

**RESUMEN ESCRITO DEL PERITAJE DE FEDERICO ANDREU-GUZMÁN EN
EL CASO CRUZ SÁNCHEZ Y OTROS VS. PERÚ ANTE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

(SAN JOSÉ DE COSTA RICA, FEBRERO DE 2014)

De conformidad con la Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 19 de diciembre de 2013, el dictamen pericial versa “sobre la naturaleza jurídica de graves infracciones al derecho internacional humanitario y la intervención de la justicia militar en la investigación y juzgamiento de delitos que no son de función y que pueden constituir violaciones a los derechos humanos, así como sobre los estándares internacionales relativos a la debida diligencia en la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos y su aplicación al presente caso”¹.

En ese orden de ideas, el presente dictamen pericial aborda las cuestiones de las graves infracciones al derecho internacional humanitario y del fuero militar en una primera sección (A) y la cuestión de los estándares internacionales relativos a la debida diligencia en una segunda sección (B).

A.- De la naturaleza jurídica de graves infracciones al derecho internacional humanitario y del fuero militar

1.- Naturaleza jurídica de las graves infracciones al DIH o crímenes de guerra

1. Las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) son delitos bajo el Derecho internacional, tanto de fuente convencional como consuetudinaria. La jurisprudencia y la doctrina internacionales son unánimes en calificar estas graves infracciones como normas de *ius cogens*². Como lo ha aseverado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, “la mayoría de las normas del derecho internacional humanitario, en particular las que prohíben los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, son también normas imperativas del Derecho internacional o *ius cogens*, es decir de carácter no derogable y esencial”³.

2. El concepto de “infracciones graves” al derecho internacional humanitario – equivalente al de “crimen de guerra” - fue originalmente restringido a los conflictos internacionales. Como lo señala Thomas Graditzky, “[e]n 1949, se consideraba que extender el sistema de infracciones graves a los conflictos internos sería atentar inaceptablemente contra la soberanía de los Estados. Cuando se aprobaron, el 8 de junio de 1977, los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, los Estados se mantenían en

¹ Párrafo resolutivo 5 (2,B) de la Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 19 de diciembre de 2013.

² Ver *inter alia*: Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario – Volumen I: Normas*, Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007.

³ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 14 de enero de 2000, *El Procurador c. Vlatko Kuprešić y otros*, Caso IT-95-16-T, párrafo 520 (Original en inglés, traducción libre).

la misma posición.”⁴. Ciertamente “las disposiciones convencionales aplicables a los conflictos armados no internacionales no contienen elemento incriminatorio alguno específico de las violaciones graves de las normas que dictan. De hecho, en el artículo 3 común nada se dice al respecto y en el Protocolo II no se prevé régimen alguno equiparable al de las infracciones graves consignadas en los Convenios de 1949 y completadas en el Protocolo I.”⁵. La noción de grave infracción al Derecho Internacional Humanitario o crimen de guerra implica un régimen jurídico especial bajo el Derecho internacional, como por ejemplo, la aplicación del principio de jurisdicción universal y la imprescriptibilidad. No obstante, ello no significa que las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario y a “las leyes y costumbres de la guerra” cometidas en el marco de un conflicto armado interno escapen a la represión judicial del Estado. Como lo señaló la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: “el mundo entero reconoce que los actos enumerados en el artículo 3 Común son criminales y que chocan la conciencia de todo pueblo civilizado”.⁶

3. Hoy día, de acuerdo con desarrollo actual el Derecho internacional, las violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario y a “las leyes y costumbres de la guerra” cometidas en el marco de un conflicto armado son consideradas crímenes de guerra. No huelga recordar que en el curso de un conflicto armado – sea de carácter internacional o de carácter interno – se pueden cometer crímenes de lesa humanidad. Luego de analizar la evolución del Derecho internacional en la materia, resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁷ así como de las prácticas nacionales, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia consideró que “el derecho internacional consuetudinario impone una responsabilidad penal para las violaciones graves al artículo 3 Común, completado por otros principios y normas generales sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados internos, y para los ataques contra algunos principios y normas fundamentales relativas a los medios y métodos de combate en los conflictos civiles. [...]La idea de que las violaciones graves al derecho internacional humanitario que regula los conflictos armados internos conllevan la responsabilidad penal individual se justifica también plenamente desde el punto de vista básico de la justicia y de la equidad.”⁸ El Estatuto de la Corte Penal Internacional confirma ello, al tipificar como crímenes de guerra las violaciones graves al artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra, al Protocolo II de los Convenios de Ginebra y a “las leyes y los usos” de la guerra⁹. De tal suerte que, hoy día el Derecho internacional considera que la noción de crimen de guerra se aplica a las infracciones graves cometidas durante los conflictos internos.

⁴ Thomas Graditzky “La responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional”, in *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No 145, marzo de 1998. Ver página Web del CICR: <http://www.cicr.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList74/EE353FC6C408344FC1256DE10056906C>

⁵ *Ibidem*.

⁶ Sentencia de 20 de febrero de 2001 de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Caso *Mucic et consorts - "Camp de Celebici"*, N° IT-96-21, párrafo 173 (Original en francés, traducción libre). Texto de la sentencia en página Web: <http://www.un.org/icty/celebici/appeal/jugement/index.htm>

⁷ En particular las resoluciones 794, de 3 de diciembre de 1992, y 814, de 26 de marzo de 1993, sobre Somalia.

⁸ Sentencia sobre excepciones preliminares (competencia) de 2 de octubre de 1995, Caso *Prosecutor c. Tadić*, N° Tadic IT-94-1 "Prijeedor", párrafos 134 y 135 (Original en francés, traducción libre). Texto de la decisión en página Web: <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-f/51002JN3.htm>. En ese mismo sentido, ver la Sentencia de 20 de febrero de 2001 de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Caso *Mucic et consorts - "Camp de Celebici"*, N° IT-96-21, <http://www.un.org/icty/celebici/appeal/jugement/index.htm>

⁹ Artículo 8, párrafo 2°, letras c), d), e) y f) del *Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional*.

4. En suma, las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el marco de un conflicto armado interno constituyen un crimen internacional – crimen de guerra – y como tal están sometidas al régimen jurídico previsto por el Derecho internacional, y en tanto que calificadas de crimen de guerra están sujetas al principio de jurisdicción universal y son imprescriptibles. El homicidio; las mutilaciones; la tortura; los tratos crueles humillantes o degradantes; el reclutamiento de niños menores de 15 años o su utilización activa en el conflicto; la toma de rehenes; la violación, la esclavitud sexual y la prostitución forzada durante un conflicto armado o instigadas por alguna de las partes en un conflicto; y los ataques contra la población civil como tal, son algunas de las violaciones al artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra, al Protocolo II y a “las leyes y los usos” de la guerra que constituyen crímenes de guerra bajo el Derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario. No sobra precisar que las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario (DIH) abarcan igualmente numerosos comportamientos y métodos de guerra prohibidos por el Protocolo II. Como lo precisó la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, la infracción grave constituye una violación a las reglas del Derecho Internacional Humanitario, tanto convencional como consuetudinario, que protegen valores fundamentales¹⁰.

5. Los crímenes de guerra – y ello incluye las graves infracciones al DIH -son crímenes contra el Derecho internacional, o sea que son crímenes que atentan contra bienes jurídicos protegidos por el Derecho internacional. Constituyen *delicti iuris gentium*, que atentan contra la comunidad de intereses jurídicos reconocidos como tales por la comunidad de los Estados, esto es el Orden Público Internacional¹¹.

6. Los crímenes de guerra, como lo ha señalado el Comité Internacional de la Cruz Roja, son “‘violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales’ y ‘violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional’”¹². Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha precisado que las disposiciones de su Estatuto relativas tanto los crímenes de guerra como los crímenes de lesa humanidad “persiguen el mismo objetivo general (disuasión de violaciones graves del derecho humanitario y, si se cometen estas infracciones, sancionar a los responsables de los mismos). Además, protegen los mismos valores generales en que están diseñados para garantizar el respeto de la dignidad humana. Es cierto que, dentro de este marco general común, los artículos 3 [crimen de guerra] y 5 [crimen de lesa humanidad], podrán perseguir algunos objetivos específicos y proteger ciertos valores específicos. Así, por ejemplo, la prohibición de los crímenes de guerra tiene como objetivo garantizar un mínimo de preocupación humanitaria entre los beligerantes, así como mantener una distinción entre el comportamiento de los combatientes hacia los combatientes enemigos y las personas que no participan en las

¹⁰ Sentencia sobre excepciones preliminares (competencia) de 2 de octubre de 1995, Caso *Prosecutor c. Tadić*, N° Tadic IT-94-1 "Prijedor", párrafo 94.

¹¹ Ver entre otros: Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, Instituto “Francisco de Vitoria”, Madrid, 1955, págs. 26 y siguientes; y Huet, André y Koering-Joulin, Renée, *Droit Pénal International*, Col. Thémis, Ed. PUF, Paris, 1993, págs. 25 y siguientes.

¹² Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario – Volumen I: Normas*, Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja, pág. 643. En el mismo sentido, Georges y Rosemary Abi-Saab, “Les crimes de guerre”, in Hervé Ascencio, Emmanuel Decaux y Alain Pellet (ed.), *Droit International Pénal*, Ed. Centre de droit international de l’Université Paris X-Nanterre, Editions A. Pedone, Paris, 2000, págs. 265 y siguientes.

hostilidades”¹³. En esa misma línea, al precisar que sólo las infracciones graves al DIH constituyen crímenes de guerra, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha aseverado que la gravedad del comportamiento debe implicar “el incumplimiento de una norma que protege valores importantes, y que la violación implicar graves consecuencias para la víctima”¹⁴.

7. En suma, los crímenes de guerra - incluidas las graves infracciones al DIH- fundamentalmente buscan proteger bienes jurídicos propios del Orden Público Internacional que protege valores generales destinados a garantizar el respeto de la dignidad humana y la observancia de básicas normas humanitarias en la conducción y desarrollo de las hostilidades bélicas.

8. La Asamblea General de las Naciones Unidas lo ha reiterado implícitamente en varias resoluciones desde 1946¹⁵. Así, por ejemplo, en su Resolución 2583 (XXIV) de 1969, la Asamblea General recordó que la investigación de los crímenes de guerra y juzgamiento y sanción de sus responsables “son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales”¹⁶. En 2012, la Asamblea General recordó que, en determinadas circunstancias, las ejecuciones extrajudiciales pueden “equivaler” a crímenes de guerra en virtud del derecho internacional” y las calificó de “violaciones flagrantes de las normas internacionales de derechos humanos, especialmente del derecho a la vida, así como del derecho internacional humanitario”¹⁷. La Asamblea General de Organización de los Estados Americanos ha recordado reiteradamente que los crímenes de guerra constituyen violaciones del Derecho Internacional Humanitario¹⁸.

9. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha igualmente señalado que los “crímenes de guerra constituyen una gravísima ofensa a la dignidad humana y una negación flagrante de los principios fundamentales consagrados en las Cartas de la Organización de los Estados Americanos y de las Naciones Unidas [...] el juzgamiento de esta clase de crímenes, contribuyen de manera notable al fortalecimiento de la protección de los derechos humanos

¹³ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 14 de enero de 2000, *El Procurador c. Vlatko Kuprešić y otros*, Caso IT-95-16-T, párrafo 702 (Original en inglés, traducción libre).

¹⁴ Sentencia sobre excepciones preliminares (competencia) de 2 de octubre de 1995, Caso *Prosecutor c. Tadić*, N.o IT-94-1 "Prijedor", párrafo 94 (Original en inglés, traducción libre).

¹⁵ Ver entre otras: Resolución 3 (I) “Extradición y castigo de criminales de guerra” de 13 de febrero de 1946; Resolución 95 (I) “Confirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg” de 11 de diciembre de 1946; Resolución 170 (II) “Extradición de delincuentes de guerra y traidores” de 31 de octubre de 1947; Resolución 2338 (XXII) “Cuestión del Castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad” de 18 de diciembre de 1967; Resolución 2391 (XXIII) “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de la humanidad” de 25 de noviembre de 1968; Resolución 2712 (XXV) “Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad” de 14 de diciembre de 1970; Resolución 2840 (XXVI) “Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad” de 18 de diciembre de 1971; Resolución 3020 (XXVII) “Prevención del delito y la lucha contra la delincuencia” de 18 de diciembre de 1972.

¹⁶ Resolución 2583 (XXIV) “Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa Humanidad”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1969.

¹⁷ Resolución No. 67/168 de 20 de diciembre de 2012.

¹⁸ Ver las resoluciones AG/RES. 1270 (XXIV-O/94), AG/RES. 1335 (XXV-O/95), AG/RES. 1408 (XXVI-O/96), AG/RES. 1503 (XXVII-O/97), AG/RES. 1565 (XXVIII-O/98), AG/RES. 1619 (XXIX-O/99), AG/RES. 1706 (XXX-O/00) AG/RES. 1770 (XXXI-O/01), AG/RES. 1771 (XXXI-O/01), AG/RES. 1900 (XXXII-O/02), AG/RES. 1904 (XXXII-O/02) y AG/RES. (XXXIII-O/03).

y, lo que es más significativo aún, a la consolidación del imperio del derecho y de las libertades fundamentales de la persona humana en la comunidad mundial”¹⁹.

10. La jurisprudencia nacional ha igualmente reiterado que los crímenes de guerra con comportamientos que vulneran bienes jurídicos protegido por el Derecho internacional. así, por ejemplo, la Corte Suprema de la Nación Argentina ha reafirmado que los crímenes de guerra son delitos contra el derecho de gentes²⁰ y la Corte Constitucional de Colombia ha caracterizado los crímenes de guerra como violaciones al Derecho Internacional Humanitario²¹.

11. Los crímenes de guerra buscan proteger bienes jurídicos internacionales como son las “leyes y costumbres de la guerra”, aplicables tanto en los conflictos armados internacionales como en los conflictos armados que no sean de índole internacional. Cabe destacar que, dentro de las normas de *ius cogens* del Derecho Internacional Humanitario, que se busca proteger mediante la criminalización de los comportamientos que las vulneran – a través de la figura de los crímenes de guerra – se destacan: (i) el principio de distinción, (ii) el principio de precaución, y (iii) el principio humanitario y de respeto por las garantías y salvaguardas fundamentales de las personas civiles y fuera de combate²².

12. Pero asimismo, el Derecho internacional humanitario y el Derecho penal internacional, al prohibir y criminalizar como crímenes de guerra a una serie de actos en los conflictos armados, buscan igualmente proteger bienes jurídicos esenciales propios del Derecho internacional de los derechos humanos, que aún en tiempo de guerra no pueden suspenderse, como por ejemplo los derechos: a no ser arbitrariamente privado de la vida, a no ser torturado o sujeto a tratos inhumanos, o a un juicio justo por tribunal independiente e imparcial²³. En efecto, en los contextos de conflictos armados (ya sea internacionales o internos), el concepto de crímenes de guerra tiene como *ratio essendi* tutelar bienes jurídicos protegidos de forma absoluta por el Derecho internacional de los Derechos Humanos, esto es derechos no susceptible de derogación o suspensión alguna incluso en tiempos de guerra²⁴. En este contexto, cabe destacar que varios instrumentos internacionales erigen en crímenes comportamientos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos. Así, cabe destacar: la *Convención Interamericana Para Prevenir y*

¹⁹ Resolución No. 1/03 “sobre juzgamiento de crímenes internacionales”, 24 de octubre de 2003.

²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia de 24 de agosto de 2004, *Recurso promovido por la querrela en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel) – Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-*, (Recurso de hecho), Expediente A. 533. XXXVIII.

²¹ Sentencia C-291/07 de 25 de abril de 2007, Expediente D-6476, *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 135, 156 y 157 (parciales) de la Ley 599 de 2000, y 174, 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999*, Mag. Pte. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

²² Sentencia C-291/07 de 25 de abril de 2007, Expediente D-6476, *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 135, 156 y 157 (parciales) de la Ley 599 de 2000, y 174, 175, 178 y 179 de la Ley 522 de 1999*, Mag. Pte. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

²³ Ver por ejemplo: artículo 8 del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*; artículo 4 del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda*; artículos 2 y 3 del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*; artículos 3 y 4 del *Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona*; artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949; y artículo 130 del *Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*; artículo 147 del *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*; artículo 85 del *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales* (Protocolo I).

²⁴ Ver, inter alia, artículo 27 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ver igualmente, Comité de Derechos Humanos: *Observación general N° 29 Estados de emergencia (artículo 4) y Observación general No. 31 [80] Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*.

Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; y los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.

13. En este orden de ideas, no huelga recordar que, en tiempo de guerra o conflicto armado (internacional o interno), el ser humano está bajo la doble protección del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de Derechos Humanos. Este principio ha sido ampliamente reiterado por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad²⁵ (incluso en numerosas resoluciones adoptadas bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas), la Corte Internacional de Justicia y la jurisprudencia internacional de Derechos Humanos. La Corte Internacional de Justicia ha precisado que “la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”²⁶.

El carácter de *lex specialis* del Derecho Internacional Humanitario no significa una derogación general de la aplicación de las protecciones del Derecho Internacional de Derechos Humanos, ni puede interpretarse como sustraer al individuo de esa protección. En ese sentido, la Corte Internacional de Justicia ha precisado que en los conflictos armados el ser humano está bajo la doble protección antes mencionada, pero que “corresponde a la *lex specialis* aplicable, es decir, al derecho aplicable en los conflictos armados, concebido para regular la conducción de las hostilidades, determinar lo que constituye una privación arbitraria de la vida”²⁷. En ese mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que “la protección de los derechos fundamentales de las personas se aplica en todo momento, en situaciones de paz, durante emergencias y en tiempos de guerra” y que “los Estados miembros deben hacer referencia y considerar las disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario como *lex specialis* aplicable al interpretar y aplicar las protecciones de derechos humanos en situaciones de conflicto armado”²⁸. Como lo ha declarado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, “[e]l principio general del respeto de la dignidad humana es la base del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos y es, de hecho, su razón de ser; es en lo sucesivo tan importante que impregna al derecho internacional en su conjunto”²⁹.

14. En ese orden de ideas, los crímenes de guerra - incluidas las graves infracciones al DIH- son comportamientos que vulneran bienes jurídicos protegidos por el Derecho internacional: “las leyes y costumbres de la guerra”; normas básicas humanitarias; y

²⁵ Véase inter alia, la Resolución 2675 (XXV) de 1970 de la Asamblea General, sobre “Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados” y las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, entre ellas las Resolución 1577 (2004) “La situación en Burundi”; Resolución 1574 (2004) “Informes del Secretario General sobre el Sudán”; Resolución 1572 (2004) “La situación en Côte d’Ivoire” y Resolución 1565 (2004) “La situación relativa a la República Democrática del Congo”.

²⁶ Corte Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, de 9 de julio de 2004, párrafo 106. párrafo 25

²⁷ Véase también: *Opinión consultiva sobre la Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, de 8 de julio de 1986.

²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, op. cit., párrafo 49.

²⁹ Sentencia de 10 de diciembre de 1998, *Fiscal c. Anto Furundizija*, caso No. IT/95-17/I-T, párrafo 183 (Original en francés, traducción libre).

derechos inderogables de derechos humanos. En otras palabras, los crímenes de guerra son crímenes contra el Derecho internacional y el Orden Público Internacional.

2.- Delito militar y fuero militar

15. La jurisprudencia interamericana ha ampliamente desarrollado la naturaleza, alcance y ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar así como del delito militar. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha constatado que “la jurisdicción militar se establece en diversas legislaciones para mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas”³⁰ y que “[i]nclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”³¹. Igualmente, la Corte Interamericana ha precisado que “[e]n 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 le asigna a las fuerzas militares. [La Jurisdicción penal militar] sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”³².

16. Asimismo, la Corte Interamericana ha precisado que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori* el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”³³. Invocando los *Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura* de las Naciones Unidas, la Corte Interamericana concluyó que “[e]l Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir a la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”³⁴. Esta jurisprudencia ha sido ampliamente reiterada por la Corte Interamericana³⁵. Dentro de los asuntos que son de competencia natural de la Jurisdicción Ordinaria y que no pertenecen al ámbito de los tribunales castrenses, pues no constituyen delitos militares o “delitos de función”, la Corte

³⁰ Sentencia de 18 de agosto de 2000, Caso *Cantoral Benavides c. Perú*, Serie C No. 69, párrafo 112.

³¹ Caso *Castrillo Petruzzi y Otros c. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párrafo 128.

³² Caso *Durand y Ugarte c. Perú*, Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C No. 68, párrafo 117. En el mismo sentido ver las Sentencias de la Corte Interamericana: *Caso Palamara Iribarne c. Chile*, de 22 de noviembre de 2005; *Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia*, de 15 de septiembre de 2005; *Caso Lori Berenson Mejía c. Perú*, de 25 de noviembre de 2005; *Casa de los 19 Comerciantes c. Colombia*, de 5 de julio de 2004; *Caso Las Palmeras c. Colombia*, de 6 de diciembre de 2001; y *Caso Cantoral Benavides c. Perú* de 18 de agosto de 2000; Sentencia de 11 de mayo de 2007, *Caso de la Masacre de la Rochela c. Colombia*, Serie C No. 163, párrafo 200; Sentencia de 26 de septiembre de 2006, *Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*, Serie C No. 154, párrafo 131; Sentencia de 29 de noviembre de 2006, *Caso La Cantuta*, Serie C No. 162, párrafo 142; y Sentencia de 31 de enero de 2006, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*, Serie C No. 140, párrafo 189. Ver igualmente: Federico Andreu Guzmán, *Fuero Militar y derecho internacional, los tribunales militares y las graves violaciones a los derechos humanos*, Comisión Internacional de Juristas / Comisión Colombiana de Juristas, Opciones Gráficas Editores, Bogotá, Colombia 2003, págs. 102 y siguientes.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Castrillo Petruzzi y Otros c. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párrafo 128.

³⁴ Caso *Castrillo Petruzzi y Otros c. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párrafo 129.

³⁵ Ver, *inter alia*: Caso *Cesti Hurtado c. Perú*, Sentencia de 29 de septiembre de 1999, Serie C No. 56; *Caso Cantoral Benavides c. Perú*, Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69; *Caso Lori Berenson Mejía c. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119; *Caso Palamara Iribarne c. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135; y *Caso Usón Ramírez c. Venezuela*, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 207.

Interamericana ha señalado el juzgamiento de militares o policías por hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos³⁶.

17. En varias sentencias, la Corte Interamericana ha precisado que los delitos militares deben estar limitados a comportamientos que vulneren bienes jurídicos militares³⁷. Asimismo, la Corte Interamericana ha señalado que “la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo”³⁸ y que una persona con la carácter de militar en retiro no puede ser juzgado por los tribunales militares, dado su condición de civil³⁹.

18. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha igualmente considerado que el fuero militar es “una jurisdicción de tipo funcional cuya aplicación debe estar reservada a los militares que hayan incurrido en delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones, bajo ciertas circunstancias”⁴⁰. Reiteradamente, la Comisión Interamericana ha considerado que el ámbito de competencia de los tribunales militares debe estar restringido a las infracciones típicamente militares cometidas por personal militar⁴¹. Así, en su *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, la Comisión Interamericana resumió su jurisprudencia y doctrina en los siguientes términos: “los tribunales militares pueden en principio constituir un tribunal independiente e imparcial para los efectos del procesamiento de integrantes de las fuerzas armadas por ciertos delitos realmente relacionados con el servicio y la disciplina militares, que por su naturaleza puedan lesionar

³⁶ Ver entre otros: *Caso Durand y Ugarte c. Perú*, Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie A No. 68; *Caso Tiu Tojín c. Guatemala*, Sentencia de 26 de noviembre de 2008, Serie C No. 190; *Caso Zambrano Vélez y otros c. Ecuador*, Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C No. 166; *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, Serie C No. 140, Sentencia de 31 de enero de 2006; *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 163, párrafo 200; y *Caso Rosendo Cantú y otra c. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216. Ver igualmente al respecto: Federico Andreu Guzmán, *Fuero Militar y derecho internacional, los tribunales militares y las graves violaciones a los derechos humanos*, Comisión Internacional de Juristas / Comisión Colombiana de Juristas, Opciones Gráficas Editores, Bogotá, Colombia 2003, págs. 102 y siguientes.

³⁷ *Caso Palamara Iribarne c. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párrafo 126; *Caso Usón Ramírez c. Venezuela*, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 207, párrafo 110; *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 163, párrafo 200; *Caso Durand y Ugarte c Perú*, Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C No. 68, párrafo 118.

³⁸ *Caso Palamara Iribarne c. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párrafo 139; y *Caso Usón Ramírez c. Venezuela*, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 207, párrafos 115 y 199, numerales 8 y 9.

³⁹ *Caso Cesti Hurtado c Perú*, Sentencia de 29 de septiembre de 1999, Serie C No. 56, párrafo 151; *Caso Palamara Iribarne c. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párrafo 128; *Caso Usón Ramírez c. Venezuela*, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 207, párrafo 111.

⁴⁰ *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*, documento de la Organización de Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 59 rev., de 2 junio 2000, Capítulo II “Administración de justicia y estado de derecho”, párrafo 155.

⁴¹ Ver entre otros: *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 1986 - 1987*, OEA/Ser.L/V/II.71, Doc. 9 rev. 1, Capítulo IV (b); *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 1992 - 1993*, OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 14, Capítulo V; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 1993*, OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev., Capítulo V; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 1997*, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6, Capítulo VII; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 1998*; OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 6, Rev., Capítulo VII; *Informe sobre la situación de derechos humanos en Brasil*, de 29 de septiembre 1997, OEA/Ser.L/V/II.97; *Segundo Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.84, Doc. 39 rev, de 14 de octubre de 1993; *Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 Rev. 1, de 26 de febrero de 1999; *Informe sobre la situación de derechos humanos Chile*, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17 rev.1, de 9 de septiembre de 1985; *Informe sobre la situación de derechos humanos en Ecuador*; OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 Rev. 1; *Informe sobre la situación de derechos humanos en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.61 Doc. 47; *Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Paraguay*, OEA/Ser.L/V/II.110, 2001; y *Segundo Informe sobre la situación de derechos humanos en Perú*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., de 2 de junio de 2000.

los intereses jurídicos de las fuerzas armadas, siempre que lo hagan con pleno respeto por las garantías judiciales. [...] en estos tribunales no pueden juzgarse violaciones de los derechos humanos u otros delitos que no guarden relación con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares, los que deben someterse a los tribunales ordinarios. Tampoco puede juzgarse a civiles en los tribunales militares.”⁴².

19. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha reafirmado el carácter de fuero funcional de la jurisdicción penal militar, al prescribir que el ámbito de competencia de los tribunales castrenses debe estar limitado a los delitos estrictamente militares y cometidos por personal militar. Así, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que “los tribunales militares no deberían estar habilitados para juzgar de los asuntos que no sean constitutivos de infracciones cometidas por miembros de las fuerzas armadas en el ejercicio de sus funciones”⁴³. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos aseveró que “la jurisdicción de los tribunales militares [debe estar limitada] al enjuiciamiento de personal militar solamente, acusado de delitos de carácter exclusivamente militar”⁴⁴. Asimismo, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas se ha pronunciado en reiteradas oportunidades recomendando que la competencia de los tribunales militares se limite a los “delitos de carácter puramente militar”⁴⁵.

20. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha igualmente considerado que la jurisdicción penal militar es un fuero funcional de alcance restrictivo. Así en el caso *Ergin c. Turquía*, al considerar el singular lugar que tienen las Fuerzas Militares dentro de la organización constitucional de los Estados democráticos, su función limitada a las cuestiones de la seguridad nacional así como la estructura jerarquizada del Ejército, el Tribunal consideró que el Poder Judicial pertenece al dominio de la sociedad civil⁴⁶. En ese orden de ideas, el Tribunal consideró que la jurisdicción militar tiene por finalidad mantener el orden y la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas y que, por ende, su

⁴² *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, documento de la Organización de Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 octubre 2002, párrafo 231.

⁴³ *Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos: Egipto*, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.23, de 9 de agosto de 1993, párrafo 9.

⁴⁴ *Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos: Chile*, CCPR/C/79/Add.104, de 30 de marzo de 1999, párrafo 9. En el mismo sentido ver *Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos* a: Polonia, CCPR/C/79/Add.110, de 29 de julio de 1999, párrafo 21; Camerún, CCPR/C/79/Add.116, de 4 de noviembre de 1999, párrafo 21; Marruecos, A/47/40, de 23 de octubre de 1991, párrafo 57; Siria, CCPR/CO/71/SYR, párrafo 17; Kuwait, CCPR/CO/69/KWT, párrafo 10; Federación de Rusia, CCPR/C/79/Add.54, de 29 julio de 1995, párrafo 25; Eslovaquia, CCPR/C/79/Add.79, párrafo 20; y Uzbekistán, CCPR/CO/71/UZB, de 26 abril de 2001, párrafo 15; Colombia, CCPR/C/79/Add.2, de 25 de septiembre de 1992, párrafos 5 y 6 y CCPR/C/79/Add.76, de 5 de mayo de 1997, párrafo 34; Perú, CCPR/C/79/Add.8, de 25 de septiembre de 1992, párrafo 8; Venezuela, CCPR/C/79/Add.13, de 28 de diciembre de 1992, párrafos 7 y 10; Croacia, CCPR/C/79/Add.15 - A/48/40, de 28 de diciembre de 1992, párrafo 362; Brasil, CCPR/C/79/Add.66, de 24 de julio de 19996, párrafo 10; Líbano, CCPR/C/79/Add.78, de 1 de abril de 1997, párrafo 14; República Dominicana, párrafo 9 CCPR/CO/71/DOM, de 26 de abril de 2001, párrafo 10; Guatemala, CCPR/CO/72/GTM, de 27 de agosto de 2001, párrafo 10.

⁴⁵ *Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Camerún*, documento de las Naciones Unidas CAT/C/CR/31/6, de 11 de febrero de 2004, párrafo 11. En el mismo sentido, ver las observaciones finales del Comité contra la Tortura a: Perú (documentos de las Naciones Unidas: A/50/44, de 26 de julio de 1995, paras.62-73 y A/55/44 de 15 de noviembre de 1999, paras. 59 y 62); Jordania (documento de las Naciones Unidas A/50/44, 26 de julio de 1995, paras.159-182 y CAT/C/JOR/CO/2, de 25 de mayo de 2010); Chile (documentos de las Naciones Unidas: A/50/44, de 26 de julio de 1995, paras.52-61; CAT/C/CR/32/5, de 14 de junio de 2004, párrafo 7; y CAT/C/CHL/CO/5, de 14 de mayo de 2009, párrafo 14); Federación de Rusia (documento de las Naciones Unidas CAT/C/RUS/CO/4, de 6 de febrero de 2007, párrafo 24); y Turquía (documento de las Naciones Unidas CAT/C/TUR/CO/3, de 20 de enero de 2011, párrafo 5).

⁴⁶ *Caso Ergin c. Turquía*, Sentencia de 4 de mayo de 2006, Petición No.47533/99 párrafo 46. En ese mismo sentido ver Sentencia de 10 de mayo de 2001, Caso *Chipre c. Turquía*; y Sentencia de 21 de septiembre 2006, Caso *Maszni c. Rumania*. párrafo 46.

competencia debía estar restringida a conocer de los delitos cometidos por el personal militar en el ejercicio de sus funciones⁴⁷.

21. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha delimitado el ámbito natural de competencia *ratione materiae* de la jurisdicción penal militar a las infracciones estrictamente militares cometidas por personal militar⁴⁸. Así, en su *Resolución sobre el derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África*⁴⁹, de 1999, la Comisión Africana adoptó la *Declaración y las Recomendaciones sobre el derecho a un juicio justo*, aprobadas por el Seminario de Dakar sobre el derecho a un juicio justo. Esta Declaración y recomendaciones estipulan que "el objetivo de los tribunales militares es el de determinar los delitos de naturaleza puramente militar cometidos por personal militar".

22. Si bien el Derecho internacional restringe el ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar a los delitos militares, los distintos instrumentos internacionales no definen en sí mismo el delito estrictamente militar o típicamente militar. Sin embargo, aunque no defina el delito estrictamente militar, el Derecho internacional prescribe que ciertos comportamientos ilícitos no pueden ser considerados delitos militares o como delitos cometidos en ejercicio de funciones militares, y particular a los efectos de la administración de justicia. Se trata de las graves violaciones de derechos humanos constitutivas de ilícitos penales, tales como la ejecución extrajudicial, la desaparición forzada, la tortura, los actos inhumanos y la violencia sexual.

23. La doctrina penal contemporánea ha desarrollado un criterio substantivo o material para caracterizar y definir el delito militar, basado en la naturaleza del bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal y, consecuentemente, la condición de militar o policía del sujeto activo. Así, la doctrina penal ha identificado varios tipos de infracciones penales: los delitos estrictamente militares o delitos militares *stricto sensu*; los delitos militares *lato sensu*; los delitos comunes asimilados a delitos militares, también denominados "delito de función", "acto de servicio", "delito cometido con ocasión al servicio", "delito de misión" o "delito de ámbito castrense"; y los delitos comunes militarizados⁵⁰.

⁴⁷ *Ibid.*, párrafos 45 y 48.

⁴⁸ Ver entre otros: *Resolución sobre el derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África*, adoptada el 15 de noviembre de 1999, en el 26° periodo ordinario de sesiones de la Comisión; Decisión de 15 de noviembre de 1999, Comunicación N° 151/96 (Nigeria); Decisión de 7 de mayo de 2001, Comunicación 218/98 (Nigeria); Decisión de 6 de noviembre de 2000, Comunicación N° 223/98 (Sierra Leona); Decisión de abril de 1997, Comunicación N° 39/90 (Camerún); y Decisión de 31 de octubre de 1998, Comunicación N° 137/94, 139/94, 154/96 y 161/97 (Nigeria).

⁴⁹ Adoptada el 15 de noviembre de 1999, en el 26° periodo ordinario de sesiones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

⁵⁰ Ver entre otros: Oskar Zlamala, "Les infractions militaires", en *Recueils de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, IV Congrès International, Madrid 9-12 Mai 1967, Les Délits Militaires*, Strasbourg, 1969; Capitán Miguel Alía Plana, "Aproximaciones a la jurisdicción militar española", en página web: <http://derechomilitar.metropoliglobal.com/artidoc/aprox05.htm>; Antonio Millán Garrido, "Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia de la jurisdicción militar", in *REDEM*, N° 53, Tomo I, enero-junio de 1989; Raúl Zaffaroni y Juan Ricardo Cavallero, *Derecho Penal Militar*, Editorial Jurídica Ariel, Buenos Aires, 1980, págs. 191 y siguientes; Francisco Fernández Segado, "La justicia militar en el Derecho comparado", in Consejo General del Poder Judicial, *Poder Judicial*, 2a. época, N° 23, Madrid, septiembre de 1991; Francisco Fernández Segado, "La competencia de la jurisdicción militar en tiempo de paz", in Consejo General del Poder Judicial, *Poder Judicial*, 2a. época, N° 36, Madrid, diciembre de 1994; José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, "El principio de especialidad - Comentario al artículo 5° del CPM", in Ramón Bleuca Fraga y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, *Comentarios al Código Penal Militar*, Ed. Civitas, 1988; Carlos López Dawson, *Justicia Militar, una nueva mirada*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago 1995; y Jorge Mera Figueroa, "La modernización de la justicia militar: un desafío pendiente", Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales - Facultad de Derecho, Santiago de Chile, en página web : http://derecho.udp.cl/inf_invest.htm

24. Los delitos militares *stricto sensu*⁵¹ son aquellos ilícitos penales que vulneran exclusiva y únicamente bienes jurídicos militares y los cuales sólo pueden ser cometidos por personal militar o policial (sujeto activo calificado). Estos delitos constituyen fundamentalmente una “infracción a los deberes militares” y, como lo señalan Raúl Zaffaroni y Juan Ricardo Cavallero, “como es natural, únicamente incumben a quien tiene la calidad de militar”⁵². Mediante la tipificación de estos comportamientos se busca amparar bienes jurídicos típica y exclusivamente militares, como lo son los deberes, la disciplina y el mando militares. En ese sentido, el Auditor general ante la Corte militar de Bélgica y Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho penal militar y de Derecho de la Guerra, John Gilissen, anotaba en 1967 que del delito militar tiende cada vez más a concebirse de una manera limitada, como aquella que salvaguarda el mantenimiento de valores indispensables para las funciones de un Ejército⁵³. Así por ejemplo, son típicos delitos militares *stricto sensu*: el delito de centinela, el abandono del puesto, el delito de cobardía, la insubordinación, el ataque a superior, el ataque a inferior y la deserción. Estos delitos constituyen la *ratio essendi* de la jurisdicción penal militar.

25. Los delitos militares *lato sensu*⁵⁴ son aquellos ilícitos penales de naturaleza pluriofensiva, toda vez que vulneran tanto bienes jurídicos protegidos por la ley penal ordinaria como bienes jurídicos militares, pero en los que se considera que el bien jurídico militar es prevalente. Son ejemplo de este tipo de delitos, ciertas modalidades de hurto de material militar por personal militar.

26. Los delitos comunes asimilados a delitos militares, o “delito de función”, son ilícitos penales de derecho común cometidos por personal militar o policial en razón del ejercicio de sus funciones y que, para efectos de la jurisdicción de los tribunales militares, son asimilados a delitos militares. Según los distintos sistemas jurídicos nacionales, este tipo de delito recibe distintas denominaciones: “acto de servicio”, “delito cometido con ocasión al servicio”, “delito de misión” o “delito de ámbito castrense”. No basta para que se configure el “delito de función” que el sujeto activo del delito sea un militar o un policía, ni que el ilícito se haya cometido en una instalación militar o policial o durante el servicio, ni que se haya perpetrado con armas o material de servicio. De ser así, se consagraría un fuero personal o de casta, contrario al concepto moderno de fuero funcional de la jurisdicción penal militar, basado en el criterio de especialidad y el carácter restrictivo de esta jurisdicción. La jurisprudencia nacional y la doctrina penal han elaborado criterios, de estricta aplicación, para determinar cuándo se está ante un delito de función o de servicio y cuándo se trata de un delito de derecho común que, aunque cometido por personal militar, no guarda ninguna relación con el servicio, y por consiguiente es de competencia de la jurisdicción penal ordinaria. Tanto la jurisprudencia nacional como la doctrina penal exigen, para la configuración del delito de función, que exista un nexo causalidad entre la función militar o policial y el delito cometido; que la función o servicio en el cumplimiento del cual se cometió el delito sea en sí misma un desarrollo legítimo de la misión

⁵¹ También denominados “delitos típicamente militares”, “delitos propiamente militares” “delitos puramente militares” o “delitos de ámbito estrictamente castrense”.

⁵² Raúl Zaffaroni y Juan Ricardo Cavallero, *Derecho Penal Militar*, Op. Cit., pág. 27.

⁵³ Gilissen, John, « Preface » in *Recueils de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, IV Congrès International, Madrid 9-12 Mai 1967, Les Délits Militaires*, Strasbourg, 1969, pág. 8.

⁵⁴ Llamados por algunos doctrinantes “delito militar impropio” o “delitos militares mixtos o complejos”.

constitucional y legalmente encomendada al Ejército o a la Policía; y que haya una afectación a un bien jurídico militar.

27. Los delitos comunes militarizados son aquellos ilícitos penales de derecho común que sin afectar bienes jurídicos militares ni haber sido cometidos por personal militar o policial son sometidos a la competencia de la jurisdicción penal militar. Varios doctrinantes los han calificado de “falsos delitos militares [pues] no son más que delitos del orden común tipificados en leyes especiales”⁵⁵. Bajo esta figura, la jurisdicción penal militar ha juzgado a civiles por delitos de derecho común. Esta noción ha sido unánimemente rechazada por la doctrina y jurisprudencia de cortes y órganos internacionales de protección de los derechos humanos⁵⁶ y por la doctrina penal y la jurisprudencia nacional⁵⁷.

3.- Crimen de guerra y delito militar

28. Los crímenes de guerra no son delitos militares, en tanto no vulneran *per se* bienes jurídicos militares (como la disciplina etc...). En este sentido resulta de primera importancia los trabajos de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra, en su XIV Congreso (Atenas, 1997). En efecto, como lo señaló el Relator General del Congreso, el Primer Abogado General ante la Corte de Casación de Bélgica, Sr. André Andries, la opción de confiar la represión de los crímenes de guerra e infracciones al Derecho internacional humanitario a los tribunales militares es problemática toda vez que estos crímenes tienen su fundamento en la necesidad de proteger un orden jurídico mundial mientras que la jurisdicción penal militar tiene su razón de ser en el mantenimiento de la disciplina militar en provecho de los intereses nacionales, o en otras palabras de los gobiernos⁵⁸.

29. La diferente naturaleza jurídica de los crímenes de guerra y de los delitos militares se ve reflejada, por demás, en el régimen jurídico aplicable a cada una de estas figuras. En

⁵⁵ Raúl Zaffaroni y Juan Ricardo Cavallero, *Derecho Penal Militar*, Op. Cit., pág. 12.

⁵⁶ Ver entre otros: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Castrillo Petruzzi y Otros c Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, Caso *Cantoral Benavides c Perú*, Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69, Caso *Cesti Hurtado c Perú*, y Sentencia de 29 de septiembre de 1999, Serie C No. 56; Corte Europea de derechos Humanos, Sentencia de 4 de mayo de 2006, Caso *Ergin vs. Turquía* (N° 47533/99); Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Caso *Maszni vs. Rumania* (N° 59892/00) y Sentencia de 10 de mayo de 2001, Caso *Chipre vs. Turquía* (N° 25781/94); Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, documento de la Organización de Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 octubre 2002; Comisión Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, Decisión de 6 de noviembre de 2000, Comunicación N° 223/98 (Sierra Leone), Decisión de abril de 1997, Comunicación N° 39/90 (Camerún) y Decisión de 31 de octubre de 1998, Comunicación N° 137/94, 139/94, 154/96 y 161/97 (Nigeria); y Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales a Perú (CCPR/C/79/Add.67 de 25 de julio de 1996 y CCPR/CO/70/PER, de 15 de noviembre de 2000), Líbano (CCPR/C/79/Add.78, de 1° de abril de 1997) y Chile (CCPR/C/79/Add.104, de 30 de marzo de 1999). Ver Igualmente Comité de derechos Humanos: Decisión de 27 de octubre de 1987, Comunicación N° 159/1983, Caso *Raúl Cariboni c. Uruguay*; Decisión de 6 de noviembre de 1997, Comunicación N° 577/1994, Caso *Víctor Alfredo Polay Campos c. Perú*; Dictamen de 6 de noviembre de 2003, *Safarmo Kurbanova c. Tayikistán*, Comunicación N° 1096/2002; Dictamen de 17 de marzo de 2006, Comunicación N° 1044/2002, Caso *Davlatbibi Shukurova c. Tayikistán*; Dictamen de 28 de marzo de 2007, Comunicación No. 1172/200, Caso *Madani c. Argelia*; Dictamen de 20 de julio de 2007, Comunicación No. 1173/2003, Caso *Benhadj c. Argelia*, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/90/D/1173/2003; y Dictamen de 31 de octubre de 2005, Comunicaciones Nos. 1152/2003 y 1190/2003, CCPR/C/85/D/1152 y 1190/2003, Caso *Bee y otros c. Guinea Ecuatorial*.

⁵⁷ Ver, por ejemplo, Raúl Zaffaroni y Juan Ricardo Cavallero, *Derecho Penal Militar*, Op. Cit.; Francisco Fernández Segado, "La justicia militar en el Derecho comparado", Doc. Cit.; Jorge Mera Figueroa, "La modernización de la justicia militar: ...", Doc. Cit.; y Antonio Millán Garrido, "Algunas consideraciones generales ...", Doc. Cit.

⁵⁸ André Andries, "Lois et procédures nationales", in *XIV Quatorzième Congrès, Athènes (Grèce), 10-15 mai 1997, Investigation et poursuites des violations du droit des conflicts armés, Volume I*, Recueils de la Société internationale de droit militaire et de droit a la guerre, Bruxelles 1999, pág. 332.

efecto, la represión de los crímenes de guerra esté sometida a ciertas reglas - jurisdicción universal, imprescriptibilidad, *aut dedere aut judicare*, obligación de extraditar, no amnistía, no eximente de responsabilidad penal por cumplimiento de órdenes superiores, entre otras – que no se predicán de los delitos militares. Por ejemplo, los delitos militares no son por naturaleza imprescriptibles. Asimismo, en principio, los convenios multilaterales excluyen los delitos militares del campo de aplicación de la extradición⁵⁹. Respecto de los delitos militares, el cumplimiento de órdenes superiores es una clásica causal de exclusión de responsabilidad penal generalmente reconocida en las legislaciones nacionales.

30. Equiparar los crímenes de guerra - incluidas las infracciones graves al Derecho internacional humanitario- al delito estrictamente militar o al “delito de función” no tiene, desde la perspectiva del derecho penal sustantivo, ninguna lógica jurídica ni fundamento conceptual, ni desde el punto de vista del bien jurídico protegido ni desde la perspectiva del sujeto activo del delito.

31. Considerar crímenes de guerra como delitos militares, ya sea *stricto sensu* o *lato sensu*, - esto es, crímenes que vulnerarían bienes jurídicos militares - no tiene fundamento alguno desde el punto del bien jurídicamente protegido mediante la criminalización de la conducta. Así, por ejemplo, el homicidio arbitrario e intencional de un civil o de un combatiente puesto fuera de combate constituye una vulneración del derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, amparado por el Derecho internacional de los Derechos Humanos, y una violación de principios básicos del Derecho Internacional Humanitario, y no de un bien jurídico militar.

32. Igualmente cabe destacar que desde el punto de vista del sujeto activo de la infracción penal, la asimilación del crimen de guerra al delito militar o al “delito de función” plantea serios problemas. La comisión de crímenes de guerra no está circunscripta a los ilícitos de esta naturaleza cometidos por las Fuerzas Militares u otros cuerpos de seguridad del Estado. Estos crímenes pueden ser cometidos igualmente por otros actores al conflicto armado, pero que no son miembros de las Fuerzas Militares de un país, como: las fuerzas disidentes; los grupos armados de oposición; los líderes “civiles” que dirigen las partes en el conflicto y toman parte a las hostilidades, etc. Si bien estos tienen el estatus de “combatiente” y no se consideran civiles a los efectos de la aplicación del Derecho internacional humanitario – en particular el régimen de protección a los civiles y la población civil –, con la salvedad de cuando se encuentran en la situación de “combatientes puesto fuera de combate” (*Hors combat*), conservan la condición de civil a los efectos de la justicia penal.

33. Resulta de utilidad la jurisprudencia interamericana sobre el juzgamiento de miembros de grupos armados de oposición por tribunales militares en situaciones de conflicto armado. En casos en que miembros de grupos armados de oposición son juzgados por tribunales militares, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que

⁵⁹ Así por ejemplo, el *Tratado modelo de extradición de las Naciones Unidas*; el *Tratado de Derecho Penal Internacional*, de Montevideo de 1920; y el *Convenio Europeo de Extradición*, de 1957. No obstante, este principio se encuentra matizado por algunos tratados bilaterales (Ver: André Huet y Renée Koering-Joulin, *Droit pénal international*, Presses universitaires de France, París, 1993, pág. 365) y multilaterales (Como por ejemplo, el Acuerdo sobre Extradición, de Caracas, adoptado por Ecuador, Bolivia, Perú, Colombia y Venezuela en 1911. Su artículo 2 (22,e) incorporaba en la lista de los delitos extraditables las desertiones de la Marina y el Ejército cometidas en el mar).

"las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador"⁶⁰. Asimismo la Corte ha considerado que "la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos"⁶¹. Asimismo, la Corte ha destacado que "Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori* el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia"⁶².

34. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que los requisitos más fundamentales de un juicio justo "se aplican en la investigación, procesamiento y sanción de delitos, inclusive los vinculados al terrorismo, independientemente de que esas iniciativas puedan adoptarse en tiempos de paz o de emergencia nacional, incluido el conflicto armado"⁶³. Así, la Comisión Interamericana precisó que el "derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial de conformidad con las normas internacionales aplicables" exige "un juicio a cargo de tribunales constituidos ordinariamente que se pueda demostrar son independientes de otras ramas del gobierno y estén integrados por jueces con la debida estabilidad en el cargo y capacitación y, en general, prohíbe el uso de tribunales o comisiones ad hoc, especiales o militares para juzgar a civiles"⁶⁴. Asimismo, la Comisión Interamericana precisó que los tribunales "no pueden juzgar violaciones de los derechos humanos u otros delitos que no guarden relación con las funciones militares, los que deberán someterse a proceso por tribunales civiles"⁶⁵.

35. Un argumento que ha sido algunas veces invocado para considerar los crímenes de guerra como delitos militares o "delito de función", es que se requiere que el juzgador tenga conocimientos jurídicos propios del derecho penal militar. En primer lugar, no existe ninguna correlación entre los bienes jurídicos tutelados mediante los crímenes de guerra y aquellos protegidos por el derecho penal militar. En segundo lugar, si la investigación y juzgamiento de determinados crímenes de guerra pueden requerir de conocimientos especializados en materia militar y de Derecho internacional humanitario, estas pericias no son propias del derecho penal militar. En efecto, conceptos como "proporcionalidad del uso

⁶⁰ Caso *Castrillo Petruzzi y Otros c Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párrafo 130. En el mismo sentido ver: Caso *Cesti Hurtado c Perú*, Sentencia de 29 de septiembre de 1999, Serie C No. 56.

⁶¹ Caso *Cantoral Benavides c Perú*, Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69, párrafo 114. Ver igualmente: Caso *Lori Berenson Mejía c. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párrafo 145.

⁶² Caso *Castrillo Petruzzi y Otros c Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párrafo 128. En el mismo sentido, ver *inter alia*: , Caso *Loayza Tamayo c Perú*, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 33, párrafo 61; Caso *Durand y Ugarte c. Perú*, Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie A No. 68; Caso *Tiu Tojín c. Guatemala*, Sentencia de 26 de noviembre de 2008, Serie C No. 190; Caso *Zambrano Vélez y otros c. Ecuador*, Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C No. 166; Caso de la "Masacre de Mapiripán", Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134; y Caso *Rosendo Cantú y otra c. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216. Ver igualmente al respecto: Federico Andreu Guzmán, *Fuero Militar y derecho internacional, los tribunales militares y las graves violaciones a los derechos humanos*, Comisión Internacional de Juristas / Comisión Colombiana de Juristas, Opciones Gráficas Editores, Bogotá, Colombia 2003, págs. 102 y siguientes.

⁶³ *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, documento de la Organización de Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 octubre 2002, párrafo 261.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

de la fuerza”, “razones militares imperativas”, “blanco legítimo” o “armas y proyectiles prohibidos”, entre otros, son determinantes para establecer si el comportamiento es lícito bajo el derecho internacional humanitario o constituye un crimen de guerra. En la mayoría de estos casos, un conocimiento especializado es requerido por parte de fiscales, jueces de instrucción y jueces y magistrados. No obstante, estos conocimientos poco tienen que ver con el derecho penal militar – ya sea sustantivo o procesal- y fundamentalmente devienen del Derecho internacional humanitario y de conocimientos tácticos y operacionales militares. Fiscales, jueces de instrucción y jueces y magistrados se pueden ver a la misma situación cuando para investigar, conocer o fallar respecto de un delito – ya sea por las características propias de éste, las modalidades de su comisión o características y condiciones del sujeto activo del ilícito penal – es necesario acudir a otras disciplinas. Así, los operadores de justicia se ven frecuentemente confrontados a la necesidad de acudir a conocimientos de sicología, sociología, economía, medicina, grafología, contabilidad, para administrar justicia. Delitos financieros o contra el medio ambiente así como de lavado de dinero requieren frecuentemente de una experticia que generalmente no tienen los administradores de justicia. Estos conocimientos son generalmente proveídos a través de la figura del peritaje técnico científico.

36. La experiencia de las jurisdicciones internacionales que han juzgado o están juzgando crímenes de guerra – como los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, la Corte Especial para Sierra Leona y la Corte Penal Internacional – son un buen ejemplo de ello. Ninguno de estos cuenta entre sus jueces miembros provenientes de jurisdicciones penales militares ni con conocimientos especiales en derecho penal militar. Tampoco han tenido o tienen esta condición o conocimientos los fiscales que han actuado ante estas jurisdicciones internacionales. Unos y otros cuentan, eso sí, con amplios conocimientos en Derecho internacional humanitario. Cuando se requieren conocimientos especializado en asuntos técnicos y operacionales militares, fiscales y jueces de las jurisdicciones internacionales han recurrido a los peritajes. Similar constatación se puede hacer en países en los que la jurisdicción ordinaria investiga y juzga los crímenes de guerra, como en Colombia.

37. En varios países la represión de los crímenes de guerra y de las graves infracciones a los Convenios de Ginebra y demás normas del Derecho internacional humanitario, independientemente la condición de militar del sujeto activo de la conducta ilícita, está a cargo de la jurisdicción penal ordinaria y no de tribunales militares. Así, por ejemplo, Austria⁶⁶, Bélgica, Dinamarca, Noruega⁶⁷ y Suecia, la represión de las graves infracciones a los Convenios de Ginebra se hace por medio de la aplicación del Código Penal ordinario por tribunales penales de la Jurisdicción Ordinaria.

38. En la región, varios países han desarrollado, ya sea normativo o jurisprudencial, un marco jurídico que radica en cabeza de la Jurisdicción Ordinaria el conocimiento de los crímenes de guerra y de las graves infracciones al Derecho internacional humanitario. En Colombia⁶⁸, Costa Rica⁶⁹, El Salvador⁷⁰, Guatemala⁷¹, Nicaragua⁷², Panamá⁷³ Paraguay⁷⁴

⁶⁶ Artículo 84 de la Constitución Política y Código Penal (ordinario).

⁶⁷ Reforma de 1994 al Código de procedimiento penal de 1981.

⁶⁸ Artículos 135 y siguientes del Código Penal.

⁶⁹ Artículo 378 del Código Penal.

⁷⁰ Artículo 362 del Código Penal.

⁷¹ Artículo 378 del Código Penal.

los crímenes de guerra – al menos aquellos cometidos contra civiles o combatientes puestos fuera de combate - están tipificados en la legislación penal ordinaria. En Uruguay, la Ley N° 18.026 de 25 de septiembre 2006, que tipificó el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otros delitos bajo el derecho internacional⁷⁵, prescribe a su artículo 11 que “los crímenes y delitos tipificados en la presente ley no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de funciones militares, no serán considerados delitos militares y quedará excluida la jurisdicción militar para su juzgamiento”. En Argentina, con la adopción del nuevo Código de Justicia Militar en 2008⁷⁶ - que suprimió la jurisdicción penal militar en tiempos de paz - y las modificaciones incorporadas al Código Penal y al Código Procesal Penal de la Nación⁷⁷, todos los delitos cometidos por militares – independientemente de la naturaleza del ilícito penal – son de competencia de la Jurisdicción Ordinaria. En tiempos de guerra, la nueva legislación argentina establece como principio que “[l]os delitos cometidos por militares en tiempo de guerra o en ocasión de otros conflictos armados serán investigados y juzgados según el régimen ordinario previsto para el tiempo de paz, salvo cuando las dificultades provenientes de las condiciones de la guerra o de las operaciones iniciadas sean manifiestas e insuperables y la demora en el juzgamiento pudiere ocasionar perjuicios en la eficiencia operativa o en la capacidad de combate”⁷⁸. De tal suerte que, aún en situaciones de guerra, la competencia radica en la Jurisdicción Ordinaria y los procedimientos se adelantan de conformidad con la legislación procesal ordinaria, y sólo en circunstancias excepcionales previstas por la ley, se podrán constituir Consejos de Guerra. Es importante destacar que esas circunstancias excepcionales hacen referencia a la imposibilidad material de administrar justicia por parte de la Jurisdicción Ordinaria. El Congreso de Honduras adoptó un decreto⁷⁹ para clarificar el alcance de la disposición constitucional relativa al fuero militar o fuero de guerra⁸⁰. El Congreso hondureño aclaró que el fuero militar era competente para “delitos o faltas de naturaleza estrictamente militar” y que “[e]n caso de conflicto de competencia en cuando a si el delito es penal común o penal militar, prevalecerá el fuero común”⁸¹. En Colombia, el Código Penal Militar de 2010 excluye del ámbito de los tribunales militares y expresamente estipula que no son considerados como delitos de función aquellos ilícitos penales “que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario”⁸².

39. Asimismo, cabe destacar que altas cortes y tribunales de justicia en la región han proferido jurisprudencia excluyendo las infracciones al Derecho internacional humanitario del ámbito de competencia de los tribunales militares. Así, al analizar el alcance de la noción de “delito de función”, el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia concluyó que la tortura, el homicidio, la desaparición forzada, y cualquier otro delito que implique un

⁷² Artículos 489 y siguientes del Código Penal.

⁷³ Artículos 437 y siguientes del Código Penal.

⁷⁴ Artículo 320 del Código Penal.

⁷⁵ Como: el “homicidio político”, la tortura, la desaparición forzada, la “privación grave de la libertad” y la “agresión sexual contra persona privada de libertad”.

⁷⁶ Ley 26.394 de 26 de agosto de 2008.

⁷⁷ Anexo I de la Ley 26.394 de 26 de agosto de 2008.

⁷⁸ Anexo II de la Ley 26.394 de 26 de agosto de 2008, *Modificaciones al código penal y al código procesal penal de la Nación*, Artículo 1 “Principio”.

⁷⁹ Decreto N° 58-93 de 30 de marzo de 1993, publicado en La Gaceta, No. 27.059 del 2 de junio de 1993.

⁸⁰ El artículo 90 de la Constitución prescribe que “[s]e reconoce el fuero de guerra para los delitos y faltas de orden militar”.

⁸¹ Artículo 1° del Decreto N° 58-93.

⁸² Artículo 3°.

“atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y aquellas conductas que son abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública, que por su sola comisión rompen el nexo funcional del agente con el servicio, en todos estos casos corresponderá a la justicia ordinaria aprehender la investigación y el juzgamiento de esta clase de conductas”⁸³ y no pueden ser considerados delitos de función o de servicio. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que “[l]as fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados [...]. Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio”⁸⁴.

40. El Tribunal Constitucional de Perú ha considerado que “la comunidad internacional reconoce la existencia de un núcleo inderogable de derechos, establecidos en normas imperativas del Derecho Internacional. Estas normas se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional”⁸⁵. Al examinar el artículo 90 (1) del *Código de Justicia Militar Policial*⁸⁶ que tipificaba el delito como delito de función el homicidio de persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario y lo sometía al conocimiento de la jurisdicción penal militar, el Tribunal Constitucional destacó que “como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en un conflicto armado internacional o no internacional (*en acto de servicio o con ocasión de él*), MATE a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, afectando el bien jurídico VIDA (*que no es un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*)”⁸⁷. Asimismo al examinar otros tipos penales⁸⁸, varios de los cuales referidos a graves infracciones al Derecho internacional humanitario, el Tribunal consideró que estos delitos “por pretender afectar bienes jurídicos que no son propios ni particulares de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, tales como la integridad física, psíquica o moral, la libertad sexual, libertad de tránsito, propiedad, tutela jurisdiccional efectiva, entre otros”⁸⁹ no pueden ser considerados delitos del ámbito de la jurisdicción militar. Así el

⁸³ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, Sentencia de 12 de febrero de 2009, Radicación No. 110010102000200900097 01 – 1134C, pág. 53.

⁸⁴ Sentencia N° SU-1184-2001 (REF.: Expediente T-282730).

⁸⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia de 9 de diciembre de 2004, *Recurso Extraordinario - Gabriel Orlando Vera Navarrete*, Expediente N.º 2798-2004-HC/TC, párrafo 6.

⁸⁶ Artículo 90, inciso 1: “El militar o policía que, con relación con un conflicto armado internacional o no internacional: 1. Mate a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario será reprimido con la pena privativa de libertad no menor de veinte años ni mayor de treinta años”.

⁸⁷ Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, Sentencia de 15 de diciembre de 2006, *Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial*, Expediente N° 00012-2006-PI/TC, párrafo 74.

⁸⁸ Se trataba de los delitos tipificados en el incisos 2 a 9 del artículo 90° y los artículos 91°, 92°, 93°, 95°, 96°, 97°, 98°, 99°, 100°, 101°, 102° y 103° del Código de Justicia Militar Policial.

⁸⁹ Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, Sentencia de 15 de diciembre de 2006, *Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial*, Expediente N° 00012-2006-PI/TC, párrafo 75.

Tribunal Constitucional concluyó que estas normas, tipificando estos crímenes como delitos de función, eran inconstitucionales.

41. Desde la perspectiva de los estándares internacionales cabe destacar que varios instrumentos prescriben que ciertas conductas criminales constitutivas de graves violaciones de derechos humanos – independientemente que haya sido o no cometidas dentro de un conflicto armado y por un actor al conflicto –son de exclusiva competencia de la jurisdicción penal ordinaria. Así, cabe destacar: la *Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas*⁹⁰; la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra la desaparición forzada*⁹¹; el *Conjunto actualizado de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*⁹² de las Naciones Unidas; y los *Principios sobre la Administración de justicia por Tribunales Militares*⁹³, adoptado por la antigua Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁹⁴. Respecto de este último, y aun cuando se trata de un Proyecto de Principios⁹⁵, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que reflejan la evolución del Derecho internacional de los derechos humanos en el campo de los tribunales militares y lo ha empleado como fuente jurídica⁹⁶. Asimismo, recientemente, la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de las Naciones Unidas, Sra. Gabriela Knaul, ha considerado que el Proyecto de Principios refleja el desarrollo del derecho internacional en la materia y ha instado al Consejo de Derechos Humanos a adoptarlo⁹⁷. Finalmente, cabe destacar que en su Resolución No. 1994/67, “Fuerzas de defensa civil”, la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas recomendó que cuando “se creen fuerzas armadas de defensa civil” los Estados establezcan en su derecho interno que “los delitos que impliquen violaciones de derechos humanos por esas fuerzas estarán sujetos a la jurisdicción de los tribunales civiles”⁹⁸.

4.- Conclusión

42. Los crímenes de guerra son crímenes contra el Orden público internacional, que vulneran bienes jurídicos protegidos por el Derecho internacional, y en particular “las leyes y costumbres de la guerra“, normas básicas humanitarias y valores esenciales para la protección del ser humano, protegidos por el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En razón de su naturaleza, de los bienes

⁹⁰ Artículo IX.

⁹¹ Artículo 16 (2).

⁹² Principios 22 y 29.

⁹³ Principios 8 (*Competencia funcional de los órganos judiciales militares*. “La competencia de los órganos judiciales militares debería estar limitada a las infracciones cometidas dentro del ámbito estrictamente castrense por el personal militar. Los órganos judiciales militares podrán juzgar a las personas que tengan asimilación militar por las infracciones estrictamente relacionadas con el ejercicio de su función asimilada.”) y 9 (*Enjuiciamiento de los autores de violaciones graves de los derechos humanos*. “En todo caso, la competencia de los órganos judiciales militares debería excluirse en favor de la de los tribunales de justicia ordinarios para instruir diligencias sobre violaciones graves de los derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y la tortura, y para perseguir y juzgar a los autores de esos crímenes.”).

⁹⁴ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2006/58 de 13 de enero de 2006.

⁹⁵ Los principios están pendientes de examen y adopción por el Consejo de Derechos Humanos.

⁹⁶ Sentencia del 4 de mayo de 2006, Caso *Ergin c. Turquía* (Comunicación N° 47533/99), y Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Caso *Maszni c. Rumania* (Comunicación N° 59892/00).

⁹⁷ *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, Documento de las Naciones Unidas A/68/285 de 7 de agosto de 2013.

⁹⁸ Resolución 1994/67, “Fuerzas de defensa civil”, párrafo 2.

jurídicos protegidos y del régimen jurídico aplicable, los crímenes de guerra no pueden ser considerados ni asimilados a delitos militares, ni pueden ser de competencia del fuero militar.

B.- Estándares internacionales relativos a la debida diligencia en la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos

43. El Derecho internacional impone la obligación de investigar, juzgar y condenar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos y crímenes bajo el derecho internacional. Así lo ha recordado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. [...] y que] El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación"⁹⁹.

44. Estas obligaciones están consagradas expresamente en numerosos tratados de derechos humanos¹⁰⁰ y otros instrumentos internacionales¹⁰¹. Si bien ciertos tratados no contienen disposiciones expresas sobre estas obligaciones¹⁰², la jurisprudencia internacional ha concluido que, en virtud del deber de garantía consagrado en los tratados de derechos humanos, como así también los principios generales del derecho, estos tratados imponen la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los autores y demás partícipes de crímenes bajo el derecho internacional¹⁰³.

⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia de 29 de julio de 1988, caso Velázquez Rodríguez*, en Serie C: N° 4, párrafos 166 y 174.

¹⁰⁰ Así, cabe destacar: artículos 4, 5 y 7 de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*; artículos 3, 4, 5, 6 y 7 de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*; artículos 3 y 4 de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*; artículo 2 de la *Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer*; artículo 4 del *Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*; *Transnacional*; artículos IV, V y VI de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*; artículos 1 y 6 de la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*; artículo 7 de la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*; y artículos I y IV de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*.

¹⁰¹ Los *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad* la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*, el *Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, y los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*.

¹⁰² Como la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

¹⁰³ Ver *inter alia*, Comité de Derechos Humanos: Observación General No. 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*; Dictamen de 27 de octubre de 1995, Comunicación No. 563/1993, Caso *Nydia Erika Bautista c. Colombia*; Dictamen de 29 de julio de 1997, Comunicación No. 612/1995, Caso *José Vicente y Amado Villafaña Chaparro, Luis Napoleón Torres Crespo, Angel María Torres Arroyo y Antonio Hugues Chaparro Torres c. Colombia*. Comité contra la Tortura: Observación General No. 2, *Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, y la Decisión relativa a las comunicaciones Nos. 1/1988, 2/1988 y 3/1988 (Argentina), de 23 de noviembre de 1989, párrafo 7. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 7; Caso *Godínez Cruz c. Honduras*, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 8; Caso *Caballero Delgado y Santana c. Colombia*, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C No. 22; Caso *El Amparo c. Venezuela*, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C No. 28; Caso *Castillo Páez c. Perú*, Sentencia de

45. Pero estas obligaciones tienen también su fundamento en el Derecho Internacional Consuetudinario. El Comité Internacional de la Cruz Roja ha señalado que la obligación de los Estados de investigar, juzgar y castigar los crímenes de guerra es una norma consuetudinaria del Derecho internacional¹⁰⁴. Estas obligaciones han sido reiteradas por el Consejo de Seguridad¹⁰⁵ y la Asamblea General¹⁰⁶ de las Naciones Unidas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recordado que estas obligaciones de investigar, juzgar y castigar a los autores de graves violaciones de derechos humanos y crímenes bajo el derecho internacional son irrenunciables¹⁰⁷.

1.- Estándares de investigación

46. La obligación de investigar las violaciones a los derechos humanos es una obligación internacional, tanto bajo tratados como bajo el derecho internacional consuetudinario. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha recordado repetidamente a los Estados su obligación de realizar investigaciones prontas, imparciales e independientes respecto de todo acto de tortura, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, sumaria o arbitraria. La Asamblea General y la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han reiterado que "la obligación que incumbe a todos los gobiernos de llevar a cabo investigaciones completas e imparciales en todos los casos en que se sospeche que se han realizado ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y de identificar y enjuiciar a los autores"¹⁰⁸. Por su parte el Comité de Derechos Humanos ha reiteradamente aseverado que "[E]l Estado Parte tiene el deber de investigar a fondo las presuntas violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas de personas y las violaciones del derecho a la vida, [...]"¹⁰⁹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que la prohibición de la desaparición forzada de personas y

3de noviembre de 1997, Serie C No. 34; *Caso Suárez Rosero c. Ecuador*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35; y *Caso Nicholas Blake c. Guatemala*, Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C No. 36.

¹⁰⁴ Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario – Volumen I: Normas*, Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja, Norma No. 158, pág. 687 y siguientes.

¹⁰⁵ Ver *inter alia*, Resolución sobre la cuestión de Haití, S/RES/1529 (2004), 29 de febrero de 2004, párrafo 7; Resolución sobre la situación en Costa de Marfil, S/RES/1479 del 13 de mayo de 2003, párrafo 8.

¹⁰⁶ Ver *inter alia*, Resolución 57/228 de 18 de diciembre de 2002, sobre los procesos contra el Khmer Rouge y A/RES/57/190, de 18 de diciembre de 2002, párrafo 11.

¹⁰⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio 2000, párrafo 230

¹⁰⁸ Resolución 1001/45 de 23 de abril 2002, párr. 6, de la Comisión de Derechos Humanos y Resolución 55/111 de 4 de diciembre de 2000, párr. 6, de la Asamblea General.

¹⁰⁹ Decisión de 13 noviembre de 1995, Comunicación N° 563/1993, *Caso Nydia Erika Bautista*, (Colombia), documento de las Naciones Unidas CCPR/C/55/D/563/1993, párrafo 8,6. Igualmente ver la Decisión de 29 de julio de 1997, Comunicación N° 612/1995, *Caso José Vicente y Amado Villafañe Chaparro, Luis Napoleón Torres Crespo, Angel María Torres Arroyo y Antonio Hugues Chaparro Torres* (Colombia), documento de las Naciones Unidas CCPR/C/60/D/612/1995, párrafo 8,8. Ver también: Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989, (Art. 63.1 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 7, párrafos. 32 y 34; *Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria (Art. 63.1 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C: No. 8, párrafos 30 y 3; *Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995*, Serie C No. 22, párrafo 69 y Resolutivo 5; *Caso El Amparo, Reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia del 14 de septiembre de 1996, Serie C No. 28, párrafo 61 y Resolutivo 4; *Caso Castillo Páez, Sentencia de 3 de noviembre de 1997*, Serie C No. 34, párrafo 90; *Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997*, Serie C: No. 35, párrafo 107 y Resolutivo 6; y *Caso Nicholas Blake, Sentencia de 24 de enero de 1998*, Serie C: No. 36, párrafo 97.

de las ejecuciones extrajudiciales así como el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables son normas que “han alcanzado carácter de *jus cogens*”¹¹⁰.

47. Las condiciones de ejecución y cumplimiento de la obligación de investigar están prescritas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto en textos convencionales como declarativos, así como por la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Así, esta obligación de investigación no puede ser ejecutada de cualquier manera. Debe ser cumplida conforme a los estándares establecidos por las normas y la jurisprudencia internacionales. Los instrumentos¹¹¹ y la jurisprudencia internacionales han precisado las características que deben reunir las investigaciones de las graves violaciones de derechos humanos, y en particular de las ejecuciones extrajudiciales. Estas pueden sistematizarse o resumirse de la siguiente manera:

- a. Las investigaciones deben realizarse *ex officio*, aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal, siempre que haya motivos razonables para creer que el hecho existió.
- b. Las investigaciones deben emprenderse prontamente y realizarse dentro de un plazo razonable.
- c. Las investigaciones deben ser exhaustivas, esto es deben estar efectivamente enderezadas al establecimiento de los hechos y circunstancias en que se cometieron y la identificación y responsabilidad de las todas las personas implicadas (autores, partícipes, cadena de mando; encubridores).
- d. Las investigaciones deben ser independientes, tanto objetiva como subjetivamente, y los funcionarios a cargo de ellas deben ser independientes de los presuntos autores y del organismo al que éstos pertenezcan y no tener una relación de subordinación o dependencia jerárquica o funcional con estos.
- e. Las investigaciones deben ser imparciales (aspecto objetivo – aspecto subjetivo).
- f. Las investigaciones deben ser efectivas y los funcionarios a cargo de ellas deben estar investidos de las facultades necesarias para realizarlas y obtener toda la información necesaria para la investigación, incluso acceder a lugares y a documentos bajo

¹¹⁰ *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párrafo 84; *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C No. 212, párrafo 86; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C No. 217, párrafo 61; *Caso Gelman Vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párrafo 75; y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219, párrafo 105.

¹¹¹ Ver, inter alia: *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* (Artículos 8 y 10); *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* (Artículos IX y X); *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (Artículos 12, 13 y 15); *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (artículos 11, 12, 18 y 19); *Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (Principios 1 a 6); *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (Artículos 13 y 16); *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* (Principios 9 y 19); *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* (artículo 8); *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley* (Principios 6, 11 y 22 a 26); *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión* (Principios 7, 23, 33 y 34); *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad* (Reglas 56 y 57); y *Directrices sobre la Función de los Fiscales* (Directrices 11 a 16).

reservas legales o seguridad nacional, convocar testigos y posibles autores y coparticipes.

- g. Las investigaciones no pueden recurrir a métodos prohibidos, como la tortura y malos tratos, amenazas de muerte u técnicas de interrogatorios prohibidos por el Derecho internacional.
- h. Las víctimas y/o sus familiares deben tener derecho a presentar denuncias y pruebas, intervenir en la investigación o ser informados de los avances y resultados de esta, y tener conocimiento de ciertos actos (autopsias, dictámenes legistas, exhumaciones).
- i. Durante la investigación, las autoridades deben adoptar medidas de protección y salvaguarda de integridad de los participantes en ella (víctimas, sus familiares, denunciante, sus representantes o apoderados, peritos y demás intervinientes) así como suspender de toda función oficial de los presuntos autores de cualquiera durante la investigación o tomar medidas para que estos no influyan en el curso de las investigaciones.

48. Una investigación independiente requiere que el órgano investigador y los investigadores no estén involucrados en el delito y que sean independientes de los presuntos perpetradores y de las instituciones o agencias a los éstos que pertenecen. Una investigación independiente exige también que el órgano investigador y los investigadores no tengan vínculos de subordinación o dependencia jerárquica o funcional de los presuntos autores o del organismo al que éstos pertenecen. La independencia de la investigación puede verse comprometida si las investigaciones de delitos supuestamente cometidos por miembros de las fuerzas armadas son llevadas a cabo por miembros de las mismas fuerzas armadas. El Comité de Derechos Humanos¹¹², el Comité contra la Tortura¹¹³, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas u Involuntarias¹¹⁴, el Relator Especial sobre Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias¹¹⁵, los Relatores Especiales sobre Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y sobre la cuestión de la Tortura¹¹⁶, el Relator Especial sobre la independencia de los jueces y abogados¹¹⁷, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹¹⁸ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹¹⁹ que las investigaciones de graves

¹¹² Ver inter alia: *Informe del Comité de Derechos Humanos - Asamblea General. Documentos oficiales del 35º periodo de sesiones*, documento de las Naciones Unidas Suplemento N° 40 (A/35/40), 1980, párrafo 249 y ss ; *Observaciones finales del Comité de derechos humanos : Colombia*, Documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.76, 5 de mayo de 1997, párrafos 19 y 23; *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos : Colombia*, documento de Naciones Unidas CCPR/CO/80/COL, de 26 de mayo 2004, párrafo 9; *Observaciones finales del Comité de derechos humanos - Bolivia*, de 1º de mayo de 1997, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.74, párrafo 34.

¹¹³ Ver inter alia: *Conclusiones y recomendaciones - Ecuador*, de 15 de noviembre de 1993, documento de las Naciones Unidas A/49/44, para. 105; y *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura : Colombia*, documento de Naciones Unidas CAT/C/CR/31/1, de 4 de febrero 2004, párrafo 11, b, ii

¹¹⁴ Ver entre otros, los documentos de las Naciones Unidas E/CN.4/1994/26, párrafo 86; E/CN.4/1990/13, párrafo 22; y E/CN.4/1992/18, párrafo 367.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1995/111, párrafo 86. Ver igualmente el párrafo 119.

¹¹⁷ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1998/39/Add.2, párrafos 80 y 185.

¹¹⁸ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2003/13, de 24 de febrero de 2003, párrafo 169 y E/CN.4/2004/13, de 17 de febrero de 2004, párrafos 79 y 169.

¹¹⁹ Ver inter alia: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil*, documento OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev.1 de 29 septiembre 1997, párrafo 86; *Primer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*, documento OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 31, 12 marzo 1993, párrafo 24; *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*, documento OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 junio 2000, párrafos 100, 238 y 244; *Informe sobre*

violaciones de derechos humanos atribuidas a miembros de las Fuerzas Militares no pueden ser investigadas por la Jurisdicción Penal Militar sino por cuerpos civiles adscritos a la jurisdicción ordinaria o bajo dirección o vigilancia de jueces penales ordinarios. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reiteradamente recordado a los Estados Partes del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que deben establecer órganos y procedimientos independientes de las Fuerzas Armadas y de los cuerpos de policía para investigar con prontitud e imparcialidad las violaciones a los derechos humanos y los casos de uso excesivos de la fuerza atribuibles al personal de los cuerpos de seguridad del Estado¹²⁰. El Comité de Derechos Humanos ha destacado, en varias oportunidades, que el hecho que las violaciones a los derechos humanos y abusos atribuidos a miembros de los cuerpos policiales no hayan sido investigados por un órgano independiente contribuye a crear un clima de impunidad¹²¹. El Comité de Derechos Humanos ha reiterado que la impunidad - ya sea *de iure* o *de facto* - de las violaciones a los derechos humanos es incompatible con las obligaciones de los Estados bajo el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*¹²².

49. El deber de investigación es una de aquellas obligaciones llamadas de medio¹²³. Las autoridades deben investigar diligente y seriamente toda alegación de violación de los derechos humanos ya que, como lo señaló La Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el Estado está en el deber jurídico de [...] investigar seriamente con los medios a su alcance”¹²⁴. Ello significa que tal deber de investigación se absuelve desplegando *motu proprio* las actividades necesarias para esclarecer los hechos y las circunstancias que los rodearon e identificar los autores. Se trata de una obligación jurídica y no de una mera

la situación de los derechos humanos en México, documento OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 7 rev. 1, Septiembre 24, 1998, párrafos 35 y 339; *Quinto Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, documento OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 abril 2001, párrafos 33 y 63; y *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, documento OEA/Ser.L/V/II.84, Doc. 39 rev., de 14 octubre 1993, Capítulo III "Sistema político y normativo de Colombia", letra F ("El régimen de excepción en el ordenamiento jurídico vigente")

¹²⁰ Observaciones finales - Venezuela, de 26 de abril de 2001, documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/71/VEN, párrafo 8; Observaciones finales - República Kirguisa, de 24 de julio de 2000, documento CCPR/CO/69/KGZ, párrafo 7; Observaciones finales - Chile, de 30 de marzo de 1999, documento CCPR/C/79/Add.104, párrafo 10; Observaciones finales - Belarús, de 19 de noviembre de 1997, documento CCPR/C/79/add.86, párrafo 9; Observaciones finales - Ex Repúblicas Yugoslava de Macedonia, de 18 de agosto de 1998, documento CCPR/C/79/Add.96, párrafo 10; Observaciones finales - Camerún, de 4 de noviembre de 1999, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.116, párrafo 20; Observaciones finales - Sudán, de 19 de noviembre de 1997, documento CCPR/C/79/Add.85, párrafo 12; Observaciones finales - Mauricio, de 4 de junio de 1996, documento CCPR/C/79/Add.60, literal E; Observaciones finales - Brasil, de 24 de julio de 1996, documento CCPR/C/79/Add.66, párrafo 22; Observaciones finales - Alemania, de 18 de noviembre de 1996, documento CCPR/C/79/Add.73, párrafo 11; Observaciones finales - Bolivia, de 1º de mayo de 1997, documento CCPR/C/79/Add.74, párrafo 28; Observaciones finales - Kuwait, de 27 de julio de 2000, documento CCPR/CO/KWT, párrafo 13; Observaciones finales - Sri Lanka, de 23 de julio de 1995, documento CCPR/C/79/Add.56, párrafo 30; Observaciones finales - Yemen, de 3 de octubre de 1995, documento A/50/40, apartado N° 5; Observaciones finales - Guyana, de 25 de abril de 2000, documento CCPR/C/79/Add.121, párrafo 10; Observaciones finales - Argelia, de 18 de agosto de 1998, documento CCPR/C/79/Add.95, párrafos 6, 7 y 9; y Observaciones preliminares - Perú, de 25 de julio de 1995, documento CCPR/C/79/Add.67, párrafo 22.

¹²¹ Observaciones finales - Sri Lanka, de 23 de julio de 1995, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.56, párrafo 15; Observaciones finales - Belarús, de 19 de noviembre de 1997, documento CCPR/C/79/add.86, párrafo 9.

¹²² Observaciones finales - Lesotho, de 8 de abril de 1999, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.106, párrafo 17; Observaciones finales - Brasil, de 24 de julio de 1996, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/add.66, párrafo 8.

¹²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrafo 166; véase también el párrafo 174; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Finucane c. el Reino Unido*, Sentencia del 1 de julio de 2003, párrafo 69.

¹²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 29 de julio de 1988, doc. cit., párr. 174.

gestión de intereses particulares, como a bien tuvo señalarlo la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹²⁵. En ese mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado¹²⁶. El Comité ha precisado que existe, bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, una “obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez, a fondo y de manera efectiva mediante órganos independientes e imparciales. [...] [y que] La falta de realización por un Estado Parte de una investigación sobre las alegaciones de violaciones podría en sí constituir una violación separada del Pacto.”¹²⁷.

50. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: “[l]a de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el sólo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.”¹²⁸.

51. En lo que atiene a las ejecuciones extrajudiciales, estos estándares han sido codificados en los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha destacado que las investigaciones de las ejecuciones extrajudiciales debe realizarse de conformidad con estos principios¹²⁹.

52. Estos Principios han sido complementados con el *Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*¹³⁰, que incluye protocolos modelos de investigación, autopsia, exhumación y análisis de restos óseos.

53. Los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias estipulan que en casos de sospecha de ejecuciones extralegales o extrajudicial estipulan, entre otros, que:*

- a. Se debe proceder a una “investigación exhaustiva, inmediata e imparcial”¹³¹ (subraya añadida);

¹²⁵ Ibid, párr. 177.

¹²⁶ Comité de Derechos Humanos, decisión de 19 de julio de 1994, Comunicación No. 322/1988, Caso *Hugo Rodríguez* (Uruguay), documento de las Naciones Unidas CCPR/C/51/D/322/1988, párrafo 12(3).

¹²⁷ Observación General N° 31, *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, párrafo 16.

¹²⁸ *Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988*, Serie C No. 4, párr. 177 y *Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989*, Serie C No. 5, párr. 188. En ese mismo sentido ver igualmente la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995*, en Serie C: No. 22, párrafo 58.

¹²⁹ Ver inter alia: Resolución No. 67/168 de 20 de diciembre de 2012.

¹³⁰ Documento de las Naciones Unidas ST/CSDHA/12.

¹³¹ Principio 9.

- b. “La investigación tendrá como objetivo determinar la causa, la forma y el momento de la muerte, la persona responsable y el procedimiento o práctica que pudiera haberla provocado”¹³²(subraya añadida).
- c. “Durante la investigación se realizará una autopsia adecuada y se recopilarán y analizarán todas las pruebas materiales y documentales y se recogerán las declaraciones de los testigos. La investigación distinguirá entre la muerte por causas naturales, la muerte por accidente, el suicidio y el homicidio”¹³³ (subraya añadida);
- d. “No podrá procederse a la inhumación, incineración, etc. del cuerpo de la persona fallecida hasta que un médico, a ser posible experto en medicina forense, haya realizado una autopsia adecuada. Quienes realicen la autopsia tendrán acceso a todos los datos de la investigación, al lugar donde fue descubierto el cuerpo, y a aquél en el que suponga que se produjo la muerte. Si después de haber sido enterrado el cuerpo resulta necesaria una investigación, se exhumará el cuerpo sin demora y de forma adecuada para realizar una autopsia.”¹³⁴;
- e. “El cuerpo de la persona fallecida deberá estar a disposición de quienes realicen la autopsia durante un período suficiente con objeto de que se pueda llevar a cabo una investigación minuciosa. En la autopsia se deberá intentar determinar, al menos, la identidad de la persona fallecida y la causa y forma de la muerte. En la medida de lo posible, deberán precisarse también el momento y el lugar en que ésta se produjo. Deberán incluirse en el informe de la autopsia fotografías detalladas en color de la persona fallecida, con el fin de documentar y corroborar las conclusiones de la investigación. El informe de la autopsia deberá describir todas y cada una de las lesiones que presente la persona fallecida e incluir cualquier indicio de tortura”¹³⁵.
- f. “Con el fin de garantizar la objetividad de los resultados, es necesario que quienes realicen la autopsia puedan actuar imparcialmente y con independencia de cualesquiera personas, organizaciones o entidades potencialmente implicadas”¹³⁶.
- g. “Los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda la información pertinente a la investigación, y tendrán derecho a presentar otras pruebas. La familia del fallecido tendrá derecho a insistir en que un médico u otro representante suyo calificado esté presente en la autopsia. Una vez determinada la identidad del fallecido, se anunciará públicamente su fallecimiento, y se notificará inmediatamente a la familia o parientes. El cuerpo de la persona fallecida será devuelto a sus familiares después de completada la investigación”¹³⁷.
54. El *Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* recuerda que el propósito esencial de la investigación es “descubrir la verdad acerca de acontecimientos que ocasionaron la muerte sospechosa de una víctima”. Una de las primerísimas medidas a adoptar es la relativa a la identificación de

¹³² Principio 9.

¹³³ Principio 9.

¹³⁴ Principio 12.

¹³⁵ Principio 13.

¹³⁶ Principio 14.

¹³⁷ Principio 16.

la víctima, mediante “testigos confiables y otros métodos objetivos”, como toma de huellas digitales o las necro dactilias.

55. La observancia de los estándares establecidos tanto en los Principios como en el Manual y sus protocolos son de vital importancia. El Relator Especial sobre Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, ha venido considerando que el incumplimiento de las normas enunciadas en los Principios constituye un “indicio de responsabilidad gubernamental” aunque no se pueda probar que en las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de que se trate han estado directamente implicados los funcionarios gubernamentales¹³⁸. Más aún, su desconocimiento y la ausencia de debida diligencia en las actividades de identificación de las víctimas, autopsias, inhumaciones y otros, pueden ser en sí mismo constitutivos en determinadas circunstancias de formas de participación en la ejecución extrajudicial, a título de encubrimiento. Igualmente, pueden comprometer la responsabilidad estatal por incumplimiento de su obligación de investigar.

56. No sobra recordar que, en casos de ejecuciones extrajudiciales “secretas” o en las familias no han sido informadas del lugar exacto de sepultura de sus seres queridos, el Comité de Derechos Humanos ha concluido que estas situaciones constituían tratos inhumanos frente a los familiares de las personas ejecutadas¹³⁹. Así, en el caso del Presidente de Burkina Faso Thomas Sankara ejecutado durante un golpe de Estado, el Comité de Derechos humanos destacó “la angustia y presión psicológica que la Sra. Sankara y sus hijos, familia de un hombre al que se dio muerte en controvertidas circunstancias, han sufrido y siguen sufriendo al no conocer aún las circunstancias que rodearon el fallecimiento de Thomas Sankara, ni el lugar exacto donde se enterró oficialmente su cadáver”¹⁴⁰. Al recordar que “[l]a familia de Thomas Sankara tiene derecho a conocer las circunstancias de su muerte”¹⁴¹, el Comité concluyó que se violó el artículo 7 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

57. Asimismo, cabe recordar que la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos concluyó que, de acuerdo con el desarrollo del Derecho internacional, “[e]n los casos de violaciones manifiestas de los derechos humanos, como [...] las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, las infracciones graves del derecho humanitario y otros actos delictivos en el derecho internacional, las víctimas y sus familiares tienen derecho a saber la verdad”¹⁴² y que “[e]l derecho a la verdad entraña tener un conocimiento pleno y completo de los actos que se produjeron, las personas que participaron en ellos y las circunstancias específicas, en particular de las violaciones perpetradas y su motivación”¹⁴³. Igualmente, la Alta Comisionada destacó que “[e]n los casos de desaparición forzosa, [...] ejecuciones secretas y ocultación del lugar de sepultura de la

¹³⁸ Documentos de las Naciones Unidas E/CN.4/1991/36, párrafo 591 y E/CN.4/1990/22, párrafo 463.

¹³⁹ Ver entre otros: Dictamen de 26 de marzo de 2006, *Caso Sankara y otros (Burkina Faso)*, Comunicación No. 1159/2003; Dictamen de 3 de abril de 2003, *Caso Lyashkevich (Belarus)*, Comunicación No. 887/1999; Dictamen de 30 de marzo de 2005, *Caso Khalilova (Tayikistán)*, Comunicación No. 973/2001; Dictamen de 16 de noviembre de 2005, *Caso Valichon Aliboev (Tayikistán)*, Comunicación No. 985/2001; y Dictamen de 3 de abril de 2003, *Caso Mariya Staselovich (Belarus)*, Comunicación No. 887/1999.

¹⁴⁰ Dictamen de 26 de marzo de 2006, *Caso Sankara y otros (Burkina Faso)*, Comunicación No. 1159/2003, párrafo 12.2.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Estudio sobre el derecho a la verdad - Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, E/CN.4/2006/91 de 9 de enero de 2006, párr. 58.

¹⁴³ *Ibid.*, párr. 59.

víctima, el derecho a la verdad tiene también una faceta especial: el conocimiento de la suerte y el paradero de las víctimas”¹⁴⁴.

58. Si ciertamente la obligación de investigar es una obligación de medio, la observancia de los estándares internacionales es el rasero para determinar si se cumplió con la debida diligencia o se trató de una mera gestión formal, que puede ser caracterizada como administración fraudulenta de la justicia.

59. La obligación de investigar las graves violaciones a los derechos humanos debe ser ejecutada de buena fe y todo propósito de usar las investigaciones para garantizar la impunidad debe ser excluido. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que “[L]a investigación de los hechos [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad”¹⁴⁵. Así, la Corte ha afirmado que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación [...] de las violaciones graves de 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"¹⁴⁶. La Corte Interamericana ha considerado igualmente que: "el Estado debe garantizar que los procesos internos tendientes a investigar [...] los hechos [...] surtan sus debidos efectos y, en particular, de abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad. [...] Los funcionarios públicos y los particulares que entorpezcan, desvíen o dilaten indebidamente las investigaciones tendientes a aclarar la verdad de los hechos, deberán ser sancionados, aplicando al respecto, con el mayor rigor, las previsiones de la legislación interna"¹⁴⁷.

2.- Estándares sobre juzgamiento de responsables de graves violaciones de derechos humanos

60. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha “reitera[do] la obligación que incumbe a todos los Estados en virtud del derecho internacional de investigar de manera completa, expeditiva e imparcial todos los casos de supuestas ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, identificar y enjuiciar a los responsables, asegurando al mismo tiempo el derecho de toda persona a un juicio justo ante un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, conceder una indemnización adecuada dentro de un plazo razonable a las víctimas o a sus familiares y adoptar todas las medidas que sean necesarias, incluso de carácter legal y judicial, para acabar con la impunidad e impedir que se repitan ese tipo de ejecuciones, como se recomendó en los Principios

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ Sentencia del 14 de septiembre de 1996, *Caso El Amparo (Reparaciones)*, 61. Ver también, Sentencia de 22 de enero de 1999, *Caso Blake (Reparaciones)*, párrafo. 65.

¹⁴⁶ Sentencia de 14 de marzo de 2001, *Caso Barrios Altos*, párrafo 41. En igual sentido, ver Sentencia de 27 de febrero de 2002. *Caso Trujillo Oroza (Reparaciones)*, párrafo 106; y Sentencia de 3 de septiembre de 2001 *Caso Barrios Altos. Interpretación de la Sentencia de Fondo*. (Art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 15.

¹⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 29 de agosto de 2002, *Caso del Caracazo c. Venezuela (Reparaciones)*, párrafo 119.

relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias¹⁴⁸.

61. El Derecho internacional estipula el régimen jurídico aplicable al juzgamiento y sanción de este tipo de crímenes. Este puede sintetizarse de la siguiente manera:

- a. Las graves violaciones de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra no pueden ser objeto de amnistías, indultos o medidas similares que impidan investigar estos crímenes y/o que exoneren a los autores y demás partícipes de estos crímenes de su responsabilidad penal.
- b. Los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra son imprescriptibles.
- c. Las graves violaciones de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra no pueden considerarse delitos políticos o cometidos por razones políticas a los efectos de la extradición, el refugio y el asilo.
- d. Se aplica el principio de responsabilidad penal del superior jerárquico – civil o militar - por crímenes cometidos por sus subordinados.
- e. No se puede aplicar la obediencia debida como causal de exoneración de responsabilidad penal o de justificación de los hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra
- f. El hecho de que la persona que cometió un acto que constituye delito bajo el derecho internacional actuó como Jefe de Estado, Jefe de gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante electo, funcionario de gobierno u otra función oficial, en ningún caso eximirá a la persona de la responsabilidad penal y no constituirá base para la reducción de la pena o una circunstancia atenuante.
- g. La ley penal nacional se puede aplicar retroactivamente a los hechos que al momento en que fueron cometidos ya eran crímenes bajo el Derecho internacional, sin que ello signifique una violación de los principios de legalidad de los delitos (*nullum crimen sine lege*) y de irretroactividad de la ley penal.
- h. Los presuntos autores y demás partícipes de graves violaciones de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra deben ser juzgados por la Jurisdicción Penal Ordinaria y no por tribunales militares.
- i. Las sanciones impuestas por estos crímenes deben ser proporcionadas a la gravedad de estos ilícitos bajo el Derecho internacional.
- j. No se puede invocar el carácter de cosa juzgada de una sentencia y el principio *ne bis in idem* cuando el procedimiento judicial no respondió a un intento real de llevar a los responsables ante la justicia u obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad por esos crímenes (*“cosa juzgada fraudulenta”*) o cuando no fue tramitado por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley y con la observancia de las garantías procesales propias al debido proceso legal.

¹⁴⁸ Ver inter alia: Resolución No. 67/168 de 20 de diciembre de 2012.

62. La obligación de juzgar y castigar debe ser cumplida de acuerdo con las normas previstas para ello por el Derecho Internacional, lo cual incluye un tribunal independiente e imparcial, el respeto de las garantías judiciales propias del debido proceso y la imposición de penas adecuadas a la gravedad de los crímenes. La obligación de juzgar y sancionar a los autores de violaciones a los derechos humanos, se ejecuta a través de la acción de los tribunales. El Comité de Derechos Humanos ha recordado que, incluso en tiempos de guerra o en estado de urgencia, "[s]ólo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito"¹⁴⁹ y que el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente, imparcial y competente es un derecho absoluto que no permite excepción¹⁵⁰. Igualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que "en un Estado constitucional y democrático de derecho, donde se respeta la separación de poderes, toda pena establecida en la ley debe ser impuesta judicialmente y tras haberse establecido la culpabilidad de una persona dentro de un juicio justo con todas las garantías. La existencia de una situación de emergencia no autoriza al Estado para desconocer la presunción de inocencia, ni tampoco confiere a las fuerzas de seguridad el ejercicio de un *ius puniendi* arbitrario y sin límites"¹⁵¹.

63. En la represión de las graves violaciones de derechos humanos, los tribunales deben garantizar el derecho a la justicia y a un recurso efectivo para las víctimas de violaciones a los derechos humanos y sus familiares, además de las garantías judiciales de los justiciables. En esta doble función los tribunales deben observar las prescripciones en la materia establecidas por el Derecho internacional¹⁵². En este marco jurídico, la obligación de juzgar y sancionar y la garantía del derecho a la Justicia y a un recurso efectivo pasa por un tribunal independiente, imparcial, competente y establecido por ley.

64. Todo tribunal o juez debe ser independiente del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo¹⁵³. Esto significa que ni la judicatura ni los jueces que la componen pueden estar subordinados a otros poderes del Estado¹⁵⁴. Asimismo, los tribunales deben ser verdadera y efectivamente independientes como también permanecer libres de influencias o presiones de cualquiera de las demás ramas del Poder público u otro sector¹⁵⁵.

65. Los tribunales y jueces deben ser imparciales. La imparcialidad implica que los tribunales y jueces no deben tener un interés en el caso particular que conocen, ideas preconcebidas en cuanto al asunto de que entienden ni actuar de manera que promuevan los intereses de una de las partes. La imparcialidad de un tribunal o juez puede ser definida como la ausencia de prejuicio, animosidad o simpatía hacia cualquiera de las partes. La

¹⁴⁹ *Observación General No. 29: Estados de emergencia (artículo 4)*, Documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, del 31 de agosto de 2001, párrafo 16; *Observación General No. 32, Artículo 14: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, *doc. cit.*, párrafos 18 y 19; Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 28 de octubre de 1992, Comunicación No. 263/1987, Caso *Miguel González del Río c. Perú*, párrafo 5.2, CCPR/C/46/263/1987, 20 noviembre 1992.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ Informe N° 49/00, Caso 11.182, *Rodolfo Gerbert, Ascencio Lindo y otros c. Perú*, de 13 de abril de 2000, párrafo 86.

¹⁵² Ver *inter alia*: *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículos 1, 8 y 25) y *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (artículos 2 y 14).

¹⁵³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 9 de diciembre de 1994, Caso *Refinerías de Stran Greek y Stratis Andreadis c. Grecia*, Aplicación No. 13427/87, párrafo 49.

¹⁵⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 16 de julio de 1971, Caso *Ringelsen c. Austria*, Aplicación No. 2614/65, párrafo 95; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, *doc. cit.*, párrafo 229.

¹⁵⁵ Ver los *Principios básicos sobre la independencia de la judicatura*, Principios 1, 2, 3 y 4.

imparcialidad significa que los tribunales y jueces resolverán los asuntos que conozcan basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo. El deber de imparcialidad crea el deber correlativo para los jueces de declararse impedidos para conocer de la causa y abstenerse de actuar en el proceso cuando consideren que no podrán impartir justicia con imparcialidad o cuando la imparcialidad real puede verse comprometida. La imparcialidad de los tribunales y jueces debe ser examinada desde una perspectiva tanto subjetiva como objetiva.¹⁵⁶ No es suficiente que el tribunal y el juez sean imparciales de hecho, también deben ser percibidos como tales.

66. El tribunal y el juez, incluyendo al juez de instrucción, deben ser competentes. Es importante destacar que los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura* estipulan que no deben crearse tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios¹⁵⁷. La determinación de la competencia no se limita a lo establecido por la ley. La naturaleza jurídica de los delitos y la calidad de los sujetos activos es determinante para definir la competencia judicial. Así, bajo el Derecho internacional, la competencia de los tribunales militares debe estar estrictamente limitada a los delitos contra bienes jurídicos militares cometidos por personal militar.

67. Como desarrollado en la Sección A del presente escrito, la jurisdicción penal militar no es competente para investigar y juzgar a los presuntos autores de graves violaciones de derechos humanos, toda vez que éstas constituyen delitos contra bienes jurídicos no militares – por lo cual no pueden ser considerados como delitos militares o delitos de servicio - y son de competencia exclusiva de la jurisdicción penal ordinaria¹⁵⁸. No obstante,

¹⁵⁶ Ver entre otros: Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 23 de octubre de 1992, Comunicación 387/1989, *Arvo O. Karttunen c. Finlandia*; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 9 de junio de 1998, Caso *Incal c. Turquía*, Aplicación No. 22678/93, párrafo 65 y Sentencia de 20 de mayo de 1998, Caso *Gautrin y otros c. Francia*, Aplicaciones No. 21257/93, 21258/93; 21259/93; 21260/93 y párrafo 58; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 5 de agosto de 2008, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) c. Venezuela*, Serie C No. 182, párrafos 55 y ss.; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 78/02 de 27 de diciembre de 2002, Caso 11.335, *Guy Malary c. Haití*, e *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, doc. cit., párrafo 229.

¹⁵⁷ Principio 5 de los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*. En el mismo sentido ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Castillo Petrucci y otros c. Perú*, doc. cit., párrafo 129; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, doc. cit., párrafo 230; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Decisión de 31 de octubre de 1998, Comunicaciones 137/94, 139/94, 154/96 y 161/97, Caso *de International Pen, Constitutional Rights Project, Interights y Civil Liberties Organisation c. Nigeria*, párrafo 86.

¹⁵⁸ Ver *inter alia*: Artículo IX de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*; Artículo 16 (2) de la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*; Principio 29 de los *Principios actualizados para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*; Principios 8 y 9 del *Proyecto de Principios sobre la Administración de justicia por Tribunales Militares*; y Principio L de los *Principios y Directrices sobre el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Legal en África*. Ver también, Comité de Derechos Humanos: Observaciones finales sobre: Bolivia (CCPR/C/79/Add.74, párrafo 11), Brasil (CCPR/C/79/Add.66, 24 julio 1996, párrafo 10), Chile (CCPR/C/79/Add.104, 30 marzo 1999, párrafo 9), Colombia (CCPR/C/79/Add.2, 25 septiembre 1992, párrafo 393; CCPR/C/79/Add.76, 5 mayo 1997, párrafo 18), Croacia (CCPR/C/79/Add.15 - A/48/40, 28 diciembre 1992, párrafo 369), República Dominicana (CCPR/CO/71/DOM, 26 abril 2001, párrafo 10), El Salvador (CCPR/C/79/Add.34, 18 Abril 1994, párrafo 5), Ecuador (CCPR/C/79/Add.92, 18 agosto 1998, párrafo 7), Guatemala (CCPR/CO/72/GTM, 27 agosto 2001, párrafos 10 y 20), Líbano (CCPR/C/79/Add.78, 1 Abril 1997, párrafo 14) Perú (CCPR/C/79/Add.8, 25 septiembre 1992, párrafo 8), Venezuela (CCPR/C/79/Add.13, 28 diciembre 1992, párrafo 7). Ver Observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre: Perú (A/55/44, 16 noviembre 1999, párrafos 61 y 62),

es importante recordar que, tanto los instrumentos internacionales de derechos humanos como la jurisprudencia de las cortes y órganos de tratados de derechos humanos son reiterativos en afirmar que los tribunales militares deben reunir las mismas características de independencia, imparcialidad y competencia inherentes a todo tribunal de justicia. Así lo han reiterado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹⁵⁹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁶⁰ y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹⁶¹, así como la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos¹⁶².

68. Las garantías judiciales – tanto sustantivas como procesales- inherentes al debido proceso o juicio justo, estipuladas en los instrumentos internacionales¹⁶³, deben ser observadas en los procesos penales contra los autores de graves violaciones de derechos humanos. En este punto resulta relevante destacar que el Comité de Derechos Humanos ha concluido que los Estados no pueden invocar en ningún caso, incluso estado de emergencia o situaciones de conflicto armado, como “justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, [...] la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia”¹⁶⁴. Así, el Comité ha señalado que varios elementos del derecho al debido proceso, en materia penal, deben ser considerados no derogables¹⁶⁵. En este contexto, debe notarse la opinión expresada por el Experto sobre la Cuestión de la administración de la justicia por tribunales militares, de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Sr. Emmanuel Decaux:

Colombia (A/51/44, 9 julio 1996, párrafos 76 y 80), Jordania (A/50/44, 26 julio 1997, párrafo 175), Venezuela (A/54/44, 5 mayo 1999, párrafo 142) y Guatemala (A/53/44, 27 mayo 1998, párrafo 162 (e)). Ver, Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso *Durand y Ugarte c. Perú*, Sentencia de 16 de agosto de 2000, párrafo 118; Caso *Palamara Iribarne c. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005; Caso de la “Masacre de Mapiripán” c. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005; Caso de los 19 Comerciantes c. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004; Caso *Las Palmeras c. Colombia*, Sentencia de 6 de diciembre de 2001.

¹⁵⁹ Ver entre otros: Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 32, Artículo 14, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, párrafo 22.

¹⁶⁰ Ver entre otros: Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia de 4 de mayo de 2006, Caso *Ergin vs. Turquía* (N° 47533/99); Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Caso *Maszni vs. Rumania* (N° 59892/00); y Sentencia de 10 de mayo de 2001, Caso *Chipre vs. Turquía* (N° 25781/94).

¹⁶¹ Ver entre otros: Comisión Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, Decisión de 6 de noviembre de 2000, Comunicación 224/98, Caso *Media Rights Agenda vs. Nigeria*, párrafos 60 y siguientes y Decisión de 7 de mayo de 2001, Comunicación 218/98 (Nigeria), párrafo 44.

¹⁶² Ver entre otros: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Caso *Castillo Petruzzi y Otros Vs. Perú*, Serie C No. 52, párrafo 129, y Sentencia de 18 de agosto de 2000, Caso *Cantoral Benavides Vs. Perú*, Serie C No. 69, párrafos 74 y 114. Ver igualmente: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*, documento OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 59 rev., de 2 junio 2000, Capítulo II “Administración de justicia y estado de derecho”, e *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, documento OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 octubre 2002.

¹⁶³ Artículos 8 y 9 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y artículos 14 y 15 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

¹⁶⁴ *Observación General No. 29*, Doc. Cit., párrafo 11.

¹⁶⁵ Estos son: el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente, imparcial, competente y constituido de manera regular; la presunción de inocencia; el principio de responsabilidad penal individual; el principio de no retroactividad de la ley penal; el principio de *non bis in idem*; el derecho a ser informado sobre la naturaleza y causa de la acusación; los derechos y medios necesarios para la defensa, incluyendo: el derecho a ser asistido por un abogado; el derecho a la asistencia jurídica gratuita si el interés de la justicia así lo requiere; el derecho a contar con tiempo y facilidades necesarias para preparar la defensa y el derecho del acusado a comunicarse libremente con su abogado; el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos; el derecho a igualdad de medios procesales; el derecho a contar con la asistencia de un intérprete si el acusado no comprende el idioma empleado en los procedimientos; el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable; el derecho a una sentencia pública; y el derecho impugnar judicialmente la sentencia condenatoria y/o la pena impuesta.

“[s]i al respecto de esas garantías judiciales es obligatorio en los conflictos armados, no se entiende cómo podrían no ser respetadas absolutamente esas garantías cuando no existe un conflicto armado. La protección de los derechos en tiempo de paz debe ser superior si es que no igual a la reconocida en tiempo de guerra”¹⁶⁶.

69. Como señalado anteriormente, en los procesos judiciales deben garantizarse el derecho de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y/o sus familiares a un recurso efectivo. Como lo ha señalado La Corte Interamericana de Derechos Humanos : “[l]a Convención Americana garantiza a toda persona el acceso a la justicia para hacer valer sus derechos, recayendo sobre los Estados Partes los deberes de prevenir, investigar identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones a los derechos humanos. [...] El artículo 8.1 de la Convención Americana guarda relación directa con el artículo 25 en relación con el artículo 1.1, ambos de la misma, que asegura a toda persona un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones a los derechos humanos sean juzgados”¹⁶⁷. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares, a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables”¹⁶⁸. En ese contexto cabe destacar que el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, de las Naciones Unidas estipula que “[a]unque la iniciativa del enjuiciamiento es en primer lugar una de las misiones del Estado, deberán adoptarse normas procesales complementarias para que las propias víctimas, sus familiares o herederos puedan tomar esa iniciativa, individual o colectivamente, en particular como partes civiles o como personas que inician un juicio en los Estados cuyo derecho procesal penal contemple esos procedimientos. Los Estados deberán garantizar la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso.”¹⁶⁹.

70. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que [D]el artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación. [...] En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 25.1 de la misma, confiere a los familiares de las víctimas el derecho a que la desaparición y muerte de estas últimas sean efectivamente investigadas por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido.”¹⁷⁰. En ese contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, en todas las etapas del procedimiento penal (tanto investigativa como de juicio), se debe garantizar que las víctimas y/o sus familiares tengan pleno acceso y capacidad de actuar; dispongan de

¹⁶⁶ *Cuestión de la administración de justicia mediante tribunales militares – Informe presentado por Emmanuel Decaux*, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/2004/7, de 14 de junio de 2004, párrafo 13.

¹⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Nicholas Blake Vs. Guatemala*, Sentencia de 22 de enero de 1999, Serie C: 28 párrafos 61 y 63.

¹⁶⁸ *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 163, párrafo 146.

¹⁶⁹ Principio 19, párrafo 2.

¹⁷⁰ Sentencia de 16 de agosto de 2000, *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú (Fondo)*, Serie C No. 68, párrafos 121, 129 y 130.

amplias oportunidades procesales para formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación¹⁷¹. La Corte ha igualmente indicado que las pretensiones formuladas por las víctimas y/o sus familiares, así como los elementos probatorios aportados en el procedimiento penal deben ser analizados de forma completa y seria por las autoridades judiciales, antes de pronunciarse sobre los hechos, las responsabilidades, las penas y las reparaciones¹⁷².

71. Toda persona procesada por una acusación penal tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable. Igualmente, las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y/o sus familiares tienen derecho a obtener una decisión judicial dentro de un plazo razonable. El plazo razonable debe ser evaluado de acuerdo a las circunstancias de cada caso¹⁷³. Los factores a ser considerados al examinar lo razonable del plazo han de incluir: (i) la complejidad del caso, lo que incluye entre otros factores la naturaleza del delito y el número de cargos imputados, de acusados y/o de testigos; (ii) la complejidad de las investigaciones y la recolección de evidencia fáctica; (iii) la complejidad de las cuestiones legales que surjan en el caso; (iv) la conducta del acusado; y (v) la conducta del tribunal o juez y la manera como han abordado el caso.

72. Así, los procedimientos penales deben ser tramitados sin dilaciones indebidas, inclusive en los procedimientos de apelación. Las autoridades deben garantizar que todo el proceso penal, desde las etapas de instrucción hasta la última apelación, sea llevado a cabo dentro de un plazo de tiempo razonable.

73. En suma, los procedimientos penales deben ser realizados y conducidos dentro de un plazo razonable, de acuerdo a las características de cada caso, dentro de la observancia de los derechos y garantías inherentes al debido proceso del procesado como de las víctimas, y con la debida diligencia.

74. La obligación de procesar y juzgar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos debe ser cumplida de buena fe y debe estar enderezada a determinar las responsabilidades de los autores y demás partícipes del crimen, y no como una mera formalidad. Los procesos judiciales que no responden a un intento real de llevar a los responsables ante la justicia o al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad por esos crímenes constituyen una forma caracterizada de impunidad: administración fraudulenta de la justicia.

3.- Estándares sobre sanción de responsables de graves violaciones de derechos humanos

75. El Derecho Internacional impone la obligación de castigar con penas apropiadas a la gravedad de los hechos a las personas declaradas culpables de graves violaciones de

¹⁷¹ Sentencia del 4 de julio de 2006, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Serie C No 149, párr. 193; Sentencia del 1 de julio de 2006, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, Serie C No. 48, párr. 296; y Sentencia del 7 de junio de 2003, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Serie C No. 99, párr. 186. En ese mismo sentido ver: *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, párr 63; *Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia*, párr. 186; y *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, párr. 59.

¹⁷² Sentencia del 4 de julio de 2006, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Serie C No 149, párr. 193 y Sentencia del 1 de julio de 2006, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, Serie C No. 48, párr. 296.

¹⁷³ Comité de Derechos Humanos: *Observación General No. 32, Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, párrafo 35.

derechos humanos y de crímenes bajo el Derecho Internacional. Este principio está refrendado en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁷⁴. En el ámbito interamericano, este mismo principio se encuentra en la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* prescribe (artículo 6) y la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* (artículo III). El Derecho penal internacional consagra igualmente el principio de la proporcionalidad de las penas de acuerdo con la gravedad del delito. El Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas¹⁷⁵, el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia¹⁷⁶, el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda¹⁷⁷ y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹⁷⁸ consagran este principio.

76. El principio de proporcionalidad de las penas, que exige que las sanciones previstas en las normas y aplicadas por los tribunales no sean arbitrarias ni desproporcionadas con la gravedad de los delitos que se sancionan. Ciertamente, el principio de proporcionalidad debe evaluarse a la luz de la gravedad del delito así como de las penalidades impuestas en la legislación para delitos de similar gravedad.

77. El principio de proporcionalidad de las penas puede ser matizado por las causas de atenuación punitivas o la reducción de penas. En materia de crímenes bajo el Derecho Internacional, tales como los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y las graves violaciones de derechos humanos – tales como los homicidios, la tortura y la desaparición forzada – el Derecho Internacional sólo admite restrictivamente tales atenuantes en tanto sólo pueden proceder si son admisibles “en virtud de los principios generales de derecho [...] criterio [que] limita las posibles circunstancias atenuantes”¹⁷⁹. Dada la gravedad de estos crímenes, típicas causales del derecho penal, como la de obediencia debida, son rechazadas. Desde el Tribunal de Núremberg, el Derecho Internacional, ha retenido algunas causas que justifican una atenuación de la pena en la sentencia o, luego del fallo judicial, una reducción de la pena. Según la jurisprudencia penal internacional estas causas están limitadas a la edad y/o personalidad del delincuente, su grado de participación en el ilícito y, eventualmente, su estado de salud¹⁸⁰. Una causal de

¹⁷⁴ Ver inter alia: la *Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruels Inhumanos y Degradantes* (artículo 4,2); *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (artículo 7); *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, (artículo 4.1); y *Principios Relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* (principio 1°).

¹⁷⁵ Artículo 3 del Proyecto, in *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones - 6 de mayo a 26 de julio de 1996*, documento suplemento No. 10 (A/51/10), pag. 30.

¹⁷⁶ Artículo 24 (2).

¹⁷⁷ Artículo 23 (2).

¹⁷⁸ Artículo 78 (1).

¹⁷⁹ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones - 6 de mayo a 26 de julio de 1996*, documento suplemento No. 10 (A/51/10), pag. 87.

¹⁸⁰ Ver los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (*Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones - 6 de mayo a 26 de julio de 1996*, documento suplemento No. 10 (A/51/10), comentario al artículo 12 del Proyecto de Código, págs. 71 y siguientes; e *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46° período de sesiones - 2 de mayo a 22 de julio de 1994*, documento suplemento No. 10 (A/49/10), pag. 86.).

atenuación punitiva y/o de reducción de pena reconocida es la cooperación efectiva con la justicia, y en particular la colaboración efectiva en el esclarecimiento del crimen¹⁸¹.

78. La imposición de sanciones irrisorias, en desprecio del principio de proporcionalidad de las penas, constituye una forma reconocida de impunidad *de facto* por el Derecho Internacional. La Comisión de Derecho Internacional, en sus labores de elaboración del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad, señaló no puede reconocerse la validez del principio *non bis idem* cuando las actuaciones judiciales tuvieron como propósito hacer un simulacro de juicio o imponer penas no proporcionales en absoluto con la gravedad del crimen¹⁸². La Comisión concluyó que la Comunidad Internacional no debe estar obligada a reconocer una decisión resultante de una trasgresión tan grave del procedimiento de justicia penal¹⁸³. Por ello, el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas¹⁸⁴, el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia¹⁸⁵, el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda¹⁸⁶ y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹⁸⁷ permiten desconocer un fallo judicial resultante de un proceso enderezado a obtener la impunidad, ya sea eximiendo de culpabilidad a los autores de los crímenes ya sea imponiéndoles penas irrisorias.

79. No huelga destacar que el *Conjunto actualizado de principios para la protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad* define la impunidad como: “la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”¹⁸⁸. Asimismo, los principios establecen que “la impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos [...]”¹⁸⁹ (Subraya añadida).

¹⁸¹ Ver entre otros: la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones (artículo 4) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. III), y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (art. 110, 4).

¹⁸² *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones - 6 de mayo a 26 de julio de 1996*, documento suplemento No. 10 (A/51/10), comentario al artículo 12 del Proyecto de Código, págs. 71 y siguientes; e *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones - 2 de mayo a 22 de julio de 1994*, documento suplemento No. 10 (A/49/10), pág. 86.

¹⁸³ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones - 6 de mayo a 26 de julio de 1996*, documento suplemento No. 10 (A/51/10), pág. 75; e *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones - 2 de mayo a 22 de julio de 1994*, documento suplemento No. 10 (A/49/10), pág. 86.

¹⁸⁴ Artículo 12 del Proyecto, in *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones - 6 de mayo a 26 de julio de 1996*, documento suplemento No. 10 (A/51/10), pag. 30.

¹⁸⁵ Artículo 10 (2).

¹⁸⁶ Artículo 9 (2).

¹⁸⁷ Artículo 20 (3).

¹⁸⁸ Definición A, Impunidad de los principios. En UN DOC. E/CN.4/2005/102/Add.1 de 8 de febrero de 2005.

¹⁸⁹ Principio 1.

80. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en un caso de un homicidio múltiple en el que sólo algunos de los responsables fueron juzgados y condenados a penas no proporcionadas a la gravedad del delito, consideró que el Estado concernido “en virtud de la actuación indebida de sus órganos de investigación (entre los cuales se encuentra un órgano *ad hoc* compuesto por militares), acusación y administración de justicia, ha faltado a su obligación de investigar en forma diligente y eficaz las violaciones ocurridas, así como a su obligación de procesar y sancionar a los responsables a través de un proceso imparcial y objetivo como lo exige la Convención Americana. Todo ello afectó la integridad del proceso e implicó una manipulación de la justicia con un evidente abuso y desviación de poder. El resultado es que estos crímenes permanecen hasta el día de hoy en la impunidad ante una evidente denegación de justicia. El Estado ha violado, además, en perjuicio de las víctimas, el derecho a las garantías judiciales y a la tutela judicial efectiva establecido en los artículos 1(1), 8(1) y 25 de la Convención Americana.”¹⁹⁰.

81. Es importante igualmente destacar que el Comité contra la Tortura concluyó en un caso sometido a su examen que: “uno de los objetivos de la Convención [contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes es impedir que se produzca la impunidad de las personas que han cometido actos de tortura. El Comité también recuerda que el artículo 4 establece que los Estados Partes tienen la obligación de imponer penas adecuadas a las personas consideradas responsables de la comisión de actos de tortura, teniendo en cuenta la gravedad de esos actos. El Comité considera que, en las circunstancias del presente caso, la imposición de penas menos severas y la concesión del indulto a los guardias civiles condenados, son incompatibles con la obligación de imponer penas adecuadas. El Comité observa asimismo que los guardias civiles no quedaron sujetos a un proceso disciplinario durante el transcurso del proceso penal, pese a que la gravedad de las imputaciones en su contra ameritaba la apertura de una investigación disciplinaria. En consecuencia, el Comité considera que se ha violado el párrafo 2 del artículo 4 de la Convención.”¹⁹¹.

¹⁹⁰ Informe N°136/99, Caso 10.488 *Ignacio Ellacuría S.J. y otros* (El Salvador), 22 de diciembre de 1999, para. 238.

¹⁹¹ Comité contra la Tortura, Decisión de 17 de mayo de 2005, Caso *Sr. Kepa Urra Guridi c. España*, Comunicación N° 212/2002 UN Doc. CAT/C/34/D/212/2002, párrafo 6(7).