



Actas del Seminario internacional de intercambio de experiencias en materia de litigio estratégico de derechos humanos



ASF
Canada

Tabla de contenido

PREFACIO.....	4
1. EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL COMO MECANISMO DE DEFENSA CONTRA LAS VIOLACIONES GRAVES A LOS DERECHOS HUMANOS. REFLEXIONES A PARTIR DE SU INFLUENCIA EN EL CASO ARGENTINO.....	6
1. Preludio.....	7
2. Puntos de partida.....	8
2.1 Criterios atributivos de jurisdicción en materia penal en Argentina	8
2.2 Argentina frente al principio aut dedere aut iudicare	10
3. Juicio y castigo: ¿Cuál fue la influencia del principio de jurisdicción universal?	11
3.1 Verdad y justicia, responsabilidad limitada	12
3.2 El regreso de la impunidad	13
3.3 Pequeños grandes pasos	15
3.4 Juicio y castigo	25
3.5 La jurisdicción universal puesta en marcha	27
3.6 Corolario	28
4. Apreciaciones finales.....	30
2. JUZGAR A UN JEFE DE ESTADO. EL CASO DE ALBERTO FUJIMORI.....	34
1. Introducción	35
2. El proceso judicial contra el ex presidente Alberto Fujimori.....	36
3. La sentencia	38
4. La ratificación de la sentencia condenatoria.....	47
5. Las lecciones del proceso al ex presidente Alberto Fujimori	48
3. LA JUSTICIA PARA LOS ALTOS MANDOS Y AUTORES INTELECTUALES. CONTRASTE DE EXPERIENCIAS ENTRE AMÉRICA DEL SUR Y GUATEMALA.....	58
1. ¿Cómo accionar?	60
2. Obstáculos a la persecución de los crímenes internacionales e impunidad.....	62
2.1 Prescripción	63
2.2 Amnistías y auto amnistías.....	63
2.3 Derecho de asilo y extradición	65
2.4 Obediencia debida	65
2.5 Tribunales militares	66

3. ¿Por qué juzgar a los altos mandos?	68
4. ¿Cómo se determinó la responsabilidad de los altos mandos militares?	69
5. ¿Por qué litigar estos casos?	71
4. LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL COMO MECANISMO DE DEFENSA CONTRA LAS GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS: ASPECTOS GENERALES	74
1. Introducción	75
2. El concepto de jurisdicción universal.....	76
3. Jurisdicción universal y Derecho internacional	77
3.1 <i>La jurisdicción universal y Derecho penal internacional</i>	77
3.2 <i>Heterogeneidad de la naturaleza de los crímenes internacionales</i>	78
3.3 <i>Estatus de los crímenes perseguibles bajo el principio universal</i>	80
4. El caso español: la Ley Orgánica 1/2009.....	84
5. EL CASO DE GENOCIDIO ANTE LA AUDIENCIA NACIONAL ESPAÑOLA: SU IMPACTO EN GUATEMALA Y AVANCES.....	88
1. Introducción	89
2. Los límites de los casos transnacionales. Decisión de la Corte de Constitucionalidad	98
3. Reactivación del enjuiciamiento nacional y el impacto del caso de genocidio internacional hacia una efectiva justicia transnacional	101
6. JUSTICIA PARA LOS AUTORES MATERIALES E INTELECTUALES DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA.....	102
1. De la importancia del relato en la construcción de la imputación por genocidio. “Movilizar el pasado desde la urgencia del presente...”	103
2. El papel del acompañamiento en la sistematización del relato.....	104
3. Algunos aprendizajes	105

Prefacio

A nombre de Abogados sin fronteras Canadá (ASFC), me es grato presentarles esta publicación que recoge las ponencias de los expertos nacionales e internacionales que participaron en el Seminario internacional sobre litigio estratégico en materia de derechos humanos, organizado en noviembre de 2011, en Guatemala.

Desde que en 2010 iniciamos nuestras actividades a favor del acceso a la justicia para las víctimas del conflicto armado y del cumplimiento óptimo de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral de las mismas en Guatemala, ASFC ha venido apoyando a abogados defensores de derechos humanos, cuya labor se ve frustrada por obstáculos que frenan la marcha hacia el fin de la impunidad.

La colaboración entre ASFC y sus contrapartes locales ha estado orientada a permitir que los casos emblemáticos de violaciones de derechos humanos sean llevados ante los tribunales nacionales, y promuevan la creación de jurisprudencia para reducir la impunidad de violaciones de derechos humanos. ASFC considera que un caso es emblemático cuando tiene el potencial de producir un impacto especial sobre ese ámbito del Derecho, de ampliar los límites del Derecho aplicable, y de sostener el desarrollo de legislación y jurisprudencia favorable al pleno respecto de los derechos humanos.

La mayoría de los países latinoamericanos comparte con Guatemala una historia marcada por regímenes autoritarios, violaciones masivas de los derechos humanos y sistemas judiciales corruptos y débiles; en algunos de éstos se han podido aprovechar los periodos de transición política para enjuiciar y condenar a algunos de los más altos responsables de atrocidades, gracias al compromiso y la creatividad de juristas defensores de los derechos humanos.

En reconocimiento de que Guatemala atraviesa una etapa de su historia que permite abrir una brecha en la impunidad, y que los actores de la justicia podrían inspirarse en la práctica de colegas de otros países, ASFC impulsó un intercambio de experiencias mediante un seminario que se llevó a cabo del 7 al 9 de noviembre de 2011 en Antigua Guatemala, en el que participaron abogadas/os que se han distinguido en los últimos años por su contribución al fortalecimiento de la justicia y su anhelo de ver a sus magistrados hacer uso de la normativa internacional.

En ASFC estamos orgullosos de la muy buena calidad de este seminario, por el nivel de conocimiento de los ponentes, así como de los participantes que asistieron, y también porque casi todas las organizaciones de la sociedad civil importantes en temas de justicia y de derechos humanos de Guatemala acudieron al evento, lo que le dio una perspectiva global y exhaustiva a la problemática.

Con esta publicación, ASFC desea compartir las discusiones y conclusiones del seminario sobre litigio estratégico con personas que estén interesadas, y espera incrementar la concientización sobre la importancia del litigio estratégico tanto en el ámbito guatemalteco como en el latinoamericano. ASFC espera que por medio de este trabajo más abogadas/os compartan esta vía de litigio para así luchar contra la impunidad y lograr avances importantes en materia de derechos humanos en el continente.



Pascal Paradis

Director general,
Abogados sin fronteras Canadá

1.

El principio de jurisdicción universal como mecanismo de defensa contra las violaciones graves a los derechos humanos. Reflexiones a partir de su influencia en el caso argentino.

Marcos David Kotlik

Abogado (Universidad de Buenos Aires). Integrante del área de litigio del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Agradezco los valiosos comentarios y sugerencias de Carolina Varsky, Diego Morales, Valeria Barbuto, Paula Scianca Luxen y Ezequiel Heffes.

1. Preludio

La reapertura de los juicios por los crímenes cometidos durante la última dictadura militar en Argentina (1976-1983) se produjo luego de largos años de incansable lucha de los organismos promotores y defensores de los derechos humanos para superar los más diversos obstáculos políticos y jurídicos.¹ Aunque diferentes circunstancias han influido en cada una de las etapas transitadas hacia la configuración del actual proceso de juzgamiento, *a priori* no podría afirmarse que el principio de jurisdicción universal tuvo un papel preponderante. Sin embargo, sí es posible notar su presencia y atribuirle cierto nivel de influencia en diversos episodios ocurridos desde mediados de la década de 1990.

El objetivo de este artículo es, precisamente, realizar un balance sobre el principio de jurisdicción universal, entendiéndolo como mecanismo de defensa contra graves violaciones de los derechos humanos. Plantearé la experiencia argentina para resaltar cómo dicho principio puede ayudar a luchar contra la impunidad

de los más importantes crímenes internacionales². De tal modo, a la vez que trazaré someramente el camino transitado en Argentina desde 1983, me detendré en algunos episodios en particular, en los que el ejercicio de jurisdicción universal de otros Estados tuvo incidencia en el proceso que se desarrollaba en el país. Concretamente me refiero al tratamiento de los casos Scilingo y Pinochet por parte de la Audiencia Nacional de España (en adelante, Audiencia Nacional), a las causas judiciales iniciadas en diversos países europeos por crímenes cometidos en Argentina durante la dictadura y que motivaron múltiples pedidos de extradición a fines de los años noventa y principios de la década del 2000, y finalmente, a la extradición de Ricardo Cavallo de México a España en 2003.

Antes de ahondar en los momentos cruciales que he mencionado (sección 3), es preciso también establecer algunos puntos de partida para evitar un examen simplista acerca de la jurisdicción universal y su influencia en el país (sección 2). Esta hoja de ruta permitirá llegar a una serie de apreciaciones finales sobre este principio como mecanismo de defensa, valorando algunas de sus fortalezas y debilidades (sección 4).

¹ María Valeria Barbuto, *Inscribir el futuro. Estrategias de patrimonialización y construcción democrática*, tesis de licenciatura en Ciencias Antropológicas, Universidad de Buenos Aires, 2007 [inédita]. En el Capítulo II, "Democracia y Derechos Humanos", la autora explica que un análisis de "la dictadura y el proceso democrático posterior en sus dimensiones políticas, sociales y culturales no puede realizarse sin prestar atención al surgimiento, acciones y desarrollo de los ODH [...] actores centrales en la documentación y denuncia del aparato represivo y un elemento importante en la caída del régimen dictatorial y el proceso político que se inicia desde la transición a la democracia". Para mayor información en relación con el rol del CELS a partir de su creación, en 1979, véase en línea Centro de estudios legales y sociales: <<http://www.cels.org.ar/agendatematica/?ids=11&lang=>>>.

² Si bien en la actualidad subsisten algunos debates doctrinarios acerca de la diferencia entre los vocablos "crimen" y "delito", así como sobre la adecuación de uno u otro en cuanto a su utilización, excedería el objetivo del trabajo adentrarse en esa cuestión. A su vez, debe tenerse en cuenta que en Argentina la Ley 26.200 de Implementación del Estatuto de Roma, promulgada el 5 de enero de 2007, establece en su artículo 2° que la referencia a "crímenes" en el Estatuto debe entenderse como "delitos". Así, la legislación nacional ha preferido no considerar la existencia de categorías diferentes, sino simplemente zanjar las diferencias terminológicas. A lo largo de este artículo utilizaré indistintamente ambos vocablos, sin perjuicio de la clásica diferenciación realizada entre ellos, según se trate de conductas que violan normas imperativas (crímenes) o dispositivas (delitos) de derecho internacional. Véase Hortensia D.T. Gutiérrez Posse, *Elementos del Derecho Internacional Penal*, Buenos Aires, De los Cuatro Vientos, 2006, p. 83.

2. Puntos de partida

La perspectiva del análisis propuesto en este artículo hace necesario abordar dos cuestiones preliminares. En primer lugar, mencionaré brevemente cuál ha sido el criterio de jurisdicción predominante en Argentina en materia penal, y cuál ha sido la recepción del principio de jurisdicción universal. Esto permitirá comprender mejor los ejemplos que traeré a colación en la sección 3. En segundo término, referiré algunas nociones básicas sobre el principio *aut dedere aut iudicare* (extraditar o juzgar), que está estrechamente ligado al de jurisdicción universal, en tanto se activa cuando un Estado pretende juzgar a una persona que no se encuentra en su territorio. La práctica reticente del Estado argentino en relación con el principio *aut dedere aut iudicare* también es una cuestión de gran relevancia para entender de qué modo operó la influencia del ejercicio de jurisdicción por parte de terceros Estados en algunos tramos del relato aquí encarado. En definitiva, se trata de establecer algunos puntos de partida que, desde la perspectiva propuesta, deben ser tenidos en cuenta para poder advertir las fortalezas y debilidades de la jurisdicción universal.

2.1 Criterios atributivos de jurisdicción en materia penal en Argentina

En general, se sostiene que existen cinco criterios en los que los tribunales nacionales pueden fundamentar su ejercicio de jurisdicción en materia penal: territorialidad (lugar de comisión del hecho), la doctrina de los efectos (donde se producen los efectos del hecho), nacionalidad activa (de la persona que comete el hecho), nacionalidad pasiva (de la víctima) y el principio de jurisdicción universal.³

Tradicionalmente, el derecho penal argentino ha utilizado de manera predominante el principio de territorialidad, complementado por la doctrina de los efectos y por una aplicación parcial del criterio de nacionalidad activa. Ello está plasmado en el artículo 1 del Código Penal de la Nación⁴, y ha sido mantenido en los tratados de extradición suscritos por Argentina.

³ José Álvarez, "Alternatives to International Criminal Justice", en Antonio Cassese, ed., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 26.

⁴ *Código Penal de la Nación Argentina*, T.O. 1984, Ley 11.179, art. 1.

Este código se aplicará:

1º.- Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción;

2º.- Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo."

En verdad, la legislación local ha dejado escaso lugar al principio de jurisdicción universal. El artículo 3, inciso d, de la Ley 26.200 de Implementación del Estatuto de Roma, que establece penas en el Derecho interno por la comisión de los delitos tipificados en dicho instrumento internacional, prevé que la ley también se aplicará a “los casos previstos en convenios internacionales de los que la República Argentina es parte”. En definitiva, aunque se ha interpretado esa disposición como una aplicación del principio de jurisdicción universal,⁵ lo cierto es que no produjo ningún cambio significativo, puesto que los tratados internacionales a los que puede entenderse que la norma remite ya eran plenamente operativos y, por lo tanto, Argentina estaba obligada a ejercer jurisdicción (o conceder la extradición) en los casos allí establecidos.⁶ Sin embargo, jurisprudencialmente el principio sólo ha sido tíbiamente aplicado en unos pocos casos recientes.⁷

Podrá observarse, entonces, a lo largo de la sección 3, que la influencia del principio de jurisdicción universal en el proceso de juzgamiento de los crímenes cometidos durante la dictadura se ha dado mediante causas judiciales impulsadas por terceros Estados. En definitiva, el principio de jurisdicción universal influyó “desde afuera hacia adentro”. Para algunos, esto dio lugar a reacciones de aquellos que sentían atacada la propia soberanía del Estado argentino. Para todos los demás, mantuvo viva la esperanza de hacer justicia por las atrocidades acaecidas durante la dictadura. Si era factible lograrlo por medio de tribunales extranjeros, también podía continuarse la lucha contra la impunidad en nuestro país.

⁵ Amnesty International, *Universal Jurisdiction. A preliminary survey of legislation around the world*, London, 2011, Index AI: IOR 53/004/2011, p. 29-30.

⁶ Me refiero especialmente al *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, 12 de agosto de 1949, en línea: ICRC.org <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-1-5tdkna.htm>>, al *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar*, 12 de agosto de 1949, en línea: ICRC.org <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-2-5tdkwc.htm>>, al *Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, 12 de agosto de 1949, en línea: ICRC.org <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-3-5tdkwx.htm>>, al *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, 12 de agosto de 1949, en línea: ICRC.org <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-3-5tdkwx.htm>>, y al *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, 8 de junio 1977, en línea: ICRC.org <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm>>, que establecen la obligación de juzgar a los responsables de haber cometido infracciones graves (crímenes de guerra) o, en su defecto, extraditarlos; al *Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado*, 26 de marzo de 1999, en línea: UNESCO.org <http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=15207&URL_DO=DOTOPIC&URL_SECTION=201.html> que contiene la misma obligación con respecto a las infracciones allí detalladas; a la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, 10 de diciembre de 1984, en línea: OHCHR.org <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm>> que dispone lo propio en relación con los crímenes allí definidos. Similares disposiciones en relación con el principio *aut dedere aut iudicare* están contenidas en la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, 6 de septiembre de 1994, en línea: OAS.org <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-60.html>> [Desaparición Forzada]. Concretamente referida a la obligación de extraditar, es posible mencionar también la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad*, 26 de noviembre de 1968, en línea: OHCHR.org <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crimes_war.htm>. Cada uno de los tratados mencionados establece entonces, con diferentes matices, o bien la obligación de juzgar los delitos que definen –incluso en términos de jurisdicción universal–, o consagran el principio *aut dedere aut iudicare*, o expresan la obligación de extraditar.

⁷ Es posible mencionar, por ejemplo, la sentencia del 3 de septiembre de 2010 de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Argentina en la causa núm. 29.275. En esa resolución, el tribunal anuló un fallo de primera instancia que había desestimado una denuncia presentada para que se investigaran los crímenes cometidos en España durante la dictadura franquista, disponiendo que se libren exhortos diplomáticos para que aquel país informe si existen causas judiciales en trámite. Véase también “Reabren una causa en la Argentina por crímenes cometidos en España durante el franquismo” (15 de febrero de 2012), disponible en: Centro de Información Judicial <<http://www.cij.gov.ar/nota-4885-Reabren-una-causa-en-la-Argentina-por-crimes-cometidos-en-Espana-durante-el-franquismo.html>>. La Sala I de la misma Cámara emitió otra sentencia, el 21 de diciembre de 2010, en línea a través del buscador del Centro de Información Judicial: <www.cij.gov.ar>, en la cual revocó la decisión de un juez de primera instancia de archivar una denuncia formulada en 2006 en contra de autoridades de China que se encontraban ocasionalmente en Argentina, por los crímenes de lesa humanidad sufridos por los practicantes del Falun Gong en aquel país. Si bien la Cámara reafirmó la jurisdicción universal por tratarse de crímenes internacionales de gravedad, declinó la jurisdicción por considerar que se hubiera vulnerado el principio *non bis in idem*, al existir una causa similar tramitándose en España.

2.2 Argentina frente al principio *aut dedere aut iudicare*

Una segunda aclaración preliminar debe realizarse en relación con el principio *aut dedere aut iudicare*, fundamental al momento de decidir sobre los pedidos de extradición. El procedimiento de extradición permite que un Estado (requerido) le entregue a otro (requerente) una persona que debe ser juzgada y/o condenada. Las reglas de este procedimiento son aplicables cuando esa persona está sujeta a más de una jurisdicción, o cuando se encuentra en algún Estado diferente de aquel que tiene jurisdicción para juzgarlo.

A priori, la decisión de extraditar a una persona es una facultad soberana de cada Estado. Ahora bien, existen numerosos tratados internacionales que establecen la obligación de juzgar o extraditar en diversos supuestos, determinados especialmente por los Estados parte. Asimismo, hay suficiente consenso en la actualidad para señalar que el principio *aut dedere aut iudicare* también tiene carácter consuetudinario y, a pesar de que aún se discute el alcance de dicha obligación, es innegable que posee plena vigencia cuando el delito que se le imputa a la persona es un crimen de guerra, un crimen de lesa humanidad, el crimen de genocidio o el crimen de agresión.⁸ En estos casos, y siempre que convencional o consuetudinariamente rijan el principio *aut dedere aut iudicare*, la extradición sólo puede denegarse si el Estado requerido se encuentra juzgando (o ha juzgado previamente) a la persona por los mismos hechos. Es decir, el Estado debe tomar una decisión acerca de la extradición que no implique dejar de cumplir la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar los crímenes internacionales más graves. De ese modo, las alternativas se reducen a extraditar o juzgar.

Durante varios años, en Argentina no sucedió ni lo uno ni lo otro. En la sección 3 de este trabajo planteo cuál fue la reacción frente a los pedidos de extradición cursados por terceros Estados que pretendían juzgar crímenes cometidos durante la última dictadura militar. Si bien en la mayoría de los casos no se trataba del ejercicio de jurisdicción universal –sino del principio de nacionalidad pasiva, en tanto los Estados justificaban su intervención por cuanto las víctimas de esos hechos eran nacionales suyos–, la respuesta brindada por el Estado argentino fue siempre la misma, sin importar el criterio atributivo de jurisdicción utilizado. Ello reflejaba de manera diáfana la falta de voluntad por parte del Estado argentino de colaborar en el avance de los juicios desarrollados en el exterior, cuando los hechos que motivaban el pedido eran parte de los crímenes cometidos durante la dictadura.

Lo llamativo de esta situación es que Argentina ya había reconocido la existencia del principio *aut dedere aut iudicare* por medio de la ratificación de diversos tratados de extradición y de otros instrumentos internacionales⁹ y, de hecho, se habían concedido pedidos de extradición en múltiples casos de graves violaciones a los derechos humanos.¹⁰ De tal modo, su rechazo en los casos que sí tenían relación con la dictadura no sólo era una muestra clara de la política estatal en cuanto a esos crímenes, sino que también constituía una violación al derecho internacional vigente.

El principio en cuestión se encuentra tan íntimamente relacionado con el principio de jurisdicción universal, que algunos autores sostienen que se confunden entre sí,¹¹ aunque está claro que la aplicación del primero está destinada a hacer posible el ejercicio concreto del segundo. En Argentina, su vinculación se pudo observar con claridad en el proceso llevado adelante por el juez Baltasar Garzón en España, así como en los múltiples pedidos de extradición provenientes de éste y otros países europeos (ver sección 3.3). La respuesta brindada por el Estado argentino lo puso en una situación complicada, en tanto la falta de aceptación de jurisdicción de otros Estados se dio en franca violación al principio *aut dedere aut iudicare*, al menos hasta 2003.

⁸ Florian Jessberger, "Universal Jurisdiction", en Cassese, *supra* nota 3, p. 556. Para un desarrollo completo acerca de las fuentes convencionales del principio *aut dedere aut iudicare*, así como de las discusiones relacionadas con el alcance de su carácter consuetudinario, es imprescindible consultar los diferentes documentos de trabajo que actualmente lleva adelante la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el marco del tema bajo tratamiento "Obligación de juzgar o extraditar (*aut dedere aut iudicare*)". El último documento disponible al respecto es el "Cuarto informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)", presentado por Zdzislaw Galicki, Relator Especial", Doc. Off. AG NU, ses. 65, Doc NU A/CN.4/648 (2011).

⁹ Véase *supra* nota 6.

¹⁰ Me refiero, fundamentalmente, a dos causas en las que se decidió la extradición de criminales nazis: *Schwammberger*, Sala III de la Cámara Federal de La Plata del 30 de agosto de 1989, JA 27-XII-1989 y 3-I-90 y ED 27-28-29-XI-1989; Corte Suprema de Justicia de la Nación del 20-III-1990 –S 645 XXII–, ED, 13-VI-90 y LL, 16-VII-90) y *Priebke s/solicitud de extradición*, Corte Suprema de Justicia de la Nación del 2 de noviembre de 1995, causa P.457-XXXI.

¹¹ Guido Acquaviva, "*Aut dedere aut iudicare*", en Cassese, *supra* nota 3, pp. 252-254.

3. Juicio y castigo:

¿Cuál fue la influencia del principio de jurisdicción universal?

Hasta principios de 2012, casi 1800 personas han sido acusadas de cometer crímenes de lesa humanidad durante la última dictadura en Argentina, de las cuales 239 ya han sido condenadas en el marco de las 63 causas judiciales cuya etapa de debate oral ha finalizado. Por otra parte, más de 300 causas se encuentran en etapa de instrucción o sumario, aguardando el inicio del juicio oral o en el transcurso del mismo.¹²

El escenario actual, aunque no está exento de problemas,¹³ fue alcanzado luego de un camino plagado de avances y retrocesos en el cual la lucha de los organismos de derechos humanos, desde 1983 hasta la fecha, ha sido fundamental. Este recorrido tuvo varias etapas:¹⁴ una de verdad y justicia, iniciada con la creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) y el juicio

realizado a las juntas militares; una fase de impunidad, en la que fueron sancionadas las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida, y firmados los decretos que indultaron a los condenados hasta entonces; los primeros pasos para salir de la impunidad, encabezados por los juicios por la verdad y los procesos por apropiación de menores durante la dictadura; y el retorno al proceso de verdad y justicia, tíbiamente iniciado en 2001, consolidado en 2003 con el cambio de política estatal en materia de derechos humanos, y fortalecido en 2005 luego del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso conocido como “Simón”¹⁵.

En este marco, me detendré especialmente en las últimas dos etapas, pues en aquel entonces sucedieron los hechos que permiten observar el lugar ocupado por el principio de jurisdicción universal. Por momentos alteraré levemente la cronología propuesta, aunque advierto desde ya que será preciso tenerla siempre en mente.

¹² Estadísticas completas, actualizadas y desagregadas sobre el proceso de juzgamiento pueden consultarse en línea: Centro de estudios legales y sociales <<http://www.cels.org.ar/wpblogs/estadisticas/>>.

¹³ Véase Lorena Balardini, “El año de los juicios. Un análisis del avance y el impacto del proceso de justicia en clave de legitimidad y opinión pública.”, en *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2011*. (CELS), Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pp. 29-60.

¹⁴ Véase Barbuto, *supra* nota 1. Esta división en etapas está parcialmente basada en el criterio utilizado por Stanley Cohen, y que es retomado por Barbuto para dividir el periodo que transcurrió entre 1983 y mediados de la década del 2000 en una “fase de verdad”, una “fase de impunidad” y luego identificando “estrategias para salir de la impunidad”. Sin embargo, es preciso resaltar que en este artículo el único objeto de la división en etapas es ordenar el relato y posibilitar la mejor comprensión de la influencia del principio de jurisdicción universal en los últimos periodos.

¹⁵ *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.*, Corte Suprema de Argentina causa núm. 17.768 del 14 de junio de 2005. [Simón]

3.1 Verdad y justicia, responsabilidad limitada¹⁶

Una vez restaurado el sistema democrático, el gobierno argentino adoptó un rol novedoso en los ámbitos regional y mundial. La conformación de la CONADEP, que publicó su conocido informe *Nunca Más*¹⁷, y la realización de un juicio penal a los nueve integrantes de las tres juntas militares que tomaron el poder entre 1976 y 1982¹⁸ –llevado adelante por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal (en adelante, “Cámara Federal” o “Cámara”) en la causa Núm. 13/84– fueron medidas sin precedente en la región. En esta etapa, “[l]a obtención de la verdad sobre los hechos y el juzgamiento de los responsables de los crímenes se postularon como el sostén y legitimidad del nuevo orden político y social que prometía la democracia”.¹⁹

El trabajo desarrollado por la CONADEP sirvió para aportar las pruebas fundamentales para el reconocimiento de los crímenes y sus métodos.²⁰ Su informe final estableció que “una maquinaria compleja y extensa de terrorismo de Estado se puso en funcionamiento, para cometer secuestros, torturas ilimitadas, detenciones clandestinas y asesinatos de prisioneros indefensos [...] lo que sólo podía llevarse a cabo con la extensa complicidad de diferentes sectores e instituciones, a cambio de promesas de impunidad”.²¹

Pero la tarea de la CONADEP no era suficiente para las víctimas, familiares y organizaciones de derechos humanos. Ante el retraso del Consejo Superior de las Fuerzas Armadas (CONSUFA) –órgano inicialmente encargado de llevar adelante el juzgamiento– y luego de varias presentaciones por parte de los organismos de derechos humanos, la Cámara Federal, en virtud de lo dispuesto en la Ley 23.049²², tomó el caso de los ex comandantes. Luego de ocho meses de juicio, la sentencia fue dictada el 9 de diciembre de 1985,²³ condenando a cinco de ellos y absolviendo a los otros cuatro, por considerar que las pruebas en su contra eran insuficientes.²⁴

Pero éste no era el único proceso en curso. Para 1984, aproximadamente 2000 denuncias penales se habían presentado ante los tribunales federales en relación con los crímenes cometidos durante la dictadura. Las denuncias que no formaron parte del juicio a las juntas fueron consolidadas por el CONSUFA en causas de mayor tamaño, agrupadas de acuerdo con zonas, jurisdicciones territoriales o reparticiones; por ejemplo: la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA),²⁵ Camps,²⁶ Primer Cuerpo del Ejército y Tercer Cuerpo del Ejército. En los últimos meses de 1986 y los primeros de 1987, las Cámaras Federales de Capital Federal y de Córdoba finalmente se hicieron cargo de estas causas, también a raíz de las múltiples demoras.

¹⁶ Para un relato completo de los hechos acaecidos durante la etapa que se expone en esta sección, véase Juan E. Méndez, *Verdad y Justicia en la Argentina: actualización*, CELS y Americas Watch, Buenos Aires, 1991.

¹⁷ En verdad, el informe entregado por la CONADEP al Presidente en septiembre de 1984 consistía en 50000 páginas de documentación y un resumen que luego fue publicado como libro por la Universidad de Buenos Aires bajo el título “Nunca Más”. Véase CONADEP, *Nunca Más, Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Eudeba, Buenos Aires, 1984.

¹⁸ Los integrantes de la primera junta militar (1976-1979) fueron Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera y Orlando Ramón Agosti; los de la segunda (1979-1981), Roberto Eduardo Viola, Armando Lambruschini, Omar Domingo Rubens Graffigna; y los de la tercera (1981-1982), Leopoldo Fortunato Galtieri, Jorge Isaac Anaya y Basilio Arturo Ignacio Lami Dozo. La cuarta junta militar (1982-1983), que no fue sometida a juicio entonces, estuvo integrada por Cristino Nicolaidese, Rubén Oscar Franco y Jorge Hughes. Cada una de las juntas estaba formada por el comandante del ejército, de la armada y de la fuerza aérea.

¹⁹ Barbutto, *supra* nota 1.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Méndez, *supra* nota 16, p. 35.

²² La Ley 23.049 modificó el Código de Justicia Militar y confirmó la competencia de los tribunales militares para realizar los juicios pero, a la vez, estableció que la apelación de las sentencias se realizaría ante la justicia civil federal y que ésta estaba habilitada para hacerse cargo del proceso en cualquier etapa si los juicios se demoraban injustificadamente. Texto completo: *Código de Justicia Militar*, B.O. 15/2/84, Ley 23.049, en línea: InfoLEG <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infoleginternet/anexos/25000-29999/28157/norma.htm>>.

²³ El texto completo de la sentencia de la Cámara Federal de la causa núm. 13/84 está disponible en línea: Derechos.org <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13/>>.

²⁴ Fueron condenados Videla, Massera (ambos a reclusión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua), Agosti (cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta perpetua), Viola (diecisiete años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua) y Lambruschini (ocho años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua). Graffigna, Galtieri, Anaya y Lami Dozo fueron absueltos. En diciembre de 1986, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia en todos sus puntos (C.895.XX., “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto del Poder Ejecutivo Nacional”, de fecha 30 de diciembre de 1986).

²⁵ Se estima que aproximadamente 5000 desaparecidos pasaron por el centro clandestino ubicado en la ESMA, entre 1976 y 1979.

²⁶ El General Ramón Camps fue el primer Jefe de la Policía de la Provincia de Buenos Aires. Así, se agrupaban las acciones dirigidas por esa fuerza.

Hasta ese momento, el avance había sido parcial. Por un lado, vino acompañado de la instalación de la llamada “teoría de los dos demonios”, de acuerdo con la cual en el pasado había existido una “escalada de violencia” entre grupos de derecha e izquierda, discurso que fue utilizado para justificar la siguiente etapa de impunidad y que subsiste actualmente en algunas esferas. Por otra parte, se diferenciaron las responsabilidades de aquellos que habían dado los órdenes y quienes las habían ejecutado. En realidad, los organismos de derechos humanos habían planteado un concepto de justicia más amplio, en el que todos los culpables fueran juzgados y castigados, y en el que se revisara la idoneidad de todos aquellos que ocupaban cargos en el Estado.²⁷ Estas cuestiones marcan la mayor diferencia entre la etapa inicial y la nueva fase de verdad y justicia.

Ello no implica desmerecer el trabajo realizado por la Cámara que, en rigor, entendió que el gobierno de facto tuvo un plan deliberado y concertado para ejecutar una política de represión encubierta, y que los crímenes cometidos eran graves violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, como ha explicado Barbuto, la importancia de la CONADEP y del juicio a las juntas trasciende el conocimiento de los hechos y el juzgamiento a los responsables, pues “[I]a característica fundamental de esta etapa fue la construcción de un significado social de la dictadura que estableció un corte político con el pasado reciente y fijó a los derechos humanos como fundamento de la democracia”.²⁸

3.2 El regreso de la impunidad

El proceso de justicia se vio detenido casi por completo con el dictado de las Leyes de Punto Final²⁹ y Obediencia Debida³⁰, durante el gobierno de Raúl Alfonsín³¹, recibiendo su golpe de gracia con los decretos de indulto a los condenados y –contrariamente a lo reglamentado constitucionalmente– a los procesados,³² en la presidencia de Carlos Menem³³. En 1990 todo había regresado a la situación inicial, y los tribunales habían sido desplazados del rol central en la lucha contra la impunidad que habían tenido.³⁴ Estas normas dieron inicio a la etapa de impunidad.

La Ley de Punto Final regulaba un breve plazo de prescripción de 60 días para los procesos por violaciones a los derechos humanos, de modo tal que las personas que no hubieran sido indagadas y procesadas en ese periodo ya no podrían serlo. El propósito alegado por el gobierno de “acelerar los juicios” y evitar “la prolongación de un estado general de sospecha e incertidumbre”, en verdad era el de lograr ese “punto final”.³⁵ Sin embargo, se produjo una catarata de procesamientos en el corto plazo que quedaba contrariamente a lo que se esperaba y a la estrategia política planeada. El objetivo se lograría,

²⁹ Ley 23.492, B.O. 29/12/86, en línea: InfoLEG <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21864/norma.htm>>.

³⁰ Ley 23.521, B.O. 9/6/87, en línea: HCDN.gov.ar <<http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/cdhygarantias/Leyes/ley23521.htm>>.

³¹ Raúl Alfonsín asumió la Presidencia de la Nación el 10 de diciembre de 1983, y ejerció el cargo hasta el 8 de julio de 1989, finalizando su mandato cinco meses antes de lo establecido constitucionalmente.

³² En efecto, el ex Presidente Menem se excedió en el ejercicio de sus atribuciones, otorgando indultos a personas que aún no habían sido condenadas. Esto es manifiestamente contrario a lo prescripto por el actual artículo 99, inciso 5 (artículo 86, inciso 6, en el articulado previo a la reforma constitucional de 1994) de la Constitución Nacional de la República Argentina, 22/8/1994, en línea: Senado <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/ejecutivo.php>>. Su texto, al enumerar las atribuciones del Poder Ejecutivo, dispone lo siguiente:

“Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados.” (Destacado agregado)

³³ Carlos Menem asumió la Presidencia de la Nación el 8 de julio de 1989, y ejerció el cargo durante dos periodos consecutivos, hasta el 10 de diciembre de 1999. En 1994 promovió una reforma constitucional que posibilitó su reelección.

³⁴ Martín Abregú, “Causas judiciales sobre el Derecho a la Verdad”, en *Derechos Humanos en Argentina*. Informe 1995, (CELS), Buenos Aires, 1996, p. 86.

³⁵ Marcelo Sancinetti, *Derechos Humanos en la Argentina Postdictatorial*, Buenos Aires, Lerner Editores Asociados, 1988, pp. 89-90.

²⁷ Barbuto, *supra* nota 1.

²⁸ *Ibid.*

finalmente, con la Ley de Obediencia Debida, vedando la posibilidad de determinar la responsabilidad penal de las personas que revistieran el puesto de oficiales jefes, subalternos, suboficiales y personal de tropa, mediante el establecimiento de una presunción que no admitía prueba en contrario (*iure et de iure*): no eran punibles por haber obrado obedeciendo órdenes de autoridades superiores. La intensa presión militar, que había incluido dos episodios de alzamiento, había logrado su cometido.

Sólo quedaron excluidos de las leyes de impunidad los casos de apropiación de menores y sustitución de identidad; el robo de bienes; los delitos cometidos por personas que no pertenecían a las Fuerzas Armadas o de seguridad; y todos los crímenes cometidos por el terrorismo de Estado con anterioridad al golpe de estado. Sin embargo, aunque algunas causas judiciales siguieron su curso,³⁶ la relevancia de estas excepciones sería ínfima durante casi una década, en gran parte porque los gobiernos de turno no acompañaron el proceso judicial con políticas activas.³⁷

Finalmente, en los primeros años del gobierno de Menem se otorgó una serie de indultos a todos aquéllos cuyos juicios o condenas siguieron su curso después de las leyes de impunidad: militares y policías que se encontraban bajo proceso, jefes de las organizaciones políticas armadas, civiles que habían participado de algún modo en la dictadura y estaban procesados, los comandantes que habían sido condenados por la Cámara Federal en 1985, e incluso aquellos que habían protagonizado alzamientos en democracia.³⁸ El argumento brindado por el gobierno fue la necesidad de reconciliación y pacificación. Sin embargo, la mayor parte de la población se opuso firmemente, y hubo múltiples manifestaciones públicas en contra de los indultos.

Esta serie de normas fue un duro revés para el proceso de verdad y justicia, y transcurrirían más de diez años y numerosas luchas antes de que fuera posible reabrir las causas que habían sido cerradas. Los organismos de derechos humanos debieron, entonces, redefinir sus agendas, profundizándose las iniciativas de memoria social y buscando alternativas que brindaran la posibilidad de continuar las investigaciones.³⁹ En este contexto, destacaron los juicios por la verdad y las causas por apropiación de menores, cuyo desarrollo fue favorecido por diversos avances en la esfera internacional. A ello me refiero en los apartados siguientes.

³⁶ Algunos tribunales continuaron sus investigaciones para establecer la verdadera identidad de los niños secuestrados o nacidos en cautiverio y para decidir sobre su custodia. Una decisión importante fue emitida por la Corte Suprema de Justicia en octubre de 1987, convalidando la legalidad de los métodos científicos utilizados por las Abuelas de Plaza de Mayo para establecer grados de parentesco e identidad.

³⁷ Méndez, *supra* nota 16, p. 91.

³⁸ Se trató de una serie de diez decretos sancionados entre el 7 de octubre de 1989 y el 30 de diciembre de 1990. Una breve explicación, a cargo de Emilio Mignone, acerca de cada uno de los decretos está disponible en línea: Derechos.org <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/indultos.html>>.

³⁹ Barbuto, *supra* nota 1.

3.3 Pequeños grandes pasos

En las secciones anteriores mencioné que los juicios por la verdad habían constituido el primer paso de gran relevancia para salir de la fase de impunidad. En este apartado profundizo sobre la explicación respecto a su desarrollo. También reseño los motivos que derivaron en las detenciones de Jorge Rafael Videla y de Emilio Massera, entre otros, como resultado de los juicios por apropiación de menores durante la última dictadura.

Previamente, hago referencia a una serie de sucesos que se dieron en el plano internacional y que impactaron favorablemente en el contexto que posibilitó los avances mencionados. Me refiero a los casos Pinochet y Scilingo, así como a los numerosos pedidos de extradición cursados al Estado argentino por parte de países europeos, desde mediados de los años noventa. Este ejercicio tiene el objetivo de facilitar la comprensión del contexto en cuyo marco se desarrollaron los juicios por la verdad y las causas por apropiación de menores. De este modo, intento allanar el camino hacia las apreciaciones finales sobre la influencia del principio de jurisdicción universal.

Pinochet y Scilingo: los peligros de cruzar el Atlántico

Los casos Pinochet y Scilingo, que comenzaron a tramitar en España a partir de 1996 y que merecieron pronunciamientos de la Audiencia Nacional, reafirmaron el principio de jurisdicción universal. La trascendencia del caso Pinochet en el mundo – particularmente en América latina– es innegable. Este último y el caso Scilingo tuvieron una gran repercusión en Argentina, e influyeron de varias maneras en los avances logrados en la segunda mitad de esa década. Una breve explicación de cada uno de los casos, así como la mención de los argumentos jurídicos destacados, será útil para entender cuál fue su impacto en nuestro país.

A. Caso Scilingo

El 3 de marzo de 1995, el ex Capitán de la Armada Adolfo Scilingo reconoció públicamente que la marina argentina arrojó personas detenidas vivas al Río de la Plata, como parte de la metodología sistemática usada durante la dictadura. Asimismo, confesó su propia participación en los llamados “vuelos de la muerte”.⁴⁰ Sus declaraciones tuvieron un profundo efecto en la sociedad argentina, reavivando las discusiones sobre la última dictadura y, como se explica más adelante, sirviendo de impulso a los juicios por la verdad.

En 1996, el juez español Baltasar Garzón –a cargo del Juzgado de Instrucción núm. 5– había comenzado a investigar los crímenes cometidos por la dictadura militar en Argentina y, en el marco del sumario 19/97⁴¹, había calificado los delitos como terrorismo y genocidio, para los cuales la legislación española admitía el ejercicio de la jurisdicción universal. Por esto, dos años después de su manifestación pública, Scilingo fue llamado a declarar ante el juez Garzón, quien luego ordenó su detención. Este proceso motivó la intervención de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En una resolución emitida el 4 de noviembre de 1998, se pronunció de manera contundente, ratificando que los crímenes cometidos en Argentina constituían genocidio⁴² y que, en consecuencia, se habilitaba la jurisdicción universal.⁴³

⁴⁰ Véase Horacio Verbitsky, *El Vuelo*, Buenos Aires, Editorial Planeta, 1995.

⁴¹ Terrorismo y genocidio, Sumario 19/97 P.S., Juzgado central de instrucción número cinco, Audiencia nacional, Madrid, en línea: Analítica.com <<http://www.analitica.com/bitlibro/pinochet/auto.asp>>.

⁴² En la actualidad todavía existen discusiones en el marco de los juicios que se están desarrollando. En la mayoría de las sentencias se considera que se trató de crímenes de lesa humanidad –línea que, entre otras organizaciones, propone el CELS–. Algunas sentencias, en cambio, han condenado por el crimen de genocidio, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal núm. 1 de La Plata, en el juicio seguido contra Christian Federico Von Wernich. La sentencia completa del Tribunal Oral en lo Criminal Federal núm. 1 de La Plata en la causa núm. 2506/07, en línea: Centro de información judicial <<http://www.cij.gov.ar/adj/ADJ-0.803708001226937477.pdf>>.

⁴³ Los 11 magistrados integrantes del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en resoluciones del 4 y 5 de noviembre de 1998, ratificaron por unanimidad la competencia de la jurisdicción española para conocer y juzgar los crímenes contra la Humanidad cometidos en Argentina y Chile. El texto completo del auto está disponible en línea: Derechos.org <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/audi.html>>.

Los hechos que contempló la decisión son las muertes, detenciones ilegales, sustracción de menores y torturas producidas en Argentina en el periodo del 24 de marzo de 1976 a 1983, por razones de depuración ideológica, atribuidas a gobernantes y miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad, con intervención también de grupos organizados, actuando todos en la clandestinidad. A su vez, en relación con las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida, el argumento principal utilizado por la Audiencia para desatender su contenido, fue que ellas no regían en España, ya que consideró que las leyes no absolvían o indultaban, sino que despenalizaban una conducta en Argentina, lo que no tenía virtualidad alguna en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España. Sin embargo, la Audiencia no desaprovechó la oportunidad de aclarar que esa fundamentación era independiente de que dichas leyes pudieran tenerse por contrarias a normas de *ius cogens*, además de contravenir tratados internacionales que Argentina había ratificado.

Finalmente, el 19 de abril de 2005 la Audiencia Nacional de España condenó a Scilingo a 640 años de cárcel por encontrarlo responsable de la comisión de crímenes contra la humanidad, convirtiéndose en el primer militar argentino juzgado en presencia en el extranjero.⁴⁴

B. Caso Pinochet

En julio de 1996, una denuncia fue presentada en la Audiencia Nacional de España en contra del ex dictador chileno, Augusto Pinochet. El caso fue impulsado por un número pequeño de víctimas españolas, pero poco tiempo después se amplió para incluir a miles de víctimas chilenas.⁴⁵ La denuncia fue admitida en febrero de 1997, comenzando entonces las diligencias de investigación. El juez Garzón, que había iniciado el sumario 19/97⁴⁶, incluyendo los hechos acaecidos en el marco de la Operación Cóndor⁴⁷, tuvo la posibilidad de extender el objeto de la investigación.

En octubre de 1998, al tomar conocimiento de la presencia de Pinochet en Londres, el juez español solicitó su arresto y dictó la prisión preventiva.⁴⁸ El 5 de noviembre de 1998, un día después de resolver en el caso Scilingo, la Audiencia Nacional tomó una decisión de igual tesitura, sosteniendo nuevamente la jurisdicción universal de los tribunales españoles.⁴⁹ Se puso en marcha, entonces, el procedimiento de solicitud de extradición.

La admisión de la denuncia ya había tenido repercusiones inmediatas pues, a comienzos de 1998, los tribunales chilenos aceptaron la presentación de varias querellas contra Pinochet. Una vez que el ex dictador fue detenido en Londres, esta maniobra fue utilizada por el gobierno chileno para argumentar que, como la justicia estaba actuando, Pinochet debía ser repatriado en lugar de ser extraditado.⁵⁰

⁴⁴ La sentencia núm. 16/2005 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional está disponible en línea: Exdesaparecidos.org <www.exdesaparecidos.org.ar/sentencias/scilingo.doc>. Para un comentario crítico de la sentencia, véase Alicia Gil Gil, "La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo" en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 07-r1 (2005), en línea: <<http://criminol.ugr.es/recpc/07/recpc07-r1.pdf>>.

⁴⁵ Véase Sebastian Brett, "El efecto Pinochet" en Cath Collins, ed., *Informe de una conferencia realizada en la Universidad Diego Portales*, Santiago de Chile, 2008, en línea: <<http://www.icso.cl/images/Papers/tpfinal.pdf>> Véase también Richard Falk, "Assessing the Pinochet Litigation: Whither Universal Jurisdiction?", en Stephen Macedo, ed., *Universal Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2006, pp. 97-120.

⁴⁶ *Supra* nota 41.

⁴⁷ Con el nombre de "Operación Cóndor" o "Plan Cóndor" se conoce al plan de coordinación represiva entre las cúpulas dictatoriales de los países del cono sur.

⁴⁸ El auto completo está disponible en línea: Derechos.org <<http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/captura.html>>.

⁴⁹ El auto completo está disponible en línea: Derechos.org <<http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/audi.html>>.

⁵⁰ Véase Brett y Falk, *supra* nota 45.

Sin embargo, el 25 de noviembre de 1998 la Cámara de los Lores emitió su primera decisión, apoyando la aplicación del principio de jurisdicción universal por parte de la justicia española, y negando inmunidad a Pinochet, en tanto ex jefe de Estado.⁵¹ No obstante, el 17 de diciembre del mismo año la Cámara dio marcha atrás en su decisión, al tener en cuenta que uno de los Lores tenía un vínculo con Amnistía Internacional, organización que había presentado un escrito como *amicus curiae* en el caso, y ordenando la realización de una nueva audiencia, con una composición diferente.⁵²

El 24 de marzo de 1999, la Cámara de los Lores decidió que Pinochet sólo podría ser extraditado a España por los casos de tortura cometidos después de 1988, excluyéndose los crímenes cometidos con anterioridad por considerarlos no punibles de acuerdo con la legislación británica, aunque nuevamente reconociendo la jurisdicción universal ejercida por España.⁵³ La Cámara de los Lores acordó que la ley británica no admitía defensas basadas en la inmunidad soberana cuando se trataba de alegaciones de graves violaciones a los derechos humanos. Esta decisión constituyó “un momento clave para la justicia global [aunque] no puede ser considerado en absoluto como una defensa cerrada de la jurisdicción universal [...] porque los problemas legales que se trataron no eran los principios de jurisdicción universal, sino problemas de ley doméstica”.⁵⁴

Ahora bien, para cumplir con la condición de juzgar crímenes cometidos después de octubre de 1988, Garzón necesitó la colaboración de las organizaciones de derechos humanos chilenas para agregar más de 50 casos de tortura a la acusación, y presentarlos a la Cámara de los Lores en octubre de 1999. Sin embargo, ese mismo mes se sucedió una serie de presentaciones del gobierno chileno y de la defensa del imputado en relación con su estado de salud. Luego de diversos exámenes médicos que se le realizaron al principio de 2000, Pinochet fue liberado y regresó a Chile.

A pesar de esta decisión, el caso tuvo enorme trascendencia y un gran valor simbólico. El ex dictador había pasado más de un año detenido y, a raíz de su caso, la Cámara de los Lores también había reafirmado la importancia del principio de jurisdicción universal. Los antecedentes jurisprudenciales españoles y británicos aún continúan siendo citados como algunos de los más relevantes en la materia.

Para el Estado argentino este caso también fue una advertencia: en el marco del mismo proceso en el que se investigaba a los militares argentinos, se había movilizado gran parte de la comunidad internacional. Para los militares argentinos, todo el proceso, desde la admisión de la denuncia en adelante, había sido un alerta: si salían del país, podían ser detenidos; pero – como sucedería con Videla y Massera en 1998– si se quedaban, también lo serían (ver sección 3.3.4). Desde luego, la detención de Pinochet también impactó en la opinión pública y reforzó el debate que lentamente se reabría en Argentina.

⁵¹ La decisión completa de la Cámara de los Lores del 25 de noviembre de 1998 está disponible en línea: Derechos.net <<http://www.derechos.net/doc/pino/lores1.html>>.

⁵² La decisión completa (en inglés) de la Cámara de los Lores del 17 de diciembre de 1998 está disponible en línea: Parliament.uk <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/djudgmt/jd990115/pino01.htm>>.

⁵³ La decisión completa (en inglés) de la Cámara de los Lores del 24 de marzo de 1999 está disponible en línea: Parliament.uk: <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/djudgmt/jd990324/pino1.htm>>

⁵⁴ Brett, *supra* nota 45.

Extraditar o juzgar: las maniobras del Estado argentino para esquivar sus obligaciones internacionales.

Como fue mencionado previamente, a mediados de la década de 1990 diversos Estados comenzaron a enviar a Argentina solicitudes de extradición de decenas de militares y civiles, en el marco de procesos judiciales incoados a raíz de los hechos ocurridos durante la última dictadura militar. Con excepción de los tribunales españoles, los jueces extranjeros fundaban su jurisdicción en el principio de nacionalidad pasiva. Sin embargo, es posible equiparlos a aquellos procesos en los que se aplicó el principio de jurisdicción universal, al menos en lo concerniente a su relación con el principio *aut dedere aut iudicare*, a las dificultades y lecciones aprendidas, y también en cuanto a su repercusión en Argentina.

En esta sección repaso brevemente algunos de esos pedidos de extradición, y explico cómo el principio *aut dedere aut iudicare* fue sistemáticamente ignorado por el Estado argentino, al menos hasta la reapertura de los juicios.⁵⁵ Las personas requeridas eran acusadas de cometer los delitos de genocidio, terrorismo, torturas, detenciones ilegales, secuestros, desaparición forzada de personas, entre otros. Dependiendo de cuál fuera el país requirente, los procesos en curso se ubicaban en instancias diferentes al momento de reclamar la extradición. En algunos casos, el avance hacia etapas de juicio se encontraba detenido hasta que pudieran comparecer los acusados; en otros, incluso se habían dictado condenas *in absentia*. Sin embargo, de manera constante, los gobiernos de Carlos Menem, Fernando De la Rúa⁵⁶ y Eduardo Duhalde⁵⁷ decidieron responder negativamente a todas las solicitudes.

⁵⁵ Véase CELS. *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2002-2003*, Buenos Aires, 2003.

⁵⁶ Fernando de la Rúa asumió la Presidencia de la Nación el 10 de diciembre de 1999 y ejerció el cargo hasta el 21 de diciembre de 2001, cuando renunció a raíz de los serios incidentes que tuvieron lugar el 19 y 20 de diciembre de aquel año. La represión policial ordenada entonces acabó con la vida de 38 personas.

⁵⁷ Eduardo Duhalde asumió la Presidencia de la Nación el 2 de enero de 2002, tras ser electo por la Asamblea Legislativa en el marco de la crisis de diciembre de 2001, luego de una semana en la que cinco personas diferentes ejercieron el Poder Ejecutivo Nacional. Ejerció el cargo hasta el 25 de mayo de 2003, luego de haber celebrado las elecciones en las que Néstor Kirchner resultó ganador.

El Estado argentino parecía ignorar que, tratándose de crímenes internacionales, el rechazo automático de los pedidos de extradición implicaba, de algún modo, reafirmar que Argentina debía cumplir con la obligación de investigarlos, juzgarlos y sancionarlos. Al esquivar esta obligación también, el Estado violaba abiertamente el principio *aut dedere aut iudicare*.

Esta situación llegó a su punto de máxima expresión cuando, el 5 de diciembre de 2001, durante la presidencia de De la Rúa, fue dictado el decreto 1.581/2001, reglamentario de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, Núm. 24.767⁵⁸. Dicha ley, entre otras disposiciones, establece un deber genérico de ayuda al país que posea jurisdicción para juzgar un caso en particular, y reduce su ámbito de aplicación a aquellos casos en los que no rija un tratado de extradición entre Argentina y el tercer Estado involucrado. Adicionalmente, la propia norma reconoce el principio *aut dedere aut iudicare*, al mencionar la posibilidad de que Argentina haya asumido una obligación convencional internacional de extraditar o enjuiciar.

El decreto 1.581, lejos de meramente reglamentar la ley, y mucho más lejos de avanzar en materia de cooperación internacional, estableció que debían ser rechazados todos los pedidos de extradición que estuvieran relacionados con delitos cometidos por el terrorismo de Estado en Argentina durante la pasada dictadura militar. La norma aplicaba lisa y llanamente la doctrina de la territorialidad de la ley penal y, por lo tanto, el Ministerio de Relaciones Exteriores debía negar los pedidos por hechos ocurridos en el territorio nacional o lugares sometidos a la jurisdicción nacional. A pesar de esto, también disponía que las solicitudes de arresto provisorio debían enviarse al juez competente “dejando constancia que el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto actuar[ía] de acuerdo al presente decreto frente a un eventual pedido de extradición”. Los jueces que recibieran órdenes de detención, entonces, estaban obligados a cumplirlas, pero no tendrían facultades para intervenir en los pedidos de extradición. Paradoja y desdoblamiento jurisdiccional.

⁵⁸ Decreto 1.581/2001, B.O. 17/12/2001, en línea: <http://www.boletinoficial.gov.ar/Inicio/index.castle?s=1&fea=17/12/2001>, p. 7 y ss., y Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, 18/12/1996, Ley 24.767, en línea: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/41442/norma.htm> >

Además de hacer explícita la política del gobierno en relación con los crímenes cometidos durante la dictadura, el decreto 1.581 perseguía un objetivo político adicional: desalentar el arresto cautelar de militares cuando aún estaba pendiente la resolución sobre una extradición o cuando existía la posibilidad de que un pedido fuera cursado. En muchos casos este objetivo se cumplió, pero en otros –como se puede observar en los siguientes párrafos– los jueces cumplieron las órdenes de detención hasta que las extradiciones fueron efectivamente rechazadas.

En ese contexto, tanto el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) como muchas otras organizaciones de derechos humanos se opusieron fuertemente a la vigencia del decreto y, en general, a la política implementada en relación con los pedidos de extradición. En efecto, ya a mediados de 2001, el CELS había solicitado formalmente al Ministerio de Relaciones Exteriores tener acceso a los expedientes administrativos en los que constaban los dictámenes que fundamentaban los múltiples rechazos. Ante la respuesta negativa, a comienzos de 2002 se promovió una demanda por acceso a la información que concluyó en abril de 2004, cuando el Ministerio finalmente se allanó, posibilitando la compulsión de la documentación mencionada.

La situación había comenzado a cambiar en 2003, una vez iniciado el gobierno de Néstor Kirchner⁵⁹, cuando se derogó el decreto 1.581. Junto a muchas otras medidas, se estaba materializando una nueva política en materia de derechos humanos que sería el último paso necesario para reactivar el proceso de juzgamiento (ver sección 3.4).

A pesar del historial negativo, la existencia de procesos ante tribunales extranjeros fue, en última instancia, un elemento muy importante para lograr llevar adelante los juicios ante los tribunales locales. En los siguientes párrafos, a modo ilustrativo, hago una breve reseña de algunos casos investigados en terceros Estados, lo que brinda un panorama más claro sobre la magnitud de lo que sucedía entonces.

A. Francia

Uno de los pedidos de extradición de mayor trascendencia fue el emitido por la Fiscalía General de la Corte de Apelaciones de París en relación con Alfredo Astiz. El requerimiento estaba fundado en la sentencia emitida el 16 de marzo de 1990 por dicha Corte, por la cual se le había condenado en rebeldía (o *in absentia*) al encontrarlo responsable de la desaparición forzada y las torturas aplicadas a las monjas francesas Alice Domon y Leonie Duquet.⁶⁰

El 13 de agosto de 2001 el pedido fue rechazado, al considerarse que el ex Capitán ya había sido juzgado en Argentina por esos hechos. Para emitir su dictamen, el Ministerio de Relaciones Exteriores tomó en consideración que la Corte Suprema de Justicia de la Nación había denegado en 1988 los planteos de inconstitucionalidad de la Ley de Obediencia Debida, y había desprocesado a Astiz. Asimismo, tuvo en cuenta que en 1985 y 1990 ya se habían rechazado pedidos de Francia por los mismos hechos. En su decisión, el Poder Ejecutivo fue más allá al afirmar que aceptar la extradición hubiera ido “en desmedro de la soberanía”, pues los tribunales argentinos habían intervenido, además de violar el principio *non bis in idem*.⁶¹

⁵⁹ Néstor Kirchner ejerció la Presidencia de la Nación entre el 25 de mayo de 2003 y el 10 de diciembre de 2007.

⁶⁰ Cour D'Assises de Paris, 16 de marzo de 1990. Sumario del caso disponible en *Revue Générale de Droit International Public* 94 (1990), 767.

⁶¹ A pesar de nunca haberse concretado la extradición, Alfredo Astiz fue condenado por los hechos mencionados a la pena de prisión perpetua en la sentencia recientemente emitida por el Tribunal Oral Federal Núm. 5 de la Capital Federal, en el marco de la causa ESMA. La sentencia completa del Tribunal Oral Federal Núm. 5 de la Capital Federal en la causa núm. 1270 del 28 de diciembre de 2011 está disponible en línea: Centro de información judicial <<http://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ-0.528228001325176851.pdf>>.

B. Italia

En junio de 2001, el Juzgado de Investigaciones Preliminares del Tribunal de Roma también libró una orden de detención contra Alfredo Astiz y Jorge Raúl Vildoza, para juzgarlos por el delito de homicidio agravado cometido en contra de tres ciudadanos italianos. La solicitud fue canalizada por medio de la Interpol, y recayó en el Juzgado Federal a cargo de María Romilda Servini de Cubría. En consecuencia, en julio del mismo año Astiz fue detenido.

La solicitud de extradición fue rechazada el 13 de agosto de 2001 –el mismo día que aquella proveniente de Francia– pero con diferente fundamento y diversas consecuencias. En este caso, el Ministerio de Relaciones Exteriores consideró que no se encontraba acreditada la competencia asumida por las autoridades judiciales italianas, de acuerdo con lo previsto en la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal.⁶² Al dictaminar en ese sentido, el Ministerio aplicó el principio de territorialidad contenido en el Código Penal y en el tratado de extradición entonces vigente entre Argentina e Italia. Por ello, finalmente el Poder Ejecutivo determinó que la competencia por los delitos correspondía a los tribunales argentinos.

Sin embargo, a pesar de este revés, la resolución de rechazo también decidió remitir una parte de la demanda a la justicia penal para que le diera trámite, y otra a los tribunales que llevaban adelante los juicios por la verdad (ver sección 3.3.3). Aunque la denuncia penal quedó radicada ante el juez federal Jorge Urso, las investigaciones judiciales no se reiniciarían efectivamente hasta mediados de la década del 2000. Por su parte, la decisión del Poder Ejecutivo le permitió recuperar la libertad a Astiz.

Entre otros casos tramitados en Italia –y que corrieron igual suerte que el de Astiz– merece destacar que el 6 de diciembre de 2000 la Corte Penal de Roma condenó *in absentia* a Suárez Mason⁶³ y a otros seis militares apenas de entre veinticuatro años y prisión perpetua.⁶⁴

⁶² *Supra* nota 58.

⁶³ Carlos Guillermo Suárez Mason fue comandante del Primer Cuerpo del Ejército hasta enero de 1980, con jurisdicción en la Ciudad de Buenos Aires, la Provincia de Buenos Aires y la Provincia de La Pampa.

⁶⁴ Gral (R) Carlos Guillermo Suárez Mason, Gral (R) Santiago Omar Riveros y otros por crímenes contra ciudadanos italianos en la República Argentina, sentencia disponible en línea: derechos.org <<http://www.derechos.org/nizkor/italia/sentencia.html>>.

C. Alemania

Desde 1998, la Fiscalía de Nüremberg-Fürth, en Alemania, comenzó a investigar lo ocurrido a víctimas de origen alemán detenidas y desaparecidas durante la dictadura militar en Argentina. Ya en febrero de 2000 se había solicitado la colaboración de la justicia argentina para recibir diversas declaraciones testimoniales en relación con dos de los casos investigados. Sin embargo, en marzo de ese año el Ministerio de Relaciones Exteriores se negó a colaborar, al considerar que esos casos habían sido considerados en el juicio a las juntas militares en 1985, reafirmando el principio de territorialidad. Finalmente, los testimonios fueron tomados en la embajada alemana en Argentina, lo que permitió que continuara la investigación.

En este marco, el 14 de agosto de 2001 la misma fiscalía dictó una orden de captura contra Suárez Mason, por su participación en el homicidio de una ciudadana alemana que estuvo detenida en el centro clandestino “El Vesubio”, y fue asesinada en mayo de 1977.⁶⁵ El 26 de noviembre de 2001 el Ministerio de Relaciones Exteriores emitió una resolución rechazando el pedido de extradición, pues consideraba que los hechos ya habían sido investigados por la Cámara Federal⁶⁶ y que Suárez Mason se había beneficiado por un indulto presidencial. El gobierno alemán, entonces, presentó dos recursos: uno ante la Cámara Nacional de Casación Penal y otro en el que planteó la inconstitucionalidad de la decisión tomada y de algunas disposiciones de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, así como del decreto de indulto. Estos recursos se fundaron en los derechos de las víctimas en el marco del derecho internacional, pero no prosperaron.

Por otra parte, el CELS presentó un recurso de reconsideración ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, argumentando que la resolución adoptada era contraria al derecho de acceso a la justicia y al principio *aut dedere aut iudicare*. Tampoco tuvo éxito.

⁶⁵ Por ese entonces, Suárez Mason se encontraba detenido en prisión preventiva por su presunta responsabilidad en el plan sistemático para el apoderamiento de niños.

⁶⁶ En la causa núm. 450, caratulada “Suárez Mason Carlos Guillermo s/ homicidio y privación ilegal de la libertad”, una de las “megacausas” a las que hice referencia previamente.

D. Suecia

Suecia es otro de los Estados que solicitó la extradición de Alfredo Astiz. En primer término, el juez Claes Djurberg pidió su detención en noviembre de 2001, la que fue hecha efectiva por el Juzgado Federal a cargo de Sergio Torres. El arresto era reclamado por el homicidio de una joven de nacionalidad sueca, de 17 años de edad, secuestrada y asesinada en enero de 1977.⁶⁷

Al inicio de 2002 se presentó formalmente ante el Ministerio de Relaciones Exteriores argentino la solicitud de extradición. Pocos días después el pedido fue rechazado, alegando que el CONSUFA había investigado los hechos y había absuelto al ex marino; también, que la Cámara Federal había declarado la prescripción de la acción en 1987. Una vez más, el Ministerio sostuvo que la extradición iría en contra de la soberanía Argentina y violaría el principio *non bis in idem*, lo que posibilitó que el ex marino quedara en libertad.

E. España

En España, como he mencionado, el juez Garzón había empezado a investigar la represión argentina y chilena en el marco del sumario 19/97⁶⁸, aplicando el principio de jurisdicción universal. La causa tuvo diversas ramificaciones, llegando a investigarse la participación de centenares de militares y civiles. Entre los múltiples pronunciamientos judiciales, vale destacar el procesamiento dictado el 2 de noviembre de 1999 en relación con 98 argentinos involucrados en la comisión de terrorismo y genocidio, incluyendo a Massera y Astiz.⁶⁹ Éste derivó en la orden de detención de 48 militares, por lo que se cursaron los pedidos de extradición pertinentes.

En este caso, a diferencia de algunos de los ejemplos anteriores, el gobierno argentino manifestó que el pedido sería resuelto por medio del Poder Judicial, dándose intervención al juez federal Gustavo Literas. La primera medida tomada por el magistrado fue solicitar a Garzón el envío de la documentación completa en la que se fundamentaba el pedido de detención. En marzo de 2000, el gobierno argentino informó a su par español la decisión de no proceder a la detención por no existir “urgencia” en el caso. De tal modo, cuando la documentación remitida por Garzón fue recibida, el gobierno argentino decidió devolverla sin más trámite. Esta actitud conllevó al envío de un nuevo oficio por parte del juez Garzón, en mayo del mismo año, solicitando que se aclarara la situación del pedido y, en su caso, que la documentación fuera entregada al juez Literas o devuelta a España. A su vez, el magistrado español ratificó la orden de detención y solicitó su ejecución inmediata,⁷⁰ pero no tuvo resultados positivos.

A pesar de los infructuosos resultados obtenidos hasta entonces, el 6 de septiembre de 2001 el juez Garzón emitió 18 nuevos pedidos de detención contra militares y civiles argentinos, acusados de cometer diversas violaciones a los derechos humanos. En la misma resolución, fueron ratificadas las órdenes de detención cursadas con anterioridad.

En esta ocasión, el Juzgado Federal interviniente en Argentina, a cargo de Gabriel Cavallo, llevó adelante la detención de las 18 personas, lo que dio lugar a la remisión formal del pedido de extradición por parte del gobierno Español. Sin embargo, el 16 de noviembre de 2001, el Ministerio de Relaciones Exteriores rechazó el pedido –aunque en este caso remitiendo la solicitud a la Procuración General de la Nación para que promoviera la investigación de los hechos–.

⁶⁷ Una síntesis del caso de Dagmar Hagelin puede consultarse en el documento de Amnistía Internacional, Sweden. *End impunity through universal jurisdiction*, en línea: <http://www.iccnw.org/documents/eur420012009en.pdf>, p. 87.

⁶⁸ *Supra* nota 41.

⁶⁹ El auto completo está disponible en línea: <http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/gar.html>.

⁷⁰ El texto completo de los autos está disponible en línea: <http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/dete.html> y <http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/reitero.html>.

Juicios por la Verdad

Luego de las declaraciones públicas de Scilingo, el CELS decidió someter nuevamente los hechos ocurridos durante la dictadura a consideración de la justicia. En 1995 se realizó una serie de presentaciones judiciales en las que se reclamaba el derecho a la verdad y el derecho al duelo de los familiares de los desaparecidos.

No sólo se trataba de la búsqueda de la verdad, sino también de exigir que un poder del propio Estado se pronunciara frente al debate abierto por el reconocimiento de los métodos y las responsabilidades del terrorismo de Estado, y que interviniera protegiendo derechos. El Poder Judicial, que había permanecido prácticamente inerte durante casi diez años, debía retomar su rol institucional.

Los pedidos procuraban, además, obtener mayor información sobre todos los hechos que rodearon la comisión de los crímenes que debían ser investigados. Las declaraciones de Scilingo no sólo habían puesto sobre el tapete los derechos de los familiares; el planteamiento destacaba que la sociedad en su conjunto tenía derecho a conocer el destino de las víctimas y la metodología utilizada por la dictadura para secuestrar, torturar y matar a miles de personas. En definitiva: qué y cómo había sucedido.

Dentro del movimiento de derechos humanos hubo reacciones diversas, pues generaba inquietud que los procesos promovidos no apuntaran al juzgamiento y sanción de los responsables. Por otra parte, no se podía desmerecer que se trataba de una importante oportunidad de abrir una vía para que el Estado continuara investigando lo sucedido, sin dejar pasar más tiempo.

Para hacer las presentaciones, el CELS escogió dos casos testigo: el de Mónica Mignone y el de Alejandra Lapacó.⁷¹ Ambos fueron interpuestos ante la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires, aquella que diez años atrás –y con una composición diferente– había juzgado a las juntas militares.

La primera presentación en relación con el caso Mignone tuvo una gran repercusión pública, estableciendo el debate en torno al derecho a la verdad.⁷² Inicialmente, la Cámara accedió a la petición y dispuso una serie de medidas destinadas a obtener información de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, después de recibir una respuesta negativa por parte de las Fuerzas Armadas, en julio de 1995 la Cámara adoptó una confusa resolución que significó la virtual clausura de la investigación que se había reactivado.

Por su parte, la presentación realizada por Carmen Lapacó corrió igual suerte ante los tribunales internos, pero dio lugar a un procedimiento internacional, que cambiaría el panorama. La Cámara Federal sostuvo que existía una obligación del Estado de reconstruir el pasado por medios legales que permitieran descubrir la realidad de lo sucedido, y así dar una respuesta a los familiares y a la sociedad. También afirmó que las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final y los decretos de indulto –aunque habían cercenado las posibilidades de juzgamiento– no implicaban la culminación del proceso. Sin embargo, los avances también fueron detenidos por la Cámara. Esto motivó la presentación de un recurso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, dos años más tarde, fue declarado improcedente.⁷³ En pocas palabras, esto significaba que las víctimas de la dictadura militar no tenían derecho a conocer la verdad.

⁷¹ El caso Mignone fue parte de la causa 761, en la que se investigaban los hechos ocurridos en la Escuela de Mecánica de la Armada. Mónica había sido detenida por personal de la Armada el 14 de mayo de 1976, y estuvo en el centro clandestino que funcionaba en la ESMA. El caso Lapacó era parte de la causa "Suárez Mason", en la que se investigaba la responsabilidad del Jefe del Primer Cuerpo del Ejército. Alejandra y su madre, Carmen, habían sido secuestradas juntas –aunque Carmen fue liberada dos días después– y detenidas en el Centro Clandestino conocido como "Club Atlético". Para una reseña detallada de estos casos véase CELS, *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2008, pp. 223-232.

⁷² Abregú, *supra* nota 34, p.103.

⁷³ Véase CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 1998*, Buenos Aires, 1999. [CELS, Informe 1998].

En este contexto, en octubre de 1998 el CELS presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la violación al derecho a la verdad, en representación de Carmen Lapacó. Así, el tema fue definitivamente instalado en la agenda de los organismos internacionales de derechos humanos. Luego de intensas negociaciones, en noviembre de 1999 se logró un acuerdo de solución amistosa; el Estado asumió el deber de garantizar el derecho a la verdad, consistente en el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento de lo sucedido con las personas desaparecidas, y se estableció que las Cámaras Federales tendrían competencia exclusiva para llevar adelante las investigaciones, con la única excepción de las causas por secuestro de menores y sustracción de identidad, que continuarían según su estado.⁷⁴

En los años posteriores existieron numerosos intentos de paralizar las causas por el derecho a la verdad. No obstante, se continuaron desarrollando en todo el país –algunas siguen en la actualidad–, fortalecidas por el respaldo social y el valor de los resultados obtenidos.

Videla y Massera tras las rejas

Como ha sido expuesto, entre 1995 y 1998 diversos hechos reavivaron el debate público sobre los crímenes cometidos durante la dictadura: las declaraciones de Scilingo y su posterior detención en España; el pedido de extradición de Pinochet y su tratamiento tanto en España como en el Reino Unido y, en el ámbito local, el inicio de los juicios por la verdad. Esto motivó que también cobraran mayor notoriedad las críticas a las leyes de impunidad, por lo que, eventualmente, la discusión llegó al Congreso de la Nación Argentina. En este contexto, el 25 de marzo de 1998 fueron derogadas las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida, mediante la Ley 24.952⁷⁵.

Si bien las leyes de impunidad no habían excluido la posibilidad de juzgar la apropiación de menores y sustitución de identidad, el robo de bienes, los delitos cometidos por personas que no pertenecían a las Fuerzas Armadas o de seguridad ni los delitos cometidos por el terrorismo de Estado con anterioridad a marzo de 1976, lo cierto es que las causas en las que estos hechos eran investigados sólo recibieron un fuerte impulso a finales de la década de los noventa. En definitiva, se trataba de una nueva manifestación del reconocimiento del derecho de las víctimas y de toda la sociedad a conocer la verdad sobre lo que había sucedido –aunque, claro está, en estos casos sería posible castigar a los responsables–.

El 9 de junio de 1998, el ex juez federal Roberto Marquevich ordenó la prisión preventiva de Jorge Rafael Videla en el marco de la investigación llevada a cabo por apropiación de menores. Ésta fue la primera de una serie de detenciones que le siguieron poco tiempo después y que incluyeron a Emilio Massera. En ese momento la presión internacional constituyó un elemento clave.

⁷⁴ Carmen Aguiar de Lapacó y Argentina, (2000), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe Núm. 21/00*, en línea: OAS.org <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Soluci%C3%B3n%20Amistosa/Argentina12059.htm>>.

⁷⁵ Ley 24.952, B.O. 17/04/98, en línea: InfoLEG <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/50000-54999/50364/norma.htm>>.

En efecto, la detención de Videla se concretó mientras el ex presidente Menem se encontraba de gira por Europa, durante la cual estuvo en Francia y Suecia – como fue expuesto, dos de los países que reclamaban la extradición de militares argentinos–, donde tuvo que enfrentar cuestionamientos a su política en la materia.⁷⁶ Sin duda, la denuncia que había sido admitida contra Pinochet en España también había causado un efecto expansivo. Los dictadores no eran intocables.

La resolución que dispuso la detención de Videla, además, afirmó que el indulto que lo había beneficiado en 1990 no impedía que se le juzgara por apropiación de menores, y tuvo por acreditado que, en su calidad de Comandante en Jefe del Ejército Argentino, ordenó un plan sistemático destinado a concretar tal apoderamiento. A su vez, formuló una consideración de gran relevancia: los delitos en cuestión constituían crímenes de lesa humanidad.

Videla estuvo detenido en el Complejo Penal de Caseros, provincia de Buenos Aires, durante cinco semanas. Luego se le concedió un pedido para que su detención fuera cumplida en su domicilio hasta que, en 2008 y en el marco del nuevo proceso de juzgamiento, fue nuevamente trasladado a una prisión.

De modo similar, el 22 de septiembre de 1999, el juez federal Adolfo Bagnasco dictó el procesamiento de Massera, Reynaldo Bignone⁷⁷ y otros cinco militares, disponiendo también su detención. Ese mismo año, la Cámara Federal se pronunció en las causas por apropiación de menores seguidas contra Massera y Videla, reafirmando que se les imputaban delitos de lesa humanidad.

Los juicios por apropiación de menores se siguen realizando hasta la actualidad; así como se llevan adelante numerosos procesos por casos particulares, también existe un juicio en el que se investiga la implementación de un plan sistemático para la apropiación de niños.⁷⁸

Por otra parte, en mayo de 2000 la Sala II de la Cámara Federal ordenó que se reabriera una causa en contra de Massera y Astiz, por la apropiación de bienes del empresario Conrado Gómez, quien se encontraba detenido en la ESMA. En esa resolución se afirmó la necesidad de realizar un análisis, caso por caso, de la aplicabilidad de las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final⁷⁹.

⁷⁶ Véase CELS, *Informe 1998*, *supra* nota 73.

⁷⁷ Reynaldo Benito Antonio Bignone fue el último presidente de facto, entre el 1 de julio de 1982 y el 10 de diciembre de 1983, cuando entregó el mando a Raúl Alfonsín. Fue el único presidente de facto de la última dictadura militar que era comandante de la junta.

⁷⁸ En las causas Núm. 1351, 1499, 1584 y 1604 fueron juzgados Videla, Bignone y siete personas más, por la sustracción, retención, ocultamiento y sustitución de identidad de 34 menores de diez años. A la fecha de edición de esta publicación, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Núm. 6 había condenado a las nueve personas a penas de entre cinco y 50 años de prisión, incluyendo la pena de 50 años de prisión para Videla y 15 años de prisión para Bignone. La sentencia fue dictada el 5 de julio de 2012, y los fundamentos fueron dados a conocer el 17 de septiembre del mismo año. El texto completo está disponible, en línea: Centro de Información Judicial <<http://www.cij.gov.ar/nota-9856-Difundieron-los-fundamentos-de-la-condena-a-Jorge-Rafael-Videla-a-50-anos-de-prision-por-el-robo-de-bebes.html>>.

⁷⁹ Carolina Varsky y otros, "Justicia por los crímenes de la dictadura", en *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2007*. (CELS), Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2007, pp. 37-72. [Varsky, "Justicia"].

3.4 Juicio y castigo

El tema se instaló definitivamente en el debate público en el año 2000. No sólo por la catarata de procesos en el exterior, sino también porque las causas por apropiación de menores estaban en marcha. Ese año el CELS decidió plantear la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad, en el marco del caso en el que se investiga la apropiación de Claudia Victoria Poblete.⁸⁰

El 6 de marzo de 2001,⁸¹ el juez federal Gabriel Cavallo hizo lugar a la presentación, declarando inválidas, inconstitucionales y nulas las leyes de impunidad. A su vez, consideró que la privación ilegítima de la libertad y los tormentos sufridos por los padres de Claudia, José Poblete y Gertrudis Hlaczik, se dieron como parte de un plan sistemático de represión por parte del gobierno de facto. En consecuencia, resolvió citar a hacer su declaración indagatoria a Julio Simón y Juan Antonio Del Cerro. Por primera vez desde 1987 se volvía a investigar a los responsables del terrorismo de Estado, y a procesarlos por delitos como la desaparición forzada de personas o la tortura.⁸² El 9 de noviembre del mismo año la decisión fue ratificada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones.⁸³ A partir de entonces comenzaron a sucederse presentaciones de denuncias similares en varias provincias del país.

⁸⁰ Claudia tenía ocho meses de edad cuando fue secuestrada junto a sus padres, José Liborio Poblete y Gertrudis Hlaczik, en noviembre de 1978. Desde entonces, fue apropiada ilegalmente y su identidad fue sustituida. En la causa se hallaban procesados Julio Simón ("el Turco Julián") y Juan Antonio Del Cerro ("Colores"). El CELS requirió que se ampliara el objeto de la causa, se investigara la desaparición de los padres de Claudia, que habían estado detenidos en el centro clandestino "El Olimpo" y se juzgara a los responsables.

⁸¹ No fue casual que la decisión del juez Cavallo fuera dictada una semana antes que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictara la sentencia en el caso "Barrios Altos", en la cual se analizaba, precisamente, la validez de las amnistías en relación con graves violaciones a los derechos humanos. En efecto, en su confirmación, la Cámara de Apelaciones citó textualmente varios de sus pasajes más relevantes, destacando que "es inadmisibles la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del Derecho internacional. La tipificación de esas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores constituye una obligación de los Estados, que no puede eludirse a través de medidas tales como la amnistía...". En sus decisiones confirmatorias, adoptadas el 9 de noviembre de 2001, la Cámara concluyó que "en el contexto actual de nuestro derecho interno la invalidación y declaración de inconstitucionalidad de las Leyes 23.492 y 23.521 no constituye una alternativa. Es una obligación". La decisión del juez Cavallo puede consultarse en línea en http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/juicios/argentina/cavallo_060301_1.htm. Las decisiones de la Cámara en las causas Núm. 17.889 "Incidente de apelación de Simón, Julio" y 17.890 "Del Cerro, J.A. s/queja", están disponibles en línea en http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/juicios/argentina/sala2_091101_3.htm y http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/juicios/argentina/sala2_091101_6.htm.

⁸² María José Guebbe y María Valeria Barbuto, "Lucha contra la impunidad. Justicia, verdad y memoria", en *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2001*. (CELS), Buenos Aires, 2002.

⁸³ *Supra* nota 81.

En agosto de 2002, el Procurador General de la Nación se pronunció favorablemente.⁸⁴ Pero antes de que existiera un pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Congreso de la Nación sancionó la Ley 25.779⁸⁵, declarando nulas las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final. Si bien existieron numerosos debates, tanto en la esfera judicial como en el ámbito académico y en el interior del movimiento de derechos humanos acerca del valor jurídico de esa declaración y de sus posibles efectos retroactivos, lo cierto es que también constituyó un paso con importante significado simbólico.

Finalmente, en un fallo que sin lugar a dudas puede catalogarse como "histórico", el 14 de junio de 2005 la Corte Suprema sostuvo la declaración de invalidez e inconstitucionalidad de las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida, sosteniendo que resultaban contrarias a las obligaciones internacionales de Argentina y, por lo tanto, confirmando que la reapertura y avance de las causas judiciales por los crímenes cometidos durante la dictadura era irreversible⁸⁶. Si bien la Corte ya había establecido previamente la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad,⁸⁷ fue esta decisión la que representó la culminación de un largo proceso en el que los organismos de derechos humanos, los familiares de las víctimas y todas las personas comprometidas con la democracia mantuvieron un ineluctable reclamo de justicia.⁸⁸ Y, por supuesto, significó también el fortalecimiento del nuevo camino que se recorría desde 2003.

⁸⁴ El pronunciamiento del Procurador General de la Nación del 29 de agosto de 2002 está disponible en línea: CELS.org <<http://www.cels.org.ar/common/documentos/Caso%20Poblete%20-%20Dictamen%20de%20Procurador%20general.pdf>>.

⁸⁵ La ley 25.779 del 21 de agosto de 2003 está disponible en línea: InfoLEG <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/85000-89999/88140/norma.htm>>.

⁸⁶ Simón, *supra* nota 15

⁸⁷ Véase *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro y otros s/ homicidio calificado y asociación ilícita*, sentencia del 24 de agosto de 2004, disponible en línea: Ministerio Público Fiscal <<http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Arancibia-Clavel-CSJN.pdf>>. Véase también: CELS, "Políticas para afrontar los crímenes del pasado", en *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2004*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2004.

⁸⁸ Para una síntesis del proceso en el que se declaró la inconstitucionalidad de las leyes, véase: CELS, *Las leyes de Punto Final y Obediencia Debida son inconstitucionales. Síntesis del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que resuelve la inconstitucionalidad de las leyes del perdón*, en línea: CELS.org <http://www.cels.org.ar/common/documentos/sintesis_fallo_csjn_caso_poblete.pdf>.

A su vez, en julio de 2007 la Corte Suprema en el caso “Mazzeo”⁸⁹ confirmó la inconstitucionalidad de uno de los indultos que Menem había dictado, sosteniendo la postura que tanto la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal como la Cámara Nacional de Casación Penal estaban adoptando en éste y otros casos similares. El razonamiento utilizado en ese precedente fue aplicado nuevamente en 2010 en relación con Videla, Massera⁹⁰ y José Alfredo Martínez de Hoz⁹¹.

Esta serie de fallos dio cierre definitivo a la etapa de impunidad, culminando el camino iniciado en 2001 con el fallo del juez Cavallo, por otras decisiones contemporáneas⁹² y por los precedentes de la propia Corte⁹³.

De esta manera se abrió una nueva etapa en el proceso de verdad y justicia en el país. No cabe duda que el fallo “Simón”⁹⁴ fue un paso fundamental. Sin embargo, también es necesario recordar que fue impulsado por un contexto interno y externo favorable, al que me he referido con mayor detalle en las secciones anteriores.

Desde luego este nuevo proceso no estaría exento de dificultades y contratiempos, dejando en claro que no había una estrategia institucional delineada para organizar los nuevos juicios. En la actualidad continúan los esfuerzos por parte de los organismos de derechos humanos para superar este tipo de obstáculos, ahora con el apoyo de algunas instituciones gubernamentales. Lo que no puede negarse, es que el fallo de la Corte permitió, precisamente, que el nuevo debate sea acerca *del modo en el que se conducen los juicios* y no más sobre la posibilidad de llevarlos a cabo.

⁸⁹ La decisión *Mazzeo*, Julio Lilo y otros s/rec. *De casación e inconstitucionalidad*, M. 2333. XLII, está disponible en línea: CSJN <<http://www.csjn.gov.ar>>.

⁹⁰ La decisión *Videla, Jorge Rafael s/ recurso de inconstitucionalidad de los decretos 1002/89 y 2745/90*, V. 300. XLIV y la decisión *Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación*, V. 281. XLV, están disponibles en línea: CSJN <www.csjn.gov.ar>.

⁹¹ La decisión *Martínez de Hoz, José Alfredo s/ recurso de inconstitucionalidad de los decretos 1002/89 y 2745/90*, M. 729. XLIV, está disponible en línea: CSJN <www.csjn.gov.ar>. Martínez de Hoz fue Ministro de Economía durante el gobierno de facto, entre 1976 y 1981.

⁹² Merece destacarse en este punto la causa en la que ya se investigaban por entonces los delitos de privación ilegal de la libertad agravada con motivo de la gestación y ejecución de la Operación Cóndor (asociación ilícita entre presidentes de los países del Cono Sur). En el marco de esa investigación, a cargo del juez federal Rodolfo Canicoba Corral, a mediados de 2001, fue citado a declarar y luego procesado el ex dictador Jorge Rafael Videla, quien se negó a hacerlo. Canicoba Corral consideró que Videla, “en su calidad de Presidente de la República Argentina, tomó parte en la formación y mantenimiento de la organización ilícita denominada Operación Cóndor”. El magistrado también solicitó la detención –cursada por la Interpol y luego por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores– de los militares uruguayos José Nino Gavazzo, Manuel Cordero, Jorge Silveira y Hugo Campos Hermida, por su participación en el secuestro y desaparición de 24 ciudadanos uruguayos en Argentina. Asimismo, Canicoba Corral solicitó la extradición del ex dictador Augusto Pinochet, rechazada por el juez chileno Domingo Kokisch, al considerar que, por entonces, Pinochet mantenía su fuero parlamentario. Para mayor detalle, véase CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2002-2003*, Buenos Aires, 2003.

⁹³ Véase Carolina Varsky y otras. “Los crímenes del terrorismo de Estado: la fuerza de la verdad, el tiempo de la justicia”, en *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2005* (CELS), Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2005, pp. 29-63.

⁹⁴ *Supra* nota 15.

3.5 La jurisdicción universal puesta en marcha

Aunque en 2001 la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de impunidad había puesto en marcha el andamiaje que derivaría en el nuevo proceso de verdad y justicia, aún restaba que se pronunciara la Corte Suprema, lo que finalmente sucedería en 2005, como fue relatado en la sección anterior. Entretanto, los procesos incoados en terceros Estados continuaron; por ejemplo, el seguido en contra de Adolfo Scilingo, en el que finalmente fue condenado. En esta sección me refiero a otra ramificación de la investigación desarrollada por el juez Garzón en España que constituye, a mi entender, el más rotundo éxito del ejercicio de la jurisdicción universal en un caso relacionado con los crímenes cometidos por la dictadura militar argentina.

Ricardo Miguel Cavallo, ex integrante de la marina argentina, participó en la represión desarrollada en el centro clandestino que funcionó en la ESMA, pero no había sido juzgado en Argentina luego del retorno al sistema democrático, al haber sido beneficiado por la Ley de Obediencia Debida. En el proceso conducido por el juez Garzón, fue acusado por su participación en los crímenes cometidos en el centro de detención, pero no se conocía su paradero.

En agosto de 2000 Cavallo fue detenido en Cancún por la Interpol, cuando intentaba regresar a Argentina donde, hasta ese momento, no existía la posibilidad de ser juzgado por seguir vigentes las leyes de impunidad. El 1 de septiembre, el juez Garzón dictó el procesamiento del ex marino por la comisión de genocidio, terrorismo y torturas, en función de su participación en cientos de desapariciones y detenciones ilegales –16 de ellas de mujeres embarazadas que dieron a luz en la ESMA– y 21 casos de torturas.⁹⁵ Por ello, dicho magistrado solicitó la extradición de Cavallo a España.

En enero de 2001, el juez mexicano que intervino en el proceso de extradición, Jesús Guadalupe Luna, se pronunció a favor del pedido. La decisión reconoció expresamente la jurisdicción universal ejercida por la justicia española, aunque determinó también que no se le podría acusar por la comisión de torturas, en tanto había prescrito el plazo que indicaba la ley mexicana. Si bien el canciller mexicano firmó la resolución que concedía lo solicitado, esta decisión también fue cuestionada judicialmente, por lo cual el tema no fue definitivamente saldado hasta que la Corte Suprema de México, el 10 de junio de 2003, autorizó definitivamente la extradición por los delitos de terrorismo y genocidio.⁹⁶

La decisión del gobierno mexicano, al consentir la jurisdicción universal de los tribunales españoles, cumplió con la obligación internacional de juzgar o extraditar a los responsables de crímenes de lesa humanidad. Por primera vez se había activado –y de manera exitosa– el proceso de extradición entre terceros Estados, en relación con los delitos cometidos en Argentina durante la dictadura. El mensaje era claro: no importaba en qué lugar del mundo intentaran esconderse, la comunidad internacional estaba determinada a juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por las dictaduras sudamericanas. Este elemento terminó de robustecer el marco en el cual, en 2005, la Corte Suprema de Argentina confirmaría la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad.

Con la reapertura en nuestro país de la causa en la que se investigaban los hechos ocurridos en la ESMA, Cavallo no llegó a ser juzgado en España. En efecto, en 2008 fue nuevamente extraditado, esta vez de regreso a nuestro país donde, en diciembre de 2011, fue condenado a prisión perpetua por múltiples casos de homicidio, privación ilegítima de la libertad, tormentos y robo.⁹⁷

⁹⁵ El texto completo de la decisión de la Audiencia nacional de Madrid del 1 de septiembre de 2000 está disponible en línea: Derechos.org <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/cavallo-proc.html>>.

⁹⁶ El texto completo de la decisión de la Corte Suprema de México del 10 de junio de 2003 está disponible en línea: Derechos.org <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/espana/cortemex.html>>.

⁹⁷ Véase *supra* nota 61.

Una cuestión interesante fue planteada en el marco del juicio desarrollado en Argentina: la defensa de Cavallo, así como la de otro imputado, Juan Carlos Fotea –quien también había sido extraditado desde España–, formularon planteos de nulidad motivados en algunos aspectos de su proceso de extradición. En líneas generales, ambos alegaron que se les había extraditado por la comisión de determinados delitos (“genocidio” y “terrorismo”) y que no podían ser juzgados por otros (“homicidio”, “tortura”, “privación ilegítima de la libertad”, etc.). Cavallo fundaba su posición en la resolución judicial dictada en México, que había dispuesto su primera extradición excluyendo la comisión de torturas. Fotea, en cambio, argüía que a pesar de haberse calificado su conducta como genocidio, la base fáctica utilizada al momento de disponerse su extradición no incluía ningún hecho que pudiera describirse como un homicidio o privación ilegítima de la libertad. De tal modo, concluía que al juzgarlo por estos delitos se violaba el principio de congruencia.

No profundizo en cada uno de los puntos de análisis desarrollados por el Tribunal Oral interviniente para rechazar ambos planteos, pero sí es importante destacar dos cuestiones centrales de la línea argumentativa: por un lado, que la base fáctica amplia que da lugar a la calificación de “genocidio” engloba múltiples conductas que son configurativas de ese crimen, aun en el caso que no estén todas específicamente descritas; por otro, que la extradición por “genocidio” es simplemente una cuestión de *nomen iuris*, y que los hechos incluidos bajo esa calificación son pasibles de otras calificaciones.

Esta situación resalta una arista que debe tratarse cautelosamente, independientemente del criterio atributivo de jurisdicción que motive el pedido de extradición: para que el proceso de juzgamiento sea exitoso, los términos en los que se disponga el envío de la persona requerida deben ser suficientemente amplios y conforme a derecho, para evitar entorpecimientos. A su vez, sin desconocer el aspecto político que inevitablemente caracteriza al instituto, los términos de la extradición deben ser ajustados al derecho internacional y también tener en cuenta la legislación penal vigente en el país requerido. En los casos de aplicación del principio *aut dedere aut iudicare*, esto significa que debe estar claro que se está frente a un caso de comisión de crímenes de lesa humanidad, de guerra, de agresión o de genocidio.

3.6 Corolario

Las detenciones y/o solicitudes de extradición de militares argentinos y, en particular los casos Scilingo y Pinochet, fueron un logro contundente del movimiento de derechos humanos, cuya búsqueda de memoria, verdad y justicia, no fue detenida por los límites geográficos. Estos hechos, además de tener un enorme valor simbólico, significaron una importante contribución a la consolidación de un consenso internacional sobre la necesidad de castigar los delitos cometidos por las dictaduras latinoamericanas.

Cada uno de los procesos abiertos en los países europeos, ya fuera que sólo se investigara, que se emitiera una orden de detención, que se pidiera la extradición o que éstas efectivamente se cumplieran, tenía un impacto. Era una nueva voz que se unía en el reclamo de justicia. Pero, además, desnudaba por completo la política en materia de derechos humanos del gobierno argentino.

En cuanto al caso Pinochet, son precisas las palabras de Reed Brody –integrante de Human Rights Watch– al referirse a la intervención de la Cámara de los Lores como el momento en el que “la ley de los derechos humanos entró en su mayoría de edad. El arresto de Pinochet inspiró a otros para traer a sus atormentadores ante la justicia, particularmente en América Latina, donde las víctimas desafiaron los acuerdos transicionales de los ochenta y noventa, que habían permitido a los perpetradores de atrocidades quedar impunes y, a menudo, permanecer en el poder”.⁹⁸

⁹⁸ Reed Brody, “Autumn of the Patriarch”, *Human Rights Watch*, (19 de diciembre de 2006), disponible en línea: <<http://www.hrw.org/en/news/2006/12/17/autumn-patriarch>>. Citado en Brett, *supra* nota 45.

Concretamente en relación el caso Pinochet, es posible identificar dos niveles de impacto en Argentina: uno general, pues se trataba de un hito en el desarrollo de la justicia penal internacional y, particularmente, en la región; otro específico, apreciable en la detención de Massera y Videla en 1998.⁹⁹ La repercusión internacional, tanto del caso Pinochet como del caso Scilingo, significó un nuevo impulso para los pocos procesos que había en marcha, así como la posibilidad de reabrir investigaciones que habían sido clausuradas. Es preciso recordar, también, que el caso Scilingo fungió como detonante de las presentaciones judiciales que dieron lugar a los juicios por la verdad. En rigor, en Argentina se había logrado volver a instaurar el debate que las leyes y decretos de impunidad habían intentado silenciar.

Unos años más tarde, la condena a Scilingo en España reafirmó, una vez más, que la persecución de los crímenes de lesa humanidad es una obligación que tienen todos los Estados, sin importar dónde se cometieron los hechos ni quiénes fueron las víctimas o victimarios, en virtud del principio de jurisdicción universal. El caso Scilingo, desde el comienzo, tuvo su contrapartida negativa en acallar aun más las ya escasas declaraciones de militares o civiles que habían participado en la comisión de crímenes. Afortunadamente, en ese momento el contexto en Argentina ya se estaba modificando y el silencio tampoco podría alterar el rumbo que ya se había tomado.

Ha sido explicado cómo a partir de 2001 el contexto argentino lentamente comenzó a cambiar de rumbo. A mediados de 2003 el tema no sólo tenía gran relevancia internacional sino que sería acompañado por un cambio drástico de política en el plano nacional. La asunción de Néstor Kirchner como Presidente produjo un inesperado cambio de coyuntura.¹⁰⁰

El Poder Ejecutivo también tomó medidas dirigidas a fortalecer la memoria colectiva y promovió la anulación de las leyes de impunidad por parte del Congreso, en agosto de 2003. Como se mencionó, Kirchner había derogado el decreto 1.581 que, hasta entonces, había impedido concretar las extradiciones de militares y civiles a terceros Estados por los crímenes cometidos en la dictadura. Si bien esto provocó decenas de detenciones, cumpliendo con pedidos de los tribunales españoles, en la mayoría de los casos los pedidos de extradición no seguirían su curso, porque en esta ocasión el proceso de justicia se había reactivado en nuestro país.

En septiembre de 2003, la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal dispuso la reapertura de las causas Núm. 761 y N° 450,¹⁰¹ en las que se investigaban, respectivamente, los crímenes cometidos en la ESMA y bajo la jurisdicción del Primer Cuerpo del Ejército, remitiéndolas nuevamente a los juzgados de primera instancia. En ese contexto, el gobierno español decidió suspender los pedidos de extradición, sujetando al Estado argentino a su deber de garantizar la realización de los juicios.

Las causas avanzaron, en gran parte impulsadas por la presentación de numerosas querrelas por parte de organizaciones de la sociedad civil, sobrevivientes y familiares de las víctimas. El proceso de juzgamiento terminaría de consolidarse en 2005, con el mencionado fallo de la Corte Suprema en el caso "Simón".¹⁰² Ahora bien, es indudable que no hubiera sido posible llegar a esa instancia sin un contexto internacional favorable y, en ese marco, los procesos promovidos en el exterior aplicando el principio de jurisdicción universal, como se ha visto, tuvieron un papel importante, reafirmando la posición de la comunidad internacional y, con ello, ejerciendo presión sobre el Estado argentino.

⁹⁹ Brett, *supra* nota 45.

¹⁰⁰ Varsky, "Justicia", *supra* nota 79, p.43.

¹⁰¹ La decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal del 1 de septiembre de 2003 está disponible en línea: http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/juicios/argentin/capital/1ercpo/resoluc/1ercpo_01sep03.htm.

¹⁰² *Supra* nota 15.

4. Apreciaciones finales

Analizar el principio de jurisdicción universal como un mecanismo de defensa contra las violaciones a los derechos humanos implica retomar las experiencias vividas y las lecciones aprendidas al intentar ponerlo en práctica –y cuando esto efectivamente se ha logrado–, valorando sus posibles efectos en el futuro. Por un lado, es posible pensar que las consecuencias positivas del ejercicio de la jurisdicción universal podrán reproducirse y continuar ampliándose en próximos casos. Por otro, requiere un ejercicio de imaginación para pensar al principio no ya como una herramienta para llevar a los responsables de crímenes ante un tribunal, sino también como un método de “persuasión”.

Con base en la experiencia vivida en relación con la aplicación del principio de jurisdicción universal a los crímenes cometidos durante la dictadura en Argentina, se pueden señalar algunas valiosas consecuencias teórico-prácticas. Algunas de ellas se han manifestado claramente en el caso argentino y otras sólo se han insinuado ligeramente, pero todas aparecen, en principio, como posibles factores a tener en cuenta en futuros casos:

- La jurisdicción universal permite iniciar o continuar la investigación de situaciones que no están siendo atendidas en su lugar de comisión.
- La actuación de tribunales extranjeros contribuye a ubicar el tema en la agenda internacional, incluso dándole mayor virtualidad ante organismos internacionales.
- Los procesos de extradición, que frecuentemente se ponen en marcha cuando pretende ejercerse la jurisdicción universal, ponen sobre el tapete las obligaciones internacionales del Estado en cuyo territorio se cometieron los crímenes. En particular, tratándose de casos en los que opera el principio *aut dedere aut iudicare*, el Estado requerido –que, por lo general, es aquél donde sucedieron los hechos– corre un gran riesgo de quedar en evidencia por la violación de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos si se niega a llevar adelante un proceso judicial y si, además, decide rechazar un pedido de extradición. Un efecto análogo se produce en los casos que la jurisdicción extranjera se ejerce en virtud del principio de nacionalidad pasiva.

- Cada una de las etapas de un proceso iniciado de conformidad con el principio de jurisdicción universal puede ser útil para dar mayor notoriedad a las violaciones que pretenden investigarse y a la inacción del Estado donde sucedieron. El inicio de investigaciones y su desarrollo, la emisión de órdenes de captura, el dictado de procesamientos, la efectiva detención de personas acusadas –aunque sea sólo de manera temporal–, la respuesta que los Estados requeridos deben dar a las solicitudes de extradición –y la toma de decisiones por parte del Poder Judicial y/o del Poder Ejecutivo que eso implica– y, eventualmente, la realización de un juicio y la condena de responsables –incluso *in absentia*–: cada uno de estos sucesos da publicidad al tema, lo ubica en los medios de comunicación y, muchas veces, obliga a los gobiernos en cuestión a pronunciarse al respecto.
- Las circunstancias previamente descritas, con frecuencia pueden contribuir a la generación de condiciones para que el Estado donde sucedieron las violaciones a los derechos humanos comience a modificar sus políticas al respecto. Por un lado, la existencia de procesos en el extranjero constituye un elemento de presión no sólo en el ámbito internacional, sino también en el plano nacional, fortaleciendo los reclamos ante los propios tribunales. Por otro lado, la intervención de tribunales de terceros Estados puede constituir un incentivo para que los jueces nacionales tomen cartas en el asunto.¹⁰³
- Otro tipo de contribución a la actuación de tribunales nacionales es la relacionada con la transmisión de conocimientos, sean fácticos o jurídicos. La intervención de jueces extranjeros puede tener impacto en el rol de los jueces nacionales, sea mediante la acumulación y difusión de información útil acerca de los hechos sucedidos o, incluso, con el uso de argumentos legales similares. En rigor, todos los precedentes sobre justiciabilidad de crímenes internacionales contribuirán a la construcción de los argumentos propios.¹⁰⁴

¹⁰³ Véase Brett, *supra* nota 45.

¹⁰⁴ *Ibid.*

Algunos ejemplos interesantes en relación con los dos últimos puntos fueron expuestos en las secciones precedentes: la detención de Videla, Massera y otros militares, en el contexto de la investigación en curso en España; y la reactivación de causas en Argentina luego de varios años de rechazar solicitudes de extradición provenientes de países europeos.

- La reactivación de causas también puede generar un efecto dominó (o imitación), incluso con alcance regional. Por ejemplo, luego del reinicio de las causas en Argentina, varias solicitudes de extradición fueron cursadas a Uruguay, por la participación de militares en los hechos acaecidos durante la dictadura. Sin embargo, Uruguay también comenzó lentamente su proceso de juzgamiento, por lo cual se decidió que las personas requeridas no serían enviadas a Argentina, al menos hasta que los juicios en los que estaban involucrados terminaran.

Los factores hasta aquí señalados tienen su contrapartida en posibles efectos negativos del ejercicio de la jurisdicción universal, que han dado lugar a las críticas presentadas con más frecuencia por los doctrinarios que estudian el tema. Sin pretender una enunciación exhaustiva, pueden mencionarse:

- El peligro de despertar “una solidaridad nacionalista a favor de los perpetradores, arriesgando así terminar por reforzar la impunidad en lugar de lograr el castigo”.¹⁰⁵ Esto puede producirse cuando el Estado donde sucedieron los hechos deniega todo tipo de cooperación y promueve una política a favor de la impunidad, como sucedió en Argentina durante la década de los noventa, y con el rechazo de los múltiples pedidos de extradición, que alcanzó su máxima expresión con el dictado del decreto 1.581. También se observa este efecto cuando se alzan voces en contra del juzgamiento, con el argumento de la vulneración a la soberanía y, fundamentalmente, cuando adquieren un espacio de importancia en los medios de comunicación.

Al respecto, es posible observar que raramente el juzgamiento por parte de tribunales extranjeros se desarrollará exento de cuestionamientos. En verdad, siempre que se inicie un juicio en un tercer Estado, será porque en el país donde hayan sucedido los hechos no sea posible hacerlo (sea por falta de condiciones fácticas o por ausencia de voluntad política). Por otro lado, en todos los Estados que han vivido situaciones de graves violaciones a los derechos humanos existen voces que se oponen a su juzgamiento, sea escudándose en argumentos como la “teoría de los dos demonios” y/o aduciendo motivos de reconciliación y pacificación. De tal modo, desde el comienzo deberán tenerse en cuenta estas circunstancias adversas.

Sin embargo, es difícil imaginar cómo el inicio de una causa judicial, incluso en un tercer Estado, que constituye un avance concreto en el marco de un proceso de verdad y justicia, puede fortalecer esas posiciones. En todo caso, será inevitable que cobren cierta notoriedad, en tanto uno de los efectos positivos de la conducción de un juicio en esas condiciones es reavivar el debate público al respecto.

En el caso argentino, es posible observar la reticencia estatal hasta 2003 y, aún en la actualidad, la existencia de voces contrarias a la realización de juicios. Sin embargo, la evidencia contundente es que los procesos judiciales se están realizando en el país y que no se detendrán.

- El ejercicio de la jurisdicción universal implica una decisión política y algunos países han dado marcha atrás con la legislación que la habilitaba, principalmente debido a las consecuencias en el plano internacional. Ejemplos de esto son países como Bélgica y España, inicialmente foros abiertos al principio de jurisdicción universal que en años recientes han restringido o anulado su ejercicio, motivados por el deseo de evitar ser los receptores de cientos de denuncias similares que involucran a países de todo el mundo.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Jessberger, *supra* nota 8, citado en Brett, *supra* nota 45.

¹⁰⁶ Véase Brett, *supra* nota 45.

Si bien es cierto que estas modificaciones regresivas han tenido lugar, también lo es que el ejercicio de la jurisdicción universal hasta el momento ha propugnado enormes avances en el Derecho internacional penal, de la mano de las convenciones en materia de Derecho internacional humanitario y de Derecho internacional de los derechos humanos, coadyuvando también a la consolidación de normas consuetudinarias al respecto. La principal muestra de esto es la aceptación, cada vez más amplia, del principio *aut dedere aut iudicare* como una costumbre internacional que rige indefectiblemente en todos los casos de violaciones graves a los derechos humanos, independientemente de los tratados internacionales suscritos por los Estados involucrados.

Por otro lado, el desarrollo de tribunales penales internacionales y, en particular, la vigencia durante diez años del Estatuto de Roma y el creciente número de Estados que lo han ratificado, demuestra también el convencimiento acerca de la necesidad de juzgar y sancionar los crímenes internacionales. La actuación de la Corte Penal Internacional, así como la de los tribunales *ad hoc* para Ruanda y Yugoslavia y la de los tribunales penales internacionalizados, no sólo “alivianará la carga” de aquellos Estados que tradicionalmente ejercían la jurisdicción universal, sino también continuará contribuyendo a la generación de estándares que los Estados deberán tener en cuenta momento de investigar, juzgar y sancionar. Aún existen importantes discusiones pendientes sobre la relación entre jurisdicción universal y jurisdicciones penales internacionales, pero es de esperar que puedan coexistir como alternativas compatibles y que, por otra parte, se enriquezcan mutuamente.

- Se ha señalado, también, que la jurisdicción universal se topa con dificultades prácticas, en tanto es muy complicado contar con el cúmulo de material probatorio que es posible encontrar en el lugar donde se han cometido los crímenes. En sentido similar, se ha dicho que existiría un dispendio de función jurisdiccional, debido a la dificultad a la hora de detener a los acusados y de llevarlos ante el tribunal, así como los problemas que esto trae para eventualmente juzgarlos y condenarlos.

El caso argentino es un ejemplo claro de las dificultades que pueden existir para detener a los acusados y, mucho más, para lograr la extradición. Sin embargo, por sí sola esta dificultad práctica no parece ser suficiente para desvirtuar la existencia de un proceso en un tercer Estado que puede tener resultados en algunos casos (por ejemplo, Scilingo o Ricardo Cavallo) y que, en última instancia, también puede generar efectos positivos que deriven en la realización de juicios en el Estado en cuestión.

En cuanto las dificultades relacionadas con el cúmulo de pruebas, es dable señalar que son propias de todos los procesos en los que se investigan graves violaciones a los derechos humanos y también son comunes a las jurisdicciones penales internacionales. En Argentina esas complicaciones fueron enfrentadas de diversos modos: algunas personas viajaron para dar testimonio en el país donde se conducían las investigaciones y, adicionalmente, llevaron prueba documental; los abogados que representaban a las víctimas también viajaron a Argentina para reunir pruebas; hubo colaboración de las embajadas en nuestro país; etc. Todo esto hizo posible llevar adelante algunos de los procesos, a pesar de la resistencia por parte del gobierno argentino. Más aun, en la actualidad los avances tecnológicos brindan un abanico de posibilidad que, acompañados por una flexibilización de algunos rigorismos formales, permite la transmisión de información de una manera rápida y efectiva. De tal modo, por ejemplo, es posible enviar documentos escaneados vía correo electrónico y tomar testimonios a través de videoconferencias.

Como anticipé, tomar la experiencia argentina y a partir de allí pensar las posibles consecuencias del principio de jurisdicción universal en otros casos, no es una tarea simple, más aun si se adopta la óptica del principio como un mecanismo de defensa. Desde esta perspectiva, no obstante, propongo ir un paso más allá e imaginar los efectos “persuasivos” o preventivos que la existencia misma del principio implica.

En la comunidad internacional, hay Estados dispuestos a juzgar los más graves crímenes internacionales, aun cuando el Estado del territorio (o cualquier otro Estado con jurisdicción de acuerdo con los criterios tradicionalmente aceptados) no lo haga. ¿Qué efecto puede tener esto?

Una primera posibilidad de persuasión ha sido presentada en los párrafos precedentes: el ejercicio de jurisdicción universal (o, incluso, la mera posibilidad de que se ejerza) puede compeler al Estado en cuyo territorio hayan sido cometidos los hechos a tomar un rol activo en su juzgamiento. Esto, como he expuesto, puede operar como un mecanismo de presión en el plano internacional y en la política local. También es posible que la transferencia de conocimientos fácticos y legales contribuya en tal sentido.

Una alternativa más osada de persuasión sería sugerir que la consolidación del principio de jurisdicción universal –de igual modo que la creación de tribunales internacionales– funciona como freno para la misma comisión de los crímenes. Ya no sólo están siendo juzgados los responsables de estos delitos en las dictaduras de América del sur. Los juicios por parte de tribunales internacionales o internacionalizados por hechos sucedidos en Europa del este, en algunos países asiáticos y africanos, así como los recientes levantamientos en Medio Oriente, son indicios que refuerzan la tesis que la comunidad internacional no tolera más la impunidad. En esa línea, los pronunciamientos de los foros internacionales, así como la inclusión de “cláusulas democráticas” en los tratados constitutivos de organizaciones regionales, también son señales auspiciosas. No obstante, en muchos países aún no se ha podido avanzar hacia un proceso de justicia y todavía existen dificultades para siquiera investigar la verdad de lo sucedido.

Por el momento, este tipo de persuasión no deja de ser un ejercicio de imaginación, una expresión de deseos. Sin embargo, parece claro que el ejercicio del principio de jurisdicción universal tiene la potencialidad de seguir ayudando a transitar ese camino.

Lo que sí es posible afirmar a la luz de la experiencia que ha sido descrita en Argentina –y con la óptica del trabajo realizado por el CELS– es que el ejercicio de jurisdicción universal por parte de terceros Estados –en el marco de un proceso complejo, en el que el cambio del escenario político interno, así como la constante lucha del movimiento de derechos humanos fueron elementos cruciales– tuvo un rol relevante en la modificación del escenario que hizo posible la reapertura de los juicios por crímenes de lesa humanidad.

2.

Juzgar a un jefe de estado. El caso de Alberto Fujimori

Ronald Gamarra

*Ex Procurador Anticorrupción y Derechos Humanos.
Ex Secretario Ejecutivo de la Comisión Nacional de
Derechos Humanos (CNDH). Abogado para las víctimas
en el juicio seguido al Ex presidente Alberto Fujimori.
Director del Equipo de Incidencia en Derechos de Instituto
Promoviendo Desarrollo Social (IPRODES).*

1. Introducción

¿Cuán insólito es que una nación juzgue a su gobernante? Evidentemente no es algo que ocurra todos los días. A pesar de los intentos en distintas partes del mundo por juzgar a jefes de Estado cuyos delitos, con frecuencia, son tan evidentes que parecerían no exigir probanza, la verdad es que el juicio a un jefe de Estado es un hecho excepcional. Escudados en los privilegios que las leyes suelen reconocer a los gobernantes, pero sobre todo protegidos por las densas redes de lealtades y complicidades, tejidas en largos años de ejercicio de la autoridad suprema sin control institucional efectivo, los jefes de Estado, o quienes acaban de dejar de serlo, suelen tener la sartén por el mango frente a sus acusadores ciudadanos.

A pesar de la sacralización tradicional del poder y su pompa, en la historia ha habido momentos en que los pueblos han juzgado a sus gobernantes. Todos recordamos, por ejemplo, el juicio de Luis XVI, al inicio de la Revolución francesa; juzgado por la Convención revolucionaria, el rey de Francia fue sentenciado con rigor. En Perú tenemos el antecedente del juicio a Augusto B. Leguía, presidente de la República durante once años seguidos (1919-1930), quien, al ser derrocado, fue puesto a disposición del Tribunal de Sanción, un órgano creado *ex professo*, al calor de la pasión política, para castigar a Leguía y los leguístas. Como sabemos, el presidente del oncenio falleció sin que se llegara a expresar sentencia en su caso. Fuera de casos como los citados, más frecuentes han sido en la historia los momentos en que ciertos jefes de Estado han sido castigados por la fuerza descontrolada de una masa indignada o enfurecida.

¿Cuál es el denominador común de estos ejemplos? No es difícil identificarlo. El factor común es el carácter político del juicio, la sentencia o el castigo pronunciados y aplicados como consecuencia de un juicio no exento de pasión, y tal vez determinado por ella. Es por eso que un organismo representativo y legislativo de tiempos revolucionarios, como la Convención francesa, se erige por sí y ante sí en supremo juez con poder de vida y muerte. Es por eso que el caudillo militar que derroca a la dictadura de Leguía invoca el “sentir nacional” y se erige en su intérprete privilegiado para constituir un órgano de sanción, directamente, y no de examen y definición de responsabilidades. Es por eso que la masa descontrolada siente legítimo el linchamiento del gobernante que ha despertado en ella la pasión avasalladora del odio.

El juicio al ex presidente Alberto Fujimori (1990-2000) rompió claramente con todos estos precedentes que hemos simbolizado en los casos de Luis XVI y Leguía; de allí la importancia que reviste no sólo para nuestro país. En primer lugar, porque el juicio al ex presidente Fujimori no fue un juicio político sino un proceso judicial, conducido por jueces de larga e ilustre carrera en la magistratura, que se desarrolló según las pautas obligatorias de la ley penal y la respectiva ley procesal, con respeto escrupuloso a las garantías judiciales correspondientes a un procesado. No se juzgaron sus opiniones o actos políticos, sino sus actos u omisiones que configuraban delitos tipificados por el código penal.

En segundo lugar, porque en el juicio a Fujimori se hizo a un lado, en el examen de los cargos contra el procesado, la interferencia nefasta del apasionamiento, de los sentimientos favorables o adversos a él. A los sobrevivientes y a los familiares de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos no les interesó obtener del tribunal un fallo ciegamente condenatorio, sino una sentencia sólidamente razonada, que sirviera a la educación cívica del pueblo. Por eso sus abogados intervinimos activamente en el debate judicial con nuestras pruebas y argumentos, y es que aspirábamos a convencer con la fuerza persuasiva de nuestras razones debida y sólidamente fundamentadas. Por eso debatimos también con la defensa del ex presidente procesado. Porque, en suma, buscamos que el resultado del prolongado proceso judicial se refleje en una sentencia que valga por sí misma, más allá de nuestra época, y no por la fuerza de una determinada coyuntura política.

En tercer lugar, porque en el juicio a Fujimori se aspiró a obtener una sanción legal y justa, y no el linchamiento del procesado. No buscábamos otra cosa que no sea la aplicación igual del código penal, de la misma manera que se aplicaría a cualquier otro ciudadano que violase sus normas. De modo que, contrariamente a lo que afirmaban algunos defensores poco ingeniosos del ex presidente, el juicio no había de crucificarlo, ni de guillotinarlo ni de enviarlo *sine die* a galeras. El procesado Alberto Fujimori no debería recibir otra sanción que no fuera aquella expresamente contemplada en la ley penal peruana. Por eso el juicio le brindó, desde siempre, todas las consideraciones que cabe guardar a un procesado, incluso en exceso.

2. El proceso judicial contra el ex presidente Alberto Fujimori

El 21 de septiembre de 2007, la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Chile resolvió la demanda de extradición del Estado peruano sobre el ex presidente Alberto Fujimori.¹⁰⁷ La sentencia declaró procedente la extradición en siete de los 14 casos demandados: los casos graves de violaciones a los derechos humanos de Barrios Altos (1991) y La Cantuta (1992), el secuestro del periodista Gustavo Gorriti y del empresario Samuel Dyer (1992); el allanamiento a la casa de la esposa de su principal asesor Vladimiro Montesinos (en busca de videos que lo comprometían en actos de corrupción); la compra de la televisora Cable Canal de Noticias y el diario Expreso con fondos públicos; el pago de la “compensación por tiempo de servicios” de 15 millones de dólares a Vladimiro Montesinos (para garantizar su fuga del país); los “congresistas tráfugas” (comprados con dinero del Estado para lograr una mayoría oficialista hechiza). Al día siguiente, el hasta entonces prófugo Alberto Fujimori arribó en un avión de la Policía Nacional a suelo peruano e inmediatamente fue internado en los ambientes de la División de Operaciones Especiales de la Policía Nacional (DINOES).

Tras la sentencia de la Corte Suprema chilena, el Poder Judicial peruano, especialmente el presidente de la Corte Suprema de Perú, tomó la decisión de designar la Sala Penal Especial compuesta por los magistrados César San Martín Castro, Víctor Prado Saldarriaga y Hugo Príncipe Trujillo como encargados del juzgamiento, definiendo que tendría dedicación exclusiva al caso y que además contaría con una organización y auxiliares que garantizaran el normal desarrollo del proceso judicial.¹⁰⁸ De igual manera en la sede policial de la DINOES se construyó una sala de audiencias para el desarrollo del juicio.

¹⁰⁷ Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia. Exp. 19-2001-AV. Resolución de fecha 22 de septiembre de 2007.

¹⁰⁸ A modo de ejemplo, Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia. Exp. 19-2001-AV. Resolución de fecha 10 de julio de 2008.

El tribunal, presidido por el Magistrado Supremo San Martín Castro, estableció como estrategia el juzgamiento por bloques de casos. Así determinó que, en un primer proceso, a Fujimori se le juzgaría por los crímenes contra los derechos humanos (Barrios Altos, La Cantuta, Gustavo Gorriti y Samuel Dyer) y en otro por los casos de corrupción de funcionarios (CTS de Montesinos, compra de CCN y Expreso, y congresistas trásfugas). Al caso del allanamiento de la casa de la esposa de su asesor principal le correspondía el procedimiento penal sumario y, como consecuencia de ello, sería juzgado por un vocal supremo instructor.

La Fiscalía Suprema en lo Penal formuló acusación contra Alberto Fujimori como autor mediato de los delitos de homicidio calificado y secuestro. La acusación señaló que era autor mediato por dominio de la organización por medio de la cual lograba el dominio de los hechos. Precisó que esa organización o aparato de poder con el cual se ejecutaban los crímenes era el Destacamento Colina, el mismo que funcionaba como una organización vertical, rígida y disciplinada, cuyos fines colisionaban con el ordenamiento jurídico estatal. La fiscalía solicitó que se le impusiera una sanción de 30 años de pena privativa de libertad.

El 10 de diciembre se dio inicio al juicio oral contra el ex presidente por los casos de la matanza de Barrios Altos, la desaparición y ejecución extrajudicial de los estudiantes y el profesor de La Cantuta, el caso del secuestro de Gorriti y Dyer. La envergadura y complejidad del proceso determinó que el tribunal permitiera la presentación de 80 testigos y 20 peritos. Fueron admitidos como testigos las propias víctimas de los delitos o sus familiares directos, un considerable número de agentes integrantes del Destacamento Colina, los jefes operativos del Destacamento, jefes policiales, los jefes de los aparatos de inteligencia del Ejército (Servicio de Inteligencia del Ejército, Dirección de Inteligencia del Ejército), jefes de Frentes y unidades contrasubversivas del Ejército peruano, altos oficiales y presidentes del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas como el general Nicolás Hermosa Ríos, el Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) y el propio ex asesor Vladimiro Montesinos Torres. Fue evidente que el tribunal definió para el juicio un estándar de libertad probatorio bastante considerable.

El mismo día 10 de diciembre la fiscalía dio inicio al interrogatorio de Fujimori. Durante seis sesiones se interrogó al acusado sobre los hechos materia del proceso judicial, pero también se generó una intensa discusión, que delineó la decisión final del tribunal, sobre el curso, las características y el rol del presidente de la República en la llamada nueva estrategia contrasubversiva implementada desde 1991.

Los diversos interrogatorios marcaron las líneas de estrategia de cada uno de los actores. La fiscalía y la parte civil en una estrategia para demostrar, sobre la base de hechos conocidos y casos concretos, que Alberto Fujimori lideró e impulsó una estrategia contrasubversiva, cuyo objetivo era la eliminación selectiva de personas presuntamente vinculadas con la subversión. Por su parte, la defensa de Fujimori definió como estrategia el sustentar, simplemente con documentos y directivas, que durante su gobierno no existió una política de violación a los derechos humanos.

3. La sentencia

El 7 de abril de 2009, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema pronunció por unanimidad una sentencia¹⁰⁹ histórica que condenó a Alberto Fujimori como autor mediato de la comisión de los delitos de homicidio calificado –asesinato–, bajo la circunstancia agravante de alevosía, en agravio de Luis Antonio León Borja y otras 24 personas; lesiones graves en agravio de Natividad Condorcahuana Chicaña y otras tres personas; delitos de homicidio calificado y lesiones graves que constituyen crímenes de lesa humanidad; y secuestro agravado, bajo la circunstancia agravante de trato cruel, en agravio de Gustavo Gorriti Ellenboguen y otro. En tal virtud, le impuso 25 años de pena privativa de libertad, la misma que vencerá el 10 de febrero de 2032. Por último, el tribunal hizo constar que el total de las víctimas en los casos Barrios Altos y La Cantuta no estaba vinculado con las acciones terroristas de la organización Sendero Luminoso.

La sentencia contiene diversos extremos dignos de ser resaltados y comentados. Por ejemplo:

A. Las afirmaciones probatorias de alcance general

La Sala Penal Especial se pronunció sobre varios aspectos de la prueba penal. Entre otros, refirió que a las actuaciones sumariales se les puede conceder valor de prueba, o que éstas pueden integrar la valoración probatoria; que la manifestación de un testigo prestada en otro procedimiento penal –supuestamente conexo– no puede ser utilizada, si es que la persona no fue ofrecida en el nuevo juicio oral como testigo ni está acreditada una causal de ausencia insubsanable de su parte; que la prueba testifical es reproducible en el plenario para someterla a contradicción; que los artículos periodísticos pueden constituir un medio idóneo para acreditar y dar certeza a las conductas objeto de enjuiciamiento, y que tratándose de una noticia objetiva no es pertinente acudir a la figura del testigo de referencia; que la falta de uniformidad del conjunto de declaraciones de un testigo (imputado o experto inclusive) no contribuye a un primer juicio de atendibilidad, pues es totalmente posible una retractación o cambio de versión. En este caso, se debe analizar tanto internamente el conjunto de testimonios como en relación con los demás recaudos probatorios de la causa, para determinar cuál de las versiones es la más arreglada a lo acontecido. No es preciso que la contradicción sea efectiva en el momento en que se presta la declaración sumarial, sólo se exige la posibilidad de contradicción; las declaraciones del asesor presidencial Vladimiro Montesinos prestadas en otras sedes: congresales, fiscales y judiciales, pueden utilizarse y son plenamente valorables, siendo que existe una causa excepcional e insubsanable derivada de la negativa de declarar de Montesinos, pese a haber sido citado y concurrido a la audiencia; la ley no prohíbe el aporte o utilización de documentos en general a procedimientos en curso antes que culmine el procedimiento originario donde fueron aportados inicialmente; y, que no existe mérito para excluir a las sentencias de colaboración eficaz del acervo probatorio. La posición de los arrepentidos, en relación con sus anteriores declaraciones es un problema de valoración del testimonio, no de legalidad de su apreciación.

¹⁰⁹ Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia. Exp. 19-2001-AV. Resolución de fecha 7 de abril de 2009.

B. La consolidación de la tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados

Atendiendo al hecho que la acusación fiscal le imputa a Alberto Fujimori responsabilidad penal a título de autoría mediata por dominio de la organización, y establecidos los hechos que el tribunal consideró probados, la Sala Penal Especial, con pleno respeto al principio acusatorio, procedió a la determinación de la naturaleza jurídico penal de la intervención del ex presidente.

Para ello, empieza con una referencia general a la autoría mediata, distinguiendo tres modalidades:

- I. dominio por error (dominio de la voluntad del ejecutor por medio del engaño);
- II. dominio por coacción (dominio de la voluntad del ejecutor a través de amenaza o intimidación, y
- III. autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados.

Luego hace referencia al artículo 23 del Código Penal de Perú, el cual recoge la autoría mediata por medio del siguiente fraseo: “El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente...”. Debido a los hechos y contexto del caso, la Sala Penal Especial analiza en detalle el contexto bajo el cual surgió la doctrina de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, desarrollada originalmente por el jurista alemán Claus Roxin.¹¹⁰ En esta línea de razonamiento, la Sala Penal especial se basa tanto en jurisprudencia comparada como nacional.

Lo que sigue es el análisis detallado de los presupuestos para la configuración de esta modalidad de responsabilidad. Así, el tribunal distingue como presupuesto general la existencia de la organización, lo cual a su vez implica la asignación de roles y que estos aparatos de poder desarrollan una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes.

A continuación se enumeran y explican *in extenso* los presupuestos/requisitos objetivos y los presupuestos/requisitos subjetivos. Se citan dos requisitos objetivos:

I. el poder de mando; es decir, la capacidad de nivel estratégico superior, del llamado hombre de atrás, de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le esté subordinada, distinguiéndose dos planos: órdenes formales –frecuentes en organizaciones estatales–, y órdenes por su efectividad material –frecuentes en aparatos de poder organizado, estructurados desde su inicio como totalmente desvinculadas del orden jurídico–, y

II. el apartamiento del Derecho; es decir el funcionamiento del aparato como una totalidad fuera del orden jurídico, siendo que produce efectos ilícitos como una integridad que actúa totalmente al margen del Derecho.

En el caso concreto de la criminalidad estatal, el nivel superior estratégico del Estado, su autoridad central, utiliza las estructuras del aparato estatal para la comisión de crímenes internacionales.

¹¹⁰ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, traducida por Joaquín Cuello Contreras, Ediciones Marcial Pons, 7ª Ed., Madrid, 2000.

Dos también son los requisitos/presupuestos subjetivos que se mencionan:

I. la fungibilidad; es decir, que el ejecutor pueda ser intercambiado o sustituido por el nivel superior para llevar a cabo la comisión del crimen. Esta característica ha sido gráficamente explicada por Roxin¹¹¹ con la rueda o engranaje cambiante o sustituible (ejecutor inmediato o directo) en la maquinaria de poder (aparato de poder); y;

II. la predisposición a la realización del hecho ilícito, la cual alude a una predisposición psicológica del ejecutor respecto a la realización de la orden que implica la comisión del crimen.

En este contexto, es el interés internalizado y el convencimiento del ejecutor directo de que el hecho ilícito ocurra lo que asegura su comisión.

Finalmente, la Sala Penal Especial diferencia la autoría mediata y la responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional, indicando que la primera es una modalidad por comisión (órdenes) mientras que la segunda es una modalidad por omisión (es decir, cuando el superior incumple su deber de prevención, supervisión y sanción de todo delito que pueda o sea cometido por sus subalternos).

Al aplicar el marco conceptual anterior al caso concreto, la Sala Penal Especial estableció que Alberto Fujimori, en su condición de posición más alta del Estado, en el Sistema de Defensa Nacional en particular, y como jefe supremo de las Fuerzas armadas, abusó del mando al configurar un aparato organizado de poder sobre la base de las unidades centrales y derivadas del Servicio de Inteligencia Nacional que incluyeron la comisión de los delitos de asesinato y lesiones graves ocurridas en Barrios Altos y la Cantuta, en el contexto de la lucha antiterrorista. Tales delitos, además de los hechos ilícitos en los sótanos del Servicio de Inteligencia del Ejército, fueron implementadas por el destacamento Colina, el cual estuvo subordinado jerárquicamente dentro del aparato de poder organizado bajo el control y voluntad del acusado. Tal situación, también sobre la base de experiencias similares en el ámbito latinoamericano, ha sido calificada apropiadamente por el tribunal como “Guerra Sucia”, concepto relacionado con el término “Estado Criminal”.

Consideramos que la Sala Penal Especial expuso fundadas razones para emplear la fórmula de la autoría mediata por dominio de la organización al caso contra Alberto Fujimori; que consolidó tal tesis dogmática penal y su aplicación en la judicatura nacional, en la instancia suprema; y que hizo bien en descartar otras fórmulas, como las de la empresa criminal conjunta y la responsabilidad del superior jerárquico (como sugerían algunos informes en derecho, presentados en calidad de *amicus curiae*), por no corresponder exactamente a los precisos términos de la responsabilidad del ex presidente. Además, resulta significativo que el tribunal haya condenado a Alberto Fujimori con el mismo título de imputación y tesis dogmático penal con los que otros tribunales de la República han impuesto sentencia a los líderes de las organizaciones terroristas que desangraron al país (particularmente, a Abimael Guzmán, de Sendero Luminoso) y, en una suerte de notificación general en el sentido de que la justicia no acepta los crímenes acontecidos en el curso de la violencia política que se desató en las últimas décadas del siglo pasado, independientemente de la posición del autor en la sociedad y en la política.

¹¹¹ *Ibid.*

C. La necesidad de recurrir a la prueba indiciaria en los casos de violación a los Derechos Humanos

La Sala Penal Especial consideró que el proceso contra Alberto Fujimori demandaba un singular esfuerzo en materia de motivación jurídica y, especialmente, de apreciación y valoración de la prueba; y, que la complejidad de la construcción del juicio de hecho se expresaba en la amplitud de los cargos, la alegación de una práctica sistemática o generalizada de violación de los derechos humanos, y la atribuida responsabilidad penal de un presidente de la República en tanto expresión de una política determinada que tuvo como eje la constitución de un aparato organizado de poder.

Estando a ello, el tribunal sostuvo que “Es significativo, al respecto,

I. la, por lo menos, insuficiente prueba directa y, por ende, la necesidad de abordar cuidadosamente la prueba indirecta o por indicios. Además, de tener presente

II. el tiempo transcurrido y el evidente esfuerzo de personajes que integraron altos cargos en ese régimen político, en sus diferentes estructuras de poder, en negar toda relación delictiva con los hechos objeto de acusación, pese a la gravedad y seriedad de los cargos en su contra, así como que

III. varios de ellos simplemente eliminaron pruebas materiales, especialmente documentales. Es el caso muy significativo de Vladimiro Montesinos Torres, quien dirigió –no de *iure*, sino de *facto*– una institución vital en el régimen que presidió el acusado Fujimori, el SIN, y que conforme a la declaración de Rafael Merino Bartet, asesor político de la Alta Dirección del SIN, al inicio de la caída del régimen ordenó borrar las memorias de las computadoras de la institución y destruir toda la documentación generada en esos años”.¹¹²

También señaló que “Por otro lado, es de precisar el requisito –en puridad, criterios que deben seguirse para la admisión de la prueba– de idoneidad –en adición al de pertinencia– en un sistema de prueba libre como el nuestro, que consagra la libertad de medios de prueba –libertad de elección y de empleo de los diversos medios de prueba, que da lugar, como regla, que no se requiera para la comprobación de un hecho en particular un medio especial o exclusivo de prueba–. La doctrina procesalista indica que mediante la idoneidad ha de tenerse en cuenta que la ley permita demostrar por algún medio determinado, el hecho –o parte de él– objeto de prueba. Es de advertir, en consecuencia, si existen prohibiciones de medios de prueba o si la ley establece la probanza de un determinado hecho con un preciso medio de prueba.

Ahora bien, respecto de los hechos imputados, del tema *decidendi*, según el detalle realizado en los párrafos precedentes, no existe norma procesal que prohíba probar con un medio de prueba específico algún extremo de los mismos. No hay exclusión, excepciones o limitaciones al respecto”.¹¹³

La decisión de la Sala Penal Especial de recurrir a la prueba indiciaria fue correcta; tal criterio, por lo demás, ha sido invocado por otros tribunales de justicia cuando han conocido de casos de violaciones de derechos humanos. Claro está, “[l]a práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos.

La prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas”.¹¹⁴

¹¹² Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia. Exp. 19-2001-AV. Sentencia, párr. 51.

¹¹³ *Ibid*, párr. 57.

¹¹⁴ *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Corte IDH, Sentencia de fecha 20 de enero de 1989, Serie C Núm. 5, párrs. 136-137.

D. El valor del Informe Final de la Comisión de la verdad y la Reconciliación

La Sala Penal Especial dijo que el valor probatorio del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) radicaba en los llamados hechos contextuales, referidos a la existencia de numerosas desapariciones forzadas y ejecuciones arbitrarias atribuidas a los agentes del Estado, en forma de una práctica sistemática y generalizada. Estando a ello, el tribunal afirmó con certeza que las numerosas desapariciones forzadas y ejecuciones arbitrarias perpetradas durante los años 1990 a 1993, atribuidas a agentes del Estado, configuraron una práctica sistemática y generalizada, y en determinadas circunstancias –especialmente en las zonas declaradas en Estado de Emergencia, selectiva.¹¹⁵

También fue correcta la decisión adoptada por el tribunal en este extremo, con las siguientes precisiones:

- Las comisiones de la verdad son mecanismos no jurisdiccionales que se establecen para indagar graves violaciones cometidas en el pasado, como parte de lo que se denomina los mecanismos de la justicia transicional.
- Las comisiones de la verdad no sustituyen al Poder Judicial. La creación de una comisión de la verdad, ciertamente, no implica la sustitución de las funciones del Ministerio Público ni del Poder Judicial –únicos órganos habilitados constitucionalmente a la investigación, el enjuiciamiento y la sanción de delitos–; sin embargo, la labor de ésta puede ser complementaria del papel esencial que desempeñan los mecanismos judiciales para proteger los derechos humanos y luchar contra la impunidad.

Las comisiones de la verdad son entidades públicas y oficiales, establecidas como procedimientos oficiales, mediante normas jurídicas específicas en donde se detallan sus funciones públicas. Son, entonces, entes públicos que cumplen una función pública. En el caso peruano, estando a su origen de creación, vía Decreto Supremo, la Comisión de la Verdad y Reconciliación fue una entidad pública, y su Informe Final tiene la condición de documento público (artículo 235.1 del Código Procesal Civil).¹¹⁶ Considerando los fines perseguidos, vale decir la búsqueda de la verdad y la formulación de recomendaciones, la CVR fue un organismo oficial; por sus funciones, no fue sino una entidad pública; por su patrimonio, parte del cual proviene de presupuesto general de la República (el Estado peruano financió 50% del presupuesto de la Comisión, y otro 50% fue cubierto por la Cooperación Internacional), fue un organismo público; y sus miembros, en tanto fueron designados en un acto oficial por el Presidente de la República y el ministro del Sector, tuvieron la condición de funcionarios públicos.

El informe de una Comisión de la verdad tiene valor. El Centro Internacional de Justicia Transicional (ICTJ) sostiene correctamente que el informe de una comisión de la verdad contiene aseveraciones normativas, que implican:

- I. la opinión concurrente, deliberada y consciente de sus integrantes; y,
- II. conclusiones generales, elaboradas de tal manera que expresan la opinión prescriptiva de la comisión y que están vinculadas con recomendaciones específicas.¹¹⁷

¹¹⁵ *Ibid.*, párr. 123.

¹¹⁶ Código Procesal Civil, Resolución ministerial Núm. 10-93-JUS. Promulgado: 8 de enero de 1993. Publicado: 23 de abril de 1993; en línea: [iberred.org <http://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civil-per.pdf>](http://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civil-per.pdf), art. 235.1.

¹¹⁷ Centro Internacional de Justicia Transicional, *Consideraciones técnicas a partir del derecho internacional y el derecho comparado sobre el valor probatorio de algunas pruebas documentales en procesos penales*, en línea: [ictj.org <http://www.ictj.org/images/content/11/2/1207.pdf>](http://www.ictj.org/images/content/11/2/1207.pdf).

Claro está, las aseveraciones de una comisión de la verdad no constituyen evidencia *per se* de responsabilidad individual, pues requieren la concurrencia de otros elementos que sólo pueden ser actuados en juicio con las debidas garantías. No obstante, las conclusiones de una comisión de la verdad constituyen la constatación por parte de un ente público de una situación fáctica, así como la opinión calificada de quienes han sido llamados, mediante norma expresa, a cumplir una función pública.

Como se ha dicho, “La tendencia, tanto internacional como interna, reconoce el valor de las conclusiones de una comisión de la verdad como elementos probatorios de una situación en la cual se enmarcan hechos específicos. En particular, el informe de la CVR de Perú permite inferir la existencia de un patrón de violaciones, más no la responsabilidad individual de autores o partícipes, la que debe ser validada en el marco de un debido proceso penal. Un patrón de conducta, sin embargo, permite a un tribunal articular lógicamente las pruebas actuadas en el proceso de modo tal que expliquen la participación criminal de cada una de las personas materia de investigación y juzgamiento”.¹¹⁸

En el plano internacional se atribuye valor probatorio a los informes de las comisiones de la verdad. Los informes de las comisiones de la verdad han sido materia de valoración judicial. En general, se aprecia que los tribunales señalan que dichos informes pueden tener valor probatorio, ya que son introducidas a las causas en función de una norma jurídica que las reconoce como entes oficiales. Fue el caso para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tres casos guatemaltecos, en un caso paraguayo en un caso chileno y en por lo menos seis casos peruanos. Además, influyó en la jurisprudencia argentina, la jurisprudencia española, la jurisprudencia chilena, la jurisprudencia guatemalteca, la jurisprudencia peruana y la jurisprudencia de los Estados Unidos.

E. El valor de los documentos desclasificados

El tribunal resolvió que los documentos desclasificados de los Estados Unidos, que datan de los años 1990, 1991, 1992 y 1993, daban cuenta de que Alberto Fujimori tenía una adecuada comprensión teórica de importancia de los Derechos Humanos, pero que sin embargo estaba dispuesto a sacrificar principios para conseguir una victoria rápida contra el terrorismo; que el ex presidente apoyaría un plan antisubversivo de dos fases: la primera, pública, con gran énfasis en los Derechos Humanos, la segunda, confidencial, que incluirá a las unidades de operaciones especiales de inteligencia, entrenados en asesinatos extrajudiciales; y, exponen la masacre de Barrios Altos y la Cantuta, así como la inacción de parte del Estado para esclarecer los hechos.

El tribunal consideró lo dicho por la experta Katherine Doyle¹¹⁹ (quien explicó las bases de la confiabilidad de los documentos desclasificados y, de otro, formuló un análisis global de ellos), para establecer que la información de inteligencia que se transmitía al Departamento de Estado siempre era información de inteligencia ya producida y aceptada dentro de un contexto de análisis de la situación en comparación con otras fuentes, también contrastadas; y, que todos los documentos tienen información de inteligencia dentro del contexto de la otra información recopilada.

El tribunal resolvió que los documentos desclasificados del Departamento de Estado de Estados Unidos constituyen un medio valorable de prueba en un aspecto referencial o limitado, que necesariamente debe ser contrastado con otras evidencias aportadas a la causa.¹²⁰

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Supra* nota 112, párr. 101.

¹²⁰ *Ibid.*, párr. 147.

Estando de acuerdo con este extremo de la sentencia, procedemos a realizar las siguientes precisiones. En principio, fue la parte civil la que ofreció como prueba documental de cargo un conjunto de documentos oficiales desclasificados por Estados Unidos, referida a la estrategia antisubversiva aplicada por el acusado Alberto Fujimori, y la creación y funcionamiento del destacamento Colina, entre otras materias; y, en segundo lugar, ciertamente la perito Katherine Doyle, del National Security Archive, convocada por la parte civil a prestar declaración en el proceso, luego de precisar que los órganos de seguridad e inteligencia de Estados Unidos están en posesión de información de los aparatos de seguridad y los ejércitos de América latina del tiempo de la guerra fría, acotó que los documentos desclasificados por parte del Departamento de Estado de Estados Unidos sobre Perú, contienen información acerca de una estrategia de “dos vías o dos caras”, desarrollada durante el régimen de Fujimori, en donde se decía públicamente “respetar los derechos humanos” pero a la vez, de manera secreta, también se aplicaba “una estrategia clandestina de luchar agresivamente contra la subversión, a través de operaciones de terror sin recurso a derechos humanos, sin respeto al Estado de derecho y fuera del marco legal”.¹²¹ La perito añadió que “los documentos reflejan muy claramente la conclusión del embajador y de los embajadores y de la embajada, las operaciones ilegales fueron el producto de una política del gobierno y no resultados de elementos fuera de control del ejército, policía o inteligencia”.¹²²

Por lo demás, como bien señala el Centro Internacional de Justicia Transicional, los documentos oficiales desclasificados por Estados Unidos “no tienen un valor probatorio en sí mismos”.¹²³ Y es que, en realidad, el valor de dicha documentación está en función del caudal de la información o del contenido ideológico de cada uno por separado y de su análisis en conjunto. Aunque, claro está, tratándose de documentos oficiales expedidos por una autoridad extranjera (en el presente caso, por los propios embajadores americanos en Perú y otros funcionarios de alto rango diplomático), el proceso de desclasificación oficial sí permite establecer –o presumir– su autenticidad y la autoría respectiva. En el caso contra Alberto Fujimori, bajo todo punto de vista, estábamos en presencia de documentos extraprocesales, que se convierten en piezas que son un medio de prueba real y que –de conformidad a su específico contenido– aportan elementos de convicción.

Como refiere el indicado Centro Internacional de Justicia Transicional, “los elementos de convicción dependen del contenido específico de los documentos y, aunque en algunos casos la eficacia probatoria de los documentos necesitará respaldo de otro medio probatorio para lograr su cometido, este hecho en sí no priva a ningún documento de su valor probatorio específico”.¹²⁴ De manera que, puede añadirse, la información recogida en un documento determinado puede ser corroborada por otros medios si el juzgador lo considera necesario en su ejercicio de valoración libre.

¹²¹ Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia. Exp. 19-2001-AV. Acta 97, sesión de fecha 8 de septiembre de 2008.

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Supra* nota 116.

¹²⁴ *Ibid.*

En el plano internacional, se atribuye valor probatorio a los documentos oficiales desclasificados. Una rápida revisión de la jurisprudencia de determinados tribunales penales de América latina y de algunos jueces civiles norteamericanos arroja como conclusión que, en materia de causas que involucran graves violaciones a los derechos humanos, la tendencia apunta a la consideración del valor probatorio de los documentos desclasificados por el gobierno de Estados Unidos. Así ocurrió en las jurisprudencias argentina, guatemalteca, uruguaya, chilena y española.

F. La calificación de los actos perpetrados en Barrios Altos y La Cantuta de crímenes de lesa humanidad

La Sala Penal Especial también decidió que los actos de asesinato y lesiones graves imputados a Alberto Fujimori trascienden el ámbito estrictamente individual o común, adecuándose plenamente a los presupuestos que configuran los delitos contra la humanidad, por lo que así lo declara; precisando que “ellos se cometieron en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos. Esta política, de un lado, fue diseñada, planificada y controlada desde los más altos niveles de poder del Estado, y ejecutada por agentes públicos –efectivos de inteligencia militar– que se sirvieron del aparato castrense para hacerlo; y, de otro lado, conforme a sus objetivos, afectó a un número importante de personas indefensas de la población civil”.¹²⁵

Coincidimos con el tribunal en la declaración de que los casos de Barrios Altos y La Cantuta son verdaderos crímenes contra la humanidad cometidos bajo la cobertura del poder político, y la oprobiosa impunidad que ese poder ofrece a quienes ejecutan esos crímenes y especialmente a quienes los planifican y promueven; advirtiendo que es clara la codificación internacional de los crímenes contra la humanidad; y, que en julio de 1998 el Estatuto de la Corte Penal Internacional definió a los crímenes contra la humanidad, de una vez y para siempre, como cualesquiera de una serie de actos inhumanos como el asesinato, el exterminio, la tortura, el sometimiento a la esclavitud, la deportación, la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos, el encarcelamiento arbitrario, la desaparición forzada, el homicidio intencional, el encarcelamiento, la violencia sexual, cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra cualquier población civil.¹²⁶

¹²⁵ *Supra* nota 112, párr. 717.

¹²⁶ Estatuto de Roma A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, en línea: ICRC.org <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1998-icc-5tdm58.htm>>.

Ahora bien, “para que los actos del perpetrador constituyan un crimen contra la humanidad han de formar parte de ataque generalizado o sistemático, dirigido contra cualquier población civil. Bajo este requisito general han de distinguirse los siguientes elementos:

- I. Ha de existir un ataque;
- II. el ataque ha de ser generalizado o sistemático,
- III. el ataque ha de estar dirigido contra cualquier población civil;
- IV. los actos del perpetrador han de ser parte del ataque;
- V. el perpetrador ha de saber que existe un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil y que sus actos son parte de este ataque”.¹²⁷

El señalamiento de dichos elementos precisa de nuestra parte, sin embargo, la siguiente y sucinta delimitación. Primero: la noción de “ataque” es diferente a la de “conflicto armado”, y puede calificarse de “comisión múltiple de actos”; segundo: la noción de “generalizado” equivale “a gran escala” y la de “sistemático” alude al “carácter organizado”. Ya la jurisprudencia y la doctrina han señalado que ello implica un enfoque alternativo –o uno u otro–, descartando una mirada acumulativa; tercero: por “civil” debe entenderse a toda persona que no es miembro de las fuerzas armadas o que, en todo caso, no sea un combatiente; cuarto: se excluyen los “actos aislados”; y, quinto: no es necesario que el perpetrador tenga un conocimiento detallado del ataque.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tema y decidir alrededor de la aplicación de la figura de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales internos de los Estados; también la Corte Interamericana de Derechos Humanos y nuestro Tribunal Constitucional.

G. La dignidad de las víctimas

La Sala Penal Especial declaró que no existe evidencia alguna, mas allá de la insinuación –sin aval indiciario que la justifique– formulada por alguno de los participantes en los hechos, que siquiera remotamente pueda llevar a sospechar que las víctimas estarían vinculadas con la organización terrorista Sendero Luminoso e involucradas en determinados atentados con propósito terrorista.¹²⁸

Así, el tribunal hizo justicia a las víctimas, haciendo de lado ese estigma injusto y falso de “terroristas”, lanzado arteramente sobre ellos como supuesta justificación al proceder inadmisibles del destacamento Colina.

¹²⁷ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Fiscalía c. Momcilo Krajisnik*, Caso IT-00-39, Sentencia de fecha 27 de septiembre de 2006, párr. 705.

¹²⁸ *Supra* nota 112, párr. 827.

4. La ratificación de la sentencia condenatoria

Con fecha 30 de diciembre de 2009, la Sala Suprema Penal Transitoria ratificó por entero la condena pronunciada en abril contra Alberto Fujimori, por asesinato con alevosía en agravio de 25 personas, lesiones graves en agravio de cuatro y secuestro agravado en agravio de un periodista y un empresario, y puso definitivo punto final a un ejemplar proceso judicial caracterizado por el respeto escrupuloso a las garantías del debido proceso.¹²⁹

En suma, dos instancias y ocho magistrados intervinieron en la decisión de este caso, y todos ellos, por unanimidad, establecieron fuera de toda duda la culpabilidad de Fujimori. Ni uno sólo opinó por su inocencia, y es que las pruebas estaban allí: palpitanes, evidentes, numerosas.

Quien se asoció criminalmente, durante toda una década, con delincuentes comprobados como Vladimiro Montesinos y Nicolás Hermosa Ríos, no pudo evitar dejar pruebas que lo denunciaran a pesar de sus esfuerzos por borrarlas. Quedó desbaratada así la campaña falaz de que no había pruebas contra él. La sentencia estableció que la verdad es exactamente lo contrario y que su culpabilidad estaba comprobada por las pruebas actuadas en el proceso. Ninguno de los ocho jueces supremos que intervinieron en ambas instancias dudó de ello.

También hubo unanimidad sobre la culpabilidad de Fujimori por delito de secuestro. En este aspecto se dio un leve matiz, pues siete magistrados lo calificaron como secuestro agravado y sólo uno como secuestro simple, pero no hubo magistrado que lo exculpara. La misma unanimidad estableció que los asesinatos en los casos masivos de Barrios Altos y La Cantuta constituyen crímenes de lesa humanidad. Igualmente unánime fue la sentencia impuesta de 25 años de pena privativa de libertad. Sentencia severa dentro de la ley, pero sin duda clemente frente a los 25 asesinatos cometidos que, además, no fueron los únicos sino aquellos que pudieron llegar a juicio.

La decisión judicial en el proceso a Fujimori representó un hecho de extraordinaria importancia moral, democrática e histórica para Perú –y no sólo para Perú– porque señaló un punto de quiebre frente a un pasado donde la arbitrariedad y la impunidad del gobernante establecían un orden de abuso y barbarie, y abrió la posibilidad de un futuro donde la ley democrática, respetada por todos y en primer lugar por quien ejerce autoridad, sea la base de una comunidad integrada bajo el signo de la civilización.

Un país no sólo debe progresar económicamente; también debe hacerlo institucionalmente, fortaleciendo la justicia y la democracia, sin lo cual el progreso económico carece de viabilidad. Sancionar a quienes abusan del poder para matar o robar –como lo hicieron Fujimori y sus cómplices– es parte necesaria e irrenunciable de ello. Allá los que prefieran al tiranuelo “que delinque pero hace obra” y están dispuestos a encubrir y apañar sus crímenes; probablemente lo hacen porque algo ganan con ello. Los peruanos tenemos derecho a la decencia, y a eso apunta el resultado de este proceso histórico.

¹²⁹ Ratificación disponible en línea en el buscador del Poder Judicial de Perú: <<http://www.pj.gob.pe>>.

5. Las lecciones del proceso al ex presidente Alberto Fujimori

Sin embargo, más allá de la trascendencia de la propia sentencia emitida por la Sala Penal Especial, ratificada la Sala Suprema Penal Transitoria, debe resaltarse todo el ejercicio democrático que representó la actuación del panel de magistrados supremos que, desde el 10 de diciembre de 2007, llevó adelante un proceso independiente, imparcial, objetivo y transparente. El proceso, en su integridad, es un hito trascendental para el Derecho y es un parteaguas para el desarrollo democrático de países en busca de su destino, como el nuestro.

El proceso penal instaurado contra Alberto Fujimori por violaciones de derechos humanos, que no dudamos de calificar como uno de los mayores acontecimientos en la lucha incesante por el imperio del Derecho contra la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, nos deja múltiples lecciones. Entre ellas, las siguientes:

A. Es posible juzgar a un ex presidente por violaciones a derechos humanos en un tribunal penal nacional

El juzgamiento del ex presidente por graves violaciones a derechos humanos fue llevado adelante directamente por un órgano de justicia nacional, sin que fuera necesario el recurso a la jurisdicción penal internacional o la jurisdicción universal. El proceso judicial fue conducido por jueces peruanos de larga e ilustre carrera en la magistratura y la docencia universitaria: César San Martín Castro, Víctor Prado Saldarriaga y Hugo Príncipe Trujillo; desarrollado según las pautas obligatorias de la ley penal y la respectiva ley de procedimientos; conducido con respeto escrupuloso a las garantías judiciales correspondientes a todo procesado; en el que se presentó, debatió y valoró la prueba aportada conforme a las reglas que nos gobiernan; no se juzgaron en él las opiniones ni los actos políticos del acusado, sino sus actos u omisiones que configuran delitos tipificados en el código penal; y, finalmente, fue decidido con una sentencia que empleó una fórmula dogmática penal de amplia recepción en la jurisprudencia nacional.

Por cierto, el panel de magistrados echó mano a los tratados internacionales en materia de derechos humanos; a la dogmática más elaborada en materia penal y procesal penal, particularmente a la alemana y española; y asumió en gran parte la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales. Así, a lo largo del proceso, la Sala aplicó los estándares internacionales en materia de debido proceso y en las resoluciones que fue emitiendo, así como en la propia sentencia recurrió a la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y a aquellos que aplicaron la jurisdicción universal.

Debe mencionarse en todo caso que la actuación y decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, particularmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desbrozaron el camino que después pudieron recorrer los integrantes del panel que juzgó y condenó al ex presidente; y, en el mismo sentido, merece citarse la actuación de la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema de Chile que en una histórica decisión del 21 de septiembre del 2007, con base en la existencia de “presunciones fundadas de responsabilidad” –y en algunos casos, incluso, aludiendo a “elementos de convicción suficientes”–, aprobó la extradición del ex presidente Fujimori y, en ese sentido, posibilitó el juzgamiento en sede nacional.¹³⁰

Por cierto, el *affaire* Fujimori revitalizó a la extradición como mecanismo vigente de cooperación interestatal en materia judicial y, específicamente, en el ámbito de los derechos humanos. Más allá de las críticas y cuestionamientos que merece esta institución, el fallo de la Corte Suprema de Chile tuvo la virtud de insuflar nuevos bríos a la extradición como procedimiento auxiliar entre los Estados en materia penal. Hoy en día, la extradición ha recobrado actualidad y prestancia jurídica, y en un ámbito por demás sensible –por diversos motivos– para los Estados y la comunidad internacional: el de los derechos humanos.

En todo sentido, pues, el caso Fujimori constituyó un recordatorio a los Estados de su obligación primera de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos; también, una reafirmación del carácter complementario de la actuación de los tribunales penales internacionales; una advertencia a los ex jefes de Estado que se refugian en otros países, de que sus intentos de escapar de la justicia serán frustrados y serán extraditados y juzgados; en suma, un llamado a poner fin a la impunidad.

B. El juzgamiento a un ex presidente por violaciones a derechos humanos en un tribunal penal nacional reafirma el principio de igualdad ante la ley

El proceso al ex presidente Alberto Fujimori entrañó una afirmación vigorosa de los valores democráticos y ciudadanos, y especialmente una reafirmación rotunda del principio democrático de la igualdad de todos –gobernantes y gobernados, débiles y poderosos, sin ninguna excepción– ante la ley democráticamente aprobada, común a todos.

Esto es importante en extremo, tal vez decisivo, en un país como el nuestro, donde la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley es, todavía, una meta por alcanzar, y donde los privilegios, las excepciones y las exoneraciones frente a las obligaciones legales son pan de cada día. Juzgar a un ex presidente debe servir, entonces, para que nos quede muy claro a todos cuál es el lugar y la fuerza que tiene en la democracia el principio según el cual nadie está por encima de la ley, y menos si delinque.

El juicio al ex presidente Alberto Fujimori es un acontecimiento trascendental porque concluyó con una sanción legal y justa, y no el linchamiento del procesado; o sea, con la aplicación igualitaria, es decir democrática, de la ley penal, de la misma manera que se aplicaría a cualquier otro ciudadano que violase sus normas. El acusado, tras ser declarado autor de crímenes de lesa humanidad, sólo recibió la sanción expresamente contemplada en la ley penal peruana.

¹³⁰ Véase Ronald Gamarra, “A leader takes flight: the indictment of Alberto Fujimori”, en Ellen Lutz y Caitlin Reiger, ed., *Prosecuting Heads of State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 95-110; y Ronald Gamarra, *El caso Fujimori: juzgando a un jefe de Estado*, Center for Global Studies at George Mason University, Working Paper No 4, Spring 2009, pp. 18-33.

C. El proceso por violaciones a derechos humanos en un tribunal penal nacional debe ser respetuoso de los estándares internacionales en materia de juicio justo

El juicio al ex presidente Alberto Fujimori respetó todos y cada uno de los derechos prescritos en los estándares internacionales en materia de juicio justo: de allí su enorme trascendencia, su innegable resonancia, su carácter modélico, no sólo para nuestro país. Es más, este proceso le brindó desde su inicio todas las consideraciones que cabe guardar a un procesado, incluso a veces en exceso, como ocurrió, en nuestra opinión, con las condiciones privilegiadas de su detención exclusiva en la DINOES, con espacio, servicios y hasta un festivo régimen de visitas, que significan privilegios de los cuales no goza ningún reo en Perú.

Como hemos indicado, el proceso a Fujimori no fue un juicio político, sino un proceso judicial, dirigido por magistrados de larga y connotada carrera en la magistratura y la docencia universitaria; un proceso que se desarrolló según las pautas obligatorias de la ley penal y de procedimientos, llevado adelante con estricto respeto a las garantías judiciales correspondientes a todo procesado. No se juzgaron sus opiniones ni actos políticos, sino sus actos que configuran delitos tipificados en el código penal.

El mismo 22 de septiembre de 2007, fecha en la que llegó a Perú extraditado de Chile, y a fin de garantizar el principio de contradicción y su derecho de defensa, Alberto Fujimori fue informado por personal del tribunal de los cargos formulados en su contra, se le entregó copia de las actuaciones correspondientes y se ordenó su ingreso al Establecimiento Penitenciario que determinara la Administración Penitenciaria; el tribunal había sido instituido legalmente, con anterioridad y conforme a los artículos 34.4 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 17 del Código de Procedimientos Penales,¹³¹ el tribunal decidió la acumulación de las tres causas por violación

a derechos humanos (La Cantuta, Barrios Altos y Sótanos SIE),¹³² el proceso fue remitido a la Fiscalía para la adecuación de la acusación ya formulada a los estrictos términos de la sentencia de extradición pronunciada por la Corte Suprema de Chile; se comunicó a las partes la conformación del colegiado para efectos de que ellas tuvieran el derecho y la oportunidad de formular objeciones, recusaciones, peticiones y presentación de pruebas, que consideraran pertinentes a sus derechos; con un criterio amplio, admitió la mayoría de las pruebas presentadas por el Ministerio Público, la defensa del acusado y la parte civil; el tribunal fijó fecha de audiencia dentro del plazo de ley; dictó normas de conducta que se deberían cumplir en la sala de audiencia por el público asistente; suspendió determinadas sesiones de la audiencia a fin de garantizar el derecho a la salud del imputado, llegando a disponer la realización de los correspondientes exámenes médicos; y, tras escuchar los argumentos de las partes, aprobó directivas básicas sobre el silencio del coimputado, disposiciones acerca de la prueba, reglas para la práctica de la prueba documental y documentada, reglas específicas para la actuación de las cintas de audio y video, y reglas para la deliberación, votación y sentencia.

Alberto Fujimori pudo ejercer su defensa de forma irrestricta. Estuvo presente en todas y cada una de las sesiones de audiencia; hizo uso de la palabra inmediatamente después de la oralización de la acusación fiscal; tuvo la oportunidad de dirigirse al tribunal en cada una de las sesiones de audiencia exponiendo su punto de vista respecto de las declaraciones de los testigos del Ministerio Público y la parte civil, de los peritos ofrecidos y de la prueba actuada; presentó su alegato de clausura sobre hechos en dos sesiones de la audiencia; y, una vez leída la sentencia, impugnó la condena impuesta.

¹³¹ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Administrativa Núm. 004-2007-SSP-CS/PJ del 13 de junio de 2007.

¹³² Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia. Exp. 19-2001-AV. Resolución de fecha 1 de octubre de 2007.

Su abogado defensor realizó una amplia defensa técnica. Solicitó la prórroga de la fecha de inicio del acto oral, “atendiendo a la complejidad del caso”,¹³³ lo que fue aceptado por el tribunal con base en “estrictas razones de igualdad de arma y de equidad” y “a fin de concederle un mayor tiempo para que pueda articular –desde su autónoma concepción– una adecuada estrategia procesal”,¹³⁴ cuestionó los fundamentos del Ministerio Público sobre la reparación civil; impugnó la legitimidad de la participación en el juicio de la parte civil; ofreció testigos de descargo; allegó prueba documental; interrogó a sus testigos y contrainterrogó a los del contrario; presentó diversas cuestiones probatorias: declaración de improcedencia de la petición del testigo Vladimiro Montesinos de dar término a su declaración, nulidad de la resolución de la Sala que desestimó la anterior solicitud, inadmisibilidad del “Informe en Derecho” presentado por la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington; requerimiento al Ministerio de Defensa para la remisión de documento declarado “clasificado”, falsedad de dato proporcionado por perito, entre otras; oralizó y debatió la prueba; y presentó su alegato de clausura en 14 sesiones de audiencia.

En la instalación de la audiencia, la Sala Penal Especial leyó una declaración pública ratificando que “utilizará como criterios de actuación los parámetros objetivos que el Derecho ofrece”, que “reconoce que el presupuesto de una decisión legalmente ajustada a Derecho es la independencia y la imparcialidad judiciales”, que “reafirma su independencia frente a cualquier poder constituido o fáctico, que hará respetar en todo momento y ante cualquier circunstancia”, y que “cuidará que la actuación probatoria se desarrolle con pulcritud y permita el pleno esclarecimiento de los hechos”.¹³⁵

Los integrantes de la Sala Penal Especial llevaron adelante el juicio oral respetando las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por Perú, especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria; observando los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor; y, preservando los derechos de las partes, la majestad del acto de juzgamiento y la seguridad de los asistentes.

El mismo abogado del acusado declaró que la Sala Penal Especial era el mejor tribunal que podría tener Alberto Fujimori; que César San Martín era el procesalista peruano más reconocido; que en el panel de magistrados se encontraba “el máximo exponente de la teoría de la pena de este país”,¹³⁶ precisando en su alegato de defensa final que el juicio oral era “impecable”.¹³⁷ A lo largo de las sesiones de audiencia, el tribunal demostró ser un tercero ajeno a los intereses de la partes; permanentemente dispuesto a recabar la prueba ofrecida, incluso hasta meses después de la instalación de la audiencia; el panel de jueces trató con riguroso respeto al acusado y su abogado defensor, garantizando el ejercicio de sus derechos, y de manera oportuna; se guió por las reglas de procedimiento establecidas; promovió y facilitó el debate de la prueba; aseguró la publicidad y transparencia del juicio; y, finalmente, expidió sentencia con justicia.

Se comprenderá, entonces, la importancia crucial que tiene para la justicia y la salud democrática de Perú, que el juicio haya sido un proceso judicial auténtico, con plenas garantías, y no una vendetta.

¹³³ Escrito de fecha 9 de noviembre de 2007.

¹³⁴ Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia. Exp. 19-2001-AV. Resolución de fecha 19 de noviembre de 2007, incidente de prórroga de fecha de audiencia.

¹³⁵ Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia. Exp. 19-2001-AV. Acta 01, sesión de fecha 10 de diciembre de 2007.

¹³⁶ Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia. Exp. 19-2001-AV. Acta 13, sesión de fecha 17 de diciembre de 2008.

¹³⁷ Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia. Exp. 19-2001-AV. Acta 146, sesión de fecha 18 de febrero de 2009.

D. El proceso por violaciones a derechos humanos en un tribunal penal nacional debe ser público y transparente

Consciente de la complejidad del proceso a Alberto Fujimori, de la expectativa social que generaba así como de la trascendencia que revestía, la Sala Penal Especial tuvo particular cuidado en que su organización, su realización y los tiempos del mismo fueran transparentes y públicos.

En ese entendido, en el Plan de trabajo que hizo público, el tribunal solicitó al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, a fin de no detener el normal desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional de la Sala Penal Permanente, que disponga se designe a sus integrantes a dedicación exclusiva; se anunció la suspensión de las vacaciones de los magistrados que integran el tribunal; se decidió que las audiencias se realizarían tres veces a la semana, en jornadas completas; se adelantó que era voluntad del Poder Judicial y, evidentemente, de la Sala Penal Especial, que los ambientes de la sede de juzgamiento “se estructuren de tal manera que se brinde a la ciudadanía y a los medios de comunicación las facilidades necesarias para que puedan seguir de manera directa el desarrollo de los juicios orales”.¹³⁸

Igualmente, se decidió la “creación de un *link* de la Sala Penal Especial” en el que se publicarían sus resoluciones, las hojas de vida de sus integrantes, la resolución de la Corte Suprema de Chile que autorizó la extradición, la fecha de inicio de los juicios, las actividades que se llevarían a cabo de sesión a sesión, y las noticias que generara el juzgamiento público.

El tribunal garantizó el principio de publicidad en el juicio. Decidió el acceso directo de la prensa escrita, radial y televisiva, nacional y extranjera, a la sala de audiencia; el acceso directo de los reporteros gráficos, con el único límite de la capacidad de aforo de la sala principal; el envío de notas informativas y fotografías a los correos electrónicos de los medios de comunicación, al final de cada sesión de audiencia; el acondicionamiento de una sala de prensa equipada con computadoras con conexión a Internet; la difusión del juicio “en vivo y en directo a través de una sola señal, vía un *pool* de la televisión nacional, que se distribuirá a todas las estaciones de televisión”.¹³⁹

Asimismo, el tribunal facilitó el acceso del público a la sala de audiencia, particularmente de los familiares y amigos del acusado, de los familiares de las víctimas, de los observadores nacionales, de los observadores internacionales y de las autoridades. La declaración leída por el tribunal en la instalación de la audiencia confirmó que se habían “adoptado las medidas necesarias para garantizar la transparencia del juicio, así como la publicidad, difusión y acceso a los medios de comunicación social a sus actuaciones”.¹⁴⁰

Desde el 10 de diciembre de 2007, día de su instalación, hasta el 7 de abril de 2009, fecha de lectura de la sentencia, las sesiones de audiencia fueron efectivamente públicas, todas ellas, sin excepción alguna. Y lo fueron tanto por el acceso de los ciudadanos y los medios de comunicación al proceso, que por la realización del mismo conforme a los principios de oralidad –el tribunal desterró el juicio leído–, inmediatez y contradicción, lo que garantizó una real fase probatoria y facilitó una verdadera comprensión escénica del proceso.

¹³⁸ Plan de trabajo de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, 5 de octubre de 2007.

¹³⁹ Noticia disponible en línea en el buscador del Poder Judicial del Perú: <<http://www.pj.gob.pe>>. En algunas realidades cercanas a la nuestra, por lo menos en los juicios por violaciones a los derechos humanos que han alcanzado fuerte connotación pública, se permite el ingreso a la sala de audiencia del periodismo gráfico pero no el de las cámaras de televisión, las cámaras fotográficas y los equipos de audio, al tiempo que el juicio es filmado por efectos de la policía. En otros tiempos, inclusive, todo acceso era imposible o relativizado.

¹⁴⁰ Noticia disponible en línea en el buscador del Poder Judicial del Perú: <<http://www.pj.gob.pe>>.

Cabe destacar que “el día de la lectura de la sentencia, cuando los ojos del país –y del mundo entero– estaban viendo el juicio, el tribunal hizo una exposición sumamente didáctica que explicaba, de manera clara y directa, el razonamiento que hay detrás del fallo. No cayeron en legalismos ni en abstracciones, sino que explicaron cómo llegaron a la conclusión condenatoria. A su vez explicaron con mucho detalle por qué los argumentos de la defensa no fueron convincentes sino abiertamente incoherentes”,¹⁴¹ y que la sentencia en su versión completa fue inmediatamente entregada a las partes en un CD y colgada en la página electrónica del Poder Judicial.

De esta manera, la publicidad defendida y promovida por el tribunal adquirió mucha importancia. En primer lugar, se convirtió en una garantía del acusado: Alberto Fujimori conoció los cargos en su contra y pudo alegar y defenderse, directamente y por medio de su abogado, siendo oído por todos los que concurrieron a audiencia, como por el ciudadano común que siguió la transmisión y las incidencias del proceso vía los medios de comunicación escrita, radial y televisiva.

En segundo lugar, permitió que el ciudadano pudiera controlar el procedimiento y juzgar al juzgador. En tercer lugar, legitimó los actos del Poder Judicial: diversas encuestas, elaboradas durante la realización de la audiencia y después del pronunciamiento del fallo, coinciden en una creciente credibilidad del tribunal.

En cuarto lugar, la publicidad del proceso permitió al tribunal señalar valores propios de una sociedad democrática: igualdad ante la ley, no a la impunidad, entre otros. Ciertamente, el proceso al ex presidente Alberto Fujimori supuso la afirmación de la lucha contra la impunidad en un país como Perú, donde tantos crímenes claman por justicia que llega tarde o no llega nunca. El proceso fue, entonces, una oportunidad única, extraordinaria, para empezar a enderezar la deuda histórica que el Estado tiene frente a la sociedad en relación con la justicia. Por lo demás, el proceso demostró que es posible juzgar no solamente a los peces chicos, sino también a los tiburones; es decir, a aquellos que formulan las órdenes criminales, ocultos tras la inmunidad del poder.

En quinto lugar, la publicidad y transparencia del proceso permitió a la ciudadanía conocer el ideal de justicia, por lo que podrá exigirla en otros casos. El juicio al ex presidente Fujimori ofreció a los peruanos una oportunidad de aprendizaje colectivo sin precedentes en nuestra historia. Como en una gigantesca aula, y gracias al progreso de los medios de comunicación, los peruanos pudieron asistir, colectivamente y en simultáneo, durante las audiencias de este proceso, a múltiples lecciones de una educación cívica real y ya no retórica. Se pudo apreciar en el juicio cómo es que funciona el ideal democrático de un juicio por responsabilidades penales. Así, es de esperar que los ciudadanos puedan aprender a exigir la aplicación de una justicia penal democrática a todo nivel de la administración de justicia.

En sexto lugar, la publicidad de este proceso permitió que se conociera a fondo los detalles vergonzosos y delincuenciales de un régimen autoritario, y comprobar que, tras la pobreza, el atraso y la injusticia que padece Perú, está, como indignante razón de fondo, la manera en que los gobernantes se conducen al ejercer el poder que usurparon o que ingenuamente les confió la nación, cruzando con discreción la barrera del delito y el crimen.

Por otro lado, es evidente que la publicidad del juicio, en algún momento y de alguna forma, hoy o tal vez mañana, ha de tener un efecto catártico sobre la ciudadanía. Porque en un país tradicional y tan profundamente patriarcal, como es el nuestro, no se juzga impunemente a un jefe de Estado, no se le procesa y eventualmente se le sentencia sin que eso tenga una consecuencia insoslayable sobre la conciencia ciudadana. Abrigamos la esperanza de que esta circunstancia histórica y esta catarsis puedan ser la oportunidad, tan largamente esperada, de maduración, crecimiento y enriquecimiento moral de la sociedad y la democracia peruana.

¹⁴¹ Jo-Marie Burt, “Las “verdades jurídicas” del juicio a Alberto Fujimori” *Revista Memoria [Instituto de Democracia y Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Perú]* núm. 5 (2009), en línea: <<http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2009/junio/04/0b.pdf>>.

E. El proceso por violaciones a derechos humanos en un tribunal penal nacional debe permitir la desclasificación de la información pública sobre la materia

Con buen criterio, en claro acatamiento a la normatividad nacional e internacional, y consciente de que se trataba de un juicio por violación de derechos humanos, la Sala Penal Especial encargada del proceso a Alberto Fujimori resolvió la desclasificación de información pública requerida para el esclarecimiento de los hechos y, eventualmente, para la determinación de responsabilidades penales.

Es el caso que, en el curso del proceso, la defensa del acusado solicitó al tribunal requerir al Ministerio de Defensa la remisión de una copia de la Directiva 001-90 MD/FDM “Planeamiento Estratégico para la Defensa Nacional”, de noviembre de 1990, argumentando que dicho documento le había sido negado por la autoridad por contener información cuya divulgación supuestamente atentaría contra la seguridad y defensa nacional; documento cuya obtención, afirmó, era necesario para el ejercicio de su derecho a la defensa, y específicamente para probar los hechos que forman su defensa personal.

Corrido el respectivo traslado, el Ministerio Público no se opuso a la desclasificación solicitada; al tiempo que la parte civil coincidió con la petición de la defensa, invocando el derecho de acceso a la información (previsto en la Constitución, la Ley 27806, los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana), la obligación del Estado de investigar las violaciones de derechos humanos y el derecho a la verdad (conforme a lo resuelto por el Tribunal Constitucional y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente en los casos Goiburú y otros vs. Paraguay, y Myrna Mack vs. Guatemala).¹⁴²

La Sala Penal Especial sostuvo, en principio, que el tribunal tiene la facultad de garantizar la actividad probatoria de las partes y la meta de esclarecimiento procesal, y que la autoridad no había motivado de forma expresa y en detalle la secreciedad del documento ni había invocado la norma legal específica; y tras el juicio de ponderación entre el derecho a la prueba y la verdad, de un lado, y la protección de la seguridad nacional, de otro, optó por preferir la necesidad de contar con la Directiva en atención a la legalidad de la prueba documental, la indispensabilidad de la misma para acreditar una pretensión concreta, su adecuación a la exigencia de verdad y justicia, y al hecho que no puede considerarse como información clasificada la que guarda relación con la violación de derechos humanos.

El tribunal llegó a declarar que “si están en cuestión cargos referidos a hechos que constituyen graves atentados a los derechos humanos y se menciona que existió una política emanada del máximo órgano del Poder Ejecutivo que dio lugar a los delitos juzgados, es obvio que toda aquella información destinada a dilucidar este extremo no sólo es relevante sino imprescindible. La meta del esclarecimiento de los hechos objeto de imputación no puede impedirse ante una clasificación de secreto de un documento público –que goza, en principio, de la presunción de publicidad–, cuyo análisis es indispensable para garantizar, en el presente caso, la primacía de la verdad y de la justicia”.¹⁴³

¹⁴² Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia. Exp. 19-2001-AV Acta 97, sesión de fecha 8 de septiembre de 2008.

¹⁴³ *Ibid.*

F. El proceso por violaciones a derechos humanos en un tribunal penal nacional debe garantizar los derechos de las víctimas y sus familiares, así como reconocer una amplia participación en el juicio

En el proceso seguido a Alberto Fujimori, las víctimas y sus familiares, constituidos en parte civil, pudieron acreditar a sus abogados, que tuvieron amplia intervención procesal, de tal suerte que presentaron escritos sobre reparación civil que sobrepasaron la mera petición de una indemnización de carácter económica –como fue la pretensión inicial en este extremo del Ministerio Público– hasta alcanzar los ámbitos de rehabilitación (efectiva y calificada prestación de atención médica especializada física y psicológica, así como atención social a las víctimas sobrevivientes y sus familiares, con cargo al patrimonio del acusado), medidas de satisfacción (reconocimiento de las víctimas como agraviados por el accionar de Alberto Fujimori, reconocimiento de que las víctimas no eran terroristas, reconocimiento de la existencia de víctimas directas e indirectas, y continuación de la búsqueda de los cadáveres, aún no ubicados, de las personas asesinadas con la finalidad de que sean enterrados conforme a las creencias y prácticas culturales de su familia y comunidad), medidas de no repetición (exhortación a los Poderes Ejecutivo y Legislativo a que tomen las acciones y decisiones necesarias para adecuar la legislación interna a los estándares internacionales en materia de derechos humanos); presentaron sus propios testigos, sus propios peritos (nacionales e internacionales) y su propia prueba documental; interrogaron a sus testigos; contrainterrogaron a los testigos ofrecidos por el acusado; intervinieron en las incidencias y articulaciones generadas a lo largo del juicio; oralizaron y debatieron la prueba presentada; y formularon los alegatos de clausura.

Así pues, el proceso a Alberto Fujimori reafirmó la tendencia actual de la normatividad y de la jurisprudencia internacional enderezada a garantizar el más amplio reconocimiento del derecho de las víctimas a conocer la verdad, a que se hiciera justicia en el caso en concreto y a obtener una reparación integral del daño ocasionado por el acusado de la comisión de violaciones a los derechos humanos.

Las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares, en su caso, tienen el derecho a conocer la verdad y, en consecuencia, a ser informados de todo lo sucedido en relación con dichas violaciones. Así lo considera la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tribunales como la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional de Perú, y la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Ahora bien, la realización del derecho de las víctimas de violaciones a los derechos humanos a conocer la verdad acerca de las circunstancias en las que se perpetraron los hechos y de la suerte que corrieron los desaparecidos o fallecidos, exige necesariamente la existencia de un proceso penal, tal como lo señala la Corte Interamericana, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Derecho Internacional; una investigación llevada adelante de manera exhaustiva e imparcial; con seriedad y no como una mera formalidad condenada de antemano al fracaso.

Las víctimas y sus familiares deben tener pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones y procesos; es decir, que “durante la investigación y el trámite judicial las víctimas o sus familiares deben tener amplias oportunidades de participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación”.¹⁴⁴

Asimismo, las víctimas y sus familiares tienen derecho a una reparación integral. Claro está, el análisis de tal derecho se debe efectuar a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos; es decir, comprende la restitución, la disculpa, el juzgamiento de los responsables de la violación, la toma de medidas para que la violación cese y para evitar que el acto ilícito se repita en el futuro o cualquier otra forma de satisfacción.

¹⁴⁴ Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Corte IDH, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución del 8 de julio de 2009; en línea: <http://corteidh.or.cr/docs/supervisiones/mapiripan_08_07_09.pdf>, párr. 32.

G. El proceso por violaciones a los derechos humanos en un tribunal penal nacional debe garantizar la participación ciudadana más amplia mediante la presentación de informes sobre cuestiones de hecho o de derecho por terceros.

Así como la Sala Penal Especial garantizó los derechos del acusado en el juicio y propició una amplia participación de la víctima en el proceso penal, también permitió la intervención de terceros por medio de la presentación de los denominados informes en derecho.

En junio de 2008, la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Universidad George Washington, en nombre de trece profesores estadounidenses de Derecho, presentó a la Sala Penal Especial de la Corte Suprema un informe en derecho denominado “La dimensión internacional del proceso penal contra el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori por los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta”.¹⁴⁵

Con ocasión del debate sobre la admisibilidad del informe en derecho que como *amicus curiae* presentó la mencionada Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington, en el que proponía la utilización de dos teorías del derecho penal internacional (responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta) en el proceso penal contra el ex presidente Fujimori, el tribunal resolvió que si bien no existía norma expresa en la legislación peruana que regule la figura, la legitimación de un tercero para intervenir en el proceso tiene arraigo en el Derecho y en las normas constitucionales que reconocen el debido proceso, el derecho de petición, y la máxima relevancia y protección eficaz de los derechos fundamentales; que se trata de un medio procesal que fortalece el Estado de Derecho; que coadyuva a garantizar el debido proceso; que apunta a mejorar la calidad de los argumentos que los jueces incorporen en sus decisiones; que permite la participación de la sociedad en el proceso; y, en definitiva, que contribuye a la democratización del debate judicial. Así, decidió tener a la mencionada entidad universitaria como *amicus curiae* e incorporar a los autos el memorial presentado.

¹⁴⁵ Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Universidad George Washington (EE.UU.) para ser presentado a la Corte Suprema de Perú en nombre de 13 profesores estadounidenses de Derecho, *La dimensión internacional del proceso penal contra el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori por los crímenes de Barrios Altos y la Cantuta*; en línea: <http://www.dplf.org/uploads/1214590529.pdf>.

Posteriormente, el tribunal incorporaría al proceso el informe en derecho, en calidad de *amicus curiae*, presentado por el Centro Internacional para la Justicia Transicional,¹⁴⁶ el mismo que ofrece una descripción comparada de las normas y de la práctica judicial en la región sobre el alcance de la responsabilidad penal de los superiores jerárquicos por violaciones a los derechos humanos cometidas por sus subordinados; el informe, en calidad de *amicus curiae*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas en Austin, que analiza las razones por las que los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta califican como crímenes contra la humanidad,¹⁴⁷ el informe, en calidad de *amicus curiae*, de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que delimita el tema de la autoría mediata por dominio de organización,¹⁴⁸ el informe, en calidad de *amicus curiae*, del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), que aporta algunas reflexiones sobre la importancia jurídica, política y psicosocial que tiene la lucha contra la impunidad frente a crímenes atroces,¹⁴⁹ y el informe, en calidad de *amicus curiae*, de la Clínica de Derechos Humanos “Allard K. Lowenstein” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, que presenta un análisis doctrinario y jurisprudencial del principio de especialidad en el derecho de extradición, así como de la autoría mediata y la coautoría como formas de responsabilidad penal.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Centro internacional para la justicia transicional, *Alberto Fujimori Fujimori*; en línea: ictj.org <<http://ictj.org/sites/default/files/ictj-peru-fujimori-amicus-2008-spanish.pdf>>.

¹⁴⁷ Escuela de Derecho de la Universidad de Texas en Austin, *Amicus curiae*; en línea (en inglés): [utexas.edu](http://www.utexas.edu/law/clinics/humanrights/work/Fujimori_amicus.pdf) <http://www.utexas.edu/law/clinics/humanrights/work/Fujimori_amicus.pdf>.

¹⁴⁸ Clínica jurídica de acciones de interés público de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, *La autoría mediata por dominio de organización: una perspectiva fáctico-normativa*; en línea: fujimoriontrial.org <<http://fujimoriontrial.org/wp-content/uploads/2009/09/la-catolica-amicus-brief.pdf>>.

¹⁴⁹ Organización no Gubernamental de Justicia (Colombia), *Violación sexual como crimen de lesa humanidad*; en línea: <http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=justicia_transicional&publicacion=558>.

¹⁵⁰ Clínica de Derechos Humanos “Allard K. Lowenstein” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, Informe: *El derecho de extradición y las modalidades de responsabilidad penal*, 26 de agosto de 2008.

La decisión de la Sala Penal Especial fue correcta y conforme a Derecho. Como sostuve en el debate en el juicio oral, en mi condición de uno de los abogados de las víctimas constituidas en parte civil, con independencia y prescindencia de los concretos argumentos que plantea el *amicus curiae*, con alguno de los cuales por cierto afirmamos discrepancia, consideramos que el informe en derecho reunía las características que adornan a la institución, y que, estando a ello, su admisibilidad debía ser declarada por el tribunal: la presentación que comento proviene de un tercero, ajeno a la disputa judicial; de persona jurídica con sede en Estados Unidos; de una institución académica con amplio conocimiento en Derecho; de reconocida competencia sobre la materia que se debate; con marcado interés en la cuestión discutida en el litigio y en el modo como éste se resolverá en definitiva; cuyo aporte y argumentación jurídica –no alcanzada antes por las partes– propone una solución favorable al Ministerio Público y la parte civil; convocado a intervenir en virtud de razón propia; y respecto de un caso de indudable y amplio “interés público”.

La decisión adoptada por la Sala Penal Especial es de primera importancia y trasciende los márgenes de la causa incoada contra Alberto Fujimori. Es la primera resolución emitida por un órgano jurisdiccional en Perú en la que se trata con amplitud y consistencia académica la naturaleza jurídica de la institución, su arraigo en el Derecho, su raíz constitucional, sus funciones y sus notas esenciales. El tribunal conviene en que el *amicus curiae*, según la doctrina, es un tercero ajeno a la causa; que, evidentemente el presentante del informe debe poseer reconocida competencia sobre la cuestión que se debate en la contienda; debe tener válido y genuino interés en la cuestión discutida en la causa y en el modo como el litigio se resolverá en definitiva; debe tratarse de casos de amplio interés público y trascendencia colectiva; la presentación no necesita contar con el asentimiento de una de las partes en la contienda ni con la autorización del tribunal; el presentante no reviste carácter de parte; el presentante no puede asumir ninguno de los derechos procesales de las partes; la presentación no produce perjuicio contra ninguna de las partes del litigio; la presentación no tiene entidad para retardar o entorpecer el proceso; el informe del tercero no constituye una pericia; la presentación no tiene ningún efecto vinculante con relación al tribunal; el tribunal puede valorar la actitud del presentante, calificarla de temeraria o maliciosa y fijarle la punición que estime pertinente; y puede rechazar el *amicus* por intrascendente, por falta de congruencia con el asunto *sub lite*, o por estar ostensiblemente infundado.

3.

La justicia para los altos mandos y autores intelectuales. Contraste de experiencias entre América del Sur y Guatemala

Edgar Fernando Pérez Archila

*Abogado y Director del Bufete Jurídico de Derechos
Humanos de Guatemala*

Guatemala en la actualidad es un país con incontables retos a superar, uno de ellos es el esclarecimiento judicial de las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario sucedidas durante el conflicto armado interno que azotó al país por 36 años. En el marco de la lucha por la verdad y la justicia, se debe mantener como eje transversal, la construcción y el fortalecimiento del Estado de Derecho en Guatemala, y que el tema desde ningún punto de vista puede ser abordado a la luz de perspectivas ideológicas que pretendan la extrapolación del conflicto de un plano militar a un foro judicial y normativo.

Como lo ha establecido el Centro Internacional para la Justicia Transicional “Después de años de esfuerzos de las víctimas, sólo unos pocos casos han sido juzgados; decenas de ellos están empantanados en una maraña que se nutre del desinterés institucional, la pérdida de pruebas y prácticas judiciales dilatorias”.¹⁵¹ Lamentablemente, “La triste realidad es que los Estados territoriales a menudo no investigan ni persiguen serios abusos de derechos humanos”.¹⁵²

Los procesos de justicia en Guatemala comienzan a gestarse en 1997, cuando se inicia el acompañamiento de casos muy particulares (Masacres de Río Negro, Masacre de Plan de Sánchez, Masacre de Dos Erres, entre otros). Desde entonces se inició la búsqueda de testimonios que sindicaban a Patrulleros de Autodefensa Civil y a Comisionados Militares en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, pero aún se desconocía a los oficiales del ejército que estuvieron involucrados en tan deleznable hechos, pues no se tenía claridad en lo relacionado con la “cadena de mando” que rige las relaciones de jerarquía en el Ejército de la República de Guatemala. Dicha situación generó clamor popular, en el que se cuestionó seriamente las investigaciones realizadas, pues no señalaban a ningún responsable que fuera parte beligerante del conflicto (ejército/guerrilla).

En el mismo periodo se gestaba en el plano mundial el proyecto de la Corte Penal Internacional, y junto con ello se meditaba seriamente sobre los principios fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como, sobre los principios rectores del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional. En Guatemala existía un absoluto desconocimiento de los defensores de Derechos Humanos en cuanto a la forma de aplicación e inclusión del Derecho Internacional en el litigio de los casos de Derecho Interno.

A partir de 1998 comienza a cobrar fuerza la intención de juzgar a los altos mandos militares. La emisión y estudio de la jurisprudencia internacional comenzó a brindar las herramientas jurídicas necesarias para la implementación de los principios fundamentales del Derecho Internacional en la jurisdicción interna de Guatemala. Esto permitió visibilizar y dimensionar los delitos de lesa humanidad y el genocidio ocurrido durante el conflicto armado interno en el país.

¹⁵¹ Centro Internacional para la Justicia Transicional, Guatemala, en línea: <<http://ictj.org/es/our-work/regions-and-countries/guatemala>> [Guatemala].

¹⁵² Stephen Macedo, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, New Jersey, Princeton University, 2001, p.16.

1. ¿Cómo accionar?

Como se describió en el segmento anterior, en Guatemala la aplicación en la jurisdicción interna de los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional, representaba un desafío jurídico de gran complejidad para los abogados representantes de las víctimas en la materia. Al respecto, se ha acudido a los órganos de justicia bajo la protección y marco constitucional que brinda el artículo 149 de la Carta Magna de Guatemala. El citado precepto determina que:

Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados.¹⁵³

Tal disposición permite en amplio sentido, analizar la jurisprudencia internacional y lo que en ésta se ha establecido respecto a los principios y costumbre internacional en materia de Derechos Humanos, donde se han desarrollado ampliamente conceptos fundamentales como el “deber de garantía” de los Estados y el principio de *Ius Cogens*, estableciendo que el “deber de garantía” subsume la responsabilidad de los Estados democráticos de prevenir, investigar, sancionar y reparar las graves violaciones a Derechos Humanos dentro de su territorio.

En cuanto a tal extremo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, fundamentada en la obligación de garantía establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que tal obligación implica que “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención”.¹⁵⁴

¹⁵³ Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución Política de la República de Guatemala 1985*, en línea: <<http://pdpa.georgetown.edu/parties/guate/leyes/constitucion.pdf>>, art 149 [Constitución de Guatemala].

¹⁵⁴ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Corte IDH, Serie C Núm. 1, sentencia del 29 de julio de 1988, en línea: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>, párr. 166; véase también *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Corte IDH, Serie C Núm. 99, sentencia del 7 de junio de 2003, en línea: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_99_esp.pdf>, párr. 184; y *Caso Bulacio vs. Argentina*, Corte IDH, Serie C Núm. 100, sentencia del 18 de septiembre de 2003, en línea: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf>, párr. 100.

Es así pues que, en casos de graves violaciones a los derechos humanos los Estados tienen la obligación internacional de “iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”.¹⁵⁵ En igual sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos también ha determinado la responsabilidad estatal por la violación al derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal y al acceso a un recurso de la víctima por la falta de una investigación adecuada y efectiva de estas graves violaciones a los derechos humanos,¹⁵⁶ resaltando de sí la suma importancia del sometimiento a los órganos de justicia de los casos de graves violaciones a los principios que inspiran al Derecho Internacional.

En el mismo sentido, y en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, cada Estado miembro de las Convenciones de Ginebra tiene la obligación de perseguir, enjuiciar y castigar a cualquier persona sospechosa de graves infracciones contempladas en esta rama del Derecho, de o crímenes de guerra. Entendiendo que los enjuiciamientos incumben a los tribunales nacionales¹⁵⁷ en primer término o en todo caso a instancias internacionales.

¹⁵⁵ *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Corte IDH, Serie C Núm. 140, sentencia del 31 enero de 2006, en línea: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf>, párr. 143. Véase también *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Corte IDH, Serie C Núm. 134, sentencia del 15 de septiembre de 2005, en línea: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf>, párr. 219 y 223 [Masacre de Mapiripán]; y *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, Corte IDH, Serie C Núm. 124, sentencia del 15 junio de 2005, en línea: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf>, párr. 145. En este sentido, véase también *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, Corte IDH, Serie C Núm. 196, sentencia del 3 de abril de 2009, en línea: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf>, párr. 75; *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*, Corte IDH, Serie C Núm. 194, sentencia del 28 de enero de 2009, en línea: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf>, párr. 283 y *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, Corte IDH, Serie C No. 195, sentencia del 28 de enero de 2009, en línea: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf>.

¹⁵⁶ *Ergi vs. Turkey*, 40/1993/435/514, Council of Europe: European Court of Human Rights (en adelante ECHR), el 28 de julio de 1998, en línea: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6291c.html>>, párrs. 85-86. *Akkoç vs. Turkey*, el 10 de octubre de 2000, ECHR, 2000-X 389, párrs. 77-99; *Kilic vs. Turkey*, 22492/93, ECHR, el 28 de marzo de 2000, en línea: <<http://www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeancourtsofhumanrights/nr/547>>, párrs. 78-83; *Estamirov and Others vs. Russia*, 60272/00, ECHR, el 12 de octubre de 2006, en línea: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/45cb411419.html>>, párrs. 85-87; *Bitiyeva and X vs. Russia* ECHR, el 21 de junio de 2009, párr. 142 y ss. y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Corte IDH, sentencia del 31 de enero de 2006, en línea: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf>, en párr. 143.

¹⁵⁷ Según los artículos 49/I, 50/2, 129/III y 146/IV común a la *Convención 1*, la *Convención 2*, la *Convención 3* y la *Convención 4*, supra nota 6.

En el mismo orden de ideas, “algunos expertos han señalado que tratándose de crímenes internacionales cometidos por un gobierno anterior, sobre todo si este último era de facto, el Derecho Internacional, tanto convencional como consuetudinario, impone al gobierno sucesor una obligación positiva de perseguir y castigar las violaciones de los derechos humanos realizadas por su predecesor”¹⁵⁸ lo que de nuevo pone en relieve la trascendental importancia para la construcción y legitimación de los Estados y sus gobiernos, el conocimiento y procuración en los sistemas de justicia en los casos de esta naturaleza.

Por su parte, el principio de *Ius Cogens* también se ha desarrollado en la comunidad internacional, llegando a entenderse de forma universal que “una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter”.¹⁵⁹

En tal sentido, debe entenderse que “el *ius cogens* incorpora valores fundamentales para la comunidad internacional, valores tan importantes que se imponen por encima del consentimiento de los Estados que en el Derecho internacional condiciona la validez de las normas”.¹⁶⁰ Dicho de otra forma, se debe considerar que: “Ante todo (...) las normas de *ius cogens*, al igual que en los ordenamientos internos, suponen un límite a la autonomía de la voluntad; como se ha señalado, constituyen, sin duda alguna, el más fuerte límite que el medio colectivo en que los Estados viven y desenvuelven su actividad impone al relativismo del Derecho internacional, al voluntarismo y subjetivismo de los Estados soberanos”.¹⁶¹

Así pues, al aplicar también el principio de *Ius Cogens* a las obligaciones internacionales de los Estados, deja de ser relevante si un Estado es parte o no de determinados tratados, pues los derechos fundamentales al adquirir esta categoría dentro del Derecho Internacional Público generan automáticamente la obligación de los Estados de respeto y garantía a los mismos. Tal y como señala Fierro Sedrano, históricamente, “los crímenes contra el *ius gentium* han sido crímenes que no sólo forman parte del derecho internacional consuetudinario, sino que además han alcanzado el rango de *ius cogens*”.¹⁶²

En tal virtud “De manera general se acepta que las violaciones graves de los derechos humanos, cuando se practican como política de Estado, son violaciones del derecho internacional”.¹⁶³ Puesto que debe entenderse que “los crímenes internacionales no son crímenes que surjan directamente del derecho penal interno sino que son primera y primordialmente crímenes que se entienden, se justifican y se enmarcan en un orden represivo internacional”.¹⁶⁴

Es por esto que se debe hacer hincapié en que “no es posible dejar a la voluntad de unos Estados el ejercicio de los derechos que toda la comunidad internacional tiene a su favor; cuando actos de personas naturales atentan contra los principios generales del Derecho nacional e internacional, ocasionando perjuicios a toda la humanidad, o cuando las autoridades de ciertos países dejan de actuar (...) o bien se pueden considerar cómplices de ellos a efecto de que sean también juzgadas dichas omisiones o deficiencias que ocasionan perjuicios a la población a la que se deben”.¹⁶⁵

Aun más allá del plano normativo y de las obligaciones estatales es posible considerar acertadamente que los Estados tienen una obligación moral de perseguir a los autores responsables de crímenes internacionales.¹⁶⁶

¹⁵⁸ Diane F. Orentlicher, “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime” *The Yale Law Journal* 100: 8, June 1991, p. 2537-2615.

¹⁵⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el 23 de mayo de 1969, en línea: [derechos.org <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>](http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html), art. 53.

¹⁶⁰ Alicia Cebada Romero, “Los Conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados en hechos ilícitos” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* número 4, (junio de 2002), en línea: <http://www.reei.org/index.php/revista/num4/agora/conceptos-obligacion-erga-omnes-ius-cogens-violacion-grave-luz-nuevo-proyecto-cdi-sobre-responsabilidad-estados-hechos-ilicitos>, p. 4.

¹⁶¹ Rafael Casado Raigón, *Notas sobre el Ius Cogens Internacional*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1991, p. 11.

¹⁶² Elena Fierro Sedano, “La Conferencia de Roma para la creación de una Corte Penal Internacional: El proceso negociado y sus dificultades jurídicas” *Revista Vasca de la Administración Pública* número 53, p. 233.

¹⁶³ Tercera reforma de la ley de Estados Unidos sobre relaciones exteriores, Vol. 2, 1987, pág. 165.

¹⁶⁴ Chambre d'accusation de la cour d'appel de Lyon, affaire Barbie, 8 juillet 1983, J.D.I. 1983, p.791. Este fallo ha sido confirmado por el Tribunal de Casación, Crim., el 6 de octubre de 1983; QuocDinh, Nguyen, 1999. *Droit International Public*. L.G.D.J., Paris, p. 683.

¹⁶⁵ Porfirio de Jesús López Peña, “La corte penal internacional” *Revista De Jure* número 8, (año III), p. 65.

¹⁶⁶ “The only basis for prosecuting of war crimes or crimes against humanity by other governments is the discovered presence of the criminals in some state and the moral obligation of that government to bring them to justice on behalf of the international community. Universal jurisdiction furnishes the legal basis for exercising that moral obligation”, en Christopher C. Joyner: “Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability” *Law Contemporary* 59: 4, (Fall 1996) pp. 153-172, especialmente p. 165.

2. Obstáculos a la persecución de los crímenes internacionales e impunidad.

Una de las bases del litigio de los casos de graves violaciones a Derechos Humanos y la comisión de crímenes internacionales, es la efectiva sanción de los autores responsables de los actos que atentan contra la dignidad humana, evitando así la impunidad, pues al hacerlo no sólo se alivia levemente el sufrimiento de las víctimas, sino que se fortalecen y legitiman los sistemas de justicia de los Estados.

Al respecto, la comunidad internacional ha manifestado los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, estableciendo que:

1. Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción;
2. El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.¹⁶⁷ Se ha desacreditado así cualquier artificio que pueda resultar en impunidad para los autores de violaciones en contra de los principios y postulados del Derecho Internacional.

Al respecto, es necesario entender que el concepto de impunidad establecido por Naciones Unidas establece que la impunidad se concreta en «la imposibilidad, de jure o de facto, de hacer responsables a los perpetradores de violaciones de los derechos humanos ya sea en procedimientos criminales, civiles, administrativos o disciplinarios, desde el momento en que ellos no están sujetos a ninguna investigación que podría conducir a que ellos sean acusados, arrestados, juzgados, y, si son encontrados culpables, condenados, y a que otorguen reparación a sus víctimas».¹⁶⁸

Según la Organización de las Naciones Unidas, existen medidas restrictivas a la persecución penal que podrían constituir obstáculos *de jure* para el conocimiento jurisdiccional de los casos. Es decir, se trata de evitar que esas normas sean utilizadas de forma que se conviertan en un incentivo a la impunidad, obstaculizando así el curso de la justicia”.¹⁶⁹ Entre éstas se encuentran, fundamentalmente:

¹⁶⁷ Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg. Tomado de Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad-Compendio de instrumentos internacionales pertinentes, ONU, A/CN.4/368, 13 abril de 1983, en línea: <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm>>, principios I y II.

¹⁶⁸ Organización de las Naciones Unidas, *Comisión de Derechos Humanos; Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*, General E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1, el 2 octubre de 1997, en línea: <<http://www.derechos.org/nizkor/doc/oinete.html>> [Informe final revisado].

¹⁶⁹ *Ibid.*

2.1 Prescripción

En el caso guatemalteco, las violaciones a Derechos Humanos ocurridas en el conflicto armado interno, ocurrieron durante buena parte de la segunda mitad del siglo XX, lo que supone el peligro de la extinción de la responsabilidad penal por el paso del tiempo, según se contempla en el Código de la materia en el país.

En Guatemala, los artículos 100 y 107 del Código Penal vigente establecen que la responsabilidad penal es susceptible de prescribir en determinadas circunstancias;¹⁷⁰ sin embargo, es necesario considerar que “La prescripción no puede aplicarse a los delitos graves recogidos en el Derecho Internacional, como son los delitos contra la humanidad. Respecto a todas las violaciones, no puede correr durante el periodo en que no existan recursos eficaces. De la misma manera, no podrá invocarse en las acciones civiles, administrativas o disciplinarias entabladas por las víctimas”.¹⁷¹

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en el *Caso Almonacid Arellano* que “el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *non bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables”.¹⁷²

2.2 Amnistías y auto amnistías

En Guatemala de igual forma se contempla aún la amnistía como una forma de extinción de la responsabilidad penal¹⁷³, en tal sentido se han publicado una serie de amnistías y auto amnistías:

El 27 de mayo de 1982 la junta militar, dirigida por el General José Efraín Ríos Montt, promulgó el Decreto Ley 33-82¹⁷⁴, que otorgó la amnistía por crímenes políticos y delitos comunes conexos. Este decreto incluía a miembros de grupos subversivos tanto como a las fuerzas de seguridad que habían participado en actividades antsubversivas. Aunque la amnistía beneficiaba automáticamente a miembros de las fuerzas de seguridad, los miembros de grupos subversivos tenían que pedir amnistía ante la autoridad militar más cercana dentro de treinta días de la fecha efectiva del decreto. La amnistía beneficiaría incluso a quienes ya hubieren sido condenados por participar en actividades subversivas.

La Comisión Interamericana subrayó que todos los responsables de asesinatos y violaciones de derechos humanos durante el régimen del General Lucas García se habían beneficiado automáticamente de la amnistía, evitando las investigaciones y sanciones.¹⁷⁵ En el mismo sentido, la Comisión, por implicación, reconoció que la amnistía del 27 de mayo de 1982 no afectaba la obligación internacional del gobierno de Guatemala de investigar las violaciones a derechos humanos y de castigar a los responsables.¹⁷⁶

¹⁷⁰ 1. A los veinticinco años, cuando correspondiere pena de muerte.

2. Por el transcurso de un periodo igual al máximo de duración de la pena señalada, aumentada en una tercera parte, no pudiendo exceder dicho término de veinte años, ni ser inferior a tres.

3. A los cinco años, en los delitos penados con multa.

4. A los seis meses, si se tratare de faltas. Las penas impuestas por sentencia firme prescriben por el transcurso de un tiempo doble de la pena fijada, sin que pueda exceder de treinta años en *Código Penal de Guatemala*, decreto 17-73, en línea: <http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Guatemala.pdf>, arts. 100 y 107 [Código Penal].

¹⁷¹ Informe final revisado, *supra* nota 167.

¹⁷² *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Corte IDH, Series C Núm. 154, sentencia del 26 de septiembre de 2006, en línea: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>, párr. 151 [Almonacid Arellano].

¹⁷³ *Código Penal*, *supra* nota 169, art. 104.

¹⁷⁴ Decreto Ley No. 33-82, aprobado por la Junta Militar de Gobierno encabezada por el General José Efraín Ríos Montt, el 24 de mayo de 1982 y publicado en el Diario de Centro América, T.CXVIII, Núm. 80, el lunes 24 de mayo de 1982.

¹⁷⁵ OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, Doc. off., OEA/Ser.LV/II.61/Doc 47 (1983), pp. 31-32, en línea: <<http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala83sp/indice.htm>>.

¹⁷⁶ *Ibid*, pp. 131-132.

Más adelante, el 23 de marzo de 1983, el gobierno de Ríos Montt promulgó una segunda amnistía mediante el decreto ley 27-83. Efectiva por un periodo de 30 días, ésta se limitaba a los miembros de grupos subversivos, pero no aplicaba a personas procesadas o condenadas.

Posteriormente, el 10 de enero de 1986, cuatro días antes de entregar el poder al Presidente Marco Vinicio Cerezo, el General Mejía Vítores promulgó otra auto amnistía militar: el Decreto Ley 8-86.¹⁷⁷ Este decreto concedió la amnistía a cualquier persona responsable o acusada de haber cometido delitos políticos o delitos comunes conexos desde el 23 de marzo de 1982; esta amnistía era aplicable a personas particulares como agentes de gobierno procesados, siempre que la sentencia no fuere definitiva.

Después, el Decreto Núm. 71-87 fue adoptado por el Congreso de la República el 24 de octubre de 1987. Este decreto ofrecía la amnistía a cualquier persona por delitos políticos, y comunes conexos cometidos en contra del orden público del Estado. Por su contenido, ésta parecía estar destinada a los miembros de agrupaciones subversivas; el hecho de ser amnistiado no se podía usar en su contra en ningún proceso judicial o administrativo ni se podía incluir en su récord penal o policial. Y por último, el 27 de diciembre de 1996, se emitió el Decreto 145-96¹⁷⁸ con el significativo avance de restringir la amnistía a los delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada, así como aquellos que sean imprescriptibles o que no admitan la extinción de responsabilidad penal de conformidad con el Derecho Interno o los tratados internacionales ratificados por Guatemala.

Al respecto, Naciones Unidas ha determinado que “Los autores de violaciones no podrán beneficiarse de la amnistía mientras las víctimas no hayan obtenido justicia mediante un recurso efectivo. Jurídicamente carecerá de efecto respecto a las acciones de las víctimas vinculadas con el derecho a reparación”.¹⁷⁹

La Corte Interamericana también ha establecido que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.¹⁸⁰ En la misma sentencia se determina contundentemente que “como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos (...) ni para la identificación y el castigo de los responsables”.¹⁸¹

¹⁷⁷ Decreto de Ley núm. 8-86, aprobado por el Jefe de Estado General Óscar Humberto Mejía Vítores, publicado en el Diario de Centro América, núm. 91, 10 de enero de 1986.

¹⁷⁸ Congreso de la República de Guatemala; Decreto 145-96 “Ley de Reconciliación Nacional”, en línea: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0148>>, art. 8.

¹⁷⁹ Informe final revisado, *supra* nota 167.

¹⁸⁰ Caso Barrios Altos vs. Perú, Corte IDH, Serie C Núm. 75, sentencia del 14 de marzo de 2001, en línea: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf>, párr. 41.

¹⁸¹ *Ibid*, párr. 44.

2.3 Derecho de asilo y extradición

Algunos de los responsables de graves violaciones a Derechos Humanos han migrado a otros países con el propósito de evadir su responsabilidad penal ante la justicia en Guatemala. Un claro ejemplo ha sido el caso del guatemalteco Jorge Vinicio Orantes Sosa, acusado de haber participado en la masacre en el Parcelamiento de las Dos Erres en Guatemala en 1982, y quien fue detenido en Canadá.

En el mismo sentido, Naciones Unidas establece que “No podrá concederse el asilo territorial o diplomático, así como tampoco la condición de refugiado político. No cabrá invocar el carácter político de la infracción para evitar la extradición, ni tampoco el principio de no extradición de los nacionales”.¹⁸²

2.4 Obediencia debida

En Guatemala, la obediencia debida es contemplada como causa de inculpabilidad en el Código de la materia.¹⁸³ El Código es claro al establecer que la obediencia se considera como debida, únicamente cuando reúna las siguientes condiciones:

- A. Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto;
- B. Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales;
- C. Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta”.¹⁸⁴ Esta causa de inculpabilidad se ha alegado abundantemente en los procesos que se han abierto en contra de los violadores de derechos humanos.

Al respecto, la Comisión para el Esclarecimiento histórico determinó que “La interpretación que realizó el Ejército de la obediencia militar, concibiéndola como una ‘obediencia ciega’, desconoció la observancia de este principio básico, en el sentido de que las órdenes manifiestamente ilegales no deben ser cumplidas, llevó a desconocerlo y vulnerarlo sistemáticamente a lo largo del enfrentamiento armado. Lo anterior, se tradujo hacia afuera de la institución armada, en la comisión de graves e innumerables violaciones de derechos humanos, y hacia dentro, produjo una profunda y creciente degeneración de sus valores morales”.¹⁸⁵

En cuanto a tal situación se debe recordar lo establecido por los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg que determina que: “El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción”.¹⁸⁶

¹⁸³ *Código Penal*, *supra* nota 169, art. 25, inc. 4o.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ Comisión para el esclarecimiento histórico de Guatemala, “Las estrategias contrainsurgentes durante el Enfrentamiento Armado”, en *Memoria del Silencio*, capítulo II: volumen 1, en línea: <http://www.archivochile.com/Imperialismo/escu_ameri/USescamerica0008.pdf>, párr. 174 [*Memoria del Silencio*].

¹⁸⁶ *Supra* nota 166, principio IV.

¹⁸² *Informe final revisado*, *supra* nota 167.

Desde cualquier punto de vista, cualquier orden que pretenda vulnerar el derecho a la vida de los habitantes de un Estado, así como la integridad personal de los mismos, está revestida de una evidente falta de legalidad. Pues en el cumplimiento de las órdenes, no sólo se contraviene a los cuerpos normativos del país, sino que se atenta contra los principios mismos que inspiran y justifican la existencia del Estado guatemalteco.

Al respecto, Naciones Unidas también ha considerado que “La obediencia debida no puede eximir de responsabilidad penal al autor de los hechos; podrá tomarse quizá en consideración, como mucho, en calidad de circunstancia atenuante. Además, el hecho de que las violaciones hayan sido cometidas por un subordinado no puede exonerar a sus superiores si éstos no ejercieron las facultades que tenían para impedir la violación o ponerle fin, sabiendo o estando en condiciones de saber, que la violación se estaba cometiendo o iba a cometerse”.¹⁸⁷

2.5 Tribunales militares

Los tribunales de fuero militar también han sido objeto de controversia en Guatemala; sin embargo el Estado, mediante el Decreto 41-96¹⁸⁸ reforma el artículo 2 del Código Militar, determinando que “el fuero militar sea aplicable únicamente a los miembros de la institución armada que cometan delitos de orden militar que afecten al ejército”.¹⁸⁹

En contraste, la Asociación de Veteranos Militares de Guatemala ha sostenido que “los excesos” cometidos por los militares en el ejercicio de sus funciones y en el marco de la realización de actividades contrasubversivas debe ser conocida única y exclusivamente por tribunales de fuero militar. Al respecto se ha atacado al Decreto 41-96, presentando ante la Corte de Constitucionalidad acción de inconstitucionalidad en contra del mismo. Tal recurso fue declarado sin lugar por el alto tribunal constitucional.¹⁹⁰

Esta resolución concurre con lo determinado por Naciones Unidas, al establecer que “Debido a la insuficiente independencia jurídica de los tribunales militares, su competencia deberá limitarse únicamente a las infracciones específicamente militares cometidas por militares, con exclusión de las violaciones de los derechos humanos que deberán incumbir a los tribunales ordinarios”.¹⁹¹

¹⁸⁷ Informe final revisado, supra nota 167.

¹⁸⁸ Congreso de la República de Guatemala; Decreto 41-96, publicado en el Diario de Centro América el 15 de julio de 1996.

¹⁸⁹ *Ibid.*, considerando 3°.

¹⁹⁰ *Inconstitucionalidad total del Decreto 41-96 del Congreso de la República y artículos 1, 2 y 3 del mismo decreto*, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, el 3 de marzo de 1997, en línea: <[http://www.luismezquita.com/Minugua%20\(E\)/Docs%20AGeneral/Derechos%20Humanos/CDROM/Jurisprudencia/Leyes%20Guate/RESUMEN2.htm](http://www.luismezquita.com/Minugua%20(E)/Docs%20AGeneral/Derechos%20Humanos/CDROM/Jurisprudencia/Leyes%20Guate/RESUMEN2.htm)>.

¹⁹¹ Informe final revisado, supra nota 167.

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en su jurisprudencia que en un “Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”.¹⁹²

Así pues, han sido de variada naturaleza los obstáculos que se han enfrentado en la lucha contra la impunidad en Guatemala en materia de graves violaciones a Derechos Humanos; sin embargo, también es importante reconocer que, “Tarde, pero con valentía, una nueva generación de fiscales, liderados por la fiscal general Claudia Paz, ha conseguido que las demandas de justicia de las víctimas sean por fin escuchadas”.¹⁹³

Por su parte, en entrevista brindada al Centro Internacional para la Justicia Transicional, el Doctor César Barrientos, actual presidente de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo que “El poder judicial está aprendiendo y creo que deberíamos hacerlo muy rápidamente porque existen las reclamaciones de la Corte Interamericana y las sentencias que nos obligan a juzgar estos casos de lesa humanidad”.¹⁹⁴

A su vez, el Doctor Barrientos reconoció que Claudia Paz y Paz Bailey “Viene realizando un trabajo inédito en el país por cuanto que está llevando fundamentalmente ante tribunales de justicia casos que antes nunca ingresaban y que en mucho el Ministerio Público era responsable porque no planteaba las acusaciones ante los tribunales de justicia”. Sin embargo, también hizo hincapié en que “Tanto fiscales como jueces están muy solos, están muy inseguros, no tienen todos los instrumentos ni los medios para trabajar, ni las condiciones que permitieran hacerlo, falta muchísima seguridad para enfrentar las amenazas y las presiones y existen realmente”.¹⁹⁵ Por lo demás, la caracterización de ciertos crímenes internacionales como *ius cogens* impone a los estados la obligación *erga omnes* de no permitir la impunidad a los perpetradores de tales crímenes.¹⁹⁶

¹⁹² Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, Corte IDH, Serie C núm. 135, sentencia del 22 de noviembre de 2005, en línea: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>, párr. 124; *Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 154, párr. 202; y Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Corte IDH, Serie C núm. 109, sentencia del 5 de julio de 2004, en línea: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf>, párr. 165 y *Almonacid Arellano*, *supra* nota 171, párr. 131.

¹⁹³ Paul Seils, Guatemala: *El triunfo de los sobrevivientes*, el 13 de febrero de 2012, Centro Internacional para la Justicia Transicional, en línea: <<http://ictj.org/es/news/guatemala-el-triunfo-de-los-supervivientes>>.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ Gonzalo Aguilar Cavallo, “El Principio de Jurisdicción Universal: Una Propuesta de Aplicación en Chile” *Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales* número 1 (año 4); en línea: <http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_ano4_1/revista_ano4_1_17.pdf>.

3. ¿Por qué juzgar a los altos mandos?

A partir de 1999 se inició el acompañamiento de muchas masacres. Para ese entonces, ya se había publicado el informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, en el que se establecía que en cuatro regiones del país se configuraban los elementos suficientes para considerar que se había cometido el crimen de genocidio en Guatemala. En ese momento, de los casos que se litigaban únicamente se había sindicado a autores materiales de muy bajo nivel (ex Patrulleros de Autodefensa Civil). A pesar de la intención de juzgar a los altos mandos, los juicios en contra de los autores materiales de bajo nivel deben continuar, pues de cierta forma reparan la necesidad social de justicia integral de las víctimas, debido a que la convivencia entre víctimas y victimarios aún mantiene fragmentado el tejido social de las comunidades afectadas.

En el acompañamiento de masacres en Río Negro y Plan de Sánchez, jurisdicción del departamento de Baja Verapaz; en Chajul, Nebaj y San Juan Cotzal, jurisdicción del departamento del Quiché, en Nentón, San Mateo Ixtatán y Santa Cruz Barillas jurisdicción del departamento de Huehuetenango; y San Martín Jilotepeque jurisdicción del departamento de Chimaltenango, se constató mediante la evidencia hallada que se trataba de actos sistemáticos masivamente realizados por los aparatos de seguridad del Estado, concluyendo con absoluta seguridad que en Guatemala se habían cometido graves violaciones a los Derechos Humanos, al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Penal Internacional.

Con los medios de prueba recabados fue posible determinar que todos los actos de graves violaciones a derechos humanos fueron previamente planificados; que el actuar de los victimarios había sido coordinado con anterioridad a las masacres y durante las mismas, supervisando y procurando el “éxito” de las mismas, dejando fuera toda posibilidad de error en la ejecución de tan deleznable tareas. Al mismo tiempo, con un gran esfuerzo, agentes de la sociedad civil investigaron comprometidamente, hasta llegar a obtener información precisa del modo y forma de actuación de las PAC y de estos grupos de seguridad del Estado. Para el año 2001 se había establecido la necesidad de accionar en contra de los altos mandos de las fuerzas de seguridad del Estado guatemalteco.

De nuevo se deben traer a colación los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg que en su postulado tercero indican que: “El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional”.¹⁹⁷

Con el impulso del Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos (CALDH), se inició un proceso de búsqueda y clasificación de los casos, con el fin de llevar ante los órganos de justicia aquellos que fueran los más representativos de las violaciones sufridas por la mayoría del país, y con éstos, impulsar la lucha contra la impunidad a los crímenes cometidos durante el Conflicto Armado Interno. Después de la investigación, y con la colaboración de abogados nacionales y extranjeros, se inició la preparación de una querrela en contra del alto mando militar del periodo comprendido entre finales de la década de los setenta e inicios de la década de los ochenta, quienes tendrían para ese momento el control y dominio en la ejecución de las operaciones, así como la responsabilidad de la coordinación logística y supervisión de las mismas.

Al avanzar la investigación, se determinó la imposibilidad del planteamiento de un solo caso local, debido a conflictos de jurisdicción y otras acciones entorpecedoras del proceso, planteados por personas interesadas en mantener la situación de impunidad en los casos del conflicto armado interno. Tal situación provocó la presentación concreta de un solo caso en contra del alto mando militar como autores intelectuales de los actos cometidos en contra de la población civil y las etnias del país, en el caso particular del delito de genocidio.

¹⁹⁷ *Supra* nota 166, principio III.

4. ¿Cómo se determinó la responsabilidad de los altos mandos militares?

Resultó imposible, a lo largo de las investigaciones, procesar como hechos aislados o “excesos” los actos que en sí mismos constituían patrones sistemáticos en la comisión de las masacres en distintos lugares y momentos, (el desalojo de las víctimas de sus hogares, separación de hombres y mujeres, torturas, violaciones sexuales y ejecución de las víctimas). Tales hechos fueron cometidos en forma repetitiva, y solamente podían haber sido controlados por los altos mandos de las fuerzas de seguridad del Estado, quienes habiendo planificado y coordinado tenían conocimiento real e inmediato de las acciones de sus subordinados en contra de la población civil.

Al respecto, el informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico determinó que “Con la evolución de las estructuras militares, fundamentalmente con la creación del Centro de Estudios Militares en 1970, el Ejército comenzó la sistematización de la planificación de sus operaciones”.¹⁹⁸ Y que en consecuencia “Los miembros del Ejército de Guatemala no actuaron independientemente cuando realizaron acciones militares contra la guerrilla o contra la población civil indefensa, sino cumplían órdenes previamente recibidas. Estas órdenes, verbales o escritas (como los planes de campaña), correspondieron en todos los casos a la implementación de una operación planificada con anterioridad y que perseguía alcanzar algunos de los objetivos estratégicos de la lucha contra insurgente”.¹⁹⁹

Por el contrario, se ha propuesto como tesis de los altos mandos del ejército que, estos no tuvieron conocimiento de los actos violatorios a la normativa internacional cometidos por sus subordinados, y que por lo tanto no se les puede imputar responsabilidad penal por los crímenes cometidos, puesto que no sólo no emitieron órdenes de cometer los actos, sino que tampoco tuvieron conocimiento de la ejecución de los mismos.

Sin embargo, normativamente la Ley Constitutiva del Ejército establece que el alto mando del Ejército se compone por el Presidente de la República, el Ministro de la Defensa Nacional y el Jefe del Estado Mayor de la Defensa Nacional.²⁰⁰ Según la Constitución Política de la República de Guatemala atribuye la Comandancia General del Ejército de la República²⁰¹ y le da la una jerarquía superior al ministro de la defensa al establecer que “El Presidente de la República [...] impartirá sus órdenes por conducto del oficial general o coronel o su equivalente en la Marina de Guerra, que desempeñe el cargo de Ministro de la Defensa Nacional”.²⁰²

De igual forma se vuelve a manifestar el sistema de jerarquía en la Ley Constitutiva del Ejército al establecer que “El Estado Mayor de la Defensa Nacional es el Centro Técnico y Consultivo del Ejército de Guatemala. Asesorará al Ministro de la Defensa Nacional en todos los asuntos que competen al Ejército de Guatemala”.²⁰³ En esta ocasión, colocando en un plano de superioridad al Ministro de Defensa pues es este último quien tomará las decisiones sobre las que asesore el Estado Mayor de la Defensa Nacional, y a su vez materializará las órdenes recibidas por el Presidente de la República. A su vez, el jefe del Estado Mayor de la Defensa Nacional tiene como funciones la organización, entrenamiento, educación, disciplina, conducta, planificación y empleo táctico y estratégico del Ejército.²⁰⁴

Para determinar que en efecto los altos mandos tuvieron responsabilidad penal en la comisión de actos violatorios a los derechos humanos de la población civil, es necesario traer a luz uno de los presupuestos constitucionales del ejército: Es un ente “único e indivisible, esencialmente profesional, apolítico, obediente y no deliberante”.²⁰⁵

¹⁹⁸ *Memoria del Silencio*, supra nota 184, párr.5.

¹⁹⁹ *Ibid.*, párr.170.

²⁰⁰ Congreso de la República de Guatemala; Decreto 72-90 “Ley Constitutiva del Ejército de Guatemala”, en línea: <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_gtm_decreto_72-90.pdf>, art. 13.

²⁰¹ *Supra* nota 152, arts. 182 y 246.

²⁰² *Ibid.*, art.246.

²⁰³ *Supra* nota 199, art. 21.

²⁰⁴ *Ibid.*, art. 22.

²⁰⁵ *Constitución de Guatemala*, supra nota 152, art. 244.

Teniendo como base el ámbito de actuaciones legalmente considerado, el informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico establece que:

Dentro del Ejército la línea de mando es absolutamente vertical en términos de obediencia militar;²⁰⁶ La cadena de mando del Ejército de Guatemala, exige que todo acto realizado por un militar debe ser reportado a su superior, quien está en la obligación de conocer las actuaciones de sus subordinados. Por lo tanto, todas las acciones que se ejecutaban sobre la población civil no combatiente fueron reportadas al comandante responsable del área de operaciones; en caso contrario, éste tuvo la obligación de conocer los hechos ocurridos;²⁰⁷ El control siempre estuvo centralizado en el Estado Mayor. La cadena de mando y la subordinación jerárquica implican una doble responsabilidad. Por un lado, en todos los niveles los jefes de las unidades que llevan a cabo las operaciones en el terreno, tienen la obligación de reportarlas al superior que las ordenó; por otro lado, el superior que dio las órdenes tiene la responsabilidad de controlar y supervisar que se cumplan las órdenes emitidas;²⁰⁸ La presencia del comandante, jefe del Estado Mayor, en el área de operaciones, fue fundamental para supervisar y controlar las operaciones en forma directa;²⁰⁹ El Estado Mayor de la Defensa Nacional emite la orden de operaciones o plan de campaña. Durante el desarrollo de las operaciones se efectúa una continua apreciación de situación, mediante la cual se le da seguimiento a la evolución de las operaciones;²¹⁰ Era muy claro que a través de esta forma de comandar las tropas en operaciones, contemplada dentro de los procedimientos del mando militar, el jefe del Estado Mayor o cualquier comandante de tropas en operaciones, más allá de las formalidades de la comunicación de la cadena de mando, estuvieron siempre en conocimiento directo de las violaciones de los derechos humanos que estaban ocurriendo.²¹¹

Estas aseveraciones concuerdan con las presentadas ante los órganos judiciales del país por expertos en la materia propuestos en los casos de graves violaciones a Derechos Humanos. Por tal razón, el juzgamiento únicamente de los autores materiales de las violaciones, se convertiría en una especie de placebo, que podría presentarse como justicia, siendo en realidad la impunidad de los responsables primarios de los hechos que laceraron profundamente el tejido social guatemalteco durante el conflicto armado interno.

²⁰⁶ Memoria del Silencio, *supra* nota 184, párr.163.

²⁰⁷ *Ibid.*, párr. 166.

²⁰⁸ *Ibid.*, párr. 164.

²⁰⁹ *Ibid.*, párr. 167.

²¹⁰ *Ibid.*, párr. 156.

²¹¹ *Ibid.*, párr. 168.

5. ¿Por qué litigar estos casos?

Otro principio que en materia de derechos humanos rige el acceso a la justicia dicta que el Estado debe ser intolerante ante las atrocidades cometidas dentro de su territorio y éstas deben ser sometidas a la investigación, juzgamiento y castigo de las mismas. En todo momento se debe preservar la garantía de no repetición; como lo ha sostenido la Corte Interamericana: “[...] el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”.²¹²

Para Guatemala, reviste de especial importancia el sometimiento a la justicia de las graves violaciones a los derechos humanos, puesto que “La justicia transicional no es un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición desde una situación de conflicto o de represión por parte del Estado. Al tratar de conseguir la rendición de cuentas y la reparación de las víctimas, la justicia transicional proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus derechos, fomentando la confianza ciudadana y fortaleciendo el Estado de derecho”.²¹³

Es así que, con el impulso de estos casos, no sólo se brinda acceso a la justicia a las víctimas, sino que también se cumple con las obligaciones internacionales del Estado y éste, a su vez, se legitima como ente de administración de justicia para su población, puesto que con la materialización de los procesos judiciales “...Se trata de establecer una renovada confianza cívica, reconciliar a las personas, a las comunidades y prevenir abusos futuros²¹⁴”.

Si bien Guatemala como Estado ha iniciado a dar pequeños pasos en cuanto a la reparación del tejido social más afectado por el conflicto armado interno, es bien sabido que “Las distintas asociaciones de víctimas exigieron reparaciones, pero tuvieron que pasar casi diez años después de los acuerdos de paz para que se iniciara el Programa Nacional de Resarcimiento...”.²¹⁵ Sin embargo, éste “lo que ofrece son pequeños pagos individuales que han generado una gran insatisfacción”.²¹⁶

Para la reconstrucción del tejido social en Guatemala se requiere mucho más que el mero pago de una indemnización compensatoria a las víctimas del conflicto; para la construcción del país y la consolidación del Estado de Derecho se debe asentar las bases de la verdad y la justicia. “La Justicia Transicional puede ser un instrumento importante tanto para lograr la reconciliación y la justicia entre las partes enfrentadas después de un conflicto, como para garantizar el desarrollo de una paz duradera y una sociedad democrática.”²¹⁷

Resulta de tal cuenta imperativo que los casos de graves violaciones a los derechos humanos en el país sean sometidos a la jurisdicción de sus tribunales, puesto que de lo contrario, según lo sostenido por Aguilar Cavallo «Los efectos de la impunidad, ignorancia e indiferencia afectan las generaciones posteriores, dejándolos a la deriva frente a prácticas conscientes y constantes de la política, del Estado, vicios y poderes latentes”.²¹⁸

²¹² Caso de la “Panel Blanca” (*Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*, Corte IDH, Serie C núm. 37, sentencia del 8 de marzo de 1998, en línea: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_37_esp.pdf>, párr. 173; *Caso Blake vs. Guatemala*, Corte IDH, Serie C núm. 48, sentencia del 22 de enero de 1999, en línea: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_48_esp.pdf>, párr. 64, y *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, Corte IDH, Serie C núm. 42, sentencia del 27 de noviembre de 1998, en línea: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf>.

²¹³ Centro Internacional para la Justicia Transicional, *¿Qué es la Justicia Transicional?*, en línea: <<http://ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>>.

²¹⁴ María Avello, “Esfuerzos europeos en justicia transicional” *Documentos de Trabajo FRIDE* número 58 (2008), en línea: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2880938>>.

²¹⁵ *Guatemala*, *supra* nota 150.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ Avello, *supra* nota 213, p. 2.

²¹⁸ Cavallo, *supra* nota 195.

Julia Kokeva, quien trabajó para la agencia de noticia Beta, expresó: “los crímenes perpetrados en la ex Yugoslavia han destruido nuestro pasado, están en vías de destruir nuestro presente y destruirán el futuro de las generaciones que vendrán. Nuestra sociedad no puede sanar más que con la verdad. Es una verdadera ilusión creer que la democracia y la economía de mercado podrán instalarse sin la verdad. Estos elementos funcionan complementariamente y si se permite la negación y la mentira sobrevivir, la democracia y la economía de mercado no llegarán a nada; los problemas subsistirán ¿Cómo vivir, en una democracia donde antiguos jefes de milicia se benefician siempre de un aura de leyenda?”.²¹⁹

Más allá de la probada necesidad del esclarecimiento de la verdad, la investigación y la sanción en los actos contrarios a los derechos fundamentales de los individuos en Guatemala, ligar los casos en esta materia provee de voz y esperanza a las víctimas, ya que en muchos casos no pueden acceder a los órganos de justicia por su condición económico social. Por lo tanto, se ha establecido que “Dadas las condiciones de pobreza que afectan a la mayoría de personas, particularmente a los indígenas, resulta casi imposible hacer frente a un proceso judicial y lo que esto implica en términos de contratación de servicios legales, tramitación de recursos judiciales y seguimiento constante de los procesos. En los casos de violaciones de derechos humanos esta condición se agrava cuando la defensa de los imputados recurre al litigio y al retardo malicioso como una medida dilatoria de los procesos”.²²⁰

La representación legal gratuita a las víctimas viene a cubrir un elemento toral en la administración de justicia a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, ya que debido a las actuaciones deficientes y a la saturación existente en los entes de investigadores del Estado, se establece que:

...En muchos casos, los familiares de las víctimas, que se constituyen en querellantes adhesivos en los procesos judiciales, se han visto en la necesidad de procurar, por sus propios medios, las pruebas que pueden ser utilizadas en los juicios, debido a la falta de una adecuada intervención del Ministerio Público en la persecución e investigación de los responsables de las violaciones.²²¹

La necesidad humana de conocer la verdad, y de experimentar la reparación de los agravios sufridos por las víctimas, al final se vienen a constituir como elementos fundamentales en el impulso del trabajo legal en apoyo a éstas. Helen Mack al tratar de dimensionar el sentimiento de reparación expresó: “yo creería en mi caso concreto, lo que alcanzás es una reivindicación más que una reparación. Digo reivindicación en el sentido de que se puede probar jurídicamente que uno no estaba loco, ni es comunista”.²²²

David Tolbert dijo que “...Guatemala tiene la oportunidad de convertirse en un ejemplo mundial de cómo un sistema judicial nacional es capaz de investigar, juzgar y sancionar acciones que ofenden a toda la humanidad”.²²³ Es trabajo de jueces, investigadores, abogados y de la sociedad en general tomar todas las medidas posibles para superar el pasado de forma responsable, no indulgente, teniendo como meta la construcción de un genuino Estado de Derecho y lograr una sociedad en la que la justicia construya la paz.

²¹⁹ Robert Badiner y Stephen Breyer, *Judges in contemporary democracy: an international conversation*, New York University press, 2004, p. 177.

²²⁰ Mónica Leotardo Segura, *Las Víctimas y la Justicia Transicional ¿Están Cumpliendo los Estados Latinoamericanos con los Estándares Internacionales?* Washington D.C Fundación para el Debido Proceso Legal, 2010, en línea: <<http://www.dplf.org/uploads/1285258696.pdf>>, p. 180.

²²¹ *Ibid.*, p.183.

²²² *Ibid.* p.184.

²²³ Centro Internacional para la Justicia Transicional, *Guatemala: El caso de genocidio es un paso vital para terminar con décadas de impunidad*, en línea: <<http://ictj.org/es/news/guatemala-el-caso-de-genocidio-es-un-paso-vital-para-terminar-con-d%C3%A9cadas-de-impunidad>>.

4.

La jurisdicción universal como mecanismo de defensa contra las graves violaciones de Derechos Humanos: aspectos generales

Manuel Ollé Sesé

*Profesor de Derecho penal de la Universidad Rey
Juan Carlos, de Madrid. Abogado en casos de
jurisdicción universal.*

Resumen

Concepto de jurisdicción universal en el Derecho internacional. Definición y su relación con el Derecho penal internacional, determinando la categoría de delitos que deben ser acogidos por este principio, la naturaleza jurídica de esos crímenes internacionales, y si es la naturaleza jurídica del crimen la que debe determinar el régimen jurídico aplicable al título universal. Referencia al caso español y su evolución legislativa.

1. Introducción

El principio de justicia universal permite extender más allá de sus fronteras la jurisdicción de un Estado con independencia de la nacionalidad de los autores o de las víctimas del hecho delictivo. Su fundamento reside en un interés supranacional, esto es de toda la comunidad internacional, que se concreta en evitar la impunidad de determinados delitos, tanto los considerados más graves e intolerables que siempre han formado parte del Derecho penal internacional,²²⁴ como los que por su proliferación o carácter transnacional, se han comprometido los Estados a su persecución²²⁵.

Si históricamente el principio de justicia universal se explicaba señalando que hay determinadas acciones que violan la ley natural y ofenden los sentimientos de toda la humanidad por lo que el Estado debe *aut dedere aut punire*, es decir, entregar al delincuente o castigarlo, en la actualidad junto a la necesidad de protección de los bienes jurídicos de especial entidad, su formulación responde también a otros delitos que son susceptibles de afectar a los intereses de todos los Estados. Dicho de otra forma, tan importante y necesario es la persecución de los delitos de mayor gravedad, como sería el caso de los crímenes de lesa humanidad, como la de aquellos

que en los últimos años ha venido cobrando una mayor relevancia con el objeto de hacer frente a la criminalidad internacionalmente organizada y que los Estados se han comprometido a su persecución (los relacionados con la prostitución, el tráfico ilegal de drogas tóxicas y estupefacientes o el terrorismo, entre otros).

Pero a pesar de contar con un sólido fundamento y una reiterada práctica en diferentes Estados, el principio de justicia universal no ha estado exento de polémica, especialmente en estos últimos años, cuando la justicia universal ha sido el vehículo procesal internacional para el enjuiciamiento de aquellas causas de un marcado componente político, en las que directamente aparecían como responsables ex miembros o miembros de gobiernos en activo. El inicio de estas causas provocó virulentas reacciones en contra de este principio de solidaridad universal y provocaron no pocas limitaciones legislativas, como ocurrió en Bélgica en 2003 o en España en 2009²²⁶.

Para el análisis del estado actual de la jurisdicción en España se impone, con carácter previo, profundizar en las cuestiones que a continuación desarrollamos.

²²⁴ Por ejemplo, genocidio o crímenes de guerra. Delitos que incluyo en los que denomino crímenes internacionales de primer grado y de los que hago referencia posteriormente.

²²⁵ Sobre los orígenes y fundamentos del principio de justicia universal, véase: Manuel Ollé Sesé: "Justicia universal para crímenes internacionales", Madrid, La Ley, 2008, p. 95 y ss [Ollé Sesé, "Justicia Universal"]; y Carmen Lamarca Pérez, "El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile", en *Revista de derecho penal y criminología*, número Extra 1, 2000, p. 59 y ss.

²²⁶ Véase *infra* apartado 4 (El caso español).

2. El concepto de jurisdicción universal

La actual dimensión que esta alcanzado la jurisdicción universal, también llamada, entre otras muchas denominaciones, justicia universal, justicia mundial o cosmopolita, exige abordar su análisis partiendo de su concepto que, ante la ausencia de una definición inequívoca e internacionalmente aceptada, en ocasiones se presenta equívoco.

En un sentido amplio, se utiliza con frecuencia “justicia universal” o “jurisdicción universal” para referirse al ejercicio de la jurisdicción penal internacional por crímenes internacionales, tanto por tribunales domésticos, como por la Corte Penal Internacional, por los tribunales *ad hoc* y por los tribunales internacionales o mixtos. La confusión no es otra que estos tribunales cuando juzgan crímenes internacionales imparten, dentro de sus respectivas competencias, justicia penal internacional que algunos asimilan a justicia penal universal, lo que les conduce a denominarlo incorrectamente jurisdicción penal universal. Por ello, el término más apropiado para referirnos a la jurisdicción que ejercen los tribunales internacionales, y así distinguirlo del principio de jurisdicción universal, es: jurisdicción penal internacional.

Desde la dimensión técnica jurídica se identifica la justicia universal, de acuerdo con sus antecedentes históricos y la práctica legislativa y judicial, con la jurisdicción extraterritorial ejercitada por los tribunales domésticos. En este sentido, defino el principio de justicia universal como el derivado del Derecho internacional, que basado en un interés supranacional, posibilita a los tribunales internos ejercer en representación de la comunidad internacional, la jurisdicción penal para el enjuiciamiento de determinados crímenes internacionales de primer y segundo grado, con el fin de evitar su impunidad, cometidos en cualquier lugar, con independencia de la nacionalidad de las víctimas y victimarios, mediante la aplicación del Derecho penal interno y/o del Derecho penal internacional.²²⁷

El título jurisdiccional universal será absoluto si su ejercicio se supedita a la inexistencia de cosa juzgada obviando cualquier punto de conexión y será relativo o restringido si se requiere la presencia de determinados nexos legitimantes con el Estado enjuiciador. En los diferentes ordenamientos se suelen exigir como puntos de conexión que el presunto responsable se encuentre en el territorio del Estado que propone someterlo a juicio, o que existan víctimas nacionales de ese Estado, o que concurra la presencia de algún otro elemento de conexión de interés para ese Estado donde se va iniciar el procedimiento penal, como pueden ser factores históricos, culturales, etc. A partir de la definición ofrecida hay que encuadrar la jurisdicción universal en el marco debido.

²²⁷ Ollé Sesé, “Justicia Universal”, *supra* nota 224 p.145.

3. Jurisdicción universal y Derecho internacional

3.1 *La jurisdicción universal y Derecho penal internacional*

La definición que propongo de jurisdicción universal me encamina a la afirmación de que ésta forma parte del Derecho penal internacional, tanto si se entiende a éste en un sentido amplio como si se acoge su concepto estricto.

En su concepción amplia, comprendido como parte de un sistema general de Derecho penal internacional, distingo tres aspectos o subdisciplinas que conforman ese sistema de Derecho penal internacional. En un primer momento, el objeto del Derecho penal internacional versaba sobre el ámbito de aplicación de la ley en el espacio, de tal suerte que el Derecho penal internacional se identificaba con las normas que disponían la extensión del principio territorial (*forum delicti commissi*) en la aplicación de la ley penal en el espacio cuando el lugar de comisión delictiva era otro Estado.

El fundamento de esa adopción jurisdiccional extraterritorial era y es diverso. Así, por ejemplo, en la mayoría de las legislaciones comparadas penales, los principios de personalidad activa y pasiva, de protección de intereses y de jurisdicción universal tienen en común que el lugar de comisión del delito ha sido en el extranjero; sin embargo, en lo esencial difieren individualmente unos de otros. El principio de personalidad activa pretende evitar la impunidad de los ciudadanos nacionales que han cometido el delito en el extranjero; el de personalidad pasiva se basa en el amparo tutelar judicial de ciudadanos nacionales que han sido sujetos pasivos y víctimas de delitos perpetrados en el extranjero; el de protección pretende salvaguardar determinados intereses nacionales y el de justicia universal evitar la impunidad de determinados crímenes internacionales de primero y de segundo grado²²⁸.

Un segundo aspecto del contenido amplio del Derecho penal internacional es el referido al derecho de cooperación y asistencia internacional en materia penal entre Estados (cooperación horizontal) o entre

tribunales supranacionales y Estados (cooperación vertical) en materia de auxilio judicial, como las relativas a la extradición, a la asistencia mutua en la instrucción e investigación de los hechos, la práctica de pruebas, la solicitud de diligencias de investigación o de medidas de aseguramiento de situaciones personales o patrimoniales, o la ejecución y reconocimiento de sentencias. Las normas internas referidas a la cooperación internacional progresivamente se han ido impregnando de los principios reconocidos en los diferentes tratados internacionales de asistencia judicial en materia penal.

La última subdisciplina de este sistema general de Derecho penal internacional es el Derecho penal supranacional referido a la labor legislativa penal que desarrollan las instituciones internacionales. La expansión de este derecho que tímidamente empieza a hacerse presente dependerá de la expansión normativo-penal de las diferentes instituciones supranacionales en función de las competencias legislativas que detienen.

El concepto de Derecho penal internacional en sentido estricto ha sufrido, desde el siglo XIX hasta la actualidad, una importante evolución.²²⁹ Hay que abordar su definición desde su vertiente objetiva, como el conjunto de normas, principios y valoraciones jurídico internacionales penales que determinan al autor de un crimen internacional, y de una pena, prevista en la norma internacional y/o en el derecho interno, como legítima consecuencia.²³⁰ En esta dimensión sustantiva, el Derecho penal internacional, en sentido estricto, como recuerda Gil Gil, protege los bienes jurídicos más importantes del orden social internacional frente a las formas de agresión más graves mediante normas dirigidas a los ciudadanos, cuya infracción genera responsabilidad individual en el Derecho Internacional.²³¹

²²⁸ Véase *infra* apartado 3.2 (Heterogeneidad de la naturaleza de los crímenes internacionales).

²²⁹ Ollé Sesé, "Justicia Universal", *supra* nota 224, p.137-145. Sobre el Derecho penal internacional en profundidad, véase: Antonio Cassese, "International Criminal Law", Oxford University Press, 2003; Ilias Bantekas y Susan Nash, "International Criminal Law", Londres, Cavendish Publishing Limited, 2003; Mahmoud Cherif Bassiouni, "International Criminal Law", 2ª ed., Ardsley, Transnational Publishers, Inc., 1999, p.8-124 [Bassiouni, "International"]; y Kriangsak Kittichaisaree, "International Criminal Law", Oxford University Press, 2002. En relación con el concepto, véase, entre otros, Hans-Heinrich Jescheck, "Tratado de Derecho Penal, Parte General", 4ª ed., traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Edición Comares, 1993, pp. 109-110; Kai Ambos, "Temas de Derecho penal internacional y europeo", Madrid, Marcial Pons, 2006, p.53; Gerhard Werle, "Tratado de Derecho penal internacional", Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p.76.

²³⁰ Ollé Sesé, "Justicia Universal", *supra* nota 224, pp.143-144.

²³¹ Alicia Gil Gil, "Derecho Penal Internacional", Madrid, Editorial Tecnos, 1999, pp. 27-41.

En el ámbito adjetivo, el Derecho penal internacional es aplicable tanto por los tribunales supranacionales, híbridos, mixtos o internacionalizados, como por tribunales nacionales asumiendo cualquier título jurisdiccional (territorialidad, personalidad activa, pasiva, protección de intereses o de justicia universal).

El concepto estricto de Derecho penal internacional, como he señalado, comprende la teoría de delito internacional respecto de los crímenes considerados más graves e intolerables, tradicionalmente conformados como los genuinos delitos de Derecho penal internacional.²³²

La consecuencia que se alcanza después del concepto de Derecho penal internacional ofrecido es que la jurisdicción universal forma parte, cuando menos parcialmente, del Derecho penal internacional. En el sentido amplio, por un lado, porque es un título jurisdiccional que determina la extensión territorial penal doméstica, permitiendo que determinados delitos cometidos en el extranjero y normalmente bajo determinados requisitos, puedan o deban ser juzgados por las jurisdicciones internas (aplicación de la ley penal en el espacio); y, por otro lado, porque el principio cosmopolita para el eficaz enjuiciamiento de los crímenes que acoge requiere de la aplicación del derecho de cooperación horizontal interestatal. Y, en un sentido estricto, también forma parte del Derecho penal internacional porque los crímenes más aberrantes que ofenden los bienes jurídicos más importantes (la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad) cometidos en su expresión más grave, como los crímenes de guerra, de lesa humanidad o el genocidio, forman parte del catálogo de delitos perseguibles al amparo del principio universal.

La primera conclusión que formulo es que el principio de jurisdicción universal forma parte del Derecho penal internacional, y que es el vehículo jurídico que posibilita la persecución de crímenes internacionales en las jurisdicciones internas.

3.2 Heterogeneidad de la naturaleza de los crímenes internacionales

La segunda cuestión que esbozo como necesaria para analizar la regulación actual en España de la jurisdicción universal, es si todos los delitos internacionales tienen o asumen una misma naturaleza jurídica.

Desde la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 177 (II), del 21 de noviembre de 1947 sobre la “formulación de los principios reconocidos en el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg” hasta la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en 1998, se han sucedido diferentes intentos por determinar qué crímenes internacionales eran los más graves o en palabras del preámbulo de la Corte Penal Internacional “los de más grave trascendencia para la comunidad internacional”. Desde entonces hasta la actualidad las diferentes clasificaciones y denominaciones sobre los crímenes o delitos internacionales han aportado más confusión que acierto. El único consenso logrado hasta el momento ha sido el plasmado en el art. 5 del Estatuto de Roma²³³, pero exclusivamente respecto de los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y de agresión, que son considerados como “los de más grave trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”²³⁴. De esta forma, el Estatuto de la Corte Penal Internacional parece haber zanjado la polémica sobre la naturaleza de los crímenes internacionales, pero sólo parcialmente, ya que ese beneplácito se extiende exclusivamente a los cuatro crímenes señalados.

La incógnita a resolver, ahora, es determinar si todos los crímenes internacionales gozan de una idéntica naturaleza. No hay duda de que todos los crímenes internacionales, como elemento común, generan la responsabilidad penal individual de sus autores, pero, sin embargo, difieren en su fuente, fundamento de tipificación, estatus o carácter, bien jurídico protegido, afección a la comunidad internacional y en las obligaciones que genera. Estos elementos divergentes nos llevan a asumir y reiterar la distinción propuesta entre crímenes internacionales de primer grado y crímenes internacionales de segundo grado.²³⁵

²³² *Supra* nota 223.

²³³ *Supra* nota 125, art. 5.

²³⁴ Ollé Sesé, “Justicia Universal”, *supra* nota 224, p. 184-200.

²³⁵ *Ibid.*

Los de primer grado son los que se fundamentan en el Derecho internacional –convencional y consuetudinario (costumbre y principios del DI)–, lesionan los bienes jurídicos supranacionales más importantes o valiosos de la comunidad internacional –como la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad–, y determinan la responsabilidad penal individual internacional directa de sus autores; y ello sin perjuicio de que, ante la general ausencia de consecuencia punitiva concreta (pena) en el Derecho internacional, su determinación se integre en normas penales de derecho interno. El elemento “internacional” está presente tanto en el ámbito subjetivo, porque su fuente es el Derecho internacional, como en el objetivo, porque los bienes lesionados son supranacionales al afectar a toda la comunidad internacional que, de esta forma, se convierte en sujeto pasivo mediato de los crímenes internacionales de primer grado. Son cometidos en su mayoría –o, cuando menos, con cierto grado de autoría o participación– por miembros de un gobierno, por organizaciones políticas o grupos afines que puedan ejercer el gobierno de *facto*, bajo un plan organizado, dirigido y/o preconcebido, incluso en tiempos de paz.

Estos crímenes internacionales de primer grado y de naturaleza universal suponen una violación grave –que, además, puede ser, aunque no necesariamente, masiva y/o sistemática– de Derechos Humanos; lo que se traduce en la responsabilidad penal individual del sujeto trasgresor al margen de su actuación, o no, en nombre de un Estado determinado.²³⁶

Crímenes internacionales de segundo grado son los que se fundamentan en el Derecho interno o en el Derecho internacional, lesionan intereses comunes internacionales o de trascendencia internacional que, por su carácter transnacional o transfronterizo, exigen una adecuada intervención interestatal y determinan la responsabilidad penal individual internacional indirecta a través del Derecho interno. En lo subjetivo, su fuente es el Derecho interno o el Derecho internacional; y en lo objetivo, lo que internacionaliza la conducta cometida es el objeto del ataque o el elemento transfronterizo del delito.²³⁷

El tipo penal internacional de primer grado, alejándose del de segundo grado, asume el estatus o carácter de *ius cogens*, lo que le otorga un carácter imperativo, por lo que habrá que determinar si los crímenes cuya prohibición dimana de la categoría de *ius cogens* deben formar parte de la jurisdicción universal y si ésta, ante ese estatus prohibitivo de *ius cogens*, será obligatoria o facultativa. Bassiouni explica cómo en los crímenes internacionales de *ius cogens*, este carácter se refiere al estatuto jurídico de ciertas infracciones; y las obligaciones *erga omnes* remiten a las consecuencias jurídicas que se derivan de la calificación de un determinado crimen como de *ius cogens*.²³⁸ Este autor enumera como obligaciones imperativas derivadas del carácter *ius cogens*:²³⁹ el deber de procesar o

²³⁸ Mahmoud Cherif Bassiouni, “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical, Perspectives and Contemporary Practice” *Virginia Journal of International Law Association* 42: 81 (otoño 2001) pp. 21-23 [Bassiouni, “Universal Jurisdiction”]. (Versión traducida al castellano por el Centro de Derechos Humanos, de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Chile). Las normas generales de Derecho internacional imperativas –en contraposición a las dispositivas– se caracterizan porque no pueden ser derogadas ni modificadas por ulteriores normas de Derecho Internacional que estén investidas de la misma naturaleza y porque generan obligaciones para todos los Estados. Véase Julio D. González Campos y otros, “Curso de Derecho internacional público”, Madrid, Universidad Complutense, 1992, pp. 47-55; Manuel Díez De Velasco, “Instituciones de Derecho internacional público”, 12ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1999, pp. 67-71; y Fernando Mariño Menéndez, “Derecho internacional público, parte general”, Madrid, Trotta, 1993, pp. 63-68. Constituyen, en palabras de Mariño, *supra* p. 63, un círculo específico de normas de “autoridad reforzada”.

²³⁹ Bassiouni, “International”, *supra* nota 228, pp. 39-47. Este experto, en las pp. 38-46, resalta que el carácter de *ius cogens* se le atribuye a estos delitos porque atentan contra la paz y seguridad y porque sobresaltan la conciencia de la humanidad. Para determinar si un crimen goza del estatus *ius cogens*, a juicio de Bassiouni, habrá que observar la evolución histórico-jurídica del delito, el número de Estados que lo han incorporado a su legislación interna, la suma de procedimientos nacionales o internacionales en su persecución y su caracterización. El mismo autor precisa que las obligaciones que impone el *ius cogens*, no pueden ser derogadas ni en tiempos de paz ni de guerra y, respecto de los crímenes internacionales, para evitar la impunidad del autor, el deber de *aut dedere aut iudicare* se convierte en una obligación para los Estados. También Lamarca, *supra* nota 224, p. 59, recordaba, como Grocio señaló, desde una concepción iusnaturalista, que determinados delitos violan la ley natural y ofenden los sentimientos de toda la humanidad por lo que el Estado debe *aut dedere aut punire*.

²³⁶ El concepto de violación grave, masiva y sistemática de los Derechos Humanos no es siempre sinónimo de la comisión de un crimen internacional de primer grado.

²³⁷ Sobre la distinción entre crímenes internacionales de primer y de segundo grado y su concepto véase Ollé Sesé, “Justicia Universal”, *supra* nota 2 nota 224, pp.184-200.

extraditar, la imprescriptibilidad,²⁴⁰ la exclusión de toda impunidad incluso la de los Jefes de Estado, la improcedencia del argumento de la obediencia debida excepto como circunstancia atenuante, la aplicación universal de estas obligaciones en tiempo de paz, en tiempo de guerra y su inderogabilidad bajo los estados de excepción, así como la aplicación de la jurisdicción universal.

La efectiva voluntad de los Estados en la aplicación de una norma de *ius cogens*, al fin y al cabo, es irrelevante al devenir imperativamente obligatoria para todos los miembros de la comunidad internacional; incluso su oposición expresa no impide la aplicación de la misma.²⁴¹ Toda obligación *erga omnes*, en consecuencia, vincula a todos los Estados tanto si se oponen a su cumplimiento como si alegan el desconocimiento de la vigencia de esa obligación y de su naturaleza.²⁴² Por tanto, la persecución de los crímenes internacionales de primer grado es una obligación *erga omnes* derivada del propio estatuto de *ius cogens* inherente a esta categoría de crímenes.

La segunda conclusión a la que llegamos es que todos los crímenes internacionales no disfrutaban de la misma naturaleza jurídica.

²⁴⁰ Véase *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, el 26 noviembre de 1968, en línea: OHCHR.org <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crimenes_guerra.htm>. El Código Penal de España, Ley orgánica 10/1995, 23 de noviembre de 1995, en línea: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html>, declara en el art. 131.4 que “[l]os delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso”. También el art. 29 del *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, *supra* nota 125, declara que “[l]os crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”. Igualmente, el principio IV de los “*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*”, el 16 de diciembre de 2005, en línea: OHCHR.org <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>>, declara asimismo la imprescriptibilidad de estos crímenes. Véase también en el ámbito europeo el Convenio del Consejo de Europa núm. 82, de 25 de enero de 1974, sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad. Un estudio reciente sobre la prescripción puede verse en el informe de Amnistía Internacional, “Uruguay, Los crímenes internacionales no están sujetos a prescripción”, Londres, 2011, en línea: <<http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR52/001/2011/es/f05d9c61-7539-4039-99563f401d81fa85/amr520012011es.pdf>>.

²⁴¹ En este sentido, para Gil, *supra* nota 230, p.53, el Derecho penal internacional debe gozar del carácter de *ius cogens*, exigiendo su reconocimiento como normas generales imperativas, porque “han de poder aplicarse aun contra la voluntad de los Estados, ya que la mayoría de las veces se trata precisamente de conductas realizadas en el marco de una política estatal, y porque vinculan directamente a los ciudadanos de todo el mundo, con independencia de la voluntad del estado al que pertenezcan”.

²⁴² Bassiouni, “Universal Jurisdiction”, *supra* nota 237, pp. 55-56.

3.3 Estatus de los crímenes perseguibles bajo el principio universal

La afirmación que acabo de efectuar sobre la heterogénea naturaleza jurídica de los distintos crímenes internacionales y la consecuente confusión que, al menos, aparentemente puede provocar, me inspira a plantearme una pregunta doble: ¿todos los crímenes internacionales deben ser acogidos por el principio de justicia universal? ¿Todos los crímenes internacionales deben estar sujetos al mismo régimen jurídico?

El desconcierto reflejado sobre la naturaleza y contenido de los concretos crímenes de Derecho internacional ha contagiado el ámbito material (*ratione materiae*) de aplicación del principio de jurisdicción universal, al superponer dentro del mismo título jurisdiccional o norma de atribución universal crímenes de diferente naturaleza. Esto conduce a determinar si todos los crímenes internacionales, tanto los de primer como de segundo grado, deben ser acogidos por el principio de universalidad y a qué régimen jurídico deben quedar sujetos.

En primer lugar, hay que determinar si es el título jurisdiccional universal, por sí mismo, lo que condiciona u otorga los requisitos, extensión y efectos del principio universal, o si es el crimen internacional, de acuerdo con su particular naturaleza jurídica, quien debe decidir el estatus jurídico para la persecución del crimen concreto que se trate.

La mezcla sustantiva de los diferentes delitos insertos en la ley que otorgue cobertura al catálogo de crímenes acogidos bajo el principio universal se traslada al ámbito adjetivo y orgánico, de tal suerte que a todos los crímenes internacionales, y por el mero hecho de ser incluidos bajo la persecución del principio universal, se les dispensa en los diferentes ordenamientos un idéntico tratamiento jurídico en su aplicación extraterritorial cuando, como hemos señalado, los delitos objeto de persecución, por el principio de universalidad, difieren en su naturaleza.

La tradicional ausencia de una tipificación y delimitación internacional de los elementos de los crímenes internacionales de primer grado hasta Nuremberg influyó en la extensión y ámbito del principio de jurisdicción universal. En los primeros momentos del ejercicio de esta justicia penal internacional se introdujeron en las legislaciones domésticas, como susceptibles de ser perseguidos al amparo de la justicia universal, los crímenes de segundo grado por su carácter transfronterizo.

La progresiva inclusión de los crímenes internacionales de primer grado en el Derecho internacional, y su incorporación al derecho interno, produjo como consecuencia que estos crímenes internacionales de primer grado fueran comprendidos en el ámbito de la persecución universal. Los Estados declaraban, desde la transposición a sus respectivas legislaciones internas, su compromiso de persecución judicial en el ejercicio del *ius puniendi*.

En España, por ejemplo, la sede procesal de los crímenes internacionales de primer grado fue la misma que la de los delitos de segundo grado, lo que, en principio, no tendría mayores consecuencias. En el mismo título de ejercicio jurisdiccional penal universal²⁴³ convivieron los crímenes internacionales de segundo grado (los primeros en ser recibidos y aplicados) con los crímenes internacionales de primer grado (los más modernos, al menos, en su tipificación tanto internacional como interna). Sin embargo, esta idéntica ubicación legislativa sistemática provocaba que fuera idéntico el régimen jurídico dispensado a esos crímenes internacionales. Fueran crímenes de segundo grado o fueran de primer grado, el trato jurisdiccional era igual; y los requisitos para su persecución en el derecho interno eran, y son, los mismos.²⁴⁴

Esta situación de disfunción y distorsión, al perturbar la distinta naturaleza de los crímenes, conduce al desconcierto o *error in substantia* sobre las diferentes obligaciones que, como he señalado, se derivan de los crímenes internacionales de primer grado respecto de los de segundo grado, en orden a su persecución internacional.

Dicho de otra forma, lo que debe condicionar el régimen jurídico para el ejercicio universal de los crímenes internacionales no es la pertenencia de éstos al catálogo de delitos perseguibles bajo este principio, sino su genuina naturaleza jurídica. El mero hecho de la incorporación de un delito al ámbito de la persecución universal no le confiere *eo ipso* la categoría de crimen internacional de primer grado o de segundo grado. Es la naturaleza del concreto crimen internacional, y no el título jurisdiccional, la que condiciona los requisitos, efectos y extensión del principio de jurisdicción universal.²⁴⁵ Por tanto, no todos los crímenes internacionales acogidos por el principio de jurisdicción universal tendrán el mismo tratamiento jurídico. Será la naturaleza del crimen la que, de acuerdo con su específico estatus, determine el régimen jurisdiccional aplicable.

²⁴³ En España, el título jurisdiccional universal se encuentra regulado en el art. 23.4 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, Ley Orgánica, 6/1985, del 1 de julio de 1985, en línea: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo6-1985.html> [LOPJ].

²⁴⁴ Con la única excepción del requisito establecido para los delitos relativos a la mutilación genital femenina, que, por la Ley Orgánica 3/2005, del 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, en línea: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo3-2005.html> de modificación de la LOPJ, exigió que el presunto responsable se encontrare en España. Sobre la actual regulación véase *infra* apartado 4.

²⁴⁵ El principio 1 de los Principios de Princeton en "The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, Princeton University, 2001, en línea: <http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf>, pp. 23-39, basa la definición de la jurisdicción universal en la naturaleza del delito: "A los efectos de estos Principios, la jurisdicción universal es la jurisdicción penal basada únicamente en la naturaleza del delito, sin referencia alguna a donde fue cometido, la nacionalidad del presunto autor, la nacionalidad de la víctima o cualquier otro tipo de conexión con el Estado que ejerce dicha jurisdicción". La denominada Resolución de Cracovia (Resolución *Justitia et Pace*, Institute of International Law, Krakow Session-2005, Seventeenth Commission, *Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes* en línea: <http://www.idi-iii.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_03_en.pdf>) refiriéndose al genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra define la jurisdicción universal en materia penal sin sujeción a vínculo de conexión alguno "como una base adicional de jurisdicción, significa la competencia de un Estado para perseguir presuntos delincuentes y para castigarles en caso de ser condenados, independientemente del lugar de comisión del delito y sin necesidad de vínculo alguno basado en la nacionalidad activa o pasiva, o en algún otro criterio de jurisdicción reconocido por la ley internacional".

En segundo lugar, y después de la afirmación que acabo de formular, para determinar la verdadera naturaleza del crimen en cuestión será necesario indagar en el Derecho internacional –y no sólo o no exclusivamente en el Derecho interno– la fuente de ese crimen internacional (consuetudinaria o convencional), para determinar su concreta naturaleza interna. Si el resultado de esa averiguación concluye en que es un crimen internacional de primer grado, el régimen jurídico aplicable sería el propio del principio de justicia universal puro o absoluto –es decir, sin sujeción a nexos de conexión– y subsidiariamente relativa; y, por el contrario, si se trata de un delito internacional de segundo grado, el régimen jurídico será limitado a la presencia de elementos de conexión y subsidiario.²⁴⁶

En esta labor indagatoria habrá que observar, al menos, para los crímenes internacionales de primer grado, el conjunto de fuentes del Derecho penal internacional sustantivo: el derecho convencional y también el derecho consuetudinario, obviando la influencia del Derecho penal interno que, como es sabido, de acuerdo con la vigencia del principio de legalidad clásico, al admitir sólo a la ley como fuente (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*), le provoca enorme desasosiego cuando la fuente internacional es convencional o consuetudinaria y no se ha transpuesto el tipo internacional a los ordenamientos internos o lo ha sido tardíamente respecto del momento de la comisión delictiva internacional.²⁴⁷

El derecho consuetudinario estableció la posibilidad de apelar a la jurisdicción universal para la persecución del delito de piratería y, en la actualidad, podemos mantener que también para el genocidio, crímenes de guerra, de lesa humanidad, tortura, esclavitud o trata de personas e incluso el apartheid. En este sentido, el Derecho internacional consuetudinario, siempre que las normas internas no lo prohibiesen expresamente, al formar parte del Derecho internacional, permitiría que la jurisdicción universal pudiera ejercitarse en relación con un crimen internacional de acuerdo con la costumbre, aunque se careciera de una disposición expresa sobre el título universal.

En tercer lugar, en esa exploración es inevitable verificar si las normas contenidas sobre este título jurisdiccional penal en los tratados internacionales respecto de crímenes internacionales previstos en esos instrumentos internacionales, contienen previsiones tanto sobre la aplicación del principio de universalidad como su relación al grado de vinculación exigido a las jurisdicciones internas para su aplicación doméstica. Una vez comprobado este estado en el Derecho internacional se podrá determinar, desde la necesaria confrontación entre la norma internacional y la nacional, si es acertada o desacertada la incorporación o no incorporación a las leyes nacionales de los delitos correspondientes para su persecución universal, y el régimen jurídico a seguir.

²⁴⁶ Sobre la concurrencia, subsidiariedad y subsidiariedad relativa en la jurisdicción universal en el caso español véase *infra* apartado 4, (El caso español).

²⁴⁷ Carlos Fernández Liesa, "La aplicabilidad de la costumbre en el Derecho penal español", en Josep Tamarit Sumalla, coord., *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*", Barcelona, Atelier, 2010, en línea: <<http://www.atelierlibros.es/ficha.asp?producto=54493>>, pp. 73-90; y Manuel Ollé Sesé, "El principio de legalidad en el Derecho penal internacional: su aplicación por los tribunales domésticos", en Carlos García Valdés et al., coords., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbermat*, Madrid, Edisofer Libros Jurídicos, 2008, pp. 559-582.

En cuarto lugar, es necesario igualmente profundizar sobre si el ejercicio universal por crímenes internacionales puede ser considerado o no un principio de Derecho consuetudinario internacional, porque es discutible que cada una de las fuentes internacionales consideradas de forma individual pueda fundamentar la práctica de la jurisdicción universal para crímenes internacionales, pero es indiscutible que desde la convergencia, concurso o suma de todas sus fuentes consideradas como un todo, no podamos concluir que, en el ámbito del Derecho internacional, la jurisdicción universal es aceptada, reconocida para determinados crímenes internacionales e incluso impuesta para la persecución de algunos crímenes internacionales de primer grado, como se comprueba especialmente en las legislaciones internas y en la práctica habitual de los tribunales domésticos.²⁴⁸ En definitiva, el efecto convergente de todas las fuentes del Derecho penal internacional y, especialmente, de las legislaciones internas y de la práctica habitual de los tribunales domésticos, conduce a la conclusión de que la jurisdicción universal, como mecanismo para garantizar el deber de incriminación para todos los crímenes internacionales, sean de primer o segundo grado, es, en el plano teórico, un principio del Derecho penal internacional.

En el terreno práctico del enjuiciamiento de los crímenes internacionales de primer grado, el principio universal se conjuga con la naturaleza de estos graves crímenes internacionales; de tal suerte que, a diferencia de los de segundo grado, su carácter *ius cogens*, reconocido en el Derecho internacional y en el Derecho penal internacional convencional o consuetudinario, y no sólo en el Derecho convencional, determina que estos crímenes internacionales de primer grado deban ser perseguidos por las jurisdicciones domésticas.²⁴⁹

En este punto es conveniente resaltar que, más allá de la jurisdicción universal legislativa prevista en una norma interna, la jurisdicción universal basada en el Derecho internacional permitiría, al menos, desde el plano teórico, su ejercicio sin necesidad de hacerlo mediante la norma de atribución interna. Si el correspondiente tratado o norma consuetudinaria ofrece, pero no impone, a la ley doméstica la posibilidad de incluir ese crimen bajo la persecución universal, se debería incluir dados los efectos propios de la naturaleza de ese crimen: naturaleza *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*. Nada impediría que, al amparo de la norma internacional, que no prohíbe su persecución al tratarse de un crimen *ius cogens* y, por tanto, de obligada persecución, se ampliara la ley interna para permitir el ejercicio jurisdiccional doméstico.

Por lo que acabo de exponer, todos los crímenes de primer grado, en atención a su carácter de *ius cogens* y las obligaciones que fluyen de ese estatus, deberían ser acogidos por el principio de jurisdicción universal. Los de segundo grado, en orden a su persecución cosmopolita, dependerán de las exigencias de las disposiciones internacionales.

²⁴⁸ Véase Bassiouni, "Universal Jurisdiction", *supra* nota 237, p.56, quien sostiene, en el mismo sentido, que es *el efecto acumulativo o acumulación de fuentes del derecho internacional*, la que permite el reconocimiento de la jurisdicción universal.

²⁴⁹ Kenneth C. Randall, "Universal jurisdiction under International Law" *Texas Law Review* no. 66 (1988), pp. 785-841 citado por María Dolores Bollo Arocena, "Derecho internacional penal, estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión", Bilbao, Universidad del País Vasco, 2004, p.371, también es de la opinión que el principio de justicia universal ha sido consuetudinariamente admitido: "the obligation to define and punish certain offenses represents a transformation of the universality principle under customary law, in which the exercise of jurisdiction is permissive".

4. El caso español: la Ley Orgánica 1/2009

La Ley Orgánica 1/2009, del 3 de noviembre,²⁵⁰ aprobó la modificación de los apartados 4 y 5 del art. 23 LOPJ. El texto en el apartado 4 pretende limitar en España el ejercicio de la jurisdicción universal. Esta pretensión del legislador no es nueva, ya que la Ley 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional (art.7) fue el preludeo a este esfuerzo de restringir el principio universal.²⁵¹

El nuevo articulado introduce, básicamente, cuatro modificaciones:

I. añade al catálogo de delitos sujetos al principio universal el de lesa humanidad y suprime el de falsificación de moneda;

II. exige “sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales” acreditar para el ejercicio jurisdiccional universal que “los presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España;

III. supedita “en todo caso” la acción penal en España a “que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha[ya] iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles”; y

IV. determina que “[e]l proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados” en otro país competente o en un Tribunal internacional.

Dentro del marco en el que se circunscribe este trabajo, trato, al menos, de apuntar las cuestiones jurídicas más relevantes que me suscita esta reforma, en la que salta a primera vista “las prisas” del legislador; lo que provoca sabrosas elucubraciones al respecto, tal vez más de orden político que jurídico. Parece ser, a la luz de las noticias reveladas por los medios de comunicación,²⁵² que las presiones diplomáticas provenientes de China, Israel y Estados Unidos habrían sido desencadenantes de la veloz reforma. Los casos *Tibet y Falun Gong* (China); *Gaza* (Israel) y *Couso y Guantánamo* (Estados Unidos) provocaron la irritante reacción y ofensiva externa diplomática contra el art. 23.4 LOPJ, que, en esta ocasión, a diferencia de otras, sí surtió efectos.²⁵³

Tampoco son de recibo otras razones ofrecidas para alcanzar esta limitación como la carga de trabajo que supone la instrucción de estas causas, las dificultades probatorias, o los criterios globales de eficiencia. Sólo 0.035% de los procedimientos que se instruyen y juzgan en la Audiencia Nacional corresponden a los casos que aquí nos ocupan, y, en general, gran parte del impulso procesal de las mismas proviene de las acusaciones populares y particulares. La práctica de la prueba –a pesar de las distancias con el lugar de comisión de los hechos– gracias a las nuevas tecnologías (por ejemplo la videoconferencia) y a los medios de comunicación y de transporte personal y material, no ofrece problemas añadidos. Y la eficiencia de las causas, más allá de que finalmente culminen o no con el enjuiciamiento de los imputados o procesados, se manifiesta en el propio avance de la instrucción de los procedimientos y en las consecuencias externas que produce en los lugares de comisión, además del consustancial efecto preventivo de estos procedimientos.²⁵⁴

²⁵⁰ Ley Orgánica 1/2009, del 3 de noviembre, Complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985m de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE, núm. 266, del 4 de noviembre, en línea: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-17492>>.

²⁵¹ Sobre la evolución de la jurisdicción universal en España véase Manuel Ollé Sesé, “El principio de justicia universal en España: del caso Pinochet a la situación actual” en Tamarit, *supra* nota 246, p. 236.

²⁵² Por ejemplo véase El País, del 7 de mayo de 2009, en línea: <<http://elpais.com/diario/2009/05/07/opinion/>>. También sobre las tensiones entre el sistema político y el sistema judicial véase Vidal Martín, “La Justicia Universal: La nueva dimensión de la Justicia Transicional”, en FRIDE, *Informe de Proyecto*, febrero 2010, pp. 9-15; y Javier Roldán Barbero, “La política exterior española en materia de derechos humanos” en Consuelo Ramón Chornet, coord., *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 273-278.

²⁵³ Una síntesis del estado actual de los casos seguidos en España por Justicia Universal puede verse en Manuel Ollé Sesé, “Summary of the Universal Jurisdiction Reform in Spain”, *Newsletter [EU Update on international crimes, Especial Issue on Spain, Redress and FIDH (International Federation for Human Rights)]*, Issue 8 (November 2010) en línea: <http://www.fidh.org/IMG/pdf/EU_Newsletter_Nov_2010.pdf>, pp. 5-7.

²⁵⁴ Sobre los efectos de la jurisdicción universal véase Ollé Sesé, “Justicia Universal”, *supra* nota 224, pp. 257-265.

El vehículo legislativo escogido para su modificación fue precipitado y ayuno de rigor.²⁵⁵ La enmienda que dio origen a esta norma se incorporó al Proyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Oficina Judicial, sustrayéndola al necesario debate que exigía la trascendencia de la reforma y de una ley orgánica. Tampoco parece muy acertado que se metiera en el mismo *saco* legislativo la justicia universal con los señalamientos judiciales, la fe pública, los ascensos forzosos y las vacaciones de los magistrados, el marco orgánico de los nuevos jueces de adscripción territorial y los depósitos para recurrir.

El texto de la modificación corresponde con un equivocado análisis del principio universal desde el Derecho interno, cuando el enfoque necesariamente debe efectuarse desde el Derecho internacional.

El legislador, en primer lugar, confunde, de acuerdo con la posición mantenida en este trabajo, la diferente naturaleza de los delitos internacionales que incluye bajo el principio universal. Esta confusión entre las dos clases de crímenes conduce a ignorar tanto las obligaciones diferentes que genera de cada una de estas categorías de crímenes, como los requisitos exigidos en orden a su persecución penal internacional, otorgándoles erróneamente el mismo trato jurisdiccional.

La reforma, en segundo lugar, pretende fulminar el carácter absoluto o puro de la jurisdicción universal. Su ejercicio quedaría supeditado a la existencia de cualquiera de los tres siguientes puntos de conexión con nuestro país: presencia en España de los presuntos responsables, existencia de víctimas españolas u otro vínculo de conexión relevante con España. De este modo, la reforma hace suya la tesis mayoritaria de la STS 327/2003 (caso *Guatemala*) en contra de la STC 237/2005 que anulaba la anterior del Tribunal Supremo. La doctrina de esta última sentencia del Tribunal Constitucional, acogiendo el principio de jurisdicción universal pura y concurrente, fue reiterada posteriormente en la aludida STC 227/2007 (caso *Falun Gong*).

²⁵⁵ La lectura de los diarios de sesiones de los debates parlamentarios, tanto en el congreso –Congreso de los Diputados, Diario de Sesiones, IX Legislatura, núm. 95, año 2009, 25 de octubre y Diario núm. 113, del Pleno, Sesión Plenaria núm. 105, del 15 de octubre de 2009 – como del Senado– Senado, Diario de Sesiones, IX Legislatura, núm. 54, año 2009, 7 de octubre –destila, además de evidenciar la acogida de la modificación por parte de la práctica totalidad de diputados y senadores, el deterioro del debate parlamentario en una cuestión de esta importancia.

Esta nueva vinculación con nexos legitimantes españoles es contraria al Derecho internacional y a la propia evolución del Derecho interno español. Respecto de éste, nuestro legislador, desde la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, extendía la jurisdicción española a la protección de intereses supranacionales con la única limitación de que los presuntos responsables no hubieren sido juzgados en el extranjero, aun cuando éstos tuvieran que ser extraditados (arts. 336 a 340). La actual LOPJ supeditó el ejercicio jurisdiccional universal exclusivamente a la naturaleza del delito y a la inexistencia de cosa juzgada. Se puede afirmar que “lo español” para nuestra ley siempre ha sido irrelevante.

Por lo que se refiere al Derecho internacional convencional y consuetudinario, y sin perjuicio de la polémica doctrinal al respecto, en palabras de la citada STC 237/2005 “resulta discutible que tal [existencia de vínculos] sea la regla en la costumbre internacional”. En efecto, muchos tratados de los que traen causa los crímenes incorporados al art. 23.4 LOPJ además de imponer el ejercicio universal, no exigen, de acuerdo con la extrema gravedad de esos crímenes, vínculo alguno de conexión con el lugar de enjuiciamiento; por lo que las legislaciones internas no pueden exigir esos nexos nacionales en contra del Derecho internacional.

No obstante, la práctica estatal comparada es dispar. Algunos Estados demandan para el ejercicio universal la presencia del presunto responsable en su territorio (Brasil, Holanda, Canadá, Francia, Costa Rica, por citar algunos); mientras que otros no supeditan para concretos crímenes internacionales vínculo nacional alguno (Alemania, Dinamarca, Australia o Bulgaria), aunque puedan añadir otras exigencias procesales.²⁵⁶

²⁵⁶ Sobre la práctica de los diferentes Estados véase Ollé Sesé, “Justicia Universal”, *supra* nota 224, pp.448-462.

En relación con los puntos de conexión, expreso tres últimas precisiones. La primera, dado el propio tenor literal de la reforma: no será necesario la concurrencia de los vínculos nacionales, cuando, en relación con el delito concreto de que se trate, un tratado suscrito por España (“sin perjuicio”) “pued[a] disponer” lo contrario. La redacción, salvando su ambigüedad, confirma el margen de arbitrio judicial en su interpretación, porque diversos tratados, como los mencionados Convenios de Ginebra, no reclaman conexión alguna. La segunda, la exigencia de víctimas españolas, se convierte en una suerte de principio de personalidad pasiva inexistente en la ley española. Y la tercera, la concurrencia de un “vínculo de conexión relevante con España”, destila, a modo de cajón de sastre, indeterminación, lo que puede provocar importantes disfunciones en la aplicación de la Ley. En consecuencia, es la naturaleza del delito el único punto de conexión que determina el carácter de la jurisdicción universal.

Las claves de la modificación legislativa se pueden reducir a dos, de tal suerte que los tribunales españoles tendrán jurisdicción universal para el enjuiciamiento de los delitos que he señalado:

I. cuando concurra cualquiera de los tres puntos de conexión, o aun no concurriendo ninguno de ellos, si los hechos cometidos son constitutivos de un delito que, de acuerdo con el tratado o convenio internacional del que traigan causa, imponga la obligación de su persecución (por ejemplo, IV Convención de Ginebra, artículo 146); y

II. *en todo caso*, si los hechos denunciados no están siendo investigados de forma efectiva por un tribunal internacional o por el de otro país competente.

La reforma, en contra de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional de España (SSTC 237/2005, 227/2007 21/1997, 87/2000 ó 102/2000), introduce el carácter subsidiario de la justicia universal en detrimento del de concurrencia. Una vez constatada la presencia del vínculo nacional, sólo se ejercerá el título universal en España si en “otro país competente” o en un “Tribunal internacional” no existe un procedimiento por los mismos hechos “efectivo”.

Es evidente que, en caso de litispendencia entre dos tribunales de diferentes países o de uno de éstos con un Tribunal internacional, debe existir un criterio de prioridad para evitar el *bis in idem*. No existe una regla expresa para solventar ese eventual conflicto positivo jurisdiccional, sin embargo, en el Derecho internacional late como preferente, y por este orden, la del país donde se cometieron los hechos o la del que son nacionales su autor y víctima, la de los tribunales supranacionales y, en último término, la de los tribunales internos en aplicación del principio de justicia universal.²⁵⁷

La experiencia demuestra que en los países donde se han cometido crímenes internacionales de primer grado, investidos de un alto porcentaje de componente político, o bien se dictan leyes de impunidad (amnistías o indultos) o se aparenta una investigación judicial, llegando, incluso, a alcanzar la cosa juzgada, pero fraudulenta o devaluada, con la única y exclusiva voluntad de perpetuar la impunidad de los autores de tan horrendos crímenes y así sustraerlos, bajo el pretexto del *non bis in idem*, de cualquier acción judicial externa o supranacional. Desde esta perspectiva, el calificativo “efectivo” –y a pesar de las dificultades propias para su evaluación y de a quién corresponde la carga de esa prueba– deberá, como mínimo, conjugarse con estos criterios y utilizar, por ejemplo, como test para verificar si hay o no verdadera voluntad de actuar en un caso concreto, los estándares que señala el art. 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La Ley concluye ordenando a los jueces españoles que sobresean provisionalmente el procedimiento cuando “quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados” en un tribunal competente o internacional. De nuevo fluye la crítica. Bastaría, de acuerdo con la novedosa modificación, con la interposición de una mera denuncia en el país donde cometieron los hechos para decretar el sobreseimiento en España y sufrir un periodo indeterminado hasta calificar si esa acción penal nacida de la denuncia es aparente o efectiva.

²⁵⁷ Sobre conflictos jurisdiccionales en materia de jurisdicción universal véase *Ibid.*, pp.393-416.

Tampoco, en este particular, es acertada la reforma legal. La prioridad del *locus delicti* no puede entenderse en términos absolutos. Tomando como criterio rector el principio *pro actione* y el interés de la justicia, no debe jugar esa prioridad cuando –evaluados conjuntamente todos los factores fácticos y jurídicos del caso– se constate que la incoación del procedimiento judicial en el lugar de comisión obedece a una voluntad fraudulenta y contraria a los intereses de la justicia. Como igualmente no se debe ceder la jurisdicción cuando la litispendencia sea tardíamente sobrevenida; es decir, cuando en el Estado territorial de comisión –y aun verificado un ejercicio jurisdiccional eficaz– se inicien acciones judiciales con posterioridad al procedimiento español, y éstas se encuentren en un estado procesal avanzado y sólido. Sería contrario tanto a los derechos del justiciable como a los de las víctimas (tutela judicial efectiva y proceso justo sin dilaciones indebidas) que, por ejemplo, se produjera ese sobreseimiento en España cuando la instrucción estuviera concluida y, en ese momento, se iniciara el procedimiento en el país de ejecución de los hechos.

Lo único aceptable de la reforma es la incorporación de forma expresa al catálogo de delitos sujetos al principio cosmopolita de los delitos de lesa humanidad. Así se zanja el debate sobre si este delito gozaba o no del título universal a propósito de la anterior cláusula del art. 23.4 i) LOPJ que incluía como delitos perseguibles bajo la jurisdicción universal a cualquier otro que “según los tratados o convenios internacionales deba ser perseguido en España”²⁵⁸. Recordemos que el delito de lesa humanidad, salvo su inclusión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional o en los de los tribunales *ad hoc* y en los de los mixtos, nunca fue objeto del Derecho internacional escrito. Sin embargo, no se alcanza a comprender por qué los crímenes de guerra y de tortura no han corrido la misma suerte de expresa incorporación al inventario del art. 23.4 LOPJ. La única explicación posible es que tanto los crímenes de guerra como los de tortura se entienden comprendidos dentro de la nueva cláusula abierta del apartado h) del art. 23.4 LOPJ que determina, después de enumerar los diferentes delitos, que la jurisdicción española será competente también para aquellos otros “que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España”²⁵⁹.

La reforma, por tanto, es contraria al Derecho internacional. Si toda la comunidad internacional se ha comprometido a perseguir los crímenes más aberrantes y que vulneran los Derechos Humanos ¿por qué muchos Estados no juzgan a sus grandes criminales o no firman o no aceptan la competencia de la Corte Penal Internacional? Ante este escenario judicial –incluidas las propias limitaciones de este último tribunal que carece en la actualidad de la efectividad y eficacia deseada– el principio de justicia universal puro, por lo menos para los crímenes internacionales de primer grado, es el único instrumento válido para combatir esa intolerable impunidad.

La restricción al principio de jurisdicción universal que no se pudo conseguir en vía judicial, ahora se pretende por vía legislativa. La aplicación del texto que acaba de ver la luz, toda vez que supedita la exigencia de los requisitos limitativos que impone a los postulados del Derecho internacional, no debe cambiar el actual panorama judicial, pero son los jueces quienes, en la interpretación de la modificación normativa, tienen la última palabra.

²⁵⁸ Sobre esta polémica véase *Ibid.*, pp. 214-219.

²⁵⁹ Subrayado añadido por el autor.

5.

El caso de genocidio ante la audiencia nacional española: su impacto en Guatemala y avances

Almudena Bernabeu

*Abogada Internacional y Directora del Programa de Justicia
Transicional del Centro de Justicia y Responsabilidad,*

www.cja.org

1. Introducción

En noviembre de 2006, un tribunal de primera instancia de la Ciudad de Guatemala ordenó la captura del ex Presidente Óscar Mejía Víctores, el ex Ministro de la Defensa Aníbal Guevara, el ex jefe de la Policía Germán Chupina, y el ex jefe de la sección de detectives de la Policía Nacional Pedro Arredondo, todos ellos acusados de genocidio, tortura, desapariciones forzadas, detenciones arbitrarias y terrorismo de Estado. Los procesados habían concebido y ejecutado una estrategia contrainsurgente represiva que terminó en la muerte de cientos de miles de guatemaltecos –la mayoría de origen maya– y la destrucción completa de más de cuatrocientas aldeas. Aunque la orden de arresto fue ejecutada por un tribunal guatemalteco, ésta se originó de manos de un juez instructor español, Santiago Pedraz del Juzgado Central de Instrucción Núm. 1 de la Audiencia Nacional.²⁶⁰ El juez Pedraz emitió las órdenes en julio de 2006, acompañadas de solicitudes formales de extradición, y basó su jurisdicción sobre los acusados por delitos cometidos en Guatemala en el artículo 23.4 de LOPJ,²⁶¹ que autoriza a los tribunales españoles el ejercicio de la jurisdicción universal respecto de crímenes internacionales.

Dos de los imputados desaparecieron y los otros dos fueron recluidos en un hospital militar. Ésta es la primera vez que altos mandos de las fuerzas de seguridad en Guatemala se han visto afectados por una acción legal en relación con los crímenes cometidos durante el conflicto armado interno que azotó Guatemala durante años, produciendo el mayor número de víctimas entre 1978 y 1985, y uno de los pocos procesos existentes contra militares de ese país. Después de más de un año de detención, los imputados fueron liberados cuando la Corte de Constitucionalidad guatemalteca decidió, el 12 de diciembre de 2007, que los tribunales de ese país no

debían cumplir con órdenes de arresto emanadas de la autoridad española.²⁶² El tribunal decidió que los tribunales españoles no constituían una “autoridad competente” porque no tenían jurisdicción sobre hechos acaecidos en Guatemala. Rechazó el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de España como una afrenta a la soberanía guatemalteca, y decidió que los delitos imputados están relacionados con delitos políticos, y por lo tanto no objeto de extradición. Añadió, además, que la participación española en el proceso de paz de Contadora en los años ochenta implicaba que el gobierno español era parte de los acuerdos, firmados por la guerrilla y el gobierno de Guatemala, de no dotar de efectos judiciales el informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico lo cual, según la Corte de Constitucionalidad, es inconsistente con el enjuiciamiento de crímenes y personas en relación con el conflicto armado interno.

Tanto la década de los noventa como el inicio del siglo XXI, se caracterizan por una renovada atención al problema de la impunidad, entendida ésta como obstáculo para una consolidación democrática después de un periodo de represión o de conflicto armado interno. Este interés se manifiesta en la proliferación en muchos países de mecanismos de “justicia transicional”, tales como comisiones de la verdad o programas de reparación a las víctimas, y se caracteriza por la creación y consolidación de instituciones de aplicación del derecho penal internacional. Empezando a principio de los años noventa con la creación de los tribunales internacionales *ad hoc* de la antigua Yugoslavia y de Ruanda, se ha enjuiciado por estas instituciones a docenas de individuos por violaciones del derecho penal internacional de los derechos humanos, incluyendo jefes de estado y dirigentes militares y políticos. Estos tribunales han creado jurisprudencia, han inhabilitado criminales y han establecido normas de justicia importantes.

²⁶⁰ Ministerio de Justicia, Juzgado Central de Instrucción Núm. 1, Audiencia Nacional, Diligencias Previas 331/1999-10, el 7 de julio de 2006.

²⁶¹ *Supra* nota 42.

²⁶² Corte de Constitucionalidad (Guatemala), Expediente 3380-2007, sentencia del 12 de diciembre de 2007, Audiencia Nacional de España, en línea: <www.cc.gob.gt/index.2.html>.

Con el tiempo, sin embargo, se ha criticado la actuación de estas instancias internacionales, principalmente por la poca o nula injerencia e incidencia del trabajo de esos tribunales en las sociedades supuestamente beneficiarias de su actuación. Por ejemplo, las decisiones de ambos tribunales eran desconocidas en los Balkanes y en Ruanda, y se generó en esas sociedades el sentimiento de que lo que acontecía en La Haya o en Arusha estaba muy lejos de las realidades nacionales.²⁶³ También se criticó la falta de relación real y formal de los tribunales internacionales con los tribunales del país, abogados locales y otros agentes de justicia nacionales con el fin de incidir estructuralmente, y quizá dejar un legado que perdure más allá del plazo de existencia de estos esfuerzos internacionales. Se criticó el costo elevado de los tribunales dado el número limitado de condenas, y comparándolo con las enormes necesidades de los sistemas nacionales de administración de la justicia.

Esta crítica ocasionó varias respuestas. Por un lado, los Tribunales *ad hoc*, en su proceso de cierre, han empezado a desarrollar una relación más o menos cooperativa con los tribunales locales de los respectivos países. Como consecuencia de la existencia de estos tribunales se generó la Corte Penal Internacional (CPI) y por otro lado se establecieron varios tribunales conocidos como híbridos, cuya composición y naturaleza se basó en la combinación de lo internacional con lo nacional, tanto respecto de su fundamento legal como del personal que los componía; entre estos tribunales se encuentran los de Sierra Leona, Camboya, Kosovo y Timor del Este.

En ambos casos la preocupación no es sólo enjuiciar y condenar a individuos. Es públicamente reconocido que los tribunales internacionales no pueden enjuiciar a más de un número reducido de personas, que debieran ser en las palabras del Estatuto del Tribunal de Sierra Leona “quienes tienen la mayor responsabilidad por los crímenes cometidos”.²⁶⁴ El Estatuto de Roma,²⁶⁵ que funda la CPI, parte de la premisa de que este tribunal es complementario a la justicia nacional y, según el artículo 17 de dicho Estatuto, sólo debe actuar cuando los tribunales nacionales no pueden o no quieren hacerlo. Es decir, la CPI sirve, además, de respaldo y aliciente para que las autoridades nacionales actúen. La CPI ha procurado mantener una relación profesional estrecha con las autoridades locales mediante su Unidad de Complementariedad. Según esta lógica, podría ser que la CPI tuviera su mayor éxito no tanto en llevar adelante casos, sino en no tener la necesidad de hacerlo, cuando llegue el momento en que todos y cada uno de los países acabe con la impunidad y pongan sus tribunales nacionales a enjuiciar los delitos más graves cometidos en su jurisdicción.

Los tribunales híbridos, como el de Sierra Leona, se plantean una inserción parecida con la combinación de personal (jueces, abogados y otros profesionales) nacional e internacional, de fuentes nacionales e internacionales del Derecho, y de una atención al desarrollo de la capacidad interna para llevar casos de Derecho penal internacional más allá del mandato temporal limitado del mismo tribunal. Así por ejemplo, en Sierra Leona el Tribunal Especial ha dado cursos para abogados y estudiantes de Derecho, y ha tenido un programa de divulgación y difusión de sus actuaciones mucho más amplio que cualquier tribunal anterior. El presupuesto de estos tribunales ha sido menor que el de los tribunales *ad hoc* cubierto por el gobierno nacional y por la cooperación internacional. Sin embargo, el objetivo es el mismo que el perseguido por la CPI y por la estrategia de conclusión de los tribunales *ad hoc*: lograr que el sistema nacional de justicia camine respetando estándares internacionales mínimos y sea, una vez reforzado, el principal responsable en el combate contra la impunidad.

²⁶³ Véase Eric Stover y Harvey M. Weinstein, “My Neighbor, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity”, Cambridge University Press, 2004.

²⁶⁴ Estatuto del Tribunal Especial por Sierra Leona (en inglés), en línea: <<http://www.scsf.org/LinkClick.aspx?fileticket=uClnd1MJeEw%3d&tabid=176>>, art. 1.

²⁶⁵ *Supra* nota 125.

A pesar del objetivo común, este propósito no ha tenido en los sistemas nacionales hasta ahora la incidencia esperada. Incluso habiendo superado parcialmente el problema de colaboración e incidencia substantiva en las instancias nacionales por parte de las experiencias internacionales, surge la necesidad, poco explorada, de completar la persecución efectiva de crímenes internacionales a partir de la aplicación de la ley penal internacional, con una evolución hacia un Derecho procesal penal también internacional, que debería estar necesariamente impregnado de diferentes sistemas y experiencias jurídicas, y amparado por esos estándares internacionales mínimos.

Esa certeza la vislumbra ya el Estatuto de Roma cuando establece los parámetros de enjuiciamiento para la CPI, los cuales combinan una tradición jurídica anglosajona y una continental, eminentemente de tradición francesa o napoleónica. De la lectura del tratado se entresaca tal reconciliación, pero no se articula ni materializa como ésta debería producirse, bajo qué parámetros, y quién es, en última instancia, el garante de dicha realidad procesal híbrida.

La justicia transnacional ejercida desde los tribunales nacionales está llamada a completar ese vacío y a desarrollar esa experiencia. La justicia transnacional, entendiendo por tal la que se persigue mediante acciones legales o procesos en tribunales nacionales por crímenes internacionales al amparo de las provisiones que los ordenamientos jurídicos nacionales contienen para ello, para ser efectiva debe implicar y combinar el derecho internacional penal sustantivo y el de las legislaciones nacionales, y todo ello apoyándose en un marco procesal penal interno procurado por dichas jurisdicciones “foro” o sede de estos esfuerzos de justicia.

Desde esta perspectiva, la justicia transnacional permite combinar con éxito todos los sistemas y reglas de aquellas jurisdicciones implicadas y en la medida en que fuese necesario para el desarrollo del proceso. Es decir, los procesos transnacionales no sólo buscan castigar a los responsables de estos crímenes sino disuadir, reparar, educar y con ello transformar a las sociedades y a sus individuos, y por ello el acceso a dichos procesos no puede verse limitado por falta de flexibilización del marco procesal en el que se desarrolla. Sin violar el principio de legalidad ni las protecciones básicas, una apertura destinada a incorporar prácticas y experiencias procesales de diferentes jurisdicciones con sistemas jurídicos no sólo afines sino también respecto de marcos y experiencias procesales distintas, es fundamental para la efectividad del ejercicio de la justicia transnacional internacional, el respeto a los derechos humanos y la protección a las víctimas.

Esta fue la estrategia, desde el principio, y el caso de Guatemala frente a la Audiencia Nacional materializa este supuesto destinado a “hibridizar” los procesos nacionales a través de la combinación de casos en los tribunales locales y en los tribunales nacionales de terceros países al amparo de la jurisdicción universal. En este caso ante la Audiencia Nacional hay denuncias contra el alto mando militar mientras que en los casos abiertos y pendientes ante los tribunales de Guatemala y Bélgica²⁶⁶, las hay contra mandos medios. Los representantes de las víctimas, tanto en los procesos nacionales como en el caso internacional, han diseñado una estrategia legal que incluye la presión desde adentro y la que se pueda ejercer fuera de Guatemala, de manera simultánea, presionando al Ministerio Público guatemalteco a que investigue los múltiples hechos denunciados, y apoyando la investigación de la Audiencia Nacional sobre genocidio, tortura,

²⁶⁶ El caso belga denuncia el asesinato o desaparición forzada de dos sacerdotes belgas, Serge Berten y Walter Voordeckers. Está bajo investigación frente a los tribunales belgas desde 2001.

desapariciones forzadas y otros delitos internacionales. La iniciativa de la acusación particular y los intentos del Juez Pedraz de la Audiencia Nacional para conseguir testimonio y extraditar a los imputados, han tenido como consecuencia una toma de consideración del tema por parte de los tribunales, incluyendo decisiones importantes, aunque no siempre alentadoras, sobre derecho internacional. Este esfuerzo híbrido ha generado a su vez discusiones jurídicas y políticas sobre el tema, tanto en Guatemala como internacionalmente, ha materializado la formación de abogados locales en Derecho penal internacional, y ha hecho posible la entrega paulatina de documentos pertenecientes a archivos militares que hasta el momento no habían sido entregados, aun cuando habían sido pedidos formalmente en los procesos nacionales.

La envergadura de las violaciones de derechos humanos en Guatemala desde 1960 a 1995 es alarmante. De acuerdo con el informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, murieron 200 mil personas, 40 mil fueron víctimas de desaparición forzada y más de 400 aldeas fueron completamente eliminadas.²⁶⁷ Millones fueron desplazados y en varias zonas los habitantes fueron concentrados en «aldeas modelo» bajo estricto control militar. Las Fuerzas Armadas, convencidas de que la población apoyaba una guerrilla de izquierdas, e inculcada en el racismo, el miedo y la discriminación contra la población indígena, se dedicó a eliminar a todos los habitantes del campo, sobre todo en la zona occidental, que no aceptaban el control absoluto del ejército.

En el contexto del caso internacional ante el tribunal español, varios peritos y expertos han explicado detalladamente al juez durante su testimonio cómo el pasado de desprecio y discriminación, el miedo de la minoría ladina (no indígena) a la venganza india y las derrotas iniciales del ejército establecieron el dolo necesario para sustentar un procesamiento por genocidio. Este dolo se refleja también en los planes militares y en los patrones repetidos de muerte y destrucción que no podrían representar sino más que un plan concebido desde las altas esferas. Así, mientras que el motivo de las acciones militares podría haber sido la contrainsurgencia, el intento fue sin duda el de destruir al grupo maya en parte y como tal.

A pesar de la amplitud de los crímenes, hasta hace apenas ocho meses las autoridades guatemaltecas han hecho poco o nada para investigar y castigar a los culpables. La impunidad ha sido casi absoluta; una Ley de Reconciliación Nacional de 1996,²⁶⁸ por ejemplo, ofrece amnistía a los combatientes aunque excluye de su ámbito de aplicación los crímenes de genocidio, la tortura, las desapariciones forzadas y cualquier otro delito considerado así por el Derecho internacional. Salvo vagas excepciones, no ha habido ninguna investigación a fondo en Guatemala de la estructura de mando militar y su responsabilidad por los crímenes cometidos durante el conflicto. Un esfuerzo liderado por la organización no gubernamental CALDH, impulsó una querrela por genocidio que conllevó una actividad mínima por parte del Ministerio Público en el año 2001 y un estancamiento casi pleno de las actuaciones hasta el pasado año.

En 1999 la Premio Nobel de la Paz Rigoberta Menchú decidió llevar a España su querrela con el fin de que la Audiencia Nacional investigara el incendio de la Embajada de España en Guatemala en 1980, en el que fallecieron treinta y cinco personas entre las que se encontraba su padre. La querrela también exigía la investigación del asesinato de cuatro sacerdotes españoles, y de varias masacres y desapariciones forzadas acontecidas en los años del conflicto. La querrela se amparaba en el artículo 23.4 de la LOPJ²⁶⁹ el cual permite la investigación y enjuiciamiento en España de crímenes internacionales como el genocidio, el terrorismo, la tortura y cualquier otro recogido en tratados y normas internacionales suscritos por el Estado español. Esta querrela se sustentaba en la misma base jurisdiccional en la que se sustentaron las querrelas contra la cúpula militar argentina y contra el dictador Augusto Pinochet. La querrela fue admitida a trámite por el Juez titular del Juzgado Central de Instrucción Número 1 en aquel momento, Guillermo Ruíz Polanco, el 27 de marzo de 2000.

²⁶⁷ *Memoria del Silencio*, supra nota 184.

²⁶⁸ *Supra* nota 177.

²⁶⁹ *Supra* nota 242.

La Fiscalía recurrió la admisión y planteó la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer este tipo de querellas ante el pleno de la Audiencia Nacional. El pleno decidió que no había jurisdicción al no haberse demostrado claramente la imposibilidad de llevar el caso con éxito ante los tribunales guatemaltecos. Esta decisión, a su vez, fue apelada por las acusaciones particulares y populares ante el Tribunal Supremo. El 25 de febrero de 2003, el Tribunal Supremo, por un voto de diferencia, decidió que no había jurisdicción, pero sobre la base de un razonamiento distinto.²⁷⁰ La mayoría planteó que independientemente del tenor literal de la LOPJ, en casos donde el ejercicio de la competencia no es requerido por algún tratado o por Naciones Unidas, el Derecho internacional general requiere algún vínculo entre el caso y el foro judicial, ya sea por medio de la nacionalidad de los acusados, de los querellantes o de los intereses nacionales de dicho estado presuntamente competente. Por lo tanto, sólo se puede afirmar la competencia en aquellos casos –se sintetizó– donde las víctimas son de nacionalidad española. En el caso concreto de la querrela de Guatemala, esto implicaba que la investigación debía reducirse a la quema de la Embajada y el asesinato de los sacerdotes españoles.

Los querellantes recurrieron ante el Tribunal Constitucional, alegando que la decisión del Tribunal Supremo violaba su derecho a la tutela judicial efectiva y acceso a los tribunales, recogido en el artículo 24 de la Constitución española. El 26 de septiembre de 2005, el Tribunal Constitucional afirmó la existencia de competencia del Tribunal español para conocer de los crímenes ocurridos en Guatemala, independientemente de la nacionalidad de las víctimas querellantes. El Tribunal partió del artículo 23.4 de la LOPJ y de la intención del legislador, y estableció que el texto legal sólo contiene una limitación a la competencia: que el acusado haya sido condenado, absuelto o indultado en otro tribunal. Dicho precepto no jerarquiza las jurisdicciones, y por ello la interpretación del Tribunal Supremo –continúa el alto tribunal– sería demasiado restrictiva teniendo en cuenta la gravedad de los crímenes internacionales denunciados. El Tribunal Constitucional decidió que el único requisito era efectivamente que el delito fuera universal; no era necesario ningún otro. Consecuentemente, el Tribunal ordenó reabrir la investigación en su totalidad.

Con esta decisión, el caso entró en una nueva etapa. El siguiente paso era tomar declaración a los imputados. El juez de la Audiencia Nacional, ahora Santiago Pedraz, viajó a Guatemala para cumplir una comisión rogatoria ya arreglada por la cooperación judicial. Sin embargo, al llegar se encontró con un recurso de amparo interpuesto por los imputados, que le impedía tomarles declaración. El viaje no fue en vano, porque el juez logró reunirse informalmente con el grupo de sobrevivientes que habían tratado de entablar una investigación local, y oír algunas de sus historias. Cuando regresó a España, el 7 de julio de 2006, emitió órdenes de arresto internacionales contra los siete imputados por genocidio, terrorismo, tortura y otros delitos. A los pocos meses emitió, además, solicitudes formales de extradición, basadas en el Tratado de Extradición de 1895 entre ambos países.

Las órdenes de arresto sólo se harían efectivas, estando los imputados en Guatemala, si un tribunal guatemalteco las ejecutaba. Dada la debilidad de los tribunales guatemaltecos, las amenazas contra jueces y abogados, y los rumores insistentes sobre corrupción judicial, esto se presentaba como algo un poco problemático. A principios de noviembre de 2006, el Tribunal Quinto Penal de Narcotráfico y Delitos contra el Medioambiente (tribunal de primera instancia) emitió órdenes de arresto para cuatro de los siete imputados. Éstos respondieron de manera distinta: uno huyó, uno se encerró en su casa, uno se entregó, y otro ya estaba en un hospital militar y quedó bajo custodia; sin embargo, todos coincidieron en emplear abogados para contestar las órdenes. De los tres imputados sin orden de arresto, uno está fuera del país. En el caso de los otros dos, el ex presidente y ahora miembro del Congreso Efraín Ríos Montt, y el antiguo jefe del Estado Mayor Benedicto Lucas, no se cursaron nunca las órdenes; al principio porque hubo un error administrativo, y después porque los imputados entablaron la primera de docenas de solicitudes de amparo que entramparon el proceso durante más de un año.

²⁷⁰ *Sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso Guatemala por genocidio*, Tribunal Supremo, Segunda Sala Penal, sentencia no 327/2003, caso 331/99, de 25 de febrero de 2003, en línea: <www.derechos.org/nizkor/guatemala/doc/gtmsent.html>.

El proceso en ese momento tomó dos rumbos interrelacionados pero distintos. Por un lado, había que diseñar una estrategia legal para probar la existencia de un genocidio, lo que se diseñó se haría con el testimonio de las víctimas, documentos y peritajes. Por otro lado, había que intentar lograr la extradición de los imputados de Guatemala a España. Aunque existe el precedente en casos de esta naturaleza en los que un país ha accedido a extraditar nacionales de otro país a un tercer Estado al amparo de un Tratado de Extradición –por ejemplo el caso *Cavallo*, donde un argentino, Miguel Cavallo, fue extraditado a España desde México en el contexto de una instrucción por crímenes internacionales cometidos en Argentina–²⁷¹ nunca antes se ha intentado que un país extradite a sus nacionales bajo los mismos parámetros y por los delitos de genocidio y tortura cometidos en el país receptor de dicho pedido de extradición. A pesar de la natural dificultad respecto de Guatemala, en nuestra opinión, aun cuando no se consiguiese la extradición, debía intentarse con el objetivo de impulsar la obligación internacional de juzgar a los acusados en los tribunales guatemaltecos. Es decir, se trataba de promover un mecanismo de Derecho internacional válido para, al menos, incitar la justicia en el plano nacional.

Este objetivo generó, dentro del caso, algunas de las ventajas tradicionalmente asociadas con los tribunales híbridos y que, como hemos visto, se han venido materializando en los procesos transnacionales llevados ante tribunales nacionales. Por ejemplo, una de las principales ventajas ha sido la capacitación de jueces, fiscales y abogados en una investigación penal compleja, con la necesidad de tener en cuenta, respetar y estar limitado por reglas y requisitos, tanto de Derecho nacional como internacional y comparado. La idea que fundamenta los tribunales híbridos, como el de Sierra Leona, era la de utilizar personal nacional y foráneo, tanto jueces como abogados de la fiscalía,

registro y defensa, con experiencia en la preparación y el desarrollo de procesos penales, y con ello fortalecer la justicia nacional a largo plazo. Sin embargo, se ha criticado la implementación de esta idea al no corresponderse con esta concepción. La mayoría de trabajos no administrativos en los tribunales híbridos ha sido ocupada por personal «internacional». Los jueces extranjeros no son expertos en Derecho penal internacional, y han sido escogidos siguiendo criterios distintos, como la disponibilidad, el dominio de un idioma local, repartos regionales y ha habido muy poca relación con las instancias de abogados nacionales.²⁷² Además, quienes supuestamente son beneficiarios de esta solución política, se quejan de que es paternalista y que en el fondo no está destinada a reconocer los conocimientos acumulados por los operadores nacionales de justicia.

Los casos transnacionales que se consideran en este capítulo permiten superar algunas de estas dificultades y alcanzar también algunos de los beneficios, en principio sólo asociados a los tribunales híbridos. En los primeros casos transnacionales por los crímenes de genocidio, tortura y delitos relacionados ante tribunales españoles, los casos contra la Junta militar argentina y contra el dictador de Chile, aunque se incluyeron en los equipos legales a abogados del exilio, las estrategias jurídicas fueron diseñadas casi exclusivamente por separado allá donde los casos se manejaban, en España y en Argentina o Chile. Aunque hubo cooperación puntual en cuanto a testigos, documentación y medios de comunicación, el trabajo legal esencialmente se llevó por separado. A diferencia de lo anterior, en la investigación de los crímenes cometidos por el ex dictador de Chad, Hissène Habré, primero en Senegal y más tarde en Bélgica, se formó un comité internacional con abogados de varios países.²⁷³ El caso Guatemala siguió y desarrolló este modelo.

²⁷¹ Véase Naomi Roht-Arriaza, "The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights", Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2005.

²⁷² Ethel Higonnet, «Restructuring Hybrid Courts: Local Empowerment and National Criminal Justice Reform», *Arizona Journal of International and Comparative Law* vol. 23 (2006), p. 347 y ss.

²⁷³ El Comité internacional para el Juicio a Hissène Habré incluyó al letrado de Human Rights Watch, Reed Brody y organizaciones de Derechos humanos y abogados de Chad, Senegal, Gran Bretaña y Francia. Véase Reed Brody, "La persecución de Hissène Habré: Un "Pinochet Africano"", *New England Law Review* vol. 35 (2001) p. 323 y ss.

Inicialmente, los abogados de Rigoberta Menchú en España eran penalistas y laboralistas, quienes se enfocaron en el conflicto jurisdiccional. Tras el triunfo obtenido con la decisión del Tribunal Constitucional en 2005 y la fallida visita del juez Pedraz a Guatemala en junio de 2006, se tomó la drástica decisión y se concibió la idea de crear un nuevo equipo legal especializado y capaz de asumir los retos para la nueva fase. Además de la que suscribe este artículo, el equipo estuvo integrado por Manuel Ollé, abogado español experto en casos de jurisdicción universal, y con la asesoría de abogados en San Francisco y La Haya, con experiencia en Guatemala y en derecho penal internacional, trabajando de manera conjunta con miembros del equipo jurídico de la Fundación Menchú en Guatemala, y con otras organizaciones de derechos humanos en el país. Este equipo multinacional se propuso dos tareas inmediatas: por un lado diseñar una estrategia para presentar y probar el caso de genocidio ante la Audiencia Nacional, dando a las víctimas el espacio negado hasta ese momento en Guatemala; y por otro, hacer todo lo posible para asistir y luchar legalmente en los tribunales guatemaltecos por la extradición de los acusados a España.

Esta estructura multinacional tuvo como resultado no sólo una transmisión de conocimiento en una sola dirección, desde el exterior hacia el interior de Guatemala, sino que supuso un verdadero intercambio de experiencias, normas y habilidades, en el que todos aprendimos y se enriquecieron los modos de trabajar de todos. Por ejemplo, la experiencia previa de litigar casos civiles por crímenes internacionales al amparo de la ley *Alien Tort Claims Act* en Estados Unidos sirvió para enriquecer el proceso de trabajo con los testigos, prestando atención a los efectos psicosociales del testimonio, al trabajo previo con ellos con el fin de que entendieran bien el proceso y las implicaciones de su participación, las razones por las que fueron elegidos, presentando todos estos temas de manera que se sintieran protagonistas de su propio caso. A la vez, dadas las dificultades de escuchar a testigos cuyo primer idioma no era el español y cuyo modo de relatar responde culturalmente a un modo no lineal de entender y contar los acontecimientos, el juez permitió el uso de técnicas de interrogatorio directo de testigos propios del procedimiento oral de Estados Unidos.

La preparación y presentación del caso de genocidio y las diferentes diligencias de prueba propuestas por el equipo legal se diseñaron con el deseo de generar ciertos efectos muy concretos dentro de Guatemala. Parte de la estrategia fue la presentación de testigos provenientes de las múltiples zonas más afectadas por las campañas militares, sobre todo las señaladas por la Comisión de Esclarecimiento Histórico como las áreas donde el genocidio tuvo lugar y que habían sido víctimas de diferentes crímenes y violaciones, es decir supervivientes de masacres, bombardeos, tortura, desplazamiento forzado, y la destrucción por completo de sus comunidades. Se ampliaron, asimismo, las acusaciones particulares para incluir personas representativas de distintas zonas y épocas del conflicto. Esto requirió, para mayor enriquecimiento del caso y de la experiencia derivada del trabajo, la estrecha colaboración con varias organizaciones de víctimas del país. Estas organizaciones tuvieron un papel importante en escoger a los testigos, trabajar con ellos y acompañarlos a dar su testimonio en España. Para el éxito de la diligencia, se crearon grupos de apoyo que viajaron con las víctimas debido a que, para la mayoría de ellas, éste era el primer viaje fuera del país. Se buscó y procuró el entrenamiento de abogadas jóvenes y estudiantes de Derecho de origen maya, quienes se podían comunicar con los testigos en su propio idioma, que se ocuparon en la delineación del testimonio y trabajaron directamente con los testigos. Esto contribuyó directamente al entrenamiento y autoselección de una nueva generación de abogados guatemaltecos, muchos de ellos de origen maya, familiarizados con el Derecho internacional y el Derecho comparado, además del suyo. Estos abogados han puesto en práctica esos conocimientos y forman parte de estrategias jurídicas y acciones concretas caracterizadas por combinar el trabajo legal en el ámbito nacional con el Derecho internacional.

La lucha por lograr la cooperación judicial, y finalmente la extradición, tuvo otros efectos. Una de las ventajas reales de los tribunales híbridos es su capacidad de incidir en la administración de justicia nacional. La combinación de los sistemas y personal especializado del país con el personal extranjero puede facilitar la reconstrucción de sistemas de justicia viables en el plano nacional, que puedan servir de fuente de justicia para su población, y no de opresión o corrupción. En la medida en que es un procedimiento local, los medios de comunicación y el público afectado puede observarlo y ser parte de ello; ahora bien, también en esa misma medida, tanto los tribunales híbridos como los nacionales son más susceptibles de ceder ante amenazas, las influencias indebidas y la corrupción que sus contrapartes internacionales, menos insertos en una realidad nacional.²⁷⁴

Las investigaciones y persecuciones penales transnacionales pueden teóricamente penetrar los sistemas nacionales de igual manera que las de tribunales híbridos, aunque también están sujetas a las mismas limitaciones. Un ejemplo fue la conmoción suscitada por las órdenes de arresto y pedidos de extradición de los acusados a Guatemala del Juez Pedraz. Estas órdenes desataron una batalla furiosa en los tribunales guatemaltecos sobre si ejecutaban o no las órdenes, si accedían o no a los pedidos de extradición,²⁷⁵ y en todo caso sobre cómo responder a solicitudes de cooperación judicial. En el transcurso de intentar resolver todos estos problemas, los tribunales locales se enfrentaron a la necesidad de decidir sobre el alcance de la jurisdicción universal, la naturaleza de los crímenes internacionales y el lugar del Derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico interno.

La existencia de órdenes de arresto internacionales acarrea la ventaja de poder eludir la intervención del Ministerio Público, el cual había demostrado su absoluto desinterés en los casos penales nacionales relacionados con el conflicto armado interno y había entorpecido muchas investigaciones anteriores. Sin embargo, era necesario que las órdenes fueran ejecutadas por un tribunal local. En realidad, la estrategia del equipo legal internacional respondía al ejercicio de presión nacional a partir del trabajo y avance en el caso internacional, aunque sólo fuera porque un Ministerio Público nacional no iba a tolerar ser eclipsado y ridiculizado por su homónimo español. En efecto, al conocerse las órdenes de arresto, el Ministerio Público empezó una campaña destinada a promover testimonios del ámbito nacional para el supuesto de la quema de la Embajada de España, lo que en nuestra opinión parecía responder a un esfuerzo destinado a demostrar que no había necesidad de juzgar nada en España porque se podía hacer en casa.

²⁷⁴ Véase por ejemplo, Justice Initiative, "Security Council Must Address Costs of Moving Taylor Trial to the Hague", 4 de abril de 2006, en línea: <www.justiceinitiative.org/db/resource2?res_id=103165> sobre el debate relativo al desplazamiento del juicio de Charles Taylor en el Tribunal Especial para Sierra Leona a La Haya por razones de seguridad en África; Justice Initiative, "Corruption Allegations at Khmer Rouge Court Must Be Investigated Thoroughly", 14 de febrero de 2007, en línea: <www.justiceinitiative.org/db/resource2?res_id=103627> para un ejemplo sobre las preocupaciones relacionadas con la falta de independencia de las Salas Extraordinarias de Camboya.

²⁷⁵ Si los tribunales hubiesen accedido a la extradición, el Poder Ejecutivo tendría una oportunidad posterior para decidir sobre ello. Véase Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala, «El procedimiento de extradición en Guatemala», en línea: <http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/gtm/sp_gtm-ext-gen-procedure.pdf>, pp. 6 y 7.

Los imputados inmediatamente entablaron solicitudes de amparo alegando que se violaban sus derechos constitucionales al darle valor a las órdenes de arresto españolas. Protestaron porque el Tratado de Extradición²⁷⁶ requería una orden de una «autoridad competente», y que un juez español no lo era con base en la jurisdicción universal; que el tratado hablaba de quienes se hubieran «refugiado» en otro país y que ciudadanos guatemaltecos no podían ser refugiados en su propia nación; que los delitos no estaban específicamente recogidos en el tratado y, por lo tanto, no existía la necesaria doble criminalización de la conducta y, finalmente, que el tratado era muy antiguo y su validez obsoleta. El Tribunal Quinto rechazó estos argumentos, la Corte de Apelaciones lo confirmó y mandó el caso de regreso al tribunal de primera instancia, que otra vez encontró jurisdicción, decisión que fue a su vez apelada y confirmada. La impunidad en Guatemala y las deficiencias de un sistema nacional sin las garantías adecuadas fue ilustrada por el hecho de que los acusados ejercían la facultad de apelar sin límites. Es decir, interpusieron recursos idénticos y basados en los mismos motivos hasta tres veces. En una ocasión, la Corte de Apelaciones acabó multando a uno de los abogados de los acusados por abuso del sistema. El resultado de tanto amparo fue la imposibilidad de avanzar con el procedimiento, causando una enorme frustración en los demandantes.

Inmediatamente después de que se anunciara la ejecución de las órdenes de arresto y comenzara la campaña en los tribunales nacionales, tres de las acusaciones particulares en el caso ante la Audiencia Nacional –Rigoberta Menchú, Jesús Tecú y Juan Manuel Gerónimo– fueron admitidos como terceros interesados frente a los tribunales guatemaltecos. A pesar de ello, no se les notificaron adecuadamente las audiencias, las copias de documentos, etc. En agosto de 2007, asesorados por el equipo legal internacional, decidieron investigar los argumentos y entablar su propio recurso de amparo, alegando la violación de su derecho a la verdad, a la información, a la igualdad y a tener acceso a un tribunal independiente. El recurso resumió las exigencias de la ley nacional, pero también de la jurisprudencia y obligaciones del sistema interamericano de derechos humanos. Ésta fue una de las primeras veces en las que los criterios de Derecho internacional y comparado respecto de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos eran introducidos y tenidos en cuenta por un tribunal nacional en Guatemala. El tribunal dio así la razón a las víctimas, pero esta decisión fue nuevamente recurrida por los acusados. Éste es, sin embargo, un importante ejemplo de cómo los procesos transnacionales informan, flexibilizan y amplían el Derecho nacional, al menos lo suficiente como para generar el conocimiento y la confianza en una judicatura que se muestra cómoda con el Derecho internacional, y está dispuesto a aplicarlo en sus decisiones.

²⁷⁶ Tratado de Extradición entre España y Guatemala, del 7 de noviembre de 1895, en línea: <<http://www.judicatura.com/Legislacion/1241.pdf>> y Protocolo Adicional aclarando su artículo VII, del 23 de febrero de 1897, en línea: <<http://www.judicatura.com/Legislacion/2685.pdf>>.

2. Los límites de los casos transnacionales. Decisión de la Corte de Constitucionalidad

El 12 de diciembre de 2007, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (CC) decidió que las órdenes de arresto no eran válidas y, por lo tanto, no ejecutables en Guatemala; consecuentemente, los imputados no eran extraditables.²⁷⁷ La decisión, de más de 60 páginas, fue la respuesta final a otro amparo interpuesto por dos de los imputados. La CC afirma que el Tratado de Extradición de 1895 sigue vigente, pero que tiene que interpretarse a la luz de la intención original del legislador. De acuerdo con eso, sólo reconocerían una jurisdicción basada en el principio de territorialidad, y solamente por los delitos o crímenes enumerados en el mismo. Según la CC, el Tratado, al referirse a “refugio”, deja claro que las partes, al requerir la extradición de sus nacionales, lo hacen por hechos ocurridos exclusivamente en el territorio sometido a su propia jurisdicción y que los imputados hubieren buscado refugio en un tercer país. La CC pasa entonces a analizar la decisión de 2005 del Tribunal Constitucional español, aunque reconoce no tener ni la necesidad ni la potestad para ello. La CC, en un acto de arrogancia legal, concluye que la decisión del Tribunal español está equivocada, pues la CC en todo caso no reconoce la jurisdicción universal ejercida por un tribunal nacional. La CC plantea que no tiene que aceptar la interpretación del Tribunal Constitucional, ya que hacerlo implicaría que un Estado pueda juzgar la capacidad o disposición de otro Estado sin aval del Consejo de Seguridad o la Asamblea General de las Naciones Unidas. Es decir, la CC expresa su desacuerdo con la forma en que el Tribunal Constitucional español interpreta su propio derecho.

La CC aduce otras razones por las cuales Guatemala no debe extraditar. Primero, sostiene que no se permite la extradición de nacionales. Sin embargo, el artículo 27 de la Constitución guatemalteca contiene una excepción explícita a esta regla general en casos donde la extradición está pedida sobre la base de crímenes que, de acuerdo con tratados o convenciones internacionales, son crímenes contra la humanidad o contra el Derecho internacional. La CC prácticamente ignora este artículo y limita su aplicación, a la entrega de nacionales a instancias internacionales como la CPI, los tribunales penales *ad hoc* o incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, por cierto, no tiene jurisdicción en materia penal.²⁷⁸

De igual manera, la CC ignora por completo los fundamentos jurisdiccionales emanados de las obligaciones internacionales de Guatemala. Este país es parte de la Convención contra el Genocidio, que en su artículo I afirma que las Partes contratantes confirman que el genocidio, “ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de Derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”. También es signatario de la Convención contra la Tortura, que plantea en su artículo 8 (1) que: “los delitos a que se hace referencia en el artículo 4 [torturas] se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes”. Esta Convención contempla, además y explícitamente, el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, algo que la CC rechaza. Estas obligaciones internacionales, claramente señaladas en los escritos de los terceros interesados, fueron ignoradas por la CC.

²⁷⁷ *Supra* nota 261.

²⁷⁸ *Constitución de Guatemala*, *supra* nota 152, art. 27 (La CC también plantea la falta de reciprocidad en la extradición de nacionales, pero eso *tampoco es verídico*: España podría extraditar a sus nacionales si se obligase a ello mediante un tratado internacional. *Ley de Extradición Pasiva* 4/1985, 21 de marzo de 1985, en línea: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-4816>>, art. 1.

La CC cometió otro grave error en su consideración de la naturaleza de los delitos señalados. Decidió que la existencia del conflicto armado interno convertía a todos los delitos en “delitos comunes conexos con delitos de tipo político”. Como la Constitución de Guatemala prohíbe la extradición por delitos políticos, según la CC los imputados no eran extraditables. Esto contradice claramente la Convención contra el Genocidio, que dice en su artículo VII: “A los efectos de extradición, el genocidio y los otros actos enumerados en el artículo III [actos que constituyen genocidio] no serán considerados como delitos políticos”.²⁷⁹ Y contradice la Constitución de Guatemala, que señala en su artículo 27: “La extradición se rige por lo dispuesto en tratados internacionales”. Puede ser que esta determinación haya tenido objetivos más bien domésticos: la Ley de Reconciliación Nacional en Guatemala otorga amnistía a los que cometieron delitos comunes conexos con los delitos políticos, pero no cubre los acusados de genocidio y los demás delitos reclamados por España. Tristemente, al determinar la existencia de delitos políticos y caracterizar el conflicto interno como un conflicto regional sobre modelos económicos y políticos con participación indígena en ambos bandos, la CC está dejando muy claro cuál es la postura del poder judicial respecto de la posibilidad de desarrollar el caso de genocidio en los tribunales de Guatemala.

No obstante, la CC reconoce que su decisión claramente obliga al Estado a investigar y juzgar bajo el principio de *aut dedere aut judicare*, e invita a los terceros interesados a entregar toda la información al Ministerio Público; esta invitación sólo ha creado desaliento en la comunidad de víctimas y sus abogados, que hace años que vienen entregando información y pidiendo que se investiguen los abusos a un Ministerio Público pasivo.

La reacción a la decisión de la CC no se hizo esperar. Grupos de derechos humanos en todo el mundo la denunciaron y la CC, por primera vez en la historia del tribunal, pagó espacios en medios de prensa defendiendo su decisión y urgiendo al público a leerla. El juez español, Santiago Pedraz, no aguantó el desplante de la CC y el 16 de enero de 2008 emitió un auto condenando la falta de cooperación judicial y criticando duramente la decisión de la CC. El juez recordó que el genocidio es un delito internacional que no puede ser calificado como delito político, y señaló que Guatemala, con esta decisión, violaba sus obligaciones de derecho internacional. El juez concluyó:

Tal resolución de la CC, dictada por un órgano de máxima autoridad en Guatemala, a la vista de los antecedentes señalados más arriba, junto al hecho de la avanzada edad de los imputados (más de 80 años), junto al hecho sabido de que en delitos de menor entidad, la impunidad en Guatemala es de las más altas que existen en el mundo; confirma la voluntad del Estado guatemalteco de no investigar los delitos referidos y llevar a los tribunales a sus responsables, dando una clara cobertura a la impunidad, negando la doctrina señalada y colocándose, por tanto, en la órbita de los países que lamentablemente violan sus obligaciones internacionales y desprecian la defensa de los derechos humanos.

²⁷⁹ En igual sentido, véase Desaparición Forzada, *supra* nota 6, art. V: “La desaparición forzada de personas no será considerada delito político para los efectos de extradición.”

A la vista de ello, se confirmó aun más la necesidad de que por parte de la justicia española se siguieran investigando los crímenes señalados (...) Al efecto, se estima oportuno solicitar vía medios de comunicación (prensa, radio, televisión y digitales) guatemaltecos y de países limítrofes –México, Belice, Honduras, Nicaragua, El Salvador y Estados Unidos de América– la publicación de una nota (que luego se señalará) a fin de hacer saber a que aquellas personas que sean víctimas, perjudicados, testigos, investigadores (...) que puedan suministrar información sobre los hechos investigados (salvo el de la quema de la Embajada de España en Guatemala, pues constan ya elementos suficientes en la causa) la pongan en conocimiento de este juzgado siguiendo los canales legales oportunos previstos en la legislación española para que tengan la debida entrada en este Juzgado y su incorporación a la causa.²⁸⁰

Desde entonces, y gracias al equipo legal internacional, han pasado por su tribunal testigos presenciales y expertos en materia del delito de genocidio, racismo en Guatemala, desplazamiento forzado, creación de grupos paramilitares (las Patrullas de Autodefensa Civil o PAC) y de aldeas modelo, como parte de una estrategia de controlar y someter a la población. La presencia de los testigos y la posibilidad real de prestar su testimonio ante el juez ha tenido un efecto reparador muy importante para todos ellos.

Otra prueba de la necesidad de estos procesos transnacionales, por la talla y capacidad de su impacto, es el hecho de que, a pesar del precedente asentado por la CC en abril de 2008, un juez guatemalteco, José Eduardo Cojulún, responsable del Juzgado Núm. 13 de Instancia Penal a cargo de lo solicitado en comisión rogatoria por los jueces españoles en 2001, y que fue a tomar testimonio a varios testigos, decidió cumplir con el pedido y organizar las declaraciones. El juez alegó que nada contenido en la decisión de la CC anulaba su obligación de cooperación internacional, y que aunque no procedía que el juez Pedraz llevara a cabo directamente la diligencia en Guatemala, él podía tomar las declaraciones de los testigos y enviarlos a España para que se incorporaran en autos. Así empezó una etapa de presentación pública de declaraciones de testigos sobre genocidio y los otros delitos señalados. La prensa cubrió las declaraciones y se desató de nuevo una discusión sobre la falta de justicia en el país. Cuando varios testigos protestaron porque no tenían fondos para desplazarse a la capital, el juez se comprometió a viajar a sus pueblos para tomarles su declaración. Después de más de un mes de testimonios, el juez Cojulún anunció públicamente que las declaraciones constituían indicios suficientes de la comisión de delitos graves y que, cumpliendo con lo establecido en la ley procesal penal, estaba entregando una copia de todas las declaraciones al Ministerio Público para que tomara las medidas pertinentes e iniciara la correspondiente investigación. Rechazó los predecibles amparos de los imputados y recibió amenazas simplemente por cumplir con su obligación.

²⁸⁰ Audiencia Nacional, *Auto dejando sin efecto las comisiones rogatorias a la República de Guatemala*, (16/01/2008), Juzgado Central de Instrucción Núm. 1, Audiencia Nacional, Diligencias Previa 331/1999-10, en línea: <<http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/pedraz1.html>>.

3. Reactivación del enjuiciamiento nacional y el impacto del caso de genocidio internacional hacia una efectiva justicia transnacional

El 8 de diciembre de 2010 tomó posesión como Fiscal General de la Nación, Claudia Paz y Paz. Claudia, abogada y doctora en Derecho, ha trabajado durante años en organizaciones de la sociedad civil en la defensa de los derechos humanos, la lucha contra la impunidad y por la seguridad en Guatemala. Desde su posición de Fiscal General, ha logrado por primera vez en tres décadas avances trascendentales en la Fiscalía de Derechos Humanos y en la justicia para los crímenes cometidos durante el conflicto armado interno.

En julio de 2011, la fiscalía decretó el arresto e ingreso en prisión de Pedro García Arredondo por la desaparición de un estudiante. Casi inmediatamente, y como director de la policía nacional, se le imputaron más de 300 homicidios y desapariciones ocurridos durante los años del conflicto. Arredondo es uno de los procesados en el caso de genocidio ante la Audiencia Nacional. Contra Pedro Arredondo existe orden de arresto internacional y solicitud de extradición, por lo que se encontraba en paradero conocido en Guatemala. Más tarde, en octubre, la fiscalía procedió del mismo modo contra el ex presidente Humberto Mejía Vítores quien, sin embargo, ha evadido la justicia alegando problemas de salud graves. Sobre Mejía Vítores pesa, a su vez, orden internacional de arresto y solicitud de extradición.

Finalmente, y tras haber cesado su inmunidad parlamentaria, Efraín Ríos Montt se presentaba ante la fiscalía voluntariamente en un intento de evitar su ingreso a la prisión. La fiscalía, esta vez actuando conforme a Derecho, ha procesado al ex dictador al que le imputa un delito de genocidio y ha decretado arresto domiciliario. Actualmente se está completando la fase de investigación que confiamos satisfaga al Juez competente, y se decreta abrir el debate o fase de juicio oral. Todas las pruebas hasta la fecha presentadas y admitidas en el proceso en España, están a disposición de la fiscalía y de los abogados de las víctimas.

Aunque ninguno de estos acontecimientos podían preverse mientras trasladábamos a Madrid a más de 30 víctimas y expertos cuyo testimonio no iba a ser posible en Guatemala, este fue siempre el deseo y el objetivo del equipo legal: que todo lo actuado en Madrid, que todas las pruebas, que cada pieza que nos permitió probar satisfactoriamente cada uno de los elementos del delito de genocidio, pudiera ser replicado y en todo caso sirviera para el proceso abierto en Guatemala.

Aunque todavía es pronto para saber qué resultados tendrá la estrategia de transnacionalidad, la efectividad del trabajo en ambas jurisdicciones es hoy un hecho. La clave es ahora continuar el apoyo a Guatemala iniciado con el trabajo que se culminaba en España. Aunque cierto optimismo es necesario, el círculo no se ha cerrado, y la debilidad de las autoridades judiciales en Guatemala es todavía patente. Es importante mantener el proceso de España abierto y activo, persistir en una transnacionalidad, hoy quizá convertida en complementariedad, que hace necesario para Guatemala y para el futuro de la lucha contra la impunidad la validez y coexistencia de ambos procesos, aunque los esfuerzos deban ser desplegados, primordialmente y por el momento, en Guatemala.

6.

Justicia para los autores materiales e intelectuales de graves violaciones a los derechos humanos en Guatemala

Mario Minera

*Director Ejecutivo del Centro para la
Acción Legal en Derechos Humanos*

1. De la importancia del relato en la construcción de la imputación por genocidio. “Movilizar el pasado desde la urgencia del presente...”²⁸¹

El relato histórico de lo sucedido es una pieza de memoria, es una sistematización desde y con la participación directa de los familiares de las víctimas así como de los y las sobrevivientes, a través de sus testimonios. El relato conjuga, al menos, tres características: la globalidad de lo sucedido, desde el conjunto de los hechos a los patrones en cada acción individual; las características de los delitos perpetrados y los patrones comunes; y el contexto histórico y político en el cual se impuso esa violencia contra la población civil no combatiente. El relato histórico es uno de los resultados de los procesos de acompañamiento que las organizaciones de derechos humanos llevan a cabo a los y las familiares de las víctimas y sobrevivientes. Ellos y ellas encontraron en organizaciones de derechos humanos vínculos y espacios de confianza para narrar sus testimonios y el dolor vivido.

Conforme se fue tejiendo la narrativa de sus testimonios, de caso por caso, que en un primer momento parecían aislados e inconexos; se fue identificando la similitud de cada uno de los hechos, lo conexo, sus patrones comunes, y la coincidencia en tiempos, espacios y territorialidades. Se fue imponiendo la necesidad de ver y leer, de releer e interpretar la globalidad del desgarramiento de la vida, del tejido social y de la negación de las culturas; de comprender la sordidez de la decisión gubernamental y de irrumpir el miedo con el relato de la memoria.

Esa narrativa ha sido tejida por las y los sobrevivientes de dolor en dolor; sin embargo, en la misma, ellos y ellas han descubierto la capacidad rearticuladora del sentir de la dignidad humana, así como la urgencia de una nueva significación de sus memorias y la inmediata búsqueda de la justicia. Ha sido como lo denomina el investigador guatemalteco Sergio Tischler: la irrupción “...del *novum*... que le hace el hueco a la forma hegemónica...”²⁸² de la historia oficial. Sin aviso, los y las sobrevivientes habían dado un paso que cuestionó y agrietó la pétreo memoria oficial.

La narración construida capturó la imagen de una discontinuidad, que rompió la historia oficial machacada por el régimen contrainsurgente y oligarca, y esa imagen de la discontinuidad ha permitido un ensayo de vida para una nueva propuesta de la significación de la memoria reciente de Guatemala.²⁸³

En ese sentido, los y las sobrevivientes fueron narrando situaciones muy dolorosas, que configuraron patrones de comportamiento comunes, que abrieron la puerta a una nueva significación de una memoria muy entretejida, que recupera el hilo y papel del sujeto en su historia, que de nuevo lo colocó en el reclamo de la justicia y en el rechazo contundente al silencio y al olvido.

²⁸¹ Sergio Tischler Visquera, “Imagen y dialéctica, “Mario Payeras y los interiores de una constelación revolucionaria”, F&G Editores, Guatemala, diciembre de 2009.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ *Ibidem*, p. 18.

2. El papel del acompañamiento en la sistematización del relato

La inacción e inoperancia que mostró el Ministerio Público en las décadas de los setenta, ochenta y noventa en el trámite de la denuncia, legitimó la actuación de las organizaciones en el acompañamiento de las y los sobrevivientes, así como en la sistematización del relato.

En esa situación de negación de justicia, los familiares de las víctimas contaron con el acompañamiento de organizaciones de derechos humanos. A estas últimas, les tocó un doble papel: el de acompañantes en procesos organizativos, de asesoría jurídica, capacitadores y de sistematización del proceso, así como de fiscales con la recopilación, ordenamiento de las pruebas (documental y testimonial) e investigación del caso.

La situación tuvo un viraje significativo en la coyuntura que se abrió con los cambios en el Ministerio Público entre 2008 y 2009. Asumen nuevas autoridades a la cabeza de la institución y ello contribuyó a nuevos enfoques, en especial en las investigaciones de las graves violaciones a los derechos humanos. La Fiscalía de Derechos Humanos, en especial su Unidad de Esclarecimiento Histórico, retomó su mandato y, por primera en la historia de la búsqueda de justicia para las víctimas, asumen su papel de fiscales. Las y los sobrevivientes tuvieron la oportunidad de acceder a los expedientes de sus denuncias y conocer el estado de los avances de los casos. En una nueva prueba de paciencia y madurez, las y los sobrevivientes, con el acompañamiento de organizaciones y el apoyo de los fiscales, ordenaron los expedientes y trabajaron de manera coordinada. En ese sentido, los fiscales de Derechos Humanos retomaron el expediente de las denuncias de genocidio, en especial la que se había presentado el 6 de octubre de 2006. Hubo algunos avances importantes y simbólicos; por ejemplo, que los fiscales hablaran por primera vez con los querellantes; que tomaran las primeras declaraciones o que se ampliaran las mismas; que se sentarán y reunieran con las organizaciones de derechos humanos para discutir el estado de la investigación y del expediente; que los fiscales admitieran que el expediente estaba desfoliado; y que los fiscales reconocieran que los testigos y sobrevivientes habían avanzado en el relato histórico.

Las y los sobrevivientes hoy pueden afirmar, con suficiente autoridad, que durante mucho tiempo la fiscalía no generó ninguna prueba, ni siquiera la testimonial que era la más sencilla de recopilar y adjuntar al expediente. Salvando las distancias, contextos y momentos históricos, la fiscalía se limitó a trámites burocráticos intrascendentes para el progreso de la investigación, y contribuyó a la negación de la verdad y justicia a los familiares de las víctimas, así como a que se enraizará más la impunidad dentro del sistema de administración de justicia. Ese vacío también contribuyó a sembrar el silencio, olvido y el miedo, así como la desinformación en torno a las graves violaciones a los derechos humanos.

Concurren en el delito de genocidio la intención, complicidad e instigación en la destrucción total o parcial de comunidades indígenas, la sistematicidad con la que fueron perpetrados los hechos contra las comunidades, la similitud de los patrones, la cronología y la persecución contra los y las sobrevivientes.

En el relato se visibiliza la estrategia de la contrainsurgencia. No se trató del clásico cerco, emboscada y ataque a la guerrilla, o de su infiltración, para su destrucción desde afuera y adentro; sino de un aniquilamiento sistemático de comunidades mayas bajo la premisa de que pudieron haber sido una amplia base social para los alzados en armas. El delito se perpetró por lo que pudieron haber hecho las comunidades y no por lo que hicieron las mismas. En el ataque contra los pueblos, los resortes que se activaron fueron las arraigadas actitudes coloniales y racistas, entre ellos, el referido a la misoginia y su elemento central, la violencia sexual contra las mujeres indígenas.

Por ello, el genocidio no se puede entender sólo como una verdad jurídica, se comprende desde el relato del conjunto y la significación de la memoria histórica de los sobrevivientes en el cual aflora el impacto de la intención de la destrucción parcial o total de comunidades y grupos étnicos mayas.²⁸⁴

²⁸⁴ *Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio*, resolución 260 A(III) de 9 de diciembre de 1948, artículos II y III: "Se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- Matanza de miembros de grupo
- Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo
- Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que haya de acarrear su destrucción física, total o parcial
- Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo
- Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo

Serán castigados los siguientes actos:

- El genocidio
- La asociación para cometer el genocidio
- La instigación directa y pública a cometer genocidio
- La tentativa de genocidio
- La complicidad en el genocidio"

3. Algunos aprendizajes

Ese tipo de sistematización trajo consigo, como era de suponer, cuestionamientos a la historia oficial, así como un conjunto de aprendizajes, entre ellos:

- **Primer aprendizaje;** la nueva narrativa de los y las sobrevivientes enseña que los hechos no fueron aislados, no fueron simples delitos o arbitrarias decisiones de algunos mandos militares, sin negar que pudieron haber existido y que existen casos de ese tipo. Todos esos hechos tienen relación y son parte de algo más; nos fuimos dando cuenta de que tenían conexiones en el espacio, en el tiempo y en el territorio. Nos fuimos dando cuenta de que estos hechos tenían una intencionalidad, que eran parte de políticas.
- **Segundo aprendizaje;** la existencia de patrones de comportamiento comunes, un *modus operandi* de las fuerzas del ejército, cuya lectura global da lógica al engranaje de violaciones y a la intencionalidad del delito.

En el patrón común de cada una de las masacres y de la forma de operar de las fuerzas de seguridad, se visibilizó el siguiente esquema: los militares y paramilitares llegaron a las comunidades mayas en horas de la madrugada; tendieron cercos; bloquearon los accesos, fueron de casa en casa; llamaron a la población a una reunión en un solo lugar; rodearon a la población; separaron sistemáticamente a las mujeres; muchas de ellas fueron violadas; utilizaron lazos para amarrar e inmovilizar a cada una de las personas; torturaron a hombres, mujeres, mujeres embarazadas, niños, niñas y ancianos; utilizaron armas de fuego y machetes para matar a las víctimas; sustrajeron niños y niñas; dejaron a los muertos regados; robaron los bienes materiales de las familias de la comunidad; destruyeron las humildes viviendas y arrasaron completamente con la comunidad.²⁸⁵

Ese patrón común produjo las masacres y lo que se llamó la política de tierra arrasada. “Un indicador preciso de un inminente genocidio sobre el cual los estudiosos del tema están de acuerdo es la masacre indiscriminada de víctimas indefensas, sin que importara su edad o género...”²⁸⁶

El elemento del patrón común abrió la puerta para la comprensión del profundo significado de lo que fue la aplicación en Guatemala de la Doctrina de Seguridad Nacional en su expresión contrainsurgente.²⁸⁷ En ese patrón y en la forma de operar de las fuerzas de seguridad, se puede apreciar la intención de la destrucción total o parcial de un grupo o comunidad con independencia de que sea étnico, religioso, político o de otra índole. Es decir, la intencionalidad de la perpetración del delito, el exterminio total o parcial de las comunidades, no fue necesariamente separar a la insurgencia de su potencial apoyo social, sino que el conflicto armado fue utilizado como la excusa, la coartada y pretexto para otras cosas, entre ellos, el desalojo y el despojo violento de las territorialidades y sus bienes a las comunidades.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ Bajo el régimen de Idiomas Fuentes (1959-63) “(...) se empezaron a introducir y aplicar elementos teóricos y doctrinarios elaborados en el marco de la guerra fría, dirigidos a contrarrestar cualquier amenaza comunista en el hemisferio así como a neutralizar cualquier tipo de oposición ya fuera social, política y militar. En ese contexto, se introdujeron los postulados de la Doctrina de Seguridad Nacional (DSN) que más que un cuerpo sistematizado y recogido en un documento único, “fueron una forma práctica de enfrentar interna y externamente la posible o real amenaza comunista en el marco de la guerra fría y de las nuevas relaciones de Estados Unidos y América Latina (...) Las principales tesis de la DSN fueron elaboradas en diversos centros de pensamiento político y militar estadounidense, en especial en el National War College de Washington.” *Memoria del silencio*, supra nota 184, Tomo I, párrs. 346-348.

²⁸⁵ Marc Drouin, “Acabar con la semilla, Comprendiendo el genocidio guatemalteco de 1982”, Traducción de Byron Durán Molina, F&G Editores, Guatemala, 2011.

La definición de *enemigo interno* ha sido utilizada por los poderes en el país de manera indistinta, bajo otros términos como delincuente, terrorista, insurgente, delincuente guerrillero, guerrillero resentido, guerrillero infiltrado en el gobierno; y en los momentos actuales para descalificar a los y las activistas de derechos humanos, a quienes se acusa de ser vividores del apoyo de la comunidad internacional, manipuladores de la gente humilde e interesados en excavar las cosas del pasado, entre otros estigmas.

...Entre los estudios existentes se encuentra el informe sobre el conflicto armado interno publicado por la Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH) en 1999 con la colaboración de las Naciones Unidas. Iniciando en 1960 hasta diciembre de 1996, cuando se firmaron los Acuerdos de Paz, el conflicto guatemalteco fue el más largo de Centroamérica. La Comisión estimó que más de 200 mil guatemaltecos perdieron la vida, incluyendo 40 mil víctimas de desaparición forzada. La Comisión también documentó un total de 669 masacres, en las cuales más de cinco personas murieron simultáneamente. De esas masacres, se les atribuyeron 626 a las fuerzas del Estado, 32 fueron imputadas a las fuerzas insurgentes, mientras que en 11 casos no se pudo determinar a los responsables. Para los años críticos, de 1981 a 1983, la Comisión concluyó que las fuerzas del Estado cometieron actos de genocidio en contra de distintos grupos del pueblo maya...

- **Tercer aprendizaje;** se relaciona con el tipo de delitos perpetrados por las fuerzas de seguridad del Estado. No fueron delitos comunes, se trató de una cadena de delitos de lesa humanidad, que son el patrón del comportamiento y las conexiones entre cada violación. Es una secuencia de delitos, perpetrados en el mismo momento, por los mismos autores materiales, bajo la misma orden, y reiterado en cada hecho contra las comunidades indígenas, que inicia desde el acto de intimidación, amenaza, acusación y captura hasta la ejecución extrajudicial, la tortura, la violación sexual contra las mujeres, la desaparición forzada, la masacre, y sustracción de niños y niñas, cuando quedaban con vida; así como la persecución a los y las sobrevivientes que lograban escapar del infierno.²⁸⁸

Al leer el conjunto de los testimonios, en ese patrón se identifica, además, la sanguinaria actitud en contra de la población indígena y el desprecio al significado de las costumbres, valores y creencias de las comunidades étnicas atacadas. Es decir, el elemento justificador y actuante de los hechos fue el racismo. Por ello, se puede aproximar la conclusión de que esos delitos fueron perpetrados por fuerzas militares organizadas para ello: no se trató de disparates o actos demenciales aislados de algún mando militar, sino que se trató de fuerzas militares organizadas, preparadas y formadas para cumplir objetivos de ese tipo, establecidos en planes contrasubversivos, cuidadosamente diseñados, operados con mandos autónomos pero centralizados a la máxima jerarquía castrense. En el discurso oficial, los regímenes militares justificaron los hechos bajo el argumento de “quitarle el agua al pez”.

²⁸⁸ *Declaración universal de Derechos Humanos*, Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, artículo 5: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”; *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, 10 de diciembre de 1984, en línea: OHCHR.org <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm>>, artículo 1: “... se entenderá por el término tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infringidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia...”

El impacto de esas operaciones provocó el masivo desplazamiento interno y externo, de miles de personas sobrevivientes, entre mujeres, niñas, niños, hombres ancianos y algunos jóvenes. Marc Drouin, en su tesis “Comprendiendo el genocidio en Guatemala” sistematizó el patrón común de la población sobreviviente, “muchos de ellos huyeron a los bosques, selvas y conformaron el flujo de desplazados internos; el ejército los persiguió por tierra y aire; muchos sobrevivientes, entre mujeres y niños, murieron durante su desplazamiento; en algunos casos, fueron alcanzados y masacrados por las fuerzas del ejército...”²⁸⁹

En el camino de su desplazamiento muchos murieron de las heridas y enfermedades, o de hambre. Ese enorme flujo conformó lo que fue la población refugiada en territorio mexicano; mientras que el desplazamiento interno reconfiguró las nuevas formas de resistencia comunitaria en las montañas y poblaciones urbanas.

- **Cuarto aprendizaje;** es la decisiva, continua y firme participación de las y los sobrevivientes y sus familiares, en la elaboración del relato. Sin la participación directa de ellos y ellas, sin su esfuerzo por denunciar cada uno de los hechos, sin su insistencia y presión para que actuaran diligentemente las organizaciones de derechos humanos y sin su confianza por la búsqueda por genocidio, hubiera sido muy difícil configurar la demanda del caso por genocidio y de sentar una base de legitimidad para el mismo.

Los y las sobrevivientes plantearon con mucha insistencia que las organizaciones leyeran el conjunto de los hechos, que le dieran una interpretación global y que no se quedaran con denuncias aislada e inconexas. De esa opinión y del aporte de la organización, es que los delitos quedan bajo la definición del genocidio.

- **Quinto aprendizaje;** la imputación de genocidio no se puede comprender sin el respaldo de un relato global y del conocimiento de lo que significa la cadena de mando.

Conviene dejar constancia de las distinciones y diferencias entre política de genocidio y actos de genocidio, que la Comisión de Esclarecimiento Histórico dejó plasmado en su informe. Dice la Comisión que es pertinente hacer la diferencia: es política de genocidio cuando el fin de las acciones es el exterminio de un grupo en todo o en parte. Y son actos de genocidio cuando el fin es político, económico, militar o de cualquier otra índole, en el que los medios que se utilizan para alcanzar estos fines son el exterminio total o parcial del grupo.²⁹⁰

²⁸⁹ Marc Drouin, “Acabar con la semilla”, *supra* note 285.

²⁹⁰ *Memoria del Silencio*, *supra* nota 184, Tomo II, página 315, párr. 1714.

Esta publicación ha sido elaborada con la ayuda del gobierno de Canadá. El contenido de esta publicación es de sola responsabilidad de Abogados sin fronteras Canadá y no refleja necesariamente la posición del gobierno canadiense. Este documento está también disponible en la página web de Abogados sin fronteras Canadá, en www.asfcanada.ca



Gouvernement
du Canada

Government
of Canada

Canada



ASF
Canada