

EL CONCEPTO DE IMPUNIDAD A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL: UNA APROXIMACIÓN SISTÉMICA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

THE CONCEPT OF IMPUNITY IN THE LIGHT OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW: A SYSTEMIC APPROACH FROM INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Javier Chinchón Álvarez*

Sumario. I. DELIMITACIÓN INICIAL. II. APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL. III. EXAMEN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA VISIÓN SISTÉMICA DEL CONCEPTO DE IMPUNIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL.

RESUMEN: Aunque en una primera aproximación el vocablo impunidad suele entenderse como la mera ausencia de castigo o falta de punición, lo cierto es que este término implica mucho más que ello; siendo además que su contenido se encuentra en permanente desarrollo y expansión. Este trabajo pretende entonces ofrecer un examen sistémico y actualizado del concepto impunidad; labor para la cual procederemos a un primer estudio desde la perspectiva del Derecho internacional penal, incluyendo en éste las menciones precisas propias al Derecho internacional humanitario. Si desde este primer enfoque veremos cómo es protagónica una idea próxima a la ausencia de sanción penal, tras ello pasaremos a analizar la misma cuestión desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos; momento en el que podremos comprobar cómo este término posee un alcance que trasciende de lo estrictamente punitivo. Finalmente, trataremos de sintetizar ambas aproximaciones para ofrecer una visión comprensiva y sistémica del concepto impunidad desde el Derecho internacional.

ABSTRACT: Although the concept of impunity in a first approach has been usually translated as the simple absence of punishment or lack of penalty, it is true that this concept involves much more than that; in fact its content is in a permanent state of development and expansion. The purpose of this paper is, therefore, to offer a systemic and updated research of the impunity concept. In this sense, this study, firstly, will be focused from the point of view of International Crime Law, including proper mentions of International Humanitarian Law. From this first point of view, it will follow an idea of impunity very close to the

Fecha de recepción del original: 7 de septiembre de 2012. Fecha de aceptación de la versión final: 26 de noviembre de 2012.

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad Complutense de Madrid. E-mail: jachal@der.ucm.es

absence of crime penalty. Later on, the research will analyse the concept from the point of view of the International Human Rights Law, at which time we will realize that the essence of this concept goes beyond the purely punitive. Finally we will try to synthesize both approaches in order to offer a comprehensive and systemic conception of impunity from the Public International Law standpoint.

PALABRAS CLAVE: Impunidad, Derecho internacional penal, Derecho internacional de los derechos humanos, deber de garantía, deber de investigar e informar, deber de reprimir y perseguir, deber de reparar.

KEYWORDS: *Impunity, International Criminal Law, International Human Rights Law, duty to guarantee, duty to investigate and inform, duty to prosecute, duty to punish, duty to repair.*

“Impunity is the contrary of the rule of law”.
Herta Däubler-Gmelin

I. DELIMITACIÓN INICIAL

Hacia mediados de 2009 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobaba una Resolución de ilustrativo título: “State of human rights in Europe: the need to eradicate impunity”. En ella se señalaba expresamente lo que sigue:

“The Assembly considers the fight against the impunity of perpetrators of serious human rights violations as a priority for the Council of Europe and all national and international law-enforcement bodies. Impunity must be eradicated both as a matter of individual justice and as a deterrent to future human rights violations”¹.

Esta idea fundamental fue también acogida en las más recientes *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on eradicating impunity for serious human rights’ violations*. Así, atendiendo a la versión definitivamente aprobada en marzo de 2011, en este documento se afirmaba con rotundidad que:

“States are to combat impunity as a matter of justice for the victims, as a deterrent with respect to future human rights violations and in order to uphold the rule of law and public trust in the justice system”².

¹ Vid. ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, “State of human rights in Europe: the need to eradicate impunity”, Resolución 1675 (2009), adoptada el 24 de junio de 2009, punto 6.

² Vid. COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, “Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on eradicating impunity for serious human rights violations”, CM/Del/Dec(2011)1110, 4 de abril de 2011, punto I.3. En el seno de esta mismo organismo, con anterioridad puede verse: “Draft Guidelines of the Committee of Ministers on eradicating impunity for serious human rights’ violations”, CM(2011)13 add, 13 de enero de 2011. Disponible en <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1729917&Site=CM>.

De este modo, aunque la acepción primera, también intuitiva, y hasta etimológica –a *sensu contrario*– del vocablo impunidad conduce a lo que el mismo Diccionario de la Real Academia Española recoge como definición única, esto es, “falta de castigo”, salta a la vista que en realidad éste no es un término unívoco. De hecho, la completa equiparación entre impunidad y mera ausencia de castigo o falta de punición descansa esencial y jurídicamente, de un lado, en una aproximación propia al Derecho penal, y del otro, en un manejo amplio o general de este concepto; pues baste recordar que como nos compartió un experto como Zaffaroni, en una formulación que siempre me pareció especialmente certera: “aunque parezca mentira la impunidad dentro del aparato del poder punitivo del Estado es la regla, la punición es la excepción”³. En consecuencia, conviene aclarar de inicio que al analizar el concepto de impunidad es preciso hacer una distinción primera entre lo que se ha denominado como impunidad en sentido amplio e impunidad en sentido restringido. La primera vendría referida a la no persecución de conductas tipificadas que pueden encuadrarse en la criminalidad común; en otros términos y siguiendo a Lozano, estaríamos ante un escenario en que esta falta de castigo por delitos comunes se materializa “en una medida tan notoria que la cantidad de delincuentes que son sancionados es mucho menor que aquella que lo es”⁴. Sin embargo, cuando hablamos de impunidad en sentido restringido estaríamos no ante delitos comunes, sino que las conductas a abordar serán crímenes de derecho internacional y/o violaciones a los derechos humanos. En otras palabras, la impunidad frente a lo que el juez B.V.A Röling denominó como “crímenes de sistema”⁵, o lo que especialistas como Kai Ambos han llamado “macrocriminalidad”⁶; en suma, lo que algunos autores han calificado recientemente como “el fenómeno de la gran impunidad”⁷. A esta realidad se refieren los documentos recogidos *supra*, y será la que nos ocupará en las próximas páginas.

Sentando lo anterior, otra apostilla se impone. Atendiendo al modo concreto en que la misma impunidad tome cuerpo es posible realizar una diferenciación adicional entre dos categorías, que aunque es común que aparezcan interrelacionadas⁸, pueden distinguirse formalmente; a saber, la impunidad fáctica y la impunidad normativa. Para ofrecer una noción general de la primera resulta idónea la siguiente caracterización que realizó el fiscal Carlos Castresana: “cuando se habla de impunidad de facto, el Derecho existe, las normas están en vigor, han sido debidamente aprobadas, y sin embargo por alguna

³ Vid. ZAFFARONI, E. R., “La impunidad y sus consecuencias a nivel jurídico”, en VV.AA., *La impunidad y sus consecuencias*, Fedefam, Argentina, 1996, p. 19.

⁴ Vid. LOZANO, C. E., “La impunidad y las formas de combatirla”, en VV.AA., *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos: Justicia, Derechos Humanos e Impunidad*, Bogotá, 1991, p. 201.

⁵ Al respecto, puede verse REED HURTADO, M. (ed.), *Judicialización de crímenes de sistema*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Colombia, 2008, pp. 30-31.

⁶ Cfr. AMBOS, K., *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos*, Fontamara, México, 2008, pp. 26-30.

⁷ Vid. SÁEZ, R., “Los jueces y el aprendizaje de la impunidad. A propósito de los crímenes del franquismo”, *Revista Mientras tanto*, núm. 114, otoño/invierno 2010, pp. 41-72, en p. 42.

⁸ A pesar de la indubitada existencia de estas dos categorías, debe advertirse que lo común es encontrar situaciones de impunidad fáctica conviviendo con previsiones de impunidad normativa; resultando que aunque podría pensarse que una vez que una norma jurídica consagra la impunidad, las manifestaciones de impunidad fáctica perderían mucha de su razón de ser, la realidad contradice esta idea intuitiva.

razón no se aplican, no obtienen consecuencias prácticas y concretas”⁹. Estaríamos pues ante mecanismos o situaciones de hecho que en general impiden básica pero no exclusivamente¹⁰, la persecución de los responsables de violaciones a los derechos humanos y/o crímenes de derecho internacional¹¹. Por su parte, la denominada como impunidad normativa sería aquella que tiene su origen directo en normas jurídicas cuyo objetivo es, siempre bajo diversas justificaciones, hacer inviable, cuando no excluir o impedir directamente la persecución penal –también básica pero no exclusivamente¹²– de los responsables de la comisión de crímenes de derecho internacional y/o violaciones a los derechos humanos. Apuntar aquí que aunque a veces las consecuencias finales pueden llegar a confundir, a mi entender en esta última categoría no quedarían comprendidas aquellas disposiciones que prevén o reconocen, bajo el principio de funcionalidad, inmunidad de jurisdicción a diversas personas¹³; en tanto que aunque sea ciertamente criticable la posición final de la Corte Internacional de Justicia en el *asunto de la orden de arresto de 11 de abril de 2000*¹⁴, como entonces se dijo:

⁹ Vid. CASTRESANA, C., “Lucha contra la impunidad”, transcripción de la conferencia pronunciada en las Jornadas contra la Tortura, Universitat de Valencia, 28 noviembre de 2002; disponible en “Textos para una Justicia Universal”. Original en poder del autor.

¹⁰ Aunque examinaremos esta cuestión en el tercer apartado de esta contribución, valga adelantar aquí que como bien señaló Theo van Boven: “... en muchas situaciones en que la impunidad ha sido sancionada por ley o en que existe una impunidad de hecho para los responsables de violaciones flagrantes de los derechos humanos, se impide efectivamente a las víctimas solicitar y recibir una reparación y compensación. De hecho, cuando las autoridades del Estado renuncian a investigar los hechos y a determinar las responsabilidades penales, resulta muy difícil para las víctimas o sus familiares emprender acciones legales eficaces con el fin de obtener una reparación equitativa y adecuada.” Vid. SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1993/8, de 2 de julio de 1993, párr. 127.

¹¹ Organizaciones como Amnistía Internacional incluyen también en este punto: las situaciones en las que las autoridades investigan pero no lo hacen de manera pronta, diligente y acatando los estándares internacionales en la materia; los escenarios en los que el Estado sólo persigue judicialmente a algunos responsables; las situaciones en que no se investigan la totalidad de crímenes cometidos en un caso ni procesan a los responsables por la totalidad de las infracciones cometidas; y las acciones en que los responsables de un caso no son castigados con penas apropiadas con la gravedad de la violación o su imposición no es asegurada por las autoridades. Cfr. AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Memorial en derecho *amicus curiae* presentado por Amnistía Internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Consuelo Benavides Cevallos – Ecuador”, 18 de diciembre de 1997, párrs. 68 y 69. Disponible en <http://www.derechos.org>.

¹² Cfr., *supra* nota 10.

¹³ En cuanto a la inmunidad de jurisdicción -y ejecución- del Estado en relación con la materia que aquí ocupa, puede consultarse el completo trabajo de ESPÓSITO MASSICCI, C., *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007. En la jurisprudencia internacional, puede verse la reciente sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el *asunto de las inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; Grecia (interviniente))*, de 3 de febrero de 2012. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>. Para una valoración crítica del mismo autor, ESPÓSITO MASSICCI, C., “*Jus Cogens* and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: A Conflict Does Exist”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 21, 2011.

¹⁴ *Asunto de la orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, I.C.J. Reports 2002, en especial párrs. 59-61. Sobre la posición adoptada por la Corte en este caso, véase un destacable estudio crítico en CARNERERO CASTILLA, R., “Un paso atrás en la lucha contra la

“... *immunity* from jurisdiction enjoyed by incumbent Ministers for Foreign Affairs does not mean that they enjoy *impunity* in respect of any crimes they might have committed, irrespective of their gravity. Immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts. While jurisdictional immunity is procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law¹⁵. Jurisdictional immunity may well bar prosecution for a certain period or for certain offences; it cannot exonerate the person to whom it applies from all criminal responsibility”¹⁶.

La manifestación fundamental de la impunidad normativa se corresponde con lo que generalmente se conocen como *leyes de amnistías*. Esto es, aquellas medidas que comportan, explícita o implícitamente, el reconocimiento de que los crímenes cometidos estaban de algún modo justificados, que simplemente no fueron delictivos, o cuanto menos, que no deberían considerarse criminales en atención a otras valoraciones al momento de emitir la amnistía en cuestión. Lo cual, apuntemos finalmente, a mi entender diferencia también a este tipo de normas de las medidas de gracia o indultos, ya que éstos no pretenden eliminar el carácter criminal de un hecho, sino acabar o disminuir sólo sus consecuencias penales. En otras palabras, las de la profesora Roth-Arriza: “although amnesty implies no investigation or acknowledge of responsibility, pardon comes after both and merely constitutes a suspension of punishment”¹⁷.

Advertir conviene que mientras que la primera manifestación reseñada, la impunidad fáctica, ha merecido y merece censuras generales, la segunda, la impunidad normativa, ha solido y en parte aún suele concitar ciertos apoyos¹⁸. En muchas ocasiones, sostenidos en las siempre refractarias invocaciones a por citar algunos ejemplos, la

impunidad. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 en el asunto relativo a la orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. (ed.), *Cuadernos de Jurisprudencia Internacional I*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, así como la amplia bibliografía que recoge. Este trabajo ha sido posteriormente publicado en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., QUEL LÓPEZ, F. J., y LÓPEZ MARTÍN, A. G. (eds.), *El poder de los jueces y el estado actual del Derecho Internacional. Análisis crítico de la jurisprudencia internacional (2000-2007)*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010.

¹⁵ Sobre este particular clave, véase AMBOS, K., *Estudios del Derecho Penal Internacional*, Idemsa, Perú, 2007, pp. 223-251.

¹⁶ Vid. *Asunto de la orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, *I.C.J. Reports 2002*, párr. 60.

¹⁷ Vid. ROHT-ARRIAZA, N., “Conclusion: Combating Impunity”, en ROHT-ARRIAZA, N. (ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, Nueva York, 1995, p. 300.

¹⁸ En lo más próximo, en el tiempo y en el espacio, es llamativa y paradigmática la posición del Tribunal Supremo en relación con la Ley de Amnistía española de 1977: en lo que ahora ocupa, en cuanto a los argumentos de índole política que esgrime en lo que debería ser una discusión jurídica. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo Nº 101/2012, de 27 de febrero de 2012, pp. 20-21. Para una primera visión sobre esta sentencia, QUESADA ALCALÁ, C., “Derecho a la verdad y aplicación del Derecho internacional penal por los tribunales españoles”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, núm. 2, 2012, pp. 185-191. Para el lector interesado sobre esta cuestión general, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2012.

“urgencia de la pacificación social”¹⁹, “las necesidades (políticas) de la paz o la democracia”²⁰, o la “reconciliación nacional”²¹. Grandes conceptos, todos ellos, que han sido y son utilizados para sostener una cosa y la contraria; si bien, con un alto grado de coincidencia hacia un significado o resultado común. Por poner como ejemplo el último de ellos, la reconciliación, como acertadamente ha destacado Paul Seils: “la experiencia de la acepción muestra que, en especial en Latino América, tiende a ser un código de impunidad para políticos y criminales”²². Con todo, el objeto de esta breve contribución impide que volvamos a abordar específicamente esta última cuestión, como tampoco es posible repasar aquí de nuevo la práctica nacional e internacional en este ámbito de las leyes de amnistía y figuras análogas²³, como por lo demás, recientemente hizo con un despliegue notable la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁴. Baste pues remitir al lector interesado a un ejemplo especialmente ilustrativo como es la ley uruguaya de amnistía²⁵, que como es sabido no sólo fue aprobada por un Parlamento democrático sino sometida posteriormente a (dos) referéndum(s), y releer lo que sobre ella concluyó el Comité de Derechos Humanos²⁶, la Comisión Interamericana de Derechos

¹⁹ Este concepto aparece en la nada edificante postura inicial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de mediados del decenio de 1980; afortunadamente matizada, corregida y plenamente ajustada a Derecho (internacional) en sus posteriores afirmaciones y resoluciones. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Informe Anual, 1985-1986”, OEA/Ser.L/V/II.68 doc. 8 rev. 1, Capítulo V, párrs. 10-11.

²⁰ Quizás algunas de las posturas más severas en este sentido pudieran ser las recogidas en trabajos como WILLIAMS, P. R. y SCHARF, M. P., *Peace with Justice? War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia*, Rowam & Littlefield Publishers, INC, Boston, 2002, pp. 29-35, en especial pp. 31-32.

²¹ Sobre los modos u ocasiones en que, por referir un ejemplo cercano, fue utilizado esta fórmula durante los iniciales desarrollos de una experiencia como la española: DEL AGUILA, R. y MONTORO, R., *El discurso político de la transición española*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1984, pp. 130-136. Desde una visión más amplia, que incluye también la época franquista, AGUILAR, P., *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Alianza Editorial, Madrid, 2008.

²² Vid. SEILS, P., “La restauración de la confianza cívica mediante la justicia transicional”, en ALMQVIST, J. y ESPÓSITO, C. (coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 24.

²³ Para mi visión y conclusiones sobre este cuestión, puede verse con carácter exhaustivo CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Ediciones Parthenon, Madrid, 2007, pp. 434 y ss.; para un examen más restringido, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Modelos de persecución penal y Justicia Transicional en Iberoamérica. Algunas enseñanzas jurídico-internacionales tras los procesos de transición iberoamericanos: Impunidad fáctica, amnistías e indultos”, en CAPELLÀ I ROIG, M. y GINARD I FERÓN, D. (coords.), *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*, Ediciones Documenta Balear, Palma de Mallorca, 2009. En el siguiente apartado, y en el contexto del Derecho internacional humanitario, haremos no obstante alguna mención adicional sobre esta cuestión.

²⁴ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaí”) vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N° 219, párrs. 148-169.

²⁵ Ley No. 15848, aprobada el 22 de diciembre de 1986.

²⁶ Analizando el caso uruguayo, el Comité expresó “... su honda preocupación con respecto a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado y su profunda inquietud por las consecuencias que tiene esa ley para el cumplimiento del Pacto. A ese respecto, el Comité destaca la obligación que tienen los Estados partes en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto de garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados pueda interponer un recurso efectivo ante la autoridad competente judicial, administrativa, legislativa o de otro carácter. El Comité observa con honda

Humanos²⁷, la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁸, y la misma Suprema Corte de Justicia de Uruguay al declararla inconstitucional²⁹. En consecuencia y a los efectos que ahora ocupan, indiquemos entonces que siendo la impunidad fáctica y la

preocupación que en algunos casos el hecho de mantener la Ley de Caducidad excluye de manera efectiva la posibilidad de investigar casos pasados de violaciones de derechos humanos y, por consiguiente, impide que el Estado parte asuma la responsabilidad de permitir que las víctimas de esas violaciones interpongan un recurso efectivo. Asimismo, el Comité considera que la Ley de Caducidad viola el artículo 16 del Pacto por lo que se refiere a las personas desaparecidas y el artículo 7 en relación con los familiares de esas personas.” *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Uruguay”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.90, 8 de abril de 1998, C. Principales temas de preocupación y recomendaciones, párr. 1. Consúltese de igual modo su anterior decisión en el *caso Hugo Rodríguez (Uruguay)*, Comunicación No. 322/1988, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/51/D/322/1988, 9 de agosto de 1994.

²⁷ “La cuestión en estos casos no es la de la legitimidad interna de la legislación y otras medidas adoptadas por el Gobierno para lograr los efectos que aquí se denuncian. La Comisión está obligada por inveterados principios de derecho internacional y, en particular, por disposiciones de la Convención, a llegar a una determinación acerca de si ciertos efectos constituyen una violación de las obligaciones contraídas por el Gobierno bajo la Convención (artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). 31. Con respecto a la legitimidad interna y la “aprobación de la Ley de Caducidad por la vía de un referéndum popular”, cabe observarse que a la Comisión no le compete pronunciarse sobre la legalidad o constitucionalidad internas de las legislaciones nacionales. Sin embargo, sí es de su competencia la aplicación de la Convención y el examen de los efectos jurídicos de una medida legislativa, judicial o de otro carácter, en tanto en cuanto surta efectos incompatibles con los derechos y garantías consagrados por la Convención o la Declaración Americana”. *Vid.* COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Informe N°. 29/92, Uruguay, casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375”, 2 de octubre de 1992, párrs. 30-31.

²⁸ “... la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos (...) el Estado deberá asegurar que aquélla no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay”. *Vid.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones*, sentencia de 24 de febrero de 2011, *Serie C: Resoluciones y Sentencias No. 221*, párr. 253.

²⁹ “Analizada la cuestión en su contexto, no puede invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. (...) [E]n la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (...). En este sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados preceptúa que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (...) A modo de síntesis, la ilegitimidad de una ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley N° 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación para dictar el presente fallo”. *Vid.* SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY, *Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet*, Sentencia No. 365/09, 19 de octubre de 2009, pp. 49-50 y 53.

normativa dos manifestaciones de un mismo fenómeno y concepto, el de impunidad, las trataremos en esta oportunidad unitariamente.

Ahora bien, aclarado lo anterior, hay que convenir en que como afirmó el juez Ventura Robles: “el concepto “impunidad” no describe, en sentido estricto, un asunto legal, sino un fenómeno de dimensiones legales, sociales, culturales, psicológicas y hasta económicas”³⁰. Junto a ello, ciertamente sus consecuencias exceden también de lo estrictamente jurídico, de tal suerte que de igual modo puedan suscribirse formulaciones como que “impunity is often a recipe for continued violence and instability”³¹. De hecho, desde esta perspectiva algunos especialistas han afirmado que en realidad debe distinguirse la existencia de al menos cuatro tipos de impunidad: la jurídica, la social, la moral, y la histórica. La primera se correspondería a la idea que esbozamos al comienzo; la segunda, supondría que reconocidos represores pudieran ser elegidos en cargos públicos; la impunidad moral se dirigiría a justificar la actuación de los perpetradores de los *crímenes pasados*; y la impunidad histórica, aquélla cuya finalidad tendería a recoger como verdad la “mentira oficial de los años de terror”³².

No obstante, es evidente que el objeto y posibilidades de este trabajo aconsejan que nosotros nos restrinjamos a la dimensión jurídica de este complejo fenómeno; y dentro de él, en esta oportunidad nos centraremos en el examen de la acepción del vocablo impunidad ya acotada e identificada³³. En otros términos, en la impunidad que ha sido prioritario objeto de atención por parte del ordenamiento jurídico internacional; esto es, y por volver al documento del Comité de Ministros del Consejo de Europa citado *supra*, nos ocuparemos pues de intentar conceptualizar el “... problem of impunity in respect of serious human rights violations”³⁴.

Como bien se ha reconocido recientemente, esta labor es más compleja de lo que podría considerarse a primera vista, pues probablemente “ninguna definición que se pueda ofrecer de impunidad est[á] exenta de importantes problemas conceptuales”³⁵; con lo

³⁰ Vid. VENTURA ROBLES, M. E., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad”, ponencia presentada en el “Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho”, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 5-7 de septiembre de 2005, pág. 12. Disponible en <http://ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs>. Con referencia, en idéntico sentido, a AMBOS, K., *Impunidad y derecho penal internacional*, Ed. AD-HOC S.R.L., Argentina, 1999, p. 29.

³¹ Vid. AKHAVN, P.: “Beyond impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?”, *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, pp. 7-31, en p. 30.

³² Cfr. BERISTAIN, C. M., “Reconciliación y democratización en América Latina: un análisis regional. Papel de las políticas de Verdad, Justicia y Reparación”, en PACHECO OREAMUNO, G., ACEVEDO NAREA, L. y GALLI, G., *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*, IIDH-IDEA, San José, 2005, pp. 67-68, en el que se recogen algunas posiciones de Garretón.

³³ Aun dentro de ella, es siempre interesante no olvidar la exposición acerca de lo que se denominaron como “the normative bases for combating impunity”, en trabajos como ROHT ARRIAZA, N., “Punishment, Redress, and Pardon: Theoretical and Psychological Approaches”, en ROHT ARRIAZA, N. (ed.): *Impunity and Human Rights...*, *op. cit.*

³⁴ Vid. COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, “Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on eradicating...”, *doc. cit.*, punto I.1.

³⁵ Vid. BONET PÉREZ, J. y ALIJA FERNÁNDEZ, R., *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, p. 16; refiriendo a su vez a PENSOSE, M. M.,

que para tratar de conjurar estas dificultades o peligros, proponemos construir el presente análisis en dos fases. En primer lugar, expondremos los contornos del concepto de impunidad desde la perspectiva del Derecho internacional penal³⁶ (DIP, en adelante); incluyendo aquí las menciones precisas propias al Derecho internacional humanitario (DIH, en adelante). En este primer momento veremos cómo será protagónica una idea próxima a la de ausencia de sanción penal; pero a continuación, pasaremos a realizar un examen similar desde el enfoque del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH, en adelante). Resultando que será entonces cuando podremos comprobar en mayor detalle cómo este término posee un alcance que trasciende de lo estrictamente punitivo. Finalmente, trataremos de sintetizar ambas aproximaciones para ofrecer una visión, no de todo lo que implica y se ve implicado en relación con la impunidad, pero sí al menos una aproximación comprehensiva y sistémica de este concepto desde el Derecho internacional.

II. APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Siguiendo a Paul G. Lauren, el desarrollo del DIP³⁷ puede examinarse, comprenderse y evaluarse como el lento, ciertamente tortuoso pero constante avance para acabar con *la impunidad*; en el entendimiento de que “the culture of impunity is an appropriate

“Impunity – Inertia, Inaction and Invalidity: A Literature Review”, *Boston University International Law Journal*, número 17, 1999, pp. 269-310.

³⁶ Sobre este término, véase apartado y nota siguientes.

³⁷ Respecto a la denominación, concepto y caracteres del DIP, así como sus posibles diferencias con el Derecho penal internacional, pueden verse entre otros, ALCORTA, C. A., *Principios de derecho penal internacional*, t. I., Editorial Italia, Buenos Aires, 1931, pp. 9-13; BASSIOUNI, M. C., *Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 49 y ss., en especial p. 50; BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., *Manual de Derecho Penal Internacional*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, pp. 23-24; CAPELLÀ I ROIG, M., *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 25-26; GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 23-27; HENZELIN, M., *Le Principe de L’Universalité en Droit Pénal International. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l’universalité*, Helbing & Lichtenhann, Bâle, 2000, pp. 9-11; HIGUERA GUIMERÁ, J. F., “El Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Actualidad Penal*, núm. 2, semana del 10 al 16 de enero, 2000, pp. 29-31; LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte Penal Internacional: Justicia versus Impunidad*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 9-11; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, Editorial Universitas, Madrid, 1996, pp. 211-212, así como la amplia bibliografía que recoge; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho penal Internacional e Internacional penal*, t. I, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955, en especial pp. 11-30; RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J., “Derecho internacional penal y derecho penal internacional”, en VV.AA., *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. I, EDITER, Madrid, 2005, en especial pp. 575-587; RYU, P. K. y SILVING, H., “International Criminal Law –A Search for Meaning–”, en BASSIOUNI, M. C. y NANDA, V. P., *A Treatise on International Criminal Law*, Charles C Thomas, Illinois, 1973; SCHWARZENBERGER, G., “The problem of an International Criminal Law”, en MUELLER, G. O. W., y WISE, E. M. (eds.): *International Criminal Law*, New York University, Nueva York, 1965, en especial pp. 4-33; VIEIRA, M. A., *El Delito en el espacio. Derecho penal internacional y derecho internacional penal*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1969, pp. 17-25, 197-201.

description for most of the entire experience of human history”³⁸. Diversos estudios han situado las posibles primeras manifestaciones de este tránsito en fechas tan remotas como el año 1286 a.C³⁹ o el 405 a.C⁴⁰; aunque es más común la referencia del caso de Peter von Hagenbach, en el año 1474 d.C, como primer antecedente de una verdadera exigencia de responsabilidad individual de carácter “internacional”⁴¹. Con todo, por motivos obvios resulta imposible detenernos en esta oportunidad en cualquier repaso histórico en este punto⁴², con lo que a efectos expositivos valga vincular el concepto de DIp con la figura de los crímenes de derecho internacional⁴³, o por utilizar la terminología de la mejor doctrina, de los crímenes internacionales de primer grado (crímenes contra la humanidad, genocidio, crímenes de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, etc.)⁴⁴. Referentes como Bassiouni han realizado varios esfuerzos para delimitar los aspectos penales que configurarían y/o concurrirían en este tipo de comportamientos⁴⁵; que en cualquier caso se encontrarían íntima e igualmente ligados a lo que generalmente se ha denominado como principio de responsabilidad internacional

³⁸ Vid. LAUREN, P. G., “From impunity to accountability: Forces of transformation and the changing international human right context”, en THAKUR, R. y MALCONTENT, P., *From Sovereign Impunity to International Accountability: The search for Justice in a World of States*, United Nations University Press, Nueva York, 2004, p. 15

³⁹ Cfr. BASSIOUNI, M. C., *International Extradition and World Public Order*, Sijthoff, Leiden, 1974, pp. 3-40.

⁴⁰ Cfr. BASSIOUNI, M. C., *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, p. 196.

⁴¹ De hecho, la decisión del Archiduque de Austria, bajo cuya autoridad se capturó a Hagenbach, de procesarlo no ante un tribunal ordinario, sino en un Tribunal *ad hoc* conformado por veintiocho jueces de la coalición aliada de Estados y ciudades es considerada por autores como Schwarzenberger como el primer antecedente de una verdadera Corte (Penal) Internacional. Cfr. GREPPI, E., “La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 835, 1999, pp. 531-554.

⁴² Para el lector interesado puede consultarse el siguiente trabajo donde además se incluyen amplias referencias bibliográficas: CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: *Derecho Internacional y transiciones...*, *op. cit.*, pp. 77-125.

⁴³ Como es sabido, ha existido -y en parte aún existe- una larga polémica acerca del mejor o más preciso rótulo con el que referirse a este tipo de actos, a partir siempre de clásicas denominaciones como la de “*delicta iuris gentium*”. Circunstancia, por lo demás, ya subrayada desde hace décadas también en el seno de la Comisión de Derecho Internacional (véase a modo de ejemplo, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, vol. II, segunda parte, p. 117).

⁴⁴ Cfr. OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, Ed. La Ley, Madrid, 2008, pp. 184-236.

⁴⁵ Para Bassiouni, las diez características penales que es posible identificar, en conjunto o individualmente, en los crímenes de derecho internacional son: “1) Explicit or implicit recognition of proscribed conduct as constituting an international crime, or a crime under international law, or a crime. 2) Implicit recognition of the penal nature of the act by establishing a duty to prohibit, prevent, prosecute, punish, or the like. 3) Criminalization of the proscribed conduct. 4) Duty or right to prosecute. 5) Duty or right to punish the proscribed conduct. 6) Duty or right to extradite. 7) Duty or right to cooperate in prosecution, punishment (including judicial assistance). 8) Establishment of a criminal jurisdictional basis. 9) Reference to the establishment of an international criminal court or international tribunal with penal characteristics. 10) No defense of superior orders.” Vid. BASSIOUNI, M. C., *International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions*, Transnational Publishers, Nueva York, 1997, p. 5.

penal⁴⁶ del individuo. Esto es, el expreso reconocimiento de que el individuo es personalmente responsable de determinadas conductas que, por suponer la violación de obligaciones internacionales/atentar contra bienes cuya garante es la Comunidad Internacional, adquieren trascendencia más allá de los ordenamientos jurídicos nacionales⁴⁷. Debiendo recordar aquí que como señaló el Relator Thiam en relación con los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad: “para que un ilícito internacional se convierta en uno de los crímenes incluidos en el Código no basta su suma gravedad, es preciso también que así lo decida y acuerde la Comunidad Internacional”⁴⁸.

Por los motivos ya señalados, nos limitaremos en este punto a seleccionar un texto general de referencia que permita ilustrar las claves fundamentales en lo que ahora interesa. Para ello, la mención idónea bien podría ser aquello que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su primer período de sesiones, ya confirmó por unanimidad; es decir, los “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal”⁴⁹. Documento al que seguiría unos años después, ya de la mano de la Comisión de Derecho Internacional, nuestra verdadera elección; a saber: los “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg”. A su luz:

“PRINCIPIO I. Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.

PRINCIPIO II. El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.

PRINCIPIO III. El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional.

⁴⁶ Como es conocido, la responsabilidad internacional del individuo se ha dirigido y aplicado fundamental al ámbito penal, aunque es posible detectar también cierto desarrollo, sobre todo en el ámbito anglosajón, respecto a lo que podría denominarse como responsabilidad internacional civil del individuo. En lo que aquí ocupa nuestra referencia será siempre la responsabilidad de naturaleza penal.

⁴⁷ Sobre este particular, así como acerca de los debates existentes en torno al fundamento último de la responsabilidad internacional del individuo, puede verse para una primera aproximación ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilité internationale de l’individu”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye.*, núm. 280, 1999, pp. 193-199 y p. 295; BASSIOUNI, M. C.: *International Criminal...*, *op. cit.*, p. 34; CASSESE, A.: *International Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2003, p. 23.; PELLA, V., *La guerre-crime et les criminels de guerre*, Baconnière, Neuchatel, 1964, págs. 15-42 ; VARGAS CARREÑO, E.: “El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho internacional”, en VV.AA., *Liber Amicorum Héctor...*, *op. cit.*, vol. II, p. 1524.

⁴⁸ Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Decimotercer informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/466, 24 de marzo de 1995, p. 4.

⁴⁹ Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg”, Resolución 95 (I), de 11 de diciembre de 1946.

PRINCIPIO IV. El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción.

PRINCIPIO V. Todas persona acusada de un delito de derecho internacional tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho.

(...)

PRINCIPIO VII. La complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, (...) constituye asimismo delito de derecho internacional⁵⁰.

El fundamental primer principio ha sido luego no sólo reiterado, sino expresamente citado como base y sustento de otros documentos como el artículo 1 del texto inicial del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1951⁵¹; el mismo artículo del Proyecto aprobado en 1954 donde además se reafirma la idea de la necesidad de sanción o castigo⁵²; o el artículo 2 del definitivo Proyecto de 1996⁵³. Precisamente en los Comentarios a este último, singularmente recordaba la Comisión de Derecho Internacional lo que sigue:

⁵⁰ Vid. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, "Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg", en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 1950.

⁵¹ "Article 1. Offences against the peace and security of mankind, as defined in this Code, are crimes under international law, for which the responsible individuals shall be punishable." This article is based upon the principle of individual responsibility for crimes under international law. This principle is recognized by the Charter and judgment of the Nürnberg Tribunal, and in the Commission's formulation of the Nürnberg principles it is stated as follows: "Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefore and liable to punishment." Vid. *Yearbook of the International Law Commission* 1951, vol. II, pp. 134-135.

⁵² "Article 1. Offences against the peace and security of mankind, as defined in this Code, are crimes under international law, for which the responsible individuals shall be punished. *Comment.* The Commission decided to replace the words "shall be punishable" in the previous text by the words "shall be punished" in order to emphasize the obligation to punish the perpetrators of international crimes. Since the question of establishing an international criminal court is under consideration by the General Assembly, the Commission did not specify whether persons accused of crimes under international law should be tried by national courts or by an international tribunal". Vid. *Yearbook of the International Law Commission* 1954, vol. II, p.150

⁵³ "Artículo 2.—Responsabilidad individual. 1. Un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad comportará responsabilidad individual. (...) *Comentario.* 1) El principio de la responsabilidad individual por los crímenes de derecho internacional quedó claramente establecido en Nuremberg. El estatuto del Tribunal de Nuremberg estableció el procesamiento y castigo de las personas que hubieran cometido crímenes contra la paz, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. El Tribunal de Nuremberg confirmó la aplicabilidad directa del derecho penal internacional respecto de la responsabilidad y el castigo de los individuos por violaciones de ese derecho: «Se ha alegado que el derecho internacional se ocupa de las acciones de Estados soberanos y no prevé el castigo de los individuos [...] En opinión del Tribunal, debe rechazarse tal alegación. Hace mucho tiempo que se ha reconocido que el derecho internacional impone derechos y obligaciones a los individuos así como a los Estados». El Tribunal de Nuremberg llegó también a la conclusión de que «puede castigarse a los individuos por violaciones del derecho internacional».» Vid. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, segunda parte, 1996, p. 21.

“El principio de la responsabilidad individual y del castigo de los crímenes de derecho internacional reconocido en Nuremberg es la piedra angular del derecho penal internacional. Este principio es el duradero legado del estatuto y las sentencias de Nuremberg, que confiere sentido a la prohibición de los crímenes de derecho internacional al garantizar que los individuos que comentan tales crímenes incurran en responsabilidad y puedan ser castigados. El principio de la responsabilidad individual y el castigo por los crímenes de derecho internacional fue reafirmado en el estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991 (...) y en el estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables del genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y a ciudadanos de Rwanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas de 1994 y el 31 de diciembre de 1994...”⁵⁴.

La misma Comisión destacó entonces la necesidad de combatir la impunidad; entendiendo ésta como “la ausencia de enjuiciamiento y castigo de los responsables” de los crímenes de derecho internacional⁵⁵. Así pues, cuando hablamos de impunidad en relación con los crímenes de derecho internacional la noción fundamental a retener bien pudiera ser, de inicio, la simple negación del Principio I citado. Esto es, la ausencia de materialización de que la persona que comete uno de estos ilícitos “es responsable de él y está sujeta a sanción”; sea de manera directa y absoluta, sea a través del establecimiento de diversos obstáculos que dificulten o hagan prácticamente inviable su realización -y ocurra esto de hecho o de Derecho. Por dar un nuevo salto temporal, estaríamos ante el incumplimiento de lo que se indica, pero sobre todo lo que se recuerda en el Estatuto de la Corte Penal Internacional⁵⁶:

“Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto *no deben quedar sin castigo* y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional *para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia*,
Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,
Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”⁵⁷.

Refiriendo un par de finales ejemplos recientes que condensen lo anterior, valga citar de un lado, el Plan de Acción de Naciones Unidas sobre la seguridad de los periodistas y la cuestión de la impunidad, aprobado el 13 de abril de 2012, en el que se afirmaba que la “impunidad (...) puede definirse como la incapacidad para llevar ante la justicia a los

⁵⁴ *Vid. Idem.*

⁵⁵ Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, segunda parte, 1996, p. 32.

⁵⁶ Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, en BOE de 27 de mayo de 2002.

⁵⁷ *Vid. Preámbulo.* La cursiva es nuestra.

autores de violaciones de derechos humanos”⁵⁸; del otro, la declaración del Presidente del Consejo de Seguridad, de 19 de enero de 2012, en relación con *the promotion and strengthening of the rule of law in the maintenance of international peace and security*:

“The Security Council reaffirms its strong opposition to impunity for serious violations of international humanitarian law and human rights law. The Council further emphasizes the responsibility of States to comply with their relevant obligations to end impunity and to thoroughly investigate and prosecute persons responsible for war crimes, genocide, crimes against humanity or other serious violations of international humanitarian law in order to prevent violations, avoid their recurrence and seek sustainable peace, justice, truth and reconciliation”⁵⁹.

Lo señalado hasta el momento es igualmente predicable respecto de las específicas disposiciones convencionales existentes en relación con cada uno de los crímenes de derecho internacional. Así desde lo previsto en los artículos 1 -pero también 2, 4, 5, 6 y 7- de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio⁶⁰, hasta por referir un ejemplo próximo, los artículos 4 -pero también 3 a 15, 22 y parcialmente 25- de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas⁶¹; cuyo Preámbulo, por lo demás, recoge fórmulas como las siguientes:

“*Conscientes* de la extrema gravedad de la desaparición forzada, que constituye un delito y, en determinadas circunstancias definidas por el derecho internacional, un crimen de lesa humanidad,
Decididos a prevenir las desapariciones forzadas y a luchar contra la impunidad en lo que respecta al delito de desaparición forzada.”

Desde luego, no podemos detenernos en cada una de las normas convencionales que aquí podrían mencionarse, pero sí es preciso hacer al menos alguna breve mención específica al DIH. Como ya avanzamos, en atención a la perspectiva y objeto de esta contribución sería en este apartado cuando incluyéramos algunas consideraciones propias al *ius in bello*; y ello así porque aunque es evidente su especificidad/singular ámbito de aplicación⁶² -para algunos autores, de hecho, se trata de “un nuevo orden

⁵⁸ *Vid.*, punto 1.3 del Plan de Acción de Naciones Unidas sobre la seguridad de los periodistas y la cuestión de la impunidad, disponible en http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/official_documents/un_plan_action_safety_es.pdf.

⁵⁹ *Vid.* Documento de las Naciones Unidas: S/PRST/2012/1, 19 de enero de 2012, p. 2.

⁶⁰ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada en Nueva York el 9 de diciembre de 1948, en BOE de 8 de febrero de 1969. Con anterioridad puede verse: “The Crime of Genocide”, Resolución 96 (I) del 1 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la que se califica al genocidio de crimen condenado por el mundo civilizado por el que deben ser castigados sus responsables, ya sean particulares o sujetos-órganos de un Estado.

Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, en BOE de 18 de febrero de 2011.

⁶² Para una primera aproximación puede verse RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. L., “Ámbito de aplicación del Derecho internacional humanitario. Delimitación de los conflictos armados”, en RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J. L. (coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blach, Valencia, 2007. En relación con algunos escenarios especialmente complejos, es recomendable COSTAS TRASCASAS, M., *Violencia interna y protección de la persona. Una laguna jurídica del*

jurídico”⁶³, así como su problemática y circunstancias fácticas propias, la clave que en su ámbito daría sentido al concepto de impunidad es coincidente con la visión general que estamos desarrollando. Al respecto y además de lo ya señalado, baste recordar lo recogido en el prestigioso estudio auspiciado por el Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el DIH consuetudinario:

“Individuals are criminally responsible for war crimes they commit. (...) The principle of individual criminal responsibility for war crimes is a long-standing rule of customary international law already recognized in the Lieber Code and the Oxford Manual and repeated in many treaties of international humanitarian law since then. Individual criminal responsibility for war crimes committed in international armed conflicts was the basis for prosecutions under the Charters of the International Military Tribunals at Nuremberg and at Tokyo...”⁶⁴.

En el derecho convencional podrían citarse como manifestaciones específicas, sin duda y entre otros, los artículos 49 del I Convenio, 50 del II, 129 del III y 146 del IV, de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949⁶⁵; también el artículo 85 del Protocolo I

Derecho internacional, Tirant lo Blach, Valencia, 2008. Apuntar también que, a parte lo anterior, las relaciones entre el DIH y por ejemplo el DIDH, aun bajo la máxima de su estrecha unidad en función de la convergencia de objetivos, es una cuestión compleja sobre la que existe un amplio debate doctrinal. Al respecto, puede verse AIVO, G., “Convergences entre Droit International humanitaire et Droit International des Droits de l’homme: vers une assimilation des deux corps de règles?”, *Revue Trimestrielle des Droits de L’homme*, núm. 82, 2010, pp. 341-379; DOSWALD-BECK, L. y VITÉ, S., “Derecho internacional humanitario y derecho de los derechos humanos”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 116, 1993, pp. 99-126; CANÇADO TRINDADE, A. A., “Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias”, en CANÇADO TRINDADE, A. A., PEYTRINET, G., y DE SANTIAGO, J. R., *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*, Porrúa, México D.F., 2003, en especial pp. 132-169; MANGAS MARTÍN, A., “Derechos humanos y Derecho humanitario bélico en el marco de los conflictos internos”, en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria/Gasteiz*, Universidad del País Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1989; PÉREZ GONZÁLEZ, M., “Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario”, en CARDONA LLORENS, J. (dir.): *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I, Aranzadi, Pamplona, 1998; PÉREZ GONZÁLEZ, M., “*Ius in bello, ius ad bellum* y derechos humanos (a propósito de la opinión de la Corte Internacional de Justicia sobre el Muro)”, en VV.AA., *Pacis Artes...*, op. cit., en especial pp. 490-496; SÁNCHEZ PATRÓN, J. M., *Las Organizaciones Internacionales ante las Violaciones de los Derechos Humanos*, Septem Editores, Oviedo, 2004, en especial pp. 71-160; SWINARSKI, C., “Common Prospects and Challenges for International Humanitarian Law and the Law of Human Rights”, en VV.AA., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, vol. I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2003; TOMUSCHAT, CH., “Human Rights and International Humanitarian Law”, *European Journal of International Law*, vol. 21, núm. 1, 2010, pp. 15-23

⁶³ Cfr. GREENWOOD, CH., “Scope of Application of Humanitarian Law”, en FLECK, D. (ed.), *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Nueva York, 2008.

⁶⁴ Vid. HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., ET AL., *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, Cambridge University Press, Nueva York, 2005, p. 551.

⁶⁵ I. Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña, adoptado en Ginebra el 12 de agosto de 1949, en BOE de 23 de agosto de 1952; II. Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, adoptado en Ginebra el 12 de agosto de 1949, en BOE de 26 de agosto de 1952; III. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, adoptado en Ginebra el 12 de agosto de 1949, en BOE de 5 de septiembre de 1952; y IV. Convenio de Ginebra relativo a la

adicional a los Convenios de Ginebra⁶⁶, aunque como dato añadido lo que conviene es reproducir el artículo 6.5 del Protocolo II adicional⁶⁷:

“A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.”

Esta previsión, que ha llevado a no pocas confusiones⁶⁸, no cabe entenderla referida a las violaciones graves del DIH, a la responsabilidad individual penal que éstas comportan. Y ello no sólo en virtud del mismo concepto de unidad del Derecho internacional y/o por lógica sistémica⁶⁹, sino que volviendo al documento antes citado, en él se encuentra también una específica y meridiana exposición al respecto, que además incluye práctica y ejemplos de interés para el objetivo general de este apartado:

“When Article 6(5) of Additional Protocol II was adopted, the USSR stated, in its explanation of vote, that the provision could not be construed to enable war criminals, or those guilty of crimes against humanity, to evade punishment. The ICRC shares this interpretation. Such amnesties would also be incompatible with the rule obliging States to investigate and prosecute persons suspected of having committed war crimes in non-international armed conflicts (see Rule 158)⁷⁰. Most amnesties specifically exclude from their scope persons who are suspected of having committed war crimes or other specifically listed crimes under international law. In the *Videla case* in 1994, Chile’s Appeal Court of Santiago held that offences which it considered to constitute grave breaches were unamenable to amnesty. In the *Mengistu and Others case* in 1995, the Special Prosecutor of Ethiopia stated that it was “a well established custom and belief that war crimes and crimes against humanity are not subject to amnesty”. This was confirmed in the *Cavallo case* in 2001 by Argentina’s Federal Judge with respect to crimes against humanity. In the *Azapo case* in 1996, however, concerning the legality of establishment of the Truth and Reconciliation Commission, South Africa’s

protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, adoptado en Ginebra el 12 de agosto de 1949, en BOE de 2 de septiembre de 1952.

⁶⁶ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales, adoptado en Ginebra el 8 de junio de 1977, en BOE de 26 de julio de 1989.

⁶⁷ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, adoptado en Ginebra el 8 de junio de 1977, en BOE de 26 de julio de 1989.

⁶⁸ Por mencionar un ejemplo reciente, en el tiempo y en el espacio, véase Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010, Causa Especial Nº. 20048/2009, p. 42.

⁶⁹ Cfr. NAQVI, Y., “Amnesty for war crimes: Defining the limits of international recognition”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 851, 2003, pp. 583-624, en especial pp. 603-605; ROHT-ARRIAZA, N. y GIBSON, L., “The Developing Jurisprudence on Amnesty”, *Human Rights Quarterly*, vol. 20, núm. 4, 1998, pp. 843-885, en especial pp. 862-866; SALMÓN, E., “Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 862, 2006, en especial pp. 12-16.

⁷⁰ “Rule 158. States must investigate war crimes allegedly committed by their nationals or armed forces, or on their territory, and, if appropriate, prosecute the suspects. They must also investigate other war crimes over which they have jurisdiction and, if appropriate, prosecute the suspects.”

Constitutional Court interpreted Article 6(5) of Additional Protocol II as containing an exception to the peremptory rule prohibiting an amnesty in relation to crimes against humanity. It should be noted, however, that the work of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa did not involve the granting of blanket amnesties as it required full disclosure of all the relevant facts. In resolutions on Croatia and Sierra Leone, the UN Security Council confirmed that amnesties may not apply to war crimes. In a resolution on impunity adopted without a vote in 2002, the UN Commission on Human Rights made the same point, as did the UN Secretary-General in several reports. Some regional bodies have also stated that amnesties may not cover war crimes, in particular the European Parliament in relation to the former Yugoslavia. There is international case-law to support the proposition that war crimes may not be the object of an amnesty, in particular the judgement of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia in the *Furundžija case* in 1998 with respect to torture⁷¹.

Aclarado lo anterior, la última mención a la tortura permite dar paso a una reciente sentencia de la Corte Internacional de Justicia, en la que también está presente la lógica y aproximación identificadas. Así, en lo que ahora nos ocupa, en ella se afirmó lo siguiente:

“The obligation for the State to *criminalize torture and to establish its jurisdiction* over it finds its equivalent in the provisions of many international conventions for the combating of international crimes. This obligation, which has to be implemented by the State concerned as soon as it is bound by the Convention, has in particular a preventive and deterrent character, since by equipping themselves with the necessary legal tools *to prosecute this type of offence*, the States parties ensure that their legal systems will operate to that effect and commit themselves to co-ordinating their efforts *to eliminate any risk of impunity*”⁷².

De hecho, analizando disposiciones como los artículos 5, 6 y 7 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁷³, la Corte concluía que “the object and purpose of the Convention (...) is to make more effective the struggle against torture by avoiding impunity for the perpetrators of such acts”⁷⁴.

Ahora bien, conviene destacar que en mi opinión, el intento de poner coto a la impunidad no es el sustento de los crímenes de derecho internacional. El fundamento que justifica que un crimen de derecho internacional pueda definirse de este modo y consecuentemente, que comprometa la responsabilidad internacional (penal) de sus autores, no es otro que el consenso internacional, el pacto social entre Estados por usar una expresión que ha hecho fortuna, acerca de la trascendencia internacional del bien

⁷¹ Vid. HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., ET AL., *Customary International Humanitarian...*, op. cit., pp. 612-614.

⁷² Vid. *Cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, sentencia de 20 de julio de 2012, párrs. 96-105, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>, párr. 75. La cursiva es nuestra.

⁷³ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, en BOE de 9 de noviembre de 1987.

⁷⁴ Vid. *Cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, sentencia de 20 de julio de 2012, párrs. 96-105, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>, párr. 74.

jurídico que se quiere proteger⁷⁵. Y a partir de él, no cabe duda de que tales comportamientos generan, en lo que aquí ocupa, la obligación de perseguir, enjuiciar y sancionar con penas adecuadas a sus responsables⁷⁶. En otros términos, los del profesor Ollé Sesé, que tales actos conllevan la inmediata “exigencia por parte de los Estados, tanto de los del lugar de comisión de los hechos como terceros ajenos al *locus delicti commissi*, de juzgar a los responsables de estos crímenes internacionales”⁷⁷. O por formularlo desde otra perspectiva, la de la naturaleza jurídica de algunas prescripciones propias al DIp, que como ha mantenido el profesor Carnerero Castilla: “todos los Estados están sometidos a la obligación *erga omnes* de reprimir y castigar sus violaciones en cualquier situación, mediante la aplicación de sanciones regidas por estándares universales”⁷⁸.

Desgraciadamente, de todos es conocido que el saldo que arroja el cumplimiento de esta obligación o serie de obligaciones no ha sido, ni es, en modo alguno satisfactorio. Al respecto, baste aquí recordar que en relación con el crimen de genocidio, la Comisión de Derecho Internacional reconocía, allá por 1996, que “la impunidad [la ausencia de enjuiciamiento y castigo de los responsables de genocidio] sigue siendo prácticamente la norma más bien que la excepción”⁷⁹. Advertir, no obstante, que en aquella oportunidad la Comisión razonaba en concreto acerca lo que se ha considerado como la técnica más utilizada, comparativamente, para evitar la impunidad de los responsables de crímenes de derecho internacional: la jurisdicción universal⁸⁰. Dicho en palabras de uno de los actores ante nuestra Audiencia Nacional: “la persecución de los crímenes internacionales por distintos tribunales nacionales sobre la base del principio de jurisdicción universal ha venido a contribuir, con sus avances y retrocesos, a una *globalización de la justicia*. En efecto, la lucha contra la impunidad ha permitido combatir aberrantes agujeros en la justicia internacional que parecían enquistados desde hace décadas”⁸¹.

Resulta imposible entrar ahora en el debate acerca del fundamento y alcance de este principio de jurisdicción universal⁸², con lo que señalar al menos que determinados

⁷⁵ Cfr. *supra* notas 47 y 48.

⁷⁶ A este respecto, siempre me pareció una referencia interesante la exposición que se contiene en COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Sobre juzgamiento de crímenes internacionales”, Resolución N° 1/03, 24 de octubre de 2003.

⁷⁷ Vid. OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, *op. cit.*, pp. 253-254.

⁷⁸ Vid. CARNERERO CASTILLA, R., *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, Iustel, Madrid, 2007, p. 165.

⁷⁹ Vid. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, segunda parte, 1996, p. 32.

⁸⁰ Cfr. BASSIOUNI, M. C., “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, núm. 1, 2001, pp. 81-162, en p. 82.

⁸¹ Vid. ESTEVE MOLTÓ, J. E., “La persecución de las violaciones del derecho internacional humanitario en el contexto de los conflictos armados internos: el caso de Birmania ante la jurisdicción universal en España”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 22, 2011, p. 2.

⁸² Además de las restantes referencias, para mi visión al respecto, al hilo del proceso de modificación del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puede verse CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: De la

Estados, sobre la base de un argumento u otro (o una conjunción de varios), han considerado que cuanto menos, el Derecho internacional les facultaba⁸³ para extender su jurisdicción en base a este criterio de universalidad, y en consecuencia así lo han recogido en sus respectivas legislaciones⁸⁴ y lo han aplicado sus tribunales de justicia⁸⁵. Y en este punto, aunque también en general, conviene no perder de vista la articulación operativa del criterio coordinador contenido en el apotegma *aut dedere aut punire* -o en su formulación más moderna y neutral *aut dedere aut iudicare*⁸⁶; en tanto que como han sostenido referentes como Bassiouni: “todas las fuentes y aspectos del Derecho [internacional] penal conducen finalmente al derecho o deber del Estado de perseguir a través de sus órganos jurisdiccionales (por delitos internacional[es] (...)) o, alternativamente, el deber de conceder la extradición a otro sistema interno para que lleve a cabo el procesamiento...”⁸⁷; siendo que sin la plena vigencia de este principio, concluye el mismo autor, el Derecho internacional penal perdería su potencial eficacia⁸⁸.

De este modo, y por acudir a la formulación general presente en las Resoluciones del Consejo de Seguridad, todo lo anterior conformarían “th[e] relevant obligations to end impunity and to prosecute those responsible for war crimes, genocide, crimes against humanity and serious violations of international humanitarian law”⁸⁹. En resumen pues, recogiendo las palabras de especialistas como Bollo Arocena: “existe una clara obligación estatal de impedir que los autores de [crímenes de derecho internacional] que se encuentren en el territorio sometido a su soberanía queden impunes, sean o no nacionales suyos, lo sean o no las víctimas de tales conductas, y ha[yan] sido cometidos

‘abrogación de *facto*’ a la ‘derogación de *iure*’, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, año 2009, tomo 4, pp. 1440-1450.

⁸³ Anótese que sobre la base del artículo 8 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, se ha señalado que este carácter facultativo podría ser progresivamente cuestionado. Sobre este particular, véase entre otros, REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, pp. 54-59. En sentido contrario, consúltese CASSESE, A., *International...*, *op. cit.*, pp. 301-303.

⁸⁴ Al respecto, pueden consultarse varias bases de datos con información bastante completa y actualizada, como: <http://www.u-j.info/index/>; <http://www.universaljurisdiction.org/national-laws>; o <http://www.icrc.org/ihl-nat>.

⁸⁵ Para un completo repaso de algunas de las decisiones más relevantes en este ámbito, OLLÉ SESÉ, M.: *Justicia universal para crímenes internacionales*, *op. cit.*, pp. 56-64.

⁸⁶ Principio que no ha de ser confundido con un criterio de atribución de jurisdicción, sino valorado como una obligación alternativa para el Estado en el que se encuentra el acusado, ya de juzgarle ya de extraditarle; no siendo absolutamente necesario que en el primero de los casos base su jurisdicción en el principio de jurisdicción universal. A este respecto, véase la opinión disidente del juez Van Den Wyngaert en el *asunto de la Orden de arresto de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, *I.C.J., Reports 2002*, párr. 59. En la doctrina, BOTTINI, G., “Universal Jurisdiction after the creation of the International Criminal Court”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 36, núm 2, 2004, pp. 503-562, en p. 516; BLANCO CORDERO, I., “Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo”, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, año 2004, tomo 2, pp. 1634-1646, en pp. 1637-1639.

⁸⁷ *Vid.* BASSIOUNI, M. C., *Derecho Penal Internacional. Proyecto*, *op. cit.*, pp. 82-83.

⁸⁸ *Cfr. Ibíb.*, p. 97.

⁸⁹ *Vid.* CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 1674 (2006), Documento de las Naciones Unidas: S/RES/1674 (2006), 28 de abril de 2006, párr. 7.

o no en su territorio. Y la razón se encuentra en el hecho de que nos hallamos ante una obligación debida a la Comunidad Internacional en su conjunto, que trata de proteger intereses que van más allá de los meramente individuales para pasar a proteger el interés público o general”⁹⁰.

La impunidad entonces y desde esta (primera) perspectiva, no tomaría otro cuerpo que el incumplimiento de la obligación o conjunto de obligaciones identificadas.

III. EXAMEN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Desde una perspectiva fáctica, pero también jurídica, los conceptos que le son propios al DIp y al DIDH aunque diferentes, se encuentran estrechamente vinculados. Entre otros considerandos, porque como bien han recordado varios especialistas: “la represión penal de los autores de tales crímenes [genocidio o crímenes contra la humanidad] constituye una pieza clave en la consecución del objetivo del respeto de los derechos humanos más elementales”⁹¹. Sin embargo, el conjunto de obligaciones que se derivan de la comisión de violaciones a los derechos humanos difiere de las estrictamente correspondientes a los crímenes de derecho internacional; o mejor dicho, se complementan, siempre y cuando –como es lo más común– sea posible la atribución del acto o actos considerados a un Estado. De tal suerte que entonces estaríamos ante un comportamiento que vulneraría tanto la normativa que aquí interesa del DIp como la del DIDH.

Con todo, sin nos restringimos ahora al ámbito del DIDH podremos comprobar que aunque a primera vista pareciera existir cierta *vis atractiva* hacia los aspectos ya reseñados de índole más bien penal -vehiculada parcialmente a partir de la figura de los “remedios efectivos” (*effective remedy*)⁹², el concepto global de impunidad que se maneja en este sector del ordenamiento jurídico internacional es diferente y singular. Con vistas a dar una visión estructural del mismo, escogeremos en lo que sigue las aproximaciones que se han realizado tanto en el sistema universal de protección de los derechos humanos, como en los sistemas regionales europeo, africano e interamericano.

Comenzando por el sistema universal, para nuestra labor resulta una elección especialmente ilustrativa la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/81: “Impunidad”⁹³. Así, en su literal se comienza por condensar lo que al hilo del DIp hemos recogido en el apartado anterior; reafirmando en los siguientes términos:

⁹⁰ Vid. BOLLO AROCENA, M^a. D., *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, p. 319.

⁹¹ Vid. *Idem.*, p. 313.

⁹² Para más datos sobre la relación existente entre esta figura y el genérico deber de garantía propio al DIDH, puede verse CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho Internacional y transiciones...*, *op. cit.*, pp. 238-269 y en especial 242-248.

⁹³ En un sentido similar, puede acudir a las resoluciones de la COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, 2004/72, 60º período de sesiones, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/RES/2004/72, 21 de abril de 2004; 2003/72, 59º período de sesiones, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/RES/2003/72, 25 de abril de 2003; 2002/79, 58º período de sesiones, Documento de las

“... el deber de todos los Estados de poner fin a la impunidad y de enjuiciar o extraditar, de conformidad con las obligaciones que han adquirido en virtud del derecho internacional, a los responsables de todas las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que constituyan delito, incluidos el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, para ponerlos a disposición de la justicia, promover la transparencia, el respeto del derecho internacional y la justicia para las víctimas, desalentar la comisión de esos delitos y cumplir la obligación de los Estados de proteger a todas las personas contra esa clase de delitos”⁹⁴.

Pero a renglón seguido, se añade que la Comisión se encuentra:

“*Convencida también* de que exponer la verdad en lo que respecta a las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que constituyen delito, la entrega a la justicia de sus autores, incluidos sus cómplices, la obtención de justicia y de una reparación efectiva para las víctimas, y su protección, así como el mantenimiento de archivos históricos de esas violaciones y la restitución de la dignidad a las víctimas mediante el reconocimiento público y la conmemoración de sus padecimientos forman parte integrante de la promoción y el ejercicio efectivo de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y de la prevención de futuras violaciones y son un factor fundamental para garantizar un sistema de justicia justo y equitativo...”⁹⁵.

Salta a la vista que este segundo párrafo nos introduce en una serie de cuestiones que desde luego va mucho más allá de la mera ausencia de sanción penal. Evidencia que podemos confirmar acudiendo al ya célebre “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, en cuyo articulado se señala que:

“Por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, 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, [incluida] la indemnización del daño causado a sus víctimas.

(...)

La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios

Naciones Unidas: E/CN.4/RES/2002/79, 25 de abril de 2002; 2001/70, 57º período de sesiones, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/RES/2001/70, 25 de abril de 2001; 2000/68, 56º período de sesiones, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/RES/2000/68, 27 de abril de 2000, y 1999/34, 55º período de sesiones, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/RES/1999/34, 26 de abril de 1999.

⁹⁴ Vid. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, “Impunidad”, Resolución 2005/81, 61º período de sesiones, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/RES/2005/81, 21 de abril de 2005, p. 1.

⁹⁵ Vid. *Idem*.

sufridos, de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones”⁹⁶.

En consecuencia, vuelve a hacerse presente la idea básica, la relación fundamental, entre el concepto de impunidad y el de las obligaciones internacionales que vincularían al Estado responsable en esta ocasión. De este modo, y aunque más adelante volveremos a ello, la figura clave a retener en este punto será lo que generalmente se ha conocido como el deber de garantía de los derechos humanos. La cual, a los efectos que ahora interesan, podríamos caracterizar como un conjunto de obligaciones de naturaleza complementaria, no alternativa ni sustitutiva, que surge cuando estamos ante una violación de los derechos humanos; y que podemos resumir en, cuanto menos: 1) la obligación de investigar; 2) la obligación de enjuiciar y sancionar con penas apropiadas a los responsables; 3) la obligación de otorgar una justa, rápida y adecuada reparación a las víctimas y sus familiares; y 4) la obligación, en su caso, de adoptar medidas eficaces para evitar que dichas violaciones se repitan en el futuro. Sin olvidar aquí como aspecto singular, pero especialmente relevante, que lo anterior sin lugar a dudas comporta como mínimo⁹⁷ el deber estatal, y derecho de todas y cada de las víctimas (y sus familiares) de violaciones a los derechos humanos a saber la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron esas violaciones, y en caso de fallecimiento o desaparición acerca de la suerte que corrió la víctima.

Este listado general permite además visualizar una de las razones fundamentales que explican porqué también en el ámbito del DIDH es relativamente mayoritaria cierta equiparación entre el concepto de impunidad y lo señalado en el apartado anterior. Por enunciarlo en corto, la clave es que el deber de investigar/traducir en justicia se conforma como la obligación inicial e irrenunciable⁹⁸ en casos de violación a los derechos humanos, de tal suerte que su omisión ya califica, de inicio y sin necesidad de consideraciones adicionales, la situación examinada como de impunidad. Lo que no

⁹⁶ Vid. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, pp. 6 y 7.

⁹⁷ Sobre el “derecho a la verdad” o “derecho a saber” en una dimensión social o colectiva, puede verse *ibid.*, parte II; así como COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, “PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS. Study on the right to the truth. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2006/91, 8 de febrero de 2006.

⁹⁸ En este sentido, de las muchas menciones posibles recuérdese por ejemplo lo explicitado por el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas; esto es, que el reconocimiento del derecho de las víctimas o de sus familiares a recibir una reparación adecuada equivale a reconocer la responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos y es expresión de respeto hacia el ser humano; resultando que aunque conceder una reparación presupone el cumplimiento de la obligación de investigar las denuncias de violaciones de derechos humanos para identificar y procesar a los autores, el pago de una compensación monetaria o de otro tipo a las víctimas o sus familiares antes o al finalizar esas investigaciones no exime a los gobiernos de la obligación de llevarlas a término. Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: “COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Informe del Relator Especial sobre las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/1994/7, Add2, 15 de noviembre de 1993, párr. 711.

quiere decir, es evidente, que con ello se agote el pleno sentido de este término a la luz de lo que acabamos de exponer.

Desde esta perspectiva resulta pues posible dotar de su pleno significado a afirmaciones como las de los expertos Guissé y Joinet, que ya desde el comienzo de su labor recordaron que si bien la lucha contra la impunidad tiene su origen en la necesidad de que se haga justicia, no puede centrarse únicamente en ese objetivo: debe responder también a otros imperativos, estrechamente interconectados⁹⁹, como satisfacer el derecho de las víctimas a saber y obtener reparación¹⁰⁰. Lo que, por recoger algunos ejemplos finales del ámbito universal, fue igualmente mantenido y desarrollado por el Comité de Derechos Humanos¹⁰¹ con argumentaciones como la que sigue:

“... el Gobierno de Guatemala debería adoptar todas las medidas pertinentes para evitar casos de impunidad y, especialmente, para que las víctimas de violaciones de derechos humanos encuentren la verdad sobre esos actos, conozcan quiénes son sus autores y obtengan la indemnización adecuada. El Comité recomienda que, de conformidad con el Pacto, el Estado Parte ponga a disposición de la justicia a los autores de violaciones de los derechos humanos, independientemente de los cargos que hayan podido ocupar. Insta al Estado parte a que investigue las denuncias de violaciones de derechos humanos, pasadas y presentes, a que actúe en función de las conclusiones de sus investigaciones para poner a disposición de la justicia a los sospechosos, castigar a los autores e indemnizar a las víctimas de tales actos...”¹⁰².

En atención a todo lo anterior es cómo pueden, en fin, comprenderse y valorarse en todo su sentido otras afirmaciones más concentradas del Comité de Derechos Humanos: como su consideración de que la impunidad “constituye un obstáculo para los esfuerzos que se están realizando por promover el respeto de los derechos humanos”¹⁰³; o por

⁹⁹ Al respecto, es interesante la advertencia que hacia 1996 realizaron expertas como Roht Arriaza: ROHT ARRIAZA, N., “Combating impunity: Some thoughts on the way forward”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4, pp. 93-102, en especial p. 101.

¹⁰⁰ Cfr. SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Informe provisional sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones a los derechos humanos”, preparado por Guissé y Joinet en cumplimiento de la Resolución 1992/23 de la Subcomisión, Documento de Naciones Unidas: CN.4/Sub.2/1993/6, 19 de julio 1993, párr. 13. Sobre estos últimos aspectos, puede acudir al completo trabajo de GÓMEZ ISA, F., “El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos”, en GÓMEZ ISA, F. (director), *El derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe-Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

¹⁰¹ Para más datos sobre la posición del Comité en lo que aquí ocupa, puede consultarse SEIBERT-FOHR, A., “The Fight against Impunity under the International Covenant on Civil and Political Rights”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 6, núm. 1, pp. 301-344.

¹⁰² *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Guatemala”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.63, 3 de abril de 1996, E. Sugerencias y Recomendaciones, párrs. 2-3.

¹⁰³ *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Sri Lanka”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.56, 27 de julio de 1995, párr. 15.

referirnos a la codificación general del deber de garantía y la figura de los “remedios efectivos”,¹⁰⁴ en un instrumento universal como es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁵, que: “la impunidad por la violación de los derechos humanos es incompatible con las obligaciones contraídas por el Estado parte con arreglo al párrafo 3 del artículo 2 del Pacto”¹⁰⁶.

Dando ahora el paso a los sistemas regionales, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) obviamente ha sancionado el fenómeno de la impunidad. Siendo posible rastrear en sus abundantes decisiones las valoraciones que ha realizado al respecto -como bien se ha resumido en un documento reciente del mismo Consejo de Europa¹⁰⁷; sin embargo, el TEDH no nos ha ofrecido una definición en sentido estricto del concepto de impunidad. De hecho, suele destacarse que no fue hasta finales de los años 90 del pasado siglo cuando este término apareció como tal en el literal de las decisiones del Tribunal. En aquella oportunidad, en el *caso Yasa v. Turquía*, en una formulación más bien próxima a la primera de las obligaciones que hemos enunciado *supra*, la de investigar/traducir en justicia:

“The Court is prepared to take into account the fact that the prevailing climate at the time in that region of Turkey, marked by violent action by the PKK and measures taken in reaction thereto by the authorities, may have impeded the search for conclusive evidence in the domestic criminal proceedings. Nonetheless, circumstances of that nature cannot relieve the authorities of their *obligations under Article 2 to carry out an investigation, as otherwise that would exacerbate still further the climate of impunity* and insecurity in the region and thus create a vicious circle”¹⁰⁸.

Pero junto a ello, y más allá de lo inmediatamente vinculado al conjunto de obligaciones señaladas, es oportuno destacar que el TEDH también ha ofrecido algunas otras

¹⁰⁴ “Artículo 2. 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (...) 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.” Sobre la cuestión general, véase *supra* nota 92.

¹⁰⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, en BOE de 30 de abril de 1977.

¹⁰⁶ *Vid.* COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Lesotho”, Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.106, 8 de abril de 1999, párr. 17.

¹⁰⁷ Cfr. ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, “Report of Mrs Herta Däubler-Gmelin, Committee on Legal Affairs and Human Rights, The state of human rights in Europe: the need to eradicate Impunity”, Doc. 11934, 3 de junio de 2009.

¹⁰⁸ *Vid.* TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Yasa v. Turkey*, sentencia de 2 de septiembre de 1998, *Reports 1998-VI*, párr. 104. La cursiva es nuestra.

conclusiones de interés. Por citar una de ellas, que esta misma *impunidad* puede suponer la violación de obligaciones adicionales propias al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales¹⁰⁹. Así por ejemplo, el TEDH ha señalado en relación con los familiares-víctimas¹¹⁰ de desaparición forzada de personas que cuando concurren varias circunstancias, como un estrecho e intenso grado de parentesco, el haber presenciado la desaparición, así como directamente haber intentado obtener información sobre la suerte del desaparecido, y singularmente la ausencia de investigación y/o respuesta real y la actitud consiguiente de las autoridades estatales ante tales demandas, una desaparición forzada supone también la conculcación de la prohibición de ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes¹¹¹.

Si volvemos ahora la vista al sistema africano de protección de derechos humanos, ciertamente las aproximaciones generales al concepto de impunidad que se han realizado en su seno presentan unos perfiles más cercanos al DIP¹¹². No obstante, atendiendo a las decisiones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos es interesante observar que si bien está plenamente presente la completa caracterización jurídica que hemos referido, en algunas de sus posiciones parece posible identificar cierta distinción conceptual entre el término de impunidad -que vendría prioritariamente dirigido a la faceta penal, y en conexión directa con ello lo que sería estrictamente relativo a en general el deber de garantía y/o la obligación de reparar en casos de violaciones a los derechos humanos. Así, en *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, y al hilo del examen de una de tantas leyes de amnistía, la Comisión afirmó:

“...by passing Clemency Order 1 of 2000, prohibiting prosecution and setting free perpetrators of ‘politically motivated crimes’, including alleged offences such as abductions, forced imprisonment, arson, destruction of property, kidnappings and

¹⁰⁹ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, en BOE de 10 de octubre de 1979 (BOE de 6 de mayo de 1999 para el texto consolidado tras el Protocolo 11).

¹¹⁰ Como es sabido, en atención a la regulación internacional de la figura de la desaparición forzada son víctimas de este crimen tanto la persona desaparecida como “toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada” (véase, por ejemplo, artículo 24.1 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas).

¹¹¹ Cfr., entre otros, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Kurt v. Turkey*, sentencia de 25 de mayo de 1998, *Reports 1998-III*, párrs. 130-134; *Çakici v. Turkey*, sentencia de 8 de julio de 1999, n.º. 23657/94, párrs. 88-99, en especial 98; *Orhan v. Turkey*, sentencia de 18 de junio de 2002, n.º. 25656/94, en especial párr. 358; *İpek v. Turkey*, sentencia de 17 de febrero de 2004, n.º. 25760/94, párrs. 178-183, en especial párrs. 181-183; *Osmanoğlu v. Turkey*, sentencia de 24 de enero de 2008, n.º. 48804/99, en especial párrs. 96-97. En lo más reciente, *Janowiec and Others v. Russia*, n.º. 55508/07 y 29520/09, sentencia de 16 de abril 2012, párrs. 150-167. Sobre esta cuestión, véase también lo que se señalará respecto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹¹² Véase, por ejemplo, COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, “Resolution on ending impunity in Africa and on the domestication and implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court”, 38ª Sesión Ordinaria celebrada en Bnajú, 21 de noviembre-5 de diciembre de 2005. Disponible en http://docenti.unimc.it/docenti/andrea-caligiuri/2010/diritto-internazionale-penale-2010/X-L2019Unione-africana-e-la-repressione-dei/achpr-resolution-on-ending-impunity-in-africaand/at_download/file.

other human rights violations, the State did not only encourage impunity but effectively foreclosed any available avenue for the alleged abuses to be investigated, and prevented victims of crimes and alleged human rights violations from seeking effective remedy and compensation.

(...)

In light of the above, the African Commission holds that by enacting Decree 1 of 2000 which foreclosed access to any remedy that might be available to the victims to vindicate their rights, and without putting in place alternative adequate legislative or institutional mechanisms to ensure that perpetrators of the alleged atrocities were punished, and victims of the violations duly compensated or given other avenues to seek effective remedy, the respondent state did not only prevent the victims from seeking redress, but also encouraged impunity, and thus reneged on its obligation in violation of articles 1 and 7 (1) of the African Charter...¹¹³.

Esta conclusión puede considerarse como resumen de la postura general de la Comisión Africana; en tanto que la misma ha sido repetida en varias decisiones posteriores¹¹⁴. Ahora bien, también la Comisión ha hecho expresamente suya la posición y definición adoptadas, entre otros, por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos. En concreto, en el caso antes citado declaró lo que sigue en relación con lo sostenido en la célebre sentencia del *caso Velásquez Rodríguez*¹¹⁵:

“... the Inter American Court reaffirmed that States are “obliged to investigate every situation involving a violation of the rights protected by [international law]”. Moreover, the Court required Governments to: “take reasonable steps to prevent human rights violations and to use the means at its disposal to carry out a serious investigation of violations committed within its jurisdiction, to identify those responsible, to impose the appropriate punishment and to ensure the victim adequate compensation.” This represents an authoritative interpretation of an international standard on State duty. The opinion of the Court could also be applied, by extension, to Article 1 of the African Charter of Human and Peoples' Rights, which requires States parties to “recognize the rights, duties and freedoms

¹¹³ Vid. COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, Comm. 245/2002, 21st ACHPR AAR Annex II (2006-2007), párrs. 211 y 215.

¹¹⁴ Por ejemplo en la decisión en *Mouvement Ivoirien des Droits Humains v. Côte d'Ivoire* se señaló : “... the African Commission holds that by granting total and complete immunity from prosecution which foreclosed access to any remedy that might be available to the victims to vindicate their rights, and without putting in place alternative adequate legislative or institutional mechanisms to ensure that perpetrators of the alleged atrocities were punished, and victims of the violations duly compensated or given other avenues to seek effective remedy, the Respondent State did not only prevent the victims from seeking redress, but also encouraged impunity, and thus reneged on its obligation in violation of Articles 1 and 7 (1) of the African Charter. The granting of amnesty to absolve perpetrators of human rights violations from accountability violates the right of victims to an effective remedy.” Vid. COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, “*Mouvement Ivoirien des Droits Humains v. Côte d'Ivoire*”, Comm. 246/2002, 25th ACHPR AAR Annex (mayo-noviembre de 2008), párr. 98

¹¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 4*.

enshrined in the Charter and ...undertake to adopt legislative and other measures to give effect to them”¹¹⁶.

Así las cosas, la mención realizada abre la puerta al sistema interamericano; en el que vamos a encontrar una construcción (más) explícita en lo que ahora interesa. Varios motivos explican este hecho, aunque uno de ellos bien puede encontrarse en la pregunta que inauguraba un trabajo de la profesora Burgorgu-Larsen, y que ella misma responde afirmativamente; a saber: “La culture d’impunité serait-elle co-substantielle à l’histoire des Etats latinoaméricains de l’Hémisphère Sud?”¹¹⁷. A la hora de examinar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, algunos autores han puesto el acento en lo que han denominado como “the duty to punish doctrine”¹¹⁸; pero lo cierto es que en sus decisiones, la Corte ha ofrecido una completa definición, en sentido estricto, del término que estamos examinando. Como punto de partida concentrado, cabe recordar el siguiente párrafo:

“... entendiéndose como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”¹¹⁹.

En la línea ya destacada, la inicial impresión que es probable obtener de estas palabras es la vinculación del concepto de impunidad con las primeras obligaciones propias al deber de garantía. Pero volviendo a la construcción jurisprudencial realizada en el *caso Velásquez Rodríguez* es indiscutible que lo que se erige frente a hechos calificables como violaciones a los derechos humanos es el deber estatal de, por supuesto, investigar, juzgar y sancionar, pero también el de procurar el restablecimiento del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños. Y así es que en las decisiones de los órganos del sistema interamericano se haya constituido en referencia imprescindible lo que aquella primera decisión de la Corte determinó como máxima fundamental; esto es que, el Estado está en la obligación jurídica de prevenir 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

¹¹⁶ Vid. COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, “Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe”, Comm. 245/2002, 21st ACHPR AAR Annex II (2006-2007), párr. 144.

¹¹⁷ Vid. BURGORGUE-LARSEN, L., “La lutte contre l’impunité Dans le système interaméricain des Droits de l’Homme”, en SOROETA LICERAS, J. (ed.), *Los Derechos Humanos frente a la impunidad. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián. Volumen X*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, p. 89.

¹¹⁸ Cfr. BASCH, F. F., “The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights Regarding States’ Duty to Punish Human Rights Violations and Its Dangers”, *American University International Law Review*, vol. 23, núm. 1, 2007, pp. 195-229.

¹¹⁹ Vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) v. Guatemala*, sentencia de 8 de marzo de 1998, fondo, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 37, párr. 173.

de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación¹²⁰.

En consecuencia y por acudir a una decisión más cercana en el tiempo, valga traer aquí a algunos párrafos de la sentencia del *caso de la Masacre de La Rochela*, en los veremos completado y explicitado buena parte de lo dicho:

“La Corte ha establecido en esta Sentencia que los procedimientos internos seguidos en el presente caso no han constituido recursos efectivos para garantizar un verdadero acceso a la justicia por parte de las víctimas sobrevivientes y de los familiares declarados víctimas, dentro de un plazo razonable, que abarque el esclarecimiento de los hechos, la investigación y sanción de todos los responsables y la reparación de las violaciones. Por ello, el Tribunal declaró al Estado responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

288. La Corte declaró dicha violación, *inter alia*, debido a la falta de debida diligencia en la realización de la investigación, las amenazas contra jueces, testigos y familiares, las obstaculizaciones y obstrucciones a la investigación así como las demoras injustificadas en la realización de actos procesales, aspectos que en su conjunto han conllevado a que no se haya realizado un investigación de la manera debida que permita determinar a todos los responsables.

289. La Corte reitera que el Estado está obligado a combatir esta situación de impunidad por todos los medios disponibles, ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares, *quienes tienen derecho a conocer la verdad de los hechos. El reconocimiento y el ejercicio del derecho a la verdad en una situación concreta constituye un medio de reparación...*¹²¹.

La más reciente sentencia de la Corte Interamericana permite, por su parte, terminar de perfilar todo lo anterior; y así que tras reiterar la definición que ya hemos recogido del término impunidad¹²², se afirmó que:

“... el Estado debe remover todos los obstáculos, *de facto y de jure*, que mantienen la impunidad (...), e iniciar, continuar, impulsar y reabrir las investigaciones que sean necesarias para determinar y, en su caso, sancionar a todos los responsables de las violaciones de los derechos humanos perpetradas durante y con posterioridad a las cinco masacres objeto del presente caso. El Estado debe impulsar, reabrir, dirigir, continuar y concluir las investigaciones y procesos pertinentes en un plazo razonable, con el fin de establecer toda la verdad de los hechos, tomando en cuenta

¹²⁰ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N° 4, párrs. 166 y 174.

¹²¹ Vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N° 163, párrs. 287-289. La cursiva es nuestra.

¹²² Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, N° 250, párr. 196.

que han transcurrido aproximadamente 30 años desde que sucedieron las referidas cinco masacres.

(...)

... las víctimas de impunidad prolongada sufren distintas afectaciones no sólo de carácter material por la búsqueda de justicia, sino también otros sufrimientos y daños de carácter psicológico y físico y en su proyecto de vida, así como otras posibles alteraciones en sus relaciones sociales y en la dinámica de sus familias y comunidades (...). Este Tribunal ha establecido que estos daños se intensifican por la falta de apoyo de las autoridades estatales en la búsqueda efectiva e identificación de los restos de víctimas fallecidas, y la imposibilidad de los familiares de honrar apropiadamente a sus seres queridos. Frente a ello, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de satisfacción, restitución, rehabilitación y garantías de no repetición tienen especial relevancia por la gravedad de las afectaciones y el carácter colectivo de los daños ocasionados....”¹²³.

En conclusión, después de todo lo visto podemos acudir a uno de los párrafos comunes a los documentos de referencia universales en este ámbito. Y ahora ya mejor comprender y valorar, en su pleno sentido jurídico, los perfiles propios de la impunidad desde la perspectiva del DIDH que en él se encuentran condensados. Esto es, la siguiente afirmación en la que se expresa el consenso fundamental existente sobre:

“... la necesidad de adoptar (...) medidas nacionales e internacionales para que, en interés de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, se asegure conjuntamente el respeto efectivo del derecho a saber que entraña el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a obtener reparación, sin los cuales no puede haber recurso eficaz contra las consecuencias nefastas de la impunidad”¹²⁴.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA VISIÓN SISTÉMICA DEL CONCEPTO DE IMPUNIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

A partir de aproximaciones generales que señalan que “impunity may be defined as the absence of accountability”¹²⁵, tras todo lo expuesto podemos concretar, constatar y

¹²³ Vid. *Ibíd.*, párrs. 257 y 272.

¹²⁴ Vid. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, Preámbulo. En idéntico sentido, véase SUBCOMISIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, “La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión”, Documento de Naciones Unidas: E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev. 1, 2 de octubre de 1997, Preámbulo.

¹²⁵ Vid. CHIEDU MOGLANO, K., “Reconciling fractured societies: An African perspective on the role of judicial prosecutions”, en THAKUR, R. y MALCONTENT, P., *From Sovereign Impunity to...*, op. cit., p. 198.

también concluir que cuando referimos el concepto de impunidad a comportamientos calificables como crímenes de derecho internacional/violaciones a los derechos humanos su significado completo trasciende notablemente de la mera ausencia de castigo. De hecho, la visión que hemos construido y proponemos en esta oportunidad dirige este término, a la postre, hacia la directa negación de las obligaciones internacionales que competen al Estado o los Estados en cuestión respecto a tales hechos. Nada más, pero nada menos.

Desde luego, esta configuración no agota todo lo que implica y se ve implicado en relación con el genérico rótulo de impunidad, pero en mi opinión puede mejor delimitar y definir sus verdaderas dimensiones en lo que al Derecho internacional supone. Adquiriendo su completo desarrollo cuando –como suele ocurrir en la gran mayoría de los casos- los crímenes de derecho internacional pueden ser atribuidos a un Estado; es decir, cuando concurren sobre ese o esos comportamientos las obligaciones internacionales propias al DIp y al DIDH. De tal suerte que como hemos visto desde varios enfoques y con diversos acentos, en estos casos la impunidad ha de entenderse, en fin, como el incumplimiento del deber de investigar e informar (frente al derecho a saber de las víctimas), el deber de reprimir y perseguir –o extraditar- (como contrapartida del derecho a la justicia de las víctimas), el deber de reparar (como corolario del derecho de las víctimas a la reparación), y el deber de prevenir (frente a la no repetición de las violaciones); por acudir a la enumeración de la profesora Alija Fernández¹²⁶. De todos ellos, lo que es más común como ya apuntamos, o de alguno de los mismos.

Desde esta perspectiva, el mismo fenómeno de la impunidad adquiere otro de sus rasgos especialmente perverso; en tanto que si esos crímenes son atribuibles al Estado, y ese mismo Estado se niega además a cumplir las indubitadas obligaciones que le corresponden a partir de su comisión, no asistiremos más que a la perpetración de un ilícito especialmente grave seguido de otro u otros; que además como ejemplificamos con la desaparición forzada de personas pueden comportar, a su vez, la comisión de hechos ilícitos adicionales, la vulneración de otras obligaciones internacionales. Todo ello, en resumen, en un escenario que por usar las palabras de la conocida como Declaración de Santiago implicará “la institucionalización de la injusticia por quienes están llamados a hacer justicia”¹²⁷. Realidad que apúntese al menos, justifica argumentaciones tan duras como las de Hule, es decir que: “... se da[rá] una situación que sólo permite una de dos apreciaciones igualmente inaceptables: o se acepta que los crímenes más atroces no merecen castigo dentro del sistema penal, o se admite que no existe ni siquiera un mínimo de garantías institucionales que justifiquen calificar al Estado como estado de Derecho”¹²⁸.

¹²⁶ Cfr. BONET PÉREZ, J. y ALIJA FERNÁNDEZ, R., *Impunidad, derechos humanos...*, op. cit., p. 109.

¹²⁷ Vid. Seminario Internacional “Impunidad y sus Efectos en los Procesos Democráticos”, Chile, 13-16 de diciembre 1996. Disponible en <http://www.derechos.org/koaga/xi/2/>.

¹²⁸ Vid. HULE, R., “Impunidad: La inversión de los valores”, en CEPEDA CASTRO, I. y GIRÓN ORTIZ, C. (comp.), *Duelo, Memoria, Reparación*, Fundación Manuel Cepeda Vargas, Colombia, 1998, pp. 152-153.

Sin duda, tras el análisis realizado es evidente que el concepto de impunidad no se limita a esa ausencia de castigo; pero a la luz de lo anterior es que pueden evaluarse de manera más completa algunas otras afirmaciones interesantes. Sin ir más lejos, aquella que escribiera en un breve artículo Fletcher, en un tono y con una postura de fondo que desde luego no comparto, y que fue correctamente respondida posteriormente¹²⁹, pero que llegados a este punto, y a diferencia de él, creo que podremos suscribir y compartir: “Impunidad has become one of the evils of our time: (...) [it] is considered as bad if not worse than the crime itself”¹³⁰.

Ciertamente, Hobbes ya asimiló el crimen más grave posible a aquél que se perpetraba a conciencia de su impunidad. Pero nosotros ahora y finalmente podemos observar también cómo y porqué adquieren pleno sentido las palabras que utilizamos como cita inaugural de este modesto trabajo; esto es, que en lo que al Derecho internacional corresponde, además y en definitiva “impunity is the contrary of the rule of law”.

¹²⁹ Cfr. ESER, A., “For Universal Jurisdiction: Against Fletcher’s Antagonism”, *The University of Tulsa law review*, núm. 39, 2004, pp. 955-978.

¹³⁰ *Vid.* FLETCHER, G. P., “Against Universal Jurisdiction”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, núm. 3, 2003, pp. 580-584, en p. 580.