



**Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad
versus irretroactividad de la ley penal: un falso dilema**

Federico Andreu-Guzmán
Consejero Jurídico
Para América Latina y el
Caribe

¿La ratificación por parte de un Estado, como Perú, de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad entraría en contradicción con el principio de irretroactividad de la ley penal? Responder afirmativamente a esta pregunta resultaría, por lo menos, insólito y supondría desconocer de tajo principios elementales del derecho penal y del derecho internacional. Algunas previas consideraciones podrían ser de utilidad para dar una respuesta.

1. El principio general. La no aplicación retroactiva de la ley penal es un principio universalmente reconocido por las legislaciones penales en el mundo y es una consecuencia del principio de legalidad de los delitos (*nullum crimen sine lege*). Igualmente, la no aplicación retroactiva de la ley penal, o principio de irretroactividad, es una salvaguarda esencial del derecho internacional. Así, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 27) consagran el carácter inderogable del derecho a no ser condenado por actos u omisiones que no eran delictivos al momento en que fueron cometidos. Similar disposición esta contenida en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 15). El derecho internacional humanitario también es receptor de este principio.¹

2. El concepto de ley penal o derecho aplicable. El derecho internacional es claro al definir la naturaleza de la ley penal aplicable: se trata tanto de la legislación nacional como del derecho internacional. Así el artículo 15 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que "nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivo según el derecho nacional o internacional". Igualmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establece, en su artículo 7, que "nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que, en el momento en que fue cometida, no constituía una infracción según el derecho nacional o internacional". La Convención Americana sobre

¹ III Convenio de Ginebra (Artículo 99), IV Convenio de Ginebra (artículo 67) y II Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra (artículo 6,2.c).

Derechos Humanos, en su artículo 9, establece que "nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivo según el derecho aplicable".

No sobra precisar que similar alcance le da el derecho internacional humanitario al concepto de derecho aplicable. Como lo ha señalado Slivie Stoyanka: "No puede cometerse impunemente una violación del derecho internacional basándose en el hecho de que ese acto o esa omisión no estaba prohibida por el derecho nacional cuando se cometió".²

3. La excepción a la irretroactividad. Pero asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establecen una expresa excepción al principio de irretroactividad de la ley penal. Así, el artículo 15 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

"Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional."

Similar provisión tiene el artículo 7 (2) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades. Aunque existe poca doctrina al respecto en lo que concierne el ámbito interamericano, algunos autores consideran que la fórmula empleada por el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - "de acuerdo con el derecho aplicable" - consagra esta excepción.³

Esta excepción tiene por objeto y propósito permitir el enjuiciamiento y castigo de actos reconocidos como criminales por los principios generales de derecho internacional, aun cuando estos actos no estaban tipificados al momento de su comisión ni por el derecho internacional ni por el derecho nacional. Esta cláusula fue incorporada a ambos tratados con el expreso propósito de responder a situaciones como las de la Segunda Guerra Mundial. No hay que olvidar que los crímenes de lesa humanidad por los que fueron juzgados y condenados varios de los dirigentes nazis en el proceso de Nuremberg, fueron tipificados *ex post facto*⁴ y no tenían precedente legal penal. Los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra ya contaban, al momento de la comisión de los actos, con precedentes legales.⁵ Ciertamente, la noción de crimen de lesa humanidad ya había sido empleada con anterioridad: así por ejemplo, la Declaración de Francia, Gran Bretaña y Rusia del 24 de mayo de 1915 calificó las masacres de armenios perpetradas por el Imperio Otomano de "crímenes contra la humanidad" y, en el ámbito americano, el Presidente de Paraguay, Eusebio Ayala, calificó de "crímenes de lesa derecho de gentes y lesa humanidad" actos cometidos por las tropas bolivianas

² En "Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios, CICR - Plaza & Janés Editores Colombia S. A., Bogotá, noviembre de 1998, párrafo 4607.

³ Daniel O'Donnell, Protección internacional de los derechos humanos, Comisión Andina de Juristas, Lima 1989, 2º Edición, pág. 131.

⁴ Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 - creando el Tribunal militar internacional - y el Estatuto del Tribunal militar internacional - que tipifica los crímenes contra la paz, de guerra y de lesa humanidad.

⁵ Por ejemplo el Tratado de Versalles, la Convención de Ginebra de 1924 y la Convención de la Haya de 1907.

durante la guerra del Chaco (1932-1935).⁶ No obstante, no existía en el derecho internacional hasta 1945 una definición o tipificación del crimen de lesa humanidad. Sin embargo, los actos eran - como lo definió el Procurador francés François de Menthon en el proceso de Nuremberg- "crímenes contra la condición humana"⁷ y demasiado graves y contrarios al derecho internacional para ignorar su carácter ilícito.⁸

4. Los delitos. La tortura y la desaparición forzada son *per se* crímenes internacionales. Así mismo, la práctica sistemática o a gran escala de la ejecución extrajudicial, la tortura, la desaparición forzada, las persecuciones por motivos políticos, entre otros actos, constituyen un crimen internacional calificado, a saber, un crimen de lesa humanidad. Son estas conductas, precisamente, a las que se refieren, entre otras, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

5. Consecuencias en cuanto a la aplicación de la ley. Lo anterior tiene varias consecuencias, según diferentes premisas fácticas e hipótesis. Se puede, según el derecho internacional, llevar a juicio y condenar sin violar el principio de irretroactividad de la ley penal o en virtud de la excepción al principio de la irretroactividad arriba enunciado (Párrafo 3°):

a, a un autor de un acto criminal, aún cuando al momento de cometerse no fuese considerado delito según la legislación nacional, si ese acto al momento de su comisión ya era considerado delito por el derecho internacional, sea convencional o consuetudinario. Así por ejemplo, la ausencia de un tipo penal de tortura en la legislación nacional, no es un obstáculo para llevar ante la justicia y condenar a los autores de actos de tortura cometidos cuando esta conducta ya era considerada delito por el derecho internacional.

b, a un autor de un acto criminal en aplicación de una ley penal nacional tipificando como delito este acto, aún cuando al momento de cometerse no fuese considerado delito según la legislación nacional, si ese acto al momento de su comisión ya era considerado delito por el derecho internacional, sea convencional o consuetudinario. Así por ejemplo, la existencia *ex post facto* de un tipo penal de desaparición forzada en la legislación nacional, no es un obstáculo para llevar ante la justicia y condenar a los autores de desaparición forzada cometidas cuando esta conducta ya era considerada delito por el derecho internacional.

c, a un autor de un acto criminal, aún cuando al momento de cometerse no fuese considerado delito según la legislación nacional o un tratado internacional, si ese acto al momento de su comisión ya era considerado delictivo según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional. En Sri Lanka habría existido un precedente de esta hipótesis: una persona fue juzgada y condenada por secuestro de avión (piratería aérea), a pesar de que el delito no estaba tipificado en la legislación nacional.⁹

⁶ Ver Roberto Querejazu Calvo, Historia de la guerra del Chaco, Ed. Librería Editorial "Juventud", La Paz, Bolivia, 1998, pág. 71. Con anterioridad a estas declaraciones existen tres precedentes que se refieren a actos contrarios a "las leyes de la humanidad", como la Declaración de San Petersburgo de 1868.

⁷ Ver la intervención del Procurador General francés, François de Menthon, en Michel Dobkine, Crimes et humanité - extraits des actes du procès de Nuremberg, 18 octobre 1945 - 1er. Octobre 1946, Ed. Romillat, París, 1992, pág. 49.

⁸ Ver al respecto, entre otros, Eric David, "L'actualité juridique de Nuremberg", en Le procès de Nuremberg - Conséquences et Actualité, Ed. Bruylant - Université Libre de Bruxelles, Bruselas 1988, págs. 110 -112 y 170-171.

⁹ Tribunal de apelación de Sri Lanka, Sentencia de 28 de mayo de 1986, caso Ekanayake, en International Law Reports 1987, pág. 298.

6. Amnistía e Irretroactividad. La derogación y anulación de una ley de amnistía - incompatible con las obligaciones internacionales del Estado - y el procesamiento judicial y sanción de los autores de graves violaciones a los derechos humanos no enerva el principio de no retroactividad, si estos actos, al momento de su comisión eran considerados ilícitos penales según la ley nacional o el derecho internacional.

El Comité de Derechos Humanos, en sus "Observaciones finales" a Argentina, en noviembre del 2000, recordó al Estado argentino que:

"Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores."¹⁰

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre este tópico en una decisión sobre la ley de amnistía en Chile. El Estado chileno afirmó, en el trámite del proceso internacional, que la derogatoria del Decreto Ley de amnistía no surtiría efectos contra los responsables de las violaciones debido al principio de la irretroactividad de la ley penal contemplado en el artículo 9 de la Convención Americana y 19(3) de la Constitución de Chile. A lo cual, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó que:

"el principio de irretroactividad de la ley que consiste en que nadie puede ser condenado retroactivamente por acciones u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable, no podría ser invocado por los amnistiados por cuanto al momento de cometerse los hechos imputados se hallaban tipificados y penados por la ley chilena vigente."¹¹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin entrar explícitamente en el debate sobre la retroactividad, en sus trascendental sentencia en el caso "Barrios Altos" consideró que:

"de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efecto jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos [...] ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención acontecidos en Perú."¹²

¹⁰ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos : Argentina, de 3 de noviembre 2000, documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/70/ARG, párrafo 9.

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N°133/99, Caso 11.725, *Carmelo Soria Espinoza* (Chile), 19 de noviembre de 1999, párrafo 76.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 14 de marzo de 2001, *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*, párrafo 44.

En consecuencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó a las autoridades peruanas "investigar los hechos para determinar los responsables de las violaciones de los derechos humanos [...] y sancionar a los responsables."¹³

7.- Imprescriptibilidad. No huelga recordar que el derecho internacional consuetudinario establece que cierto tipo de crímenes internacionales son imprescriptibles¹⁴. Así por ejemplo, son imprescriptibles los crímenes de lesa humanidad. No obstante, hay que tener en cuenta que la imprescriptibilidad no se predica de todos los crímenes internacionales, pues no es un elemento inherente a toda infracción penal internacional y sólo se predica respecto de ciertos crímenes internacionales como los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el *apartheid* (estos dos últimos son una modalidad específica de crimen de lesa humanidad). Así, la tortura y la desaparición forzada aun cuando son crímenes internacionales no son imprescriptibles *per se*, salvo cuando estos actos son cometidos dentro de una práctica a gran escala o sistemática, pues en ese evento, se convierten jurídicamente en otra entidad, a saber un crimen de lesa humanidad.

La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad impone las siguientes obligaciones al Estado parte de este Tratado:

a, adoptar medidas necesarias (legislativas o de otra índole) para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad y, en caso de que exista, sea abolida.

b, adoptar todas las medidas internas necesarias (legislativas o de cualquier otro orden), con el fin de hacer posible la extradición, de conformidad con el derecho internacional, de las personas autores, partícipes, cómplices e instigadores de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, ya sean agentes del Estado o particulares, y a los agentes del Estado que hayan tolerado la comisión de tales crímenes.

c, aplicar esas disposiciones a los autores, partícipes, cómplices e instigadores de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, ya sean agentes del Estado o particulares, y a los agentes del Estado que hayan tolerado la comisión de tales crímenes, cualquiera que fuese la fecha de comisión de estos crímenes. No huelga recordar que, según el derecho internacional consuetudinario, estos crímenes ya eran imprescriptibles.

La consecuencia lógica, es que las autoridades del Estado parte en la Convención no pueden decretar la prescripción de los crímenes de lesa humanidad y deben proceder judicialmente contra los autores y demás partícipes de estos crímenes. Pero hay que anotar que esta obligación ya existiría en el derecho internacional consuetudinario.

8. Imprescriptibilidad e irretroactividad de la ley penal. No huelga recordar que imprescriptibilidad e irretroactividad de la ley penal son dos institutos jurídicos diferentes. Es

¹³ Ibid, párrafo resolutivo 5.

¹⁴ Ver por ejemplo Resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1946, que confirma los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y por el fallo de este Tribunal; los Principios del Derecho Internacional consagrados por el Estatuto del tribunal de Nuremberg y por el fallo de este Tribunal, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (julio de 1950); Resolución 488 (V) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 12 de diciembre de 1950, "Formulación de los principios de Nuremberg"; y las Resoluciones 1074 D (XXXIX) de 28 de julio de 1965 y 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966, relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas

importante destacar que existe un amplio consenso acerca de la vocación retroactiva de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, con lo cual esta se aplica a estos actos ilícitos aún cuando fueron cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención.¹⁵ Como lo señalara el Relator Especial, Sr. Doudou Thiam, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en lo que atiene a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, esta convención es de "carácter simplemente declarativo [... pues] las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido".¹⁶ No huelga recordar que la Convención se refiere a los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad "cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido" (artículo I) y prescribe que los Estados partes deben abolir la prescripción para estos crímenes, cuando esta exista en su legislación nacional (artículo IV). En su fallo en el asunto *Touvier*¹⁷, la Sala criminal de la Corte de Casación de Francia consideró que no existía, a la luz Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, un derecho a la prescripción y decidió declarar nula la sentencia del tribunal de 1º instancia que, invocando la prescripción y la irretroactividad de la ley penal, había archivado el proceso.¹⁸ La Sala invocó, en su decisión, la excepción a la irretroactividad de la ley penal prevista a los artículos 15 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7 (2) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades.

9.- Imprescriptibilidad, irretroactividad y crimen de lesa humanidad en Perú. Por todo lo anterior, no se puede afirmar que la ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad entraría en contradicción *per se* con el principio de irretroactividad de la ley penal. Esta supuesta contradicción no existiría con mayor razón, sí las conductas que se pretenden perseguir judicialmente, como las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y las desapariciones forzadas, ya eran delitos en el derecho nacional (ya fuese a través de los tipos penales de homicidio, lesiones personales y secuestro o a través de los tipos penales de tortura y desaparición forzada) y en el derecho internacional. Y aún menos existiría tal contradicción sí estas conductas criminales fueron cometidas dentro de una práctica a gran escala o sistemática, o sea, sí eran constitutivas de crímenes de lesa humanidad.

¹⁵ Ver por ejemplo, Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, Ed. Bruylant, Bruselas 1994, párrafo 4.208 y Pierrete Poncela, "L'imprescriptibilité", en Ascencio, Decaux et Pellet, *Droit international pénal*, Ed. A. Pedone, París 2000, pág 891 (párrafo 21).

¹⁶ "Cuanto informe sobre el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", documento de las Naciones Unidas A/CN.4/398, de 11 de marzo de 1986, párr. 172.

¹⁷ Paul Touvier, francés procesado por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la 2º guerra mundial. Los delitos que se le imputaban habían prescrito, según el derecho penal francés, antes de que fuera promulgada la ley francesa sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad (1964).

¹⁸ Corte de Casación de Francia, Sala criminal, Sentencia de 30 de junio de 1976. Esta jurisprudencia fue reiterada por la Corte, en su fallo de 26 de enero de 1986, en el proceso contra Klaus Barbie.