y c) la obligación que la pena se cumpla efectivamente si hay condena³⁵. Este rigor punitivo para la CIDH se justifica ya que de lo que se trata es de evitar la impunidad³⁶. La impunidad, ha dicho la CIDH, es inadmisibles porque “propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”³⁷. No basta, según este tribunal, por lo tanto, con la amenaza penal en abstracto para prevenir la comisión de futuros crímenes contra los derechos humanos, sino que es necesaria para prevenirla la *certeza* de que el crimen no va a quedar impune, esto es, que habrá una investigación, un enjuiciamiento, una condena si procede y un cumplimiento efectivo de la pena.

La vigencia del principio de interdicción de la impunidad, no obstante, puede verse dificultada por obstáculos que favorecen la impunidad que pueden aparecer en todos los momentos posteriores a la comisión del crimen. En la investigación prejudicial, en la judicial, en el juicio si llega a celebrarse, incluso en la sentencia o con posterioridad en la ejecución de la penal. Este favorecimiento puede ser fáctico, el Estado no investiga o simula una investigación, o jurídico con la utilización de instituciones que la doctrina ha declarado inadmisibles en el derecho internacional penal, como la prescripción o medidas de gracia, para justificar un sobreseimiento o una absolución. La CIDH califica genéricamente como *obstáculos fácticos y jurídicos que favorecen la impunidad* los recursos que suele utilizar el Estado infractor para cubrir con una apariencia de legalidad una decisión arbitraria que ha sido pensada para dejar sin castigo a un violador de derechos humanos y ha establecido que los Estados parte de la Convención Americana tienen la obligación de removerlos³⁸.

5. LOS OBSTÁCULOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS QUE FAVORECEN LA IMPUNIDAD Y LA OBLIGACIÓN DE REMOVERLOS.

El desarrollo jurisprudencial de la interdicción de la impunidad se debe principalmente a la CIDH. En numerosas sentencias este tribunal ha condenado a los Estados parte del Pacto de San José por no haber hecho efectiva la responsabilidad penal por la comisión de violaciones de derechos humanos cuando constituyan crímenes cometidos por agentes del Estado, por una razón de Estado que afectan a derechos humanos fundamentales. No se trata sólo del genocidio y del crimen de lesa humanidad, sino en un sentido más amplio también de asesinatos, lesiones, torturas, prisiones arbitrarias que de no haber sido cometidos por un agente del Estado y mediando una razón de Estado, no pasarían de ser simples delitos comunes contra la vida, la libertad o la integridad corporal previstos en los Códigos Penales de los Estados parte. En la circunstancia de ser al mismo tiempo violaciones de derechos humanos hay un elemento que permite calificarlos más allá de delitos contra la vida o la integridad corporal, en tanto que vulneran normas internacionales, como crímenes internacionales contra los derechos humanos. La CIDH tribunal, como ya se ha dicho, en numerosas sentencias ha dejado establecido

Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca pp. 121 ss; también cnfr. Corte IDH, Caso Gomes Lund (*Guerrilha do Araguaia*) y otros vs. Brasil, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa) sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 135. Se reprocha al Estado brasilero no haber “investigado, procesado o sancionado penalmente a los responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas durante el régimen militar”, Caso La Cantuta vs. Perú, (Fondo, Reparaciones y Costa) Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 226, entre otras.

³⁵ La CIDH ha señalado que cuando se trata de graves violaciones de derechos humanos la reparación a que es condenado un Estado conlleva la de investigar para satisfacer el derecho a la verdad de las víctimas. Cnfr. SCIDH, caso García Lucero y otras vs. Chile, (Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones) Sentencia de 28 de agosto de 2014 párr. 183: “la reparación debida involucra el deber del Estado de investigar de oficio las violaciones cometidas. De conformidad con lo anterior, en los casos respectivos, existe un vínculo entre la obligación de investigar, la posibilidad de acceso a una adecuada reparación y los derechos de las víctimas...”.

³⁶ SCIDH, caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, (Fondo) de 8 de marzo de 1998, párr. 173. La CIDH define la impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”.

³⁷ También SCIDH, caso Nicholas Blake vs. Guatemala, (Reparaciones y Costas), de 22 de enero de 1999, párr. 64; caso de la Masacre de Mampiripán vs. Colombia, (Fondo) sentencia de 15 de septiembre de 2005 párr. 237; SCIDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, (Reparaciones y Costas) Sentencia de 21 de julio de 1989, párr. 68.

³⁸ SCIDH caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, de 22 de noviembre de 2004, párrafos 134: “En cumplimiento de la obligación de investigar y sancionar en el presente caso, el Estado debe remover todos los obstáculos y mecanismos de hecho y de derecho que mantienen la impunidad, otorgar las garantías de seguridad suficientes a los testigos, autoridades judiciales, fiscales, otros operadores de justicia y a los familiares de las víctimas, así como utilizar todas las medidas a su alcance para diligenciar el proceso”. También SCIDH, caso La Cantuta vs. Perú, (Fondo, Reparaciones y Costa) Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 110: “...el Estado debe remover todos los obstáculos, de *facto* y de *iure*, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes.”

que, si el Estado parte no investiga, enjuicia y, en su caso, condena a los responsables de estos delitos habrá infringido la obligación convencional de proteger y garantizar la vigencia de los derechos humanos. Para la CIDH la investigación y enjuiciamiento de los responsables de los crímenes contra los derechos humanos es una obligación convencional para los Estados parte cuya omisión puede ser fuente de responsabilidad internacional para ese Estado.

La CIDH exige que esa investigación y enjuiciamiento sean efectivos, serios y rigurosos. No admite que se encubra ni fáctica ni jurídicamente la responsabilidad de los autores de crímenes contra los derechos humanos. Instituciones jurídicas que son admisibles en los derechos nacionales y que extinguen la responsabilidad penal, como la prescripción³⁹ u otras que eximen del cumplimiento efectivo de la pena como las amnistías e indultos⁴⁰, son consideradas obstáculos favorecedores de la impunidad y quedan, en consecuencia, fuera de toda consideración en el derecho internacional penal. Los Estados deben introducir en sus legislaciones internas los cambios que sean necesarios para evitar la impunidad.

Merecen especial atención dos de los obstáculos que suelen ponerse para favorecer la impunidad, la prohibición del *bis in idem* y los límites territoriales de las jurisdicciones nacionales.

5.1. EL NON BIS IN IDEM.

El derecho de una persona a no ser juzgado o condenado dos veces por un delito por el que ya hubiera sido condenado o absuelto se encuentra reconocido internamente en las Constituciones⁴¹ como un derecho fundamental. También se le reconoce a nivel internacional como un derecho humano en todos los tratados internacionales de protección de derechos humanos. Se le reconoce en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁴², en la Convención Americana de Derechos Humanos⁴³, en el Protocolo n° 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴⁴ y en el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁵.

³⁹ El artículo 29 ER establece la imprescriptibilidad de los crímenes que están dentro de la competencia de la CPI. Ver ORENT-LICHER, Diane, 2005. “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Fecha consulta 20/7/2021. Recuperado de <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/lesahumanidad/2005-Principios-actualizados-lucha-contra-impunidad.pdf>. Ver Principio 23. Restricciones a la prescripción; también, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968. SCIDH caso Almonacid Arellano vs. Chile, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa) de 26 de septiembre de 2006 párr. 153 y también en SCIDH caso Barrios Altos vs. Perú, (Fondo) de 14 de marzo de 2001, párr. 43 y SCIDH Bulacio vs. Argentina, (Fondo, Reparaciones y Costas) de 18 de septiembre de 2004, párr. 116.

⁴⁰ SCIDH Almonacid Arellano versus Chile, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa) de 26 de septiembre de 2006 párr. 114 señaló con rotundidad que “los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna” SCIDH caso Barrios Altos vs. Perú (Fondo), de 14 de marzo de 2001, párr. 43 “las leyes de autoamnistías conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”. También SCIDH caso Gelman vs. Uruguay, (Fondo y Reparaciones) de 24 de febrero de 2011, párr. 230 ss.

⁴¹ Por ejemplo, en la Quinta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América; en el artículo 23 de la Constitución mexicana o en el artículo 103 de la Constitución alemana. El TCE, a falta de un reconocimiento expreso en la CE, lo vincula al principio de legalidad penal. En la STC 2/1981 de 30 de enero se sostiene que este principio está “íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución”.

De indiscutible interés VERVAELE Jon, 2006. “El Principio de non bis in idem en Europa”, Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla-La Mancha. Fecha consulta. 20/7/2021. Recuperado <http://www.cienciaspenales.net>

⁴² Artículo 14. 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

⁴³ Artículo 8.4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

⁴⁴ Artículo 4 del Protocolo N° 7. Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces. 1. Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.

⁴⁵ Artículo 50. Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley.

En el artículo 4.1. del Protocolo N° 7 el *non bis in idem* se define como el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por el mismo hecho y se configura una prohibición, la prohibición de perseguir o condenar penalmente a una persona por una infracción por la que ya haya sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado⁴⁶. La garantía del *non bis in idem* opera cuando hay un procedimiento en el que ya se ha dictado una sentencia condenatoria o absolutoria que ya es firme y se inicia otro posteriormente por los mismos hechos contra la persona que ya había sido absuelta o condenada anteriormente. Como ha dicho el TEDH “el objetivo del artículo 4 del Protocolo n° 7 es prohibir la repetición de procesos penales que han concluido con una sentencia firme”⁴⁷.

En el Protocolo n° 7, sin embargo, no se reconoce el derecho a no ser procesado dos veces por un mismo hecho como un derecho absoluto. En el artículo 4.1. del Protocolo ya se condiciona la vigencia del principio a que la condena previa esté prevista “en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado” y en el 4.2. del Protocolo en la misma línea se agrega que “lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o ulteriormente conocidos o un vicio esencial en el procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada”. De esta forma, a los tres requisitos clásicos de validez formal de la cosa juzgada, el de identidad de personas, de hecho y objeto se suma un cuarto requisito de *validez material*, que consiste en que la sentencia absolutoria o condenatoria sea firme, que haya sido dictada conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado parte y que no esté afectada por un vicio esencial de ese procedimiento. En consecuencia, sólo una sentencia firme que sea formal y materialmente válida en los términos del artículo 4 del Protocolo n° 7 tendrá fuerza inhibitoria de la apertura de un nuevo procedimiento, es decir fuerza de cosa juzgada.

Ahora bien, puede ocurrir que en un procedimiento penal por un crimen contra los derechos humanos el Tribunal se dicte una sentencia absolutoria o condenatoria con una pena escandalosamente baja con el deliberado propósito de blindar al acusado con la garantía *non bis in idem* frente a futuros enjuiciamientos por los mismos hechos. La CIDH a las resoluciones que han estimado que no puede iniciarse un nuevo proceso penal sobre la base de que hubo uno anterior que se sustanció con el propósito de garantizar la impunidad del inculpado ante el riesgo de que en el futuro se pudiera abrir una nueva causa penal, carecen de validez material y les niega, por tanto, fuerza de cosa juzgada. De acuerdo con el artículo 4 del Protocolo n° 7 la sentencia estaría afectada por un vicio esencial del procedimiento al que puso fin y la apertura de un nuevo procedimiento por los mismos hechos no vulneraría la prohibición del *bis in idem*. Sería una sentencia carente de fuerza de cosa juzgada o sería, en términos de la CIDH una *cosa juzgada fraudulenta o aparente*⁴⁸.

Por su parte, el ER en el artículo 20.1. ER⁴⁹ reitera la vigencia del derecho humano al *non bis in idem* y al mismo tiempo en el artículo 20.3 ER establece las excepciones a este principio⁵⁰. Conforme a este precepto no se vulneraría el *non bis in idem* en los casos en que el proceso anterior a) “tuviera el propósito de proteger a la persona imputada por crímenes competencia de la Corte”; o b) “no se hubiere desarrollado de forma independiente o imparcial de conformidad con las normas del debido proceso reconocidas por el derecho internacional y se hubiere desarrollado de un modo que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con una intención de llevar al imputado ante la justicia”⁵¹ (traducción personal libre del inglés)⁵².

⁴⁶ El artículo 4.1. del Protocolo n° 7 no vincula a todos los Estados parte del CEDH, sino a que lo han ratificado sin reservas. Por tanto, no vincula al Reino Unido que ni siquiera lo ha firmado, ni a Alemania, ni a los Países Bajos que no lo han ratificado. Otros países como Austria e Italia han limitado la aplicación del artículo 4 exclusivamente a los comportamientos calificados como delitos conforme a sus legislaciones nacionales.

⁴⁷ STEDH Mihalache v. Romania, Judgment, de 8 de julio 2029

⁴⁸ CHACON MATA, Alfonso 2015. “La cosa juzgada fraudulenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: implicaciones para el Estado de derecho contemporáneo” *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 18, 35, 169-188. Cfr. SCIDH, Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costa) Sentencia de 22 de noviembre de 2004, párr. 131. La Corte constata este tipo de fraude y cita el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Estatutos del Tribunal Internacional para Ruanda (1994) y del Tribunal Internacional para antigua Yugoslavia (1993).

⁴⁹ En la versión inglesa del Estatuto el art. 20 se encabeza con el epígrafe “Ne bis in ídem” y en la española inexplicablemente con el de “Cosa Juzgada” en circunstancias que la disposición enfoca el hecho desde la perspectiva de la prohibición y no desde el efecto *res iudicata*.

⁵⁰ También en el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, artículo 9 y en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, artículo 10.

⁵¹ El art. 20.3 b) ER remite a los instrumentos internacionales que reconocen entre sus garantías los principios procesales. Entre estos instrumentos se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, concretamente en su art. 14 y, desde luego en la Convención Americana en el art. 8 y también en el art. 25.

⁵² Se vuelve a constatar una diferencia entre la versión inglesa y la española del ER sobre todo en el supuesto b) del art. 20.3.

Una lectura atenta del precepto nos tiene que llevar a la conclusión que en el ER hay un solo grupo de casos de excepción al *non bis in idem*, el del propósito de proteger al imputado frente a un nuevo juicio. En el apartado a) se contiene una cláusula abierta y en el b) en referencia al anterior, solo lo que se hace es precisar que la inobservancia de las reglas del debido proceso es indiciaria de la ausencia de un juicio independiente o imparcial y de la voluntad de proteger al imputado por el crimen internacional pero, no cierra la posibilidad de valorar otras circunstancias que permitan inferir ese propósito como, por ejemplo, la imposición de una pena manifiestamente baja o que se fundamenta en una norma jurídicamente nula, por ejemplo, una autoamnistía. Otros casos serían, por ejemplo, aquellos en que la resolución base provenga de un tribunal que orgánicamente no sea objetivamente imparcial, como por ejemplo un tribunal militar.

La doctrina de la cosa juzgada fraudulenta o aparente ha sido aplicada por la CIDH en línea con lo que establece el artículo 20 ER. Para la CIDH el principio de cosa juzgada implica “la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso” y que incluso “si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada” las investigaciones pueden ser reabiertas “si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esas graves violaciones a los derechos humanos”⁵³.

La CIDH reitera que si bien el derecho al *non bis in idem* es un derecho humano reconocido por la CADH en el artículo 8. 4⁵⁴, no es un derecho absoluto y que no resulta aplicable a) si la actuación del tribunal tenía el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; b) si no hubo un procedimiento independiente e imparcial conforme a las reglas procesales y c) si no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia⁵⁵.

La CIDH ha apreciado cosa juzgada fraudulenta, por ejemplo, en un supuesto en que la sentencia del Estado nacional fue dictada en un procedimiento viciado en que no se valoraron todas las pruebas y resolvió, en consecuencia, que el Estado no podía invocar “como eximente de su obligación de investigar y sancionar” dicha sentencia que había emanado de un proceso que no cumplía los estándares de la Convención Americana⁵⁶. También en un supuesto en que el proceso se sustanció ante un tribunal militar y en que la sentencia absolutoria se fundó en una autoamnistía. En este caso, la CIDH señaló que el tribunal “no guardaba la garantía de competencia, independencia e imparcialidad” y que la aplicación de la autoamnistía tenía el propósito de “sustraer a los presuntos responsable de la acción de la justicia” y dejar el crimen en la impunidad⁵⁷.

Una situación homologable a la de la cosa juzgada fraudulenta es la llamada *litis pendencia fraudulenta*. Es también un fraude procesal cuyo objetivo es sustraer al inculpado de la acción de la justicia. Con este fin se abre un proceso que se eterniza deliberadamente con el propósito de prevenir la apertura de un nuevo proceso⁵⁸. Es el caso de las dilaciones indebidas de los procesos, por ejemplo, por la interposición abusiva de recursos de amparo de los procesados que las autoridades judiciales no resuelven en un plazo razonable. La CIDH “considera que los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad. De este modo, si las autoridades permiten y toleran el uso de esta manera de los recursos judiciales, los transforman en un medio para que los que cometen un ilícito penal dilaten y entorpezcan el proceso judicial. Esto conduce al quebrantamiento de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y me-

En la versión inglesa la conjunción entre la primera frase y la segunda del art. 20.3 b) es copulativa y no alternativa como la que consta en la española. De esta manera, en el art. 20.3 b) según la versión inglesa no hay dos supuestos alternativos sino uno solo condicionado por la segunda frase, lo que tiene más sentido pues con ello se limitan las infracciones al debido proceso que indicarían una cosa juzgada fraudulenta solo a aquellas que valoradas según las circunstancias del caso sean indicativas de la voluntad de no someter a los imputados a la acción de la justicia. En el texto he plasmado una traducción libre personal que me parece más de acorde con el contexto del Estatuto.

⁵³ SCIDH, caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costa), Sentencia de 11 de mayo de 2007, párrafo 197.

⁵⁴ Artículo 8.4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos.

⁵⁵ SsCIDH, caso Almonacid Arellano vs. Chile, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa) de 26 de septiembre de 2006 párr. 154; Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costa), de 11 de mayo de 2007, párrafo 197, entre otros. También SsCIDH caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, de 22 de noviembre de 2004, párrafos 131 y 132; caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, de 12 de septiembre de 2005, párrafo 98.

⁵⁶ SCIDH caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, de 22 de noviembre de 2004, párrafo 132. 3

⁵⁷ SCIDH, caso Almonacid Arellano vs. Chile, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa) de 26 de septiembre de 2006 párrafo 155.

⁵⁸ OLLÉ SESÉ, Manuel 2019. *Crimen Internacional y Jurisdicción Penal Nacional: De la Justicia Universal a la Jurisdicción Penal Interestatal*, Madrid; Aranzadi, pp.118, 156, 198 a 201.

noscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones”⁵⁹.

En supuestos como este la CIDH concluye que cuando un proceso penal no se desarrolla en un plazo razonable hay una obstrucción que favorece la impunidad de los responsables de los crímenes contra los derechos humanos y que el Estado cuando la practica viola los artículos 8 y 25 de la Convención que reconocen como derechos humanos las garantías judiciales y la protección judicial respectivamente y omite con ello su deber de proteger y garantizar su vigencia conforme lo establece el artículo 1.1. de la Convención⁶⁰.

5.2. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD.

Como tuve ocasión de exponer en una publicación anterior es también un obstáculo que favorece la impunidad el principio de territorialidad que limita la competencia de los tribunales a la investigación y enjuiciamiento de los crímenes cometidos en el territorio en que el Estado ejerce su soberanía⁶¹. De este modo, al estar la competencia de los tribunales nacionales limitada territorialmente no pueden conocer de otros hechos que no sean los cometidos dentro del territorio soberano del Estado. Este límite territorial de la jurisdicción constituye un obstáculo que favorece la impunidad del responsable de un crimen internacional contra los derechos humanos. Crímenes contra los derechos humanos cometidos en otro espacio territorial pueden quedar sin castigo si sus responsables se refugian en países que mantienen estrictamente la vigencia del principio de territorialidad. Los tribunales de estos países no tendrían competencia para investigar otros crímenes que no sean los cometidos dentro de su territorio, aunque esos crímenes sean crímenes internacionales.

Como se señaló anteriormente (supra 2.), la competencia de la CPI es complementaria de la de los tribunales nacionales⁶². Son estos tribunales, en consecuencia, los que están en la primera línea del cumplimiento de la obligación de investigar, enjuiciar y, en su caso, condenar a los autores de crímenes internacionales contra los derechos humanos y que sólo subsidiariamente y con limitaciones están dentro de la competencia de la CPI⁶³.

En el Preámbulo del Estatuto de Roma se dice que los crímenes de competencia de la CPI “no deben quedar sin castigo y que, para tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”. Como puede apreciarse en el ER se confía en que para la persecución de estos crímenes los Estados parte creen el marco normativo necesario para que sus tribunales nacionales integrados en una red internacional puedan cooperar entre si en beneficio de la erradicación de la impunidad.

El obstáculo favorecedor de la impunidad a remover es el principio de territorialidad que limita la competencia de los tribunales domésticos a los crímenes cometidos dentro de su espacio territorial. Como herramientas eficaces para conseguir superar este obstáculo territorial se contemplan la celebración de acuerdos internacionales que establezcan a) la obligación de los Estados de entregar o juzgar al posible responsable de un crimen internacional cuando se encuentre en su territorio (*aut dedere aut judicare*) que de algún modo es complementario de b) el principio de jurisdicción universal que legitima a los tribunales internos para investigar ciertos crímenes internacionales independientemente del hecho de que hayan sido o no cometidos dentro de su ámbito territorial⁶⁴.

⁵⁹ SCIDH, caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala de 25 de noviembre de 2003, párrafo 211.

⁶⁰ SCIDH, caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala de 25 de noviembre de 2003, párrafo 271.

⁶¹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, 2021. “Prohibición de la impunidad de las violaciones de derechos humanos criminalizadas” en *Justicia Criminal y dogmática penal en la era de los derechos humanos. Estudios en homenaje a Jorge Mera Figueroa*. Santiago de Chile. Thomson Reuters, pp. 413-44.

⁶² La complementariedad de la CPI se señala expresamente en el Preámbulo del ER, en el artículo 1º y se deduce de los artículos 17.1, 18 y 20.3 ER. La CPI solo intervendrá cuando los tribunales nacionales competentes no estén en condiciones o no tengan la voluntad política de conocer actuar.

⁶³ SOSA NAVARRO, Marta 2015. “Aut dedere aut judicare”, *Eunomia. Revista de Cultura de la Legalidad*, 8, pp. 171-182. Las limitaciones de la CPI que se destacan son: a) el carácter convencional del ER que obliga sólo a los Estados que son parte; b) el poder del Consejo de Seguridad de iniciar y suspender procesos ante la CPI; c) las dificultades probatorias que tendrá la CPI respecto de hechos que pueden haber ocurrido a miles de kilómetros de distancia y d) la limitación temporal de la CPI, que solo puede actuar respecto de hechos ocurridos después del año 2002, que no tienen los tribunales nacionales.

⁶⁴ Otros principios que legitiman excepcionalmente la aplicación extraterritorial de la ley penal son el de personalidad activa y el real o de protección. Ver OLLÉ SESÉ, Manuel 2019. *Crimen Internacional y Jurisdicción Penal Nacional: De la Justicia Universal a la Jurisdicción Penal Interestatal* cit. pp. 37 ss.

- a) El principio *aut dedere aut iudicare*. Es la alternativa obligacional que se le presenta a un Estado en cuyo territorio se encuentra una persona indiciariamente responsable de un crimen internacional bien de entregarla a otro Estado o a un tribunal internacional competente para someterla a un juicio con todas las garantías o bien de enjuiciarlo el mismo. Se trata, como se ha señalado de “garantizar la persecución universal de los presuntos responsables de crímenes internacionales”⁶⁵.

Esta obligación alternativa de entregar a un Estado o de enjuiciar tiene carácter convencional⁶⁶. Pertenece, por tanto, al derecho internacional convencional y requiere, por tanto, un acuerdo internacional entre Estados que habrá de formalizarse en un convenio o tratado⁶⁷. En el ER la obligación *aut dedere aut iudicare* se anuncia implícitamente en el Preámbulo en el genérico mandato a los Estados de que intensifiquen la cooperación internacional para evitar la impunidad y se infiere de la obligación de entregar a la CPI si el indiciariamente responsable está en su territorio⁶⁸.

El principio *aut dedere aut iudicare*, además de la creación y modificación de normas internas requiere acuerdos de cooperación judicial que pongan a disposición de los tribunales domésticos esta ágil herramienta procesal tan necesaria para remover el obstáculo que representa para la investigación, enjuiciamiento y condena, si procede, del responsable de un crimen internacional, las fronteras que limitan el espacio territorial de la jurisdicción de los tribunales nacionales.

- b) El principio de jurisdicción universal. Así como *aut dedere aut iudicare* es una obligación convencional, la justicia universal es una decisión soberana de un Estado, de cualquier Estado, que resuelve declarar competentes a sus tribunales para investigar, enjuiciar y, en su caso, condenar a los autores de *los crímenes internacionales*, cualquiera que sea el lugar donde se hubieran cometido y cualquiera que sea la nacionalidad de sus autores o de sus víctimas y sin que sea necesario que hayan sufrido perjuicio los intereses nacionales del propio Estado, pues solo así, con una competencia de los tribunales internos de esta amplitud, se puede dar un cumplimiento cabal al mandato de interdicción de la impunidad⁶⁹.

La capacidad de las jurisdicciones internas para conocer de crímenes internacionales debe ser valorada en el contexto de la naturaleza subsidiaria de la CPI respecto de las jurisdicciones penales nacionales y de la voluntad del orden jurídico internacional, como dice el Preámbulo del ER, de poner fin a la impunidad de los autores de “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional”. La atribución de esta competencia extraterritorial a las jurisdicciones nacionales es un paso más en la dirección de hacer efectiva una justicia penal universal.

De este modo, cualquier condición que se imponga a la competencia de los tribunales domésticos, como por ejemplo que los responsables se encuentren en territorio nacional o que existan víctimas nacionales, es incompatible con la jurisdicción universal. Una disposición reguladora de la competencia de los tribunales que incluya tales condiciones simplemente regula una aplicación extraterritorial de la ley penal. Los Estados suelen restringir el ámbito de la jurisdicción de sus tribunales por discutibles razones de conveniencia que nunca serán suficientes si se tiene en cuenta que la justicia universal y la persecución de los crímenes internacionales contra los derechos humanos, están al servicio de la protección de estos derechos y no de la razón de Estado⁷⁰.

⁶⁵ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza 2016. “La obligación *aut dedere aut iudicare* y su cumplimiento en España”, *Revista Española de Derecho Internacional*, p. 207.

⁶⁶ SOSA NAVARRO, ob. cit. p. 172 s. Se discute en doctrina internacional si la discrecionalidad es total a la hora de elegir entre entregar o enjuiciar. En tanto que es una cláusula convencional habrá que atender al contenido de esta en cada uno de los instrumentos.

⁶⁷ SOSA NAVARRO, ob. cit. p. 177 s. Se discute en el derecho internacional si esta obligación es puramente estatutaria en cuyo caso solo obligaría a los Estados parte o si es de derecho consuetudinario en cuyo caso obligaría a todos los Estados.

⁶⁸ La cláusula *aut dedere aut iudicare* se encuentra también, entre otros instrumentos convencionales, en los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a los crímenes de guerra y su Protocolo Adicional, en el Convenio sobre Tráfico de Personas de 1950, en el Convenio de la Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970, la Convención contra la Tortura de 1984 y la Convención para la Protección contra Desapariciones Forzadas de 2006.

⁶⁹ OLLÉ SESÉ, Manuel 2019. *Crimen Internacional y Jurisdicción Penal Nacional: De la Justicia Universal a la Jurisdicción Penal Interestatal*, pp. 63 ss., con interesantes aportaciones sobre la relación entre jurisdicción y soberanía.

⁷⁰ Fueron presiones de potencias comerciales extranjeras que no destacan por su compromiso con los derechos humanos y se vieron amenazadas, las que llevaron a España a reformular en el año 2009 el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Lo que antes de la reforma podía considerarse que era jurisdicción universal se transformó en una regla de aplicación extraterritorial de la ley penal condicionada a la acreditación de alguno de estos hechos: a) que los imputados se encuentren en España; b) que existan víctimas de nacionalidad española; y c) la constatación de un vínculo de conexión relevante con España.

La jurisdicción universal es mucho más que eso, es un instrumento para la justicia universal. Se trata de que los autores de estos crímenes atroces, nos referimos a los llamados crímenes internacionales de primer grado como los califica acertadamente Ollé Sesé, es decir de los delitos de genocidio, lesa humanidad, de guerra y contra la paz, no permanezcan impunes⁷¹.

6. CONCLUSIONES

- 1^a En el sistema internacional de protección de los derechos humanos, de acuerdo con lo que establece el Estatuto de Roma, son los tribunales nacionales de los Estados soberanos los que están obligados por el principio de interdicción de la impunidad a perseguir penalmente a los responsables de las violaciones de derechos humanos constitutivas de delito.
- 2^a Las violaciones de derechos humanos criminalizadas, de acuerdo con el Estatuto de Roma, se pueden clasificar como graves y más graves.
- 3^a Según se infiere del Estatuto de Roma las violaciones más graves de derechos humanos, es decir aquellas de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, son los hechos punibles que subyacen en el crimen de genocidio y en el crimen de lesa humanidad.
- 4^a El plus de antijuridicidad que permite valorarlas como las violaciones más graves de derechos humanos es en el genocidio la concurrencia del elemento subjetivo de cometer el hecho con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, racial, étnico o religioso y en el crimen de lesa humanidad la del elemento objetivo de que el hecho sea la consecuencia de la realización de un plan estatal de violencia generalizada o sistemática contra la población civil.
- 5^a Las violaciones simplemente graves de derechos humanos serán los comportamientos punibles específicos que subyacen dentro de la categoría lesa humanidad que tengan carácter puntual, esto es, sin la concurrencia del plus de antijuridicidad que significa que el hecho sea la realización de un plan de violencia organizada por el Estado.
- 6^a Los comportamientos punibles específicos que subyacen en el crimen de lesa humanidad como por ejemplo asesinatos, torturas o desapariciones forzadas, cometidos puntualmente, es decir cuando no hay violencia organizada por el Estado, son también violaciones de derechos humanos que indiscutiblemente son graves. Sin embargo, a pesar de haber sido realizados por un agente del Estado y por una razón de Estado no son punibles como crímenes contra los derechos humanos en el código penal español sino como crímenes corrientes.
- 7^a La obligación internacional de España de proteger y garantizar los derechos humanos conlleva la de perseguir las responsabilidades penales de los autores de crímenes contra los derechos humanos no sólo de los más graves, genocidio y lesa humanidad, sino de todos los crímenes contra los derechos humanos. El cumplimiento de esta obligación implica que en España se reforme el código penal vigente y que en un capítulo especial con el epígrafe “Crímenes contra los derechos humanos”, se incluyan junto con el genocidio y el crimen de lesa humanidad, los delitos subyacentes cometidos puntualmente al margen de una violencia organizada por el Estado.
- 8^a La Corte Penal Internacional con su competencia sólo complementa a las jurisdicciones nacionales únicamente respecto de los crímenes de genocidio y lesa humanidad y sólo cuando sus tribunales no estén en condiciones actuar o no tengan la voluntad política de hacerlo. La complementariedad deja en la primera línea de defensa de los derechos humanos a los tribunales nacionales, pero con una competencia más amplia que la de la Corte Penal Internacional ya que no está limitada al genocidio y al crimen de lesa humanidad.
- 9^a El principio de interdicción de la impunidad obliga a los Estados a remover los obstáculos que favorecen la impunidad como las amnistías, la prescripción. Entre esos obstáculos a remover también se encuentran bajo ciertas y determinadas condiciones el non bis in idem, la litis pendencia y los límites territoriales de las jurisdicciones nacionales.
- 10^a De lege ferenda los Estados deben armonizar en convenios internacionales mecanismos de asistencia recíproca para poder hacer efectiva la interdicción de la impunidad de los responsables de violaciones de

⁷¹ OLLÉ SESÉ, Manuel 2008. *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*. Madrid: La Ley. pp. 184 ss. El autor distingue entre crímenes internacionales de primer y segundo grado. Los primeros serían para el autor los que lesionan los bienes jurídicos supranacionales más importantes o valiosos como la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. Dentro de esta categoría se comprenden el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y de guerra.

derechos humanos criminalizadas tales como la jurisdicción universal y su herramienta procesal el principio *et audere et judicare*. En el plano interno deben hacer las reformas necesarias para que en los códigos penales se sistematicen bajo un epígrafe explícito de crímenes contra los derechos humanos junto al crimen de genocidio y al de lesa humanidad, todos los crímenes contra los derechos humanos especialmente los hechos punibles que subyacen especialmente en este último, cuando son cometidos puntualmente, esto es al margen de un plan de violencia organizada por el Estado.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLAN HONRUBIA, Victoria, 2000. *La responsabilité internationale de l'individu*. The Hagu/Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers.
- ACEBAL MONFORT, Luis 2014 *Derechos Humanos en España hoy. ¿Retórica o Futuro?* Madrid: Editorial ACCI
- AYALA CORAO, Carlos, 2007. "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Santiago de Chile; *Estudios Constitucionales*, año 5, 1, Universidad de Talca, pp.127-201
- BANTEKAS, Ilias 2010. *International Criminal Law*, 4ª Ed. Oxford and Portland, Oregon: Ed. Hart Publishing.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, 2017. *La justicia transicional en Brasil. El caso de la guerrilla de Araguaia*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- BUERGENTHAL, Thomas y THÜRER, Daniel 2010. *Menschenrechte. Ideale, Instrumente, Institutionen*. Zürich: Dike Verlag.
- BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán 2004. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán 2006. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Editorial Trotta.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio 2001. *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*. Deusto, Bilbao: Universidad de Deusto.
- CHACON MATA, Alfonso 2015. "La cosa juzgada fraudulenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: implicaciones para el Estado de derecho contemporáneo" *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 18, 35, pp. 169-188.
- FONDEVILA MARON, Manuel 2017. "Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos". *Deusto: Estudios de Deusto* 65 (1), pp. 347-360.
- FONTANA, Josep, 2012. *Por el bien del Imperio. Una Historia del Mundo desde 1945*. Barcelona: Ed. Pasado & Presente.
- FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL 2009. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional I*. Washington DC, Estados Unidos de América.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio 2011. "El control judicial interno de convencionalidad". México. *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, N° 28, 123-159.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, 2013. "Los condicionamientos políticos de la Justicia Penal Internacional del Estatuto de Roma" en Velásquez M, Posada R., Cadavid, Q. Sotomayor J.O. (coord.) *Derecho Penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje al profesor Nodier Agudelo Betancur*. Medellín, Colombia, pp. 1113-1142.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, 2021. "Prohibición de la impunidad de las violaciones de derechos humanos criminalizadas" en *Justicia Criminal y dogmática penal en la era de los derechos humanos. Estudios en homenaje a Jorge Mera Figueroa*. Santiago de Chile. Thomson Reuters, pp. 413-441.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, 2022. "La protección de los Derechos Humanos en el Código Penal español. Una propuesta de reforma" en *Liber Amicorum Derechos Humanos y Derecho Penal, Libro Homenaje al Profesor Ignacio Bergudo Gómez de la Torre, Tomo II*. Aquilafuente, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 634 a 646.
- IRIGOIN BARRENNE, Jeanette, 1996. "La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno chileno", *Revista Chilena de Derecho*, 23, 2 y 3, T. I, pp. 299-307.

- JIMENA QUESADA Luis, 2013. Jurisdicción nacional y control de convencionalidad, A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos, Cizur Menor, Aranzadi.
- KURTH, Michael E., 2002. Das Verhältnis des Internationalen Strafgerichtshofes zum UN-Sicherheitsrat. Unter besonderer Berücksichtigung von Sicherheitsresolution 1422, Baden: Nomos.
- LÓPEZ GARRIDO Diego, 2017. “El carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de las sentencias judiciales firmes”, en *Parlamento y Constitución*. Anuario N° 18, pp. 60 ss.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, 2018. “Constitución y protección internacional de los derechos humanos. El proceso de internalización del Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *PENDAS (Dir.), España Constitucional (1978-2018) Trayectorias y perspectivas*, Madrid, CEPC, 2018, Vol. I, pp. 771-787.
- MACKE, Julia, 2010. UN-Sicherheitsrat und Strafrecht. Legitimation und Grenzen einer internationalen Strafgesetzgebung, Berlin, Duncker & Humblot.
- MENDOZA CALDERÓN, Silvia, 2011. “La aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España bajo el principio de justicia universal y los conflictos derivados del principio de legalidad: el caso Scilingo.” *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XXXI, pp. 431-457.
- OLLÉ SESÉ, Manuel, 2008. *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*. Madrid: La Ley.
- OLLÉ SESÉ, Manuel, 2019. *Crimen Internacional y Jurisdicción Penal Nacional: De la Justicia Universal a la Jurisdicción Penal Interestatal*, Madrid; Aranzadi.
- OLLÉ SESÉ, Manuel, 2019. “¿Qué significa intentar destruir una “parte” de un grupo? Particular atención al genocidio cometido a través del ataque a la dirigencia del grupo” en OLÁSOLO, H. y de PRADA P.E (coord). *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio*. Valencia: Tirant lo Blanch pp. 521-546.
- ORENTLICHER, Diane, 2005. “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Fecha consulta 20/7/2022. Recuperado de <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/lesahumanidad/2005-Principios-actualizados-lucha-contra-impunidad.pdf>
- ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, 2016. “La obligación aut dedere aut iudicare y su cumplimiento en España”, *Revista Española de Derecho Internacional*, pp. 207-228
- de PRADA, José Ricardo, 2019. “Introducción. Reflexiones sobre la evolución del concepto originario al actual de genocidio” en OLÁSOLO, H. y de PRADA P.E (coord). *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio*. Valencia: Tirant lo Blanch pp. 29.74
- de PRADA, Pilar Eirene, 2019. “Apuntes socio-jurídicos sobre el concepto de genocidio” en OLÁSOLO, H. y de PRADA P.E (coord). *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio*. Valencia: Tirant lo Blanch pp. 191-230.
- SANDS, Philippe, 2017. *Calle Este-Oeste*, trad. Ramos Mena. Barcelona. Anagrama.
- SERRANO ALBERCA, José Manuel, 2001. “Artículo 96” en *Garrido Falla y otros Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Madrid: Civitas, pp. 1499-1508.
- SOSA NAVARRO, Marta, 2015. “Aut dedere aut iudicare”, *Eunomia. Revista de Cultura de la Legalidad*, 8, pp. 171-182
- TORRES ZUÑIGA, Natalia, 2017. “Control de normas constitucionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Subsidiariedad, deferencia e impacto en la teoría del cambio constitucional, en Alejandro Saiz Arnaiz (dir.), *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 90-128
- VERVAELE, Jon, 2006. “El Principio de non bis in idem en Europa”, *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla-La Mancha. Fecha consulta 20/7/2022. Recuperado <http://www.cienciaspenales.net>
- WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian, 2017. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.