

ELENA MACULAN

**LOS CRÍMENES  
INTERNACIONALES  
EN LA JURISPRUDENCIA  
LATINOAMERICANA**

Prólogo de  
Alicia Gil Gil y Emanuela Fronza

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO  
2019

# ÍNDICE

|  | Pág. |
|--|------|
| <b>PRÓLOGO</b> , por <i>Alicia Gil Gil y Emanuela Fronza</i> .....   | 13   |
| <b>AGRADECIMIENTOS</b> .....   | 17   |
| <b>LISTA DE ABREVIATURAS</b> .....   | 19   |
| <b>INTRODUCCIÓN</b> .....  | 21   |
| <b>CAPÍTULO I. LOS CRÍMENES INTERNACIONALES Y SU DEFINICIÓN</b> .....                                      | 29   |
| 1. PREMISA.....  | 29   |
| 2. UN CATEGORÍA COMPLEJA.....  | 32   |
| 2.1. Los crímenes internacionales como categoría de creación jurisprudencial y progresiva.....             | 33   |
| 2.1.1. La evolución de los crímenes contra la humanidad....  | 35   |
| 2.1.2. La (fallida) evolución del crimen de genocidio.....   | 41   |
| 2.2. Los crímenes internacionales como categoría híbrida.....  | 46   |
| 2.2.1. Las múltiples caras de la desaparición forzada de personas.....                                     | 48   |
| 2.2.2. Las múltiples caras de la tortura.....  | 52   |
| 2.3. Una categoría de geometría variable.....  | 56   |
| 2.3.1. La declinación nacional del delito de genocidio.....  | 60   |
| 2.3.2. La tipificación nacional de los crímenes contra la humanidad.....                                   | 63   |
| 2.3.3. Especificidades en la tipificación de la desaparición forzada.....                                  | 65   |
| 2.3.4. Especificidades en la tipificación de la tortura.....   | 68   |
| 2.4. Dinámicas de armonización y jueces nacionales: aliados, competidores o sustitutos del legislador..... | 70   |
| 3. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES.....  | 71   |

|   | Pág.      |
|---|-----------|
| 3.1. Prohibición de amnistías e indultos.....   | 74        |
| 3.2. Imprescriptibilidad.....   | 82        |
| <br>  |           |
| <b>CAPÍTULO II. TENDENCIAS INTERPRETATIVAS DE LA JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA .....</b>                 | <b>89</b> |
| 1. PREMISA Y COORDENADAS DEL ANÁLISIS .....   | 89        |
| 2. LA TENDENCIA JURISPRUDENCIAL EXPANSIVA.....  | 94        |
| 2.1. La ampliación de los tipos penales internacionales a nivel temporal.....                             | 95        |
| 2.1.1. La aplicación directa de la norma internacional.....   | 98        |
| 2.1.1.1. Consideraciones críticas.....  | 107       |
| 2.1.1.2. La «tipificación judicial» del delito de asociación ilícita: el caso <i>Arancibia Clavel</i> ... | 118       |
| 2.1.1.3. Falsedad y usurpación como crímenes contra la humanidad .....                                    | 122       |
| 2.1.2. La jurisprudencia interamericana.....  | 124       |
| 2.1.2.1. Consideraciones críticas.....  | 126       |
| 2.1.3. Tipos penales «como Jano bifronte»: el método de la doble subsunción .....                         | 131       |
| 2.1.3.1. Consideraciones críticas.....  | 136       |
| 2.1.3.2. La sentencia Fujimori: una utilización «impropia» de la doble subsunción .....                   | 140       |
| 2.1.4. Las desapariciones forzadas como delito permanente.  | 143       |
| 2.1.4.1. Consideraciones críticas.....  | 148       |
| 2.1.5. La suspensión del plazo de prescripción durante el gobierno de facto .....                         | 152       |
| 2.2. La ampliación de los tipos penales internacionales a nivel de estructura típica.....                 | 156       |
| 2.2.1. La interpretación amplia de elementos típicos: el caso del genocidio .....                         | 156       |
| 2.2.1.1. Consideraciones críticas.....  | 162       |
| 2.2.2. Los efectos expansivos del control de constitucionalidad.....                                      | 169       |
| 2.2.2.1. La eliminación de cláusulas restrictivas introducidas por el legislador nacional .....           | 170       |
| 2.2.2.2. La convalidación de expansiones creadas por el legislador nacional .....                         | 175       |

|  | Pág.       |
|--|------------|
| 3. LA TENDENCIA JURISPRUDENCIAL REDUCTORA Y ACLARATORIA.....   | 178        |
| 3.1. La función selectiva del elemento internacional .....   | 179        |
| 3.1.1. La exclusión ante la ausencia de elementos factuales.   | 179        |
| 3.1.2. La distinción con respecto a los crímenes transnacionales .....   | 182        |
| 3.2. La contribución judicial para precisar la definición del crimen ...   | 185        |
| 3.2.1. La determinación de la naturaleza del delito .....  | 185        |
| 3.2.2. La determinación de las relaciones con los delitos comunes.....   | 187        |
| 3.2.3. La fijación de criterios hermenéuticos .....  | 191        |
| 3.3. Los efectos reductores del control de constitucionalidad.   | 194        |
| 4. CONCLUSIONES.....   | 199        |
| <br>   |            |
| <b>CAPÍTULO III. EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA Y LA TIPICIDAD PENAL INTERNACIONAL.</b>                 | <b>203</b> |
| 1. PREMISA.....  | 203        |
| 2. LA TIPICIDAD COMO PUNTO DE PARTIDA... O DE LLEGADA.....   | 204        |
| 2.1. <i>Excursus</i> : la tipicidad penal.....   | 205        |
| 2.1.1. Tipicidad, legalidad e intervención mínima .....  | 205        |
| 2.1.2. La doble dimensión de la tipicidad: estática y dinámica .....   | 209        |
| 2.2. Tipicidad penal internacional: ¿un bosque virgen? .....   | 214        |
| 2.2.1. El contenido parcialmente «debilitado» del principio de legalidad internacional.....                              | 214        |
| 2.2.2. El Derecho penal internacional como el <i>ius commune</i> : un «derecho de narración» .....                       | 222        |
| 2.2.3. Tipicidad, legalidad e intervención mínima en Derecho penal internacional.....                                    | 227        |
| 2.2.4. ... y su aplicación a nivel nacional.....   | 233        |
| 3. LA TIPICIDAD EN LA JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA: ¿GANZÚA INTERPRETATIVA O DIQUE DE CONTENCIÓN?.....                 | 236        |
| 3.1. La tendencia expansiva: el tipo penal como ganzúa interpretativa.   | 237        |
| 3.1.1. Los efectos: revisión del principio de legalidad, creación de un sistema penal diferenciado y neopunitivismo..... | 237        |

|  | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| 3.1.2. Los posibles objetivos: instrumentalización o simbolismo .....                                | 244         |
| 3.2. La tendencia reductora y aclaratoria: el tipo penal como dique de contención .....              | 251         |
| 3.2.1. Los efectos: aclaración, reducción, y avance.....   | 251         |
| 3.2.2. Los posibles objetivos: armonización y garantismo....   | 253         |
| 3.3. El impacto en la configuración de los poderes del Estado y en el papel del juez .....           | 255         |
| 4. LA AMPLIFICACIÓN DEL IMPACTO <i>EXTRA MOENIA</i> A TRAVÉS DE LA CIRCULACIÓN JURISPRUDENCIAL ..... | 264         |
| 4.1. Fenómenos de circulación en la jurisprudencia analizada .....                                   | 266         |
| 4.2. Efectos y perspectivas: los tribunales latinoamericanos como artífices de la armonización.....  | 269         |
| <b>CONCLUSIONES</b> .....  | <b>273</b>  |
| <b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....  | <b>285</b>  |
| <b>TABLA DE JURISPRUDENCIA</b> .....   | <b>307</b>  |

## PRÓLOGO

*Tres mujeres, tres colegas, tres amigas, estamos detrás de esta obra. La principal, por supuesto, su autora, la Dra. Elena Maculan, y tras ella sus dos directoras de tesis, que asumimos como un honor y una enorme satisfacción la tarea de prologar este libro, basado en la que fue su tesis doctoral, completada y actualizada para esta edición.*

*En primer lugar es un honor por sentirnos madrinas de una persona tan brillante, trabajadora y buena en todos los aspectos. Elena es intelectualmente honrada, escrupulosa, metódica, clara, tiene la humildad del investigador de pico y pala, y a la vez la inteligencia, la tenacidad, la curiosidad, la intuición, la valentía, la paciencia, la generosidad y el don de gentes. Nos sentimos enormemente honradas de haber contribuido a la aparición de esta obra, convencidas de que su autora vuela ya sola y orgullosas de pensar que lo hará sin duda en un futuro por encima de nosotras.*

*En segundo lugar es para nosotras una satisfacción porque supone una nueva tarea común, después de casi veinte años unidas por el desafío de estudiar el Derecho penal internacional y la Justicia transicional, en los que empezamos, primero, a seguir el trabajo la una de la otra, y después, desde el año 2003 en el que nos conocimos personalmente, a trabajar juntas en el ámbito del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional y en otros muchos proyectos de investigación internacionales. Desde entonces nuestra colaboración se ha desbordado a otros ámbitos y ha forjado un diálogo y una amistad que se mantiene a lo largo de los años y a pesar de la distancia. Esta es la base y también la fortaleza del camino de estudio de Elena Maculan, quien con curiosidad, tenacidad y sacrificio pudo moverse a caballo, no solo entre el Derecho penal y el Derecho internacional, sino también entre tradiciones jurídicas distintas y dos mentalidades quizás no tan parecidas como se cree: la italiana y la española.*

*Y es precisamente esa formación en varias tradiciones jurídicas distintas, que la Dra. Maculan comenzó ya en su etapa de licenciatura, realizando un Erasmus en España y una estancia de investigación predoctoral en Argentina, y continuó durante su doctorado europeo en el que obtuvo el grado de Doctor en «Studi giuridici comparati ed europei- Indirizzo specialistico in Diritto e Procedura penale e Filosofia del diritto» por la Universidad de Trento y el*

*grado de Doctor en paz y seguridad internacional por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, en cotutela, completada con estancias postdoctorales en Alemania, Italia y Reino Unido, lo que le ha proporcionado una base sólida para adentrarse con firmeza en el laboratorio latinoamericano, utilizando sabiamente sus herramientas de política criminal, instituciones y categorías dogmáticas, y atenta siempre a los principios constitucionales fundamentales que deben guiar (y limitar) todos los sistemas penales.*

*En tercer lugar, porque el libro que aquí presentamos constituye una obra imprescindible y fundamental para quien quiera analizar el desarrollo del Derecho penal internacional a partir de las jurisprudencias de los tribunales nacionales, y en especial la de los latinoamericanos, que se han mostrado especialmente activos en este ámbito, provocando, gracias al efecto de la fertilización cruzada jurisprudencial, una evolución sorprendente en la materia, que ha traspasado fronteras y saltado tanto a la jurisprudencia de países fuera de la región, como al ámbito de los tribunales penales internacionales y de los órganos y tribunales de protección de derechos humanos.*

*La obra que aquí prologamos no solo expone la regulación positiva de los crímenes internacionales en las legislaciones internas confrontándola con la internacional para con posterioridad analizar exhaustivamente las resoluciones judiciales más interesantes, de entre las dictadas por tribunales del continente latinoamericano, por su contribución a la definición de las figuras delictivas internacionales. Además identifica tendencias en esta jurisprudencia: una, predominante, expansiva, y otra minoritaria restrictiva. Y las analiza críticamente, buscando, por un lado, una «Dogmatisierung» (el término es de Kai Ambos, «Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts - Ansätze einer Dogmatisierung») del Derecho penal internacional, y, por otro, confrontándolas con la defensa de los derechos humanos como límite a la justicia penal, lo que le lleva, a su vez, a un análisis profundo de los principios constitucionales y, elevándose al plano internacional, del Derecho internacional de los derechos humanos.*

*La autora, tras este estudio crítico y profundo plantea unas conclusiones muy convincentes sobre los motivos, finalidades y peligros de estas tendencias interpretativas, que trascienden ya el ámbito concreto de la jurisprudencia latinoamericana. Así, se analizan los posibles efectos que este tipo de prácticas pueden tener en el ámbito de los principios fundamentales del Derecho penal moderno y de los derechos y garantías del acusado, en la separación de poderes y la relación entre el ejecutivo y el judicial, o en la circulación de precedentes y la armonización del Derecho penal internacional. Pero también se reflexiona sobre los efectos en la categoría dogmática de la tipicidad y sus funciones, realizando una enérgica y bien fundada reivindicación de este elemento también en el ámbito del Derecho penal internacional, frente a extendidas tendencias y opiniones que pretenden relativizarlo.*

*Con ello la obra nos sitúa en una reflexión más general sobre el estado del Derecho penal internacional y sobre la profunda interacción entre los niveles nacional, regional y supranacional, así como el papel de los tribunales constitucionales y de la protección de los derechos humanos en su evolución.*

*Por todo lo dicho, el estudio de Elena Maculan sobre Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana, resulta una lectura obligada para los estudiosos de Derecho penal y del Derecho penal internacional en particular. El lector disfrutará sin duda de una obra clara, ordenada y amena, que te lleva de la mano por una multitud de casos sin resultar en ningún momento farragosa o pesada, gracias a una excelente labor de síntesis y análisis, que se adorna con reflexiones inteligentes y acertadas y unas excelentes conclusiones.*

En Madrid y Bologna, a 25 de marzo de 2019.

Alicia GIL GIL  
Emanuela FRONZA

## INTRODUCCIÓN

Los crímenes internacionales son una categoría delictiva en muchos aspectos peculiar, cuya creación ha sido gradual —resultado de un largo proceso empezado al finalizar la Segunda Guerra Mundial— y sobre todo *coral*, porque ha involucrado —y sigue involucrando— muchos actores de diferentes ámbitos jurídicos, tanto nacionales como internacionales, y distintas competencias —penal, constitucional, penal internacional, internacional humanitaria, de protección de los derechos humanos—.

Dentro de este conjunto de actores, los tribunales latinoamericanos han desempeñado un papel especialmente intenso —aunque quizás no lo suficientemente estudiado— en el proceso evolutivo de los crímenes internacionales. Su relevancia se debe, en primer lugar, a la importante cantidad de sentencias y decisiones que se han ocupado de hechos posiblemente calificables como crímenes internacionales, a raíz de la experiencia histórica de violencia masiva vivida por prácticamente todos los países de ese continente en la segunda mitad del siglo XX.

Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Guatemala, Perú y Uruguay comparten unas tristemente conocidas experiencias dictatoriales, algunas militares y otras cívico-militares, implantadas en las décadas de los sesenta y setenta del siglo pasado que, para debelar los movimientos disidentes que se habían difundido en sus territorios, y que a su vez utilizaban muy a menudo métodos violentos e incluso terroristas, emprendieron brutales programas represivos basados en la violación sistemática y masiva de derechos humanos y cometieron atrocidades como asesinatos, masacres, secuestros, desapariciones forzadas de personas, torturas, violaciones y otras formas de violencia sexual y persecuciones de toda clase<sup>1</sup>. México y Colombia constituyen dos

---

<sup>1</sup> Para una visión panorámica resumida de estas experiencias y de los procesos transicionales que desencadenó su fin, véanse, por ejemplo, las contribuciones en L. STAN y N. NEDELSKY (eds.), *Encyclopedia of Transitional Justice*, vol. 2, Cambridge: CUP, 2013, en J. ALMQVIST y C. ESPÓSITO (coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid: CEPC, 2009, y en K. AMBOS, E. MALARINO y G. ELSNER (coords.), *Justicia de transición*, Montevideo: KAS, 2009; J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, Sevilla: Parthenon, 2007, pp. 330-424 (para las experiencias, de entre las mencionadas, de Guatemala, Argentina, Uruguay y Chile); G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino: Giappichelli, 2012, pp. 75 y ss. (para las experiencias de Argentina, Uruguay, Chile, Brasil, Perú y Colombia).

casos peculiares en este conjunto: el primero, pese a no haber experimentado una dictadura propiamente dicha en el arco temporal considerado, ha tenido (y sigue teniendo) niveles muy elevados de violencia colectiva, tanto política como patrocinada por grupos criminales asentados en el país, ante los cuales en ocasiones se ha planteado la posible imputación por crímenes internacionales<sup>2</sup>; la segunda, pese a haberse mantenido siempre como régimen democrático, ha vivido un conflicto armado larguísimo y sangriento que solo recientemente, con la firma del Acuerdo de paz entre el Gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC-EP y con la apertura de procesos similares con otros grupos, parece acercarse a su fin<sup>3</sup>.

Todos estos países, en el marco de los procesos transicionales que les han llevado a recuperar un régimen democrático tras la experiencia dictatorial, o bien a restaurar la paz después de un conflicto armado —o, en el caso colombiano, a buscar mecanismos de pacificación y transición en el contexto de un conflicto todavía activo—, se han enfrentado a la difícilísima tarea de responder a las graves violaciones de derechos humanos cometidas en la época anterior. Sin poder detenernos aquí sobre la necesidad, la oportunidad y los límites de la justicia penal ante contextos de violencia masiva<sup>4</sup>, hay que reconocer que, entre los variados e interesantísimos mecanismos de Justicia transicional que se han aplicado, la persecución y sanción penal ha desempeñado, aunque en fases intermitentes, un papel importante. Y los hechos llevados ante el juez penal en muchas ocasiones han sido calificados como crímenes internacionales, por lo que los tribunales involucrados han tenido que medirse con cierta frecuencia con esta categoría delictiva y con su definición.

En segundo lugar, la jurisprudencia latinoamericana es especialmente relevante para el desarrollo del concepto de los crímenes internacionales porque los tribunales, llamados a enfrentarse a dilemas de muy difícil solución acerca de la posibilidad de emprender la acción penal, han mostrado una considerable creatividad, hilando argumentos, más o menos convincentes, para calificar los hechos como crímenes internacionales o bien denegar esa calificación. De-

---

<sup>2</sup> Cfr., por ejemplo, J. PÉREZ CABALLERO, *El elemento político en los crímenes contra la humanidad*, Madrid: Dykinson, 2015, pp. 197 y ss.

<sup>3</sup> Cfr., entre muchos otros, las contribuciones recogidas en A. GIL GIL, E. MACULAN y S. FERREIRA (coords.), *Colombia como nuevo modelo para la Justicia de transición*, Madrid: IUGM, 2017; F. VACAS FERNÁNDEZ, *El Derecho internacional ante el conflicto de Colombia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 35- 156; A. APONTE CARDONA, «Colombia: un caso *sui generis* de la justicia de transición», en J. ALMQVIST y C. ESPÓSITO (coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, cit., pp. 87 y ss.

<sup>4</sup> Para ello se remite, también para referencias ulteriores, a E. MACULAN, «Fines de la pena y del proceso penal en contextos de transición», en A. GIL GIL y E. MACULAN (dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Madrid: Dykinson, 2017, pp. 207-240, y E. MACULAN, «Derecho penal, obligaciones internacionales y justicia de transición», en *Revista Penal*, núm. 41, 2017, pp. 117-135.

trás de estas propuestas interpretativas están, por un lado, la consciencia del mayor desvalor, y del mensaje más contundente, que conlleva la subsunción de un hecho en la categoría de los crímenes internacionales y, por el otro, a un nivel mucho más práctico e inmediato, los obstáculos a la persecución penal que suponen las reglas de prescripción y las disposiciones de amnistía —y, en su caso, indulto—, y que se intenta sortear, precisamente, mediante la aplicación de esta categoría delictiva. El interés que suscitan esas propuestas trasciende el perímetro del ordenamiento correspondiente, y plantea cuestiones y dudas para el Derecho penal internacional en su conjunto.

Este libro pretende analizar las resoluciones judiciales más interesantes, de entre las dictadas por tribunales del continente latinoamericano, por su contribución a la definición de las figuras delictivas internacionales, de sus elementos estructurales y de su perímetro aplicativo.

El primer capítulo dibuja el marco normativo dentro del cual se mueve esta jurisprudencia, destacando, en primer lugar, las especificidades de los crímenes internacionales como categoría híbrida, de creación progresiva y marcadamente jurisprudencial; en segundo lugar, las diferencias que adquieren cuando se declinan en los distintos ordenamientos nacionales —e incluso, en algunos casos, entre los mismo instrumentos internacionales relevantes—; y, por último, el régimen especial que acompaña la persecución penal de estos delitos, y que en muchas ocasiones explica las dificultades a las que se enfrentan los jueces llamados a juzgar los hechos cometidos en las experiencias de violencia colectiva vividas en el continente. El análisis realizado no pretende ser exhaustivo, sino que se centra en los crímenes de genocidio y en los crímenes contra la humanidad y, dentro de estos, especialmente en las conductas de tortura y desaparición forzada de personas, por ser los que con más frecuencia aparecen en la jurisprudencia latinoamericana.

Una vez trazado el perímetro normativo aplicable, en toda su complejidad, se pasa a analizar la jurisprudencia latinoamericana que, a lo largo de estos años, se ha medido con la categoría de los crímenes internacionales. El segundo capítulo es, por tanto, el núcleo central de este trabajo —lo que explica también su mayor extensión en comparación con los otros capítulos— y recoge un estudio pormenorizado y crítico de la interpretación de esta categoría delictiva, realizada por los tribunales de ese continente. Su arquitectura se organiza alrededor de dos ejes, a saber, la expansión de las figuras delictivas y su reducción o aclaración, que reflejan dos tendencias jurisprudenciales evidentes en las decisiones analizadas.

La tendencia expansiva engloba los pronunciamientos que amplían los crímenes internacionales bien a nivel diacrónico —extendiendo su aplicación hacia atrás en el tiempo—, bien a nivel propiamente típico, a partir de distintos caminos interpretativos que recurren a la aplicación directa de fuentes internacionales, a un interesante mecanismo conocido como «doble

subsunción», a la peculiar regulación del delito permanente —en el caso de las desapariciones forzadas de personas—, a una regla especial de suspensión de los plazos de prescripción y, en relación con la ampliación sincrónica, a la interpretación extensiva de elementos del tipo penal o a un control de constitucionalidad que confirma opciones expansivas del legislador nacional o bien anula aspectos restrictivos introducidos por este en contra de la correspondiente norma internacional. Todos estos argumentos tienen aspectos críticos, que el análisis pone de manifiesto, que generan importantes tensiones con principios fundamentales como el de legalidad, el de irretroactividad, el de igualdad ante la ley y otros que conforman el núcleo garantista sobre el cual se arraiga la legitimidad del moderno Derecho penal.

A esta tendencia se contraponen otra, que llamo reductora o de aclaración, que, al revés, intenta acotar pulsiones expansivas, recuperar una definición de esas figuras delictivas más conforme a las correspondientes normas internacionales o bien aclarar elementos típicos o aspectos de la regulación que están consolidados en la jurisprudencia nacional pero que todavía necesitan de desarrollo en el área del Derecho penal internacional. El efecto de reducir el alcance de estas figuras delictivas o bien de aclarar su contenido se produce por distintas vías, como, por ejemplo: hacer hincapié en el elemento contextual como requisito típico para configurar los crímenes internacionales, definir las posibles relaciones concursales con los delitos comunes, fijar criterios hermenéuticos aplicables a esta categoría o bien realizar un control de constitucionalidad que recupere la conformidad entre la disposición nacional y la correspondiente definición internacional.

Ambas tendencias jurisprudenciales tienen un punto de partida común: la tipicidad, más propiamente, la tipicidad penal internacional, pese a que, como se verá, en el Derecho penal internacional la tipicidad parece ser más bien el punto de llegada de un proceso genético de las normas que recuerda muy de cerca la evolución del *ius commune* al Derecho penal moderno. Estos aspectos se abordan en el tercer y último capítulo, donde se comparten algunas reflexiones de carácter más general sobre el impacto que las líneas jurisprudenciales analizadas generan. Así, tras un breve *excursus* sobre el concepto de tipicidad y su vinculación con los principios de legalidad y de lesividad, se valora la oportunidad de su inclusión en la esfera del Derecho penal internacional destacando, por un lado, la evolución de esta rama del Derecho hacia un mayor reconocimiento del principio de legalidad en su versión más estricta o «sólida» y, por el otro, la necesidad, que se plantea cuando su aplicación se desenvuelve a nivel nacional, de garantizar su conformidad con los principios y garantías consolidadas en aquel ordenamiento.

Con las gafas de lectura que proporcionan estas consideraciones de carácter general, se vuelven a mirar los resultados del estudio jurisprudencial recogido en el capítulo anterior, con el objetivo de describir y valorar los

efectos que esas propuestas interpretativas producen en los principios penales, en la configuración del ordenamiento y en la esfera de garantía de los individuos. Así, por un lado, la jurisprudencia que se inscribe en la tendencia expansiva impone una clara revisión del principio de legalidad en sus distintos corolarios y afecta además a la esfera de garantías individuales contra el poder punitivo, pues favorece la difusión de una aproximación neopunitivista y la creación de un sistema penal diferenciado donde se suspenden los principios y reglas normalmente aplicables en aras de una maximización de la persecución penal y de la tan proclamada lucha contra la impunidad. Por otro lado, la tendencia reductora/aclaratoria determina la reducción del alcance de los crímenes internacionales, la aclaración de sus elementos constitutivos y de sus reglas de aplicación y, en general, contribuye a avanzar en la configuración de estos delitos.

Asimismo, se argumenta que detrás de cada una de estas tendencias se pueden detectar distintos objetivos: la jurisprudencia expansiva normalmente recurre a la aplicación de la categoría de los crímenes internacionales para superar los obstáculos que la prescripción, la amnistía u otros institutos suponen para la persecución penal por los hechos cometidos durante las épocas de violencia colectiva, y que el régimen especial de esa categoría permite soslayar. En algunas ocasiones la calificación de un hecho como crimen internacional responde solamente a un objetivo comunicativo o simbólico, desprovisto de efectos prácticos pero que también conlleva determinados riesgos en relación con los fines, los medios y los límites de la Justicia penal. La tipicidad funciona entonces, dentro de esta tendencia jurisprudencial, como gonzúa interpretativa para alcanzar determinadas consecuencias prácticas o simbólicas.

La jurisprudencia reductora o aclaratoria, en cambio, utiliza la tipicidad como dique de contención, pues parece responder al objetivo opuesto, de recuperar y consolidar el garantismo en la esfera del Derecho penal internacional, además de contribuir, aunque sea indirectamente, a la armonización de las normas y reglas que definen los crímenes internacionales y que regulan su persecución penal.

Otro impacto especialmente significativo que la jurisprudencia analizada produce se registra en la configuración de las relaciones entre los poderes del Estado, especialmente entre legislador y juez. Se dedica un epígrafe al análisis de estas dinámicas, que, dependiendo de la actividad —o ausencia de la misma— por parte del legislador y de la relación con las normas internacionales, otorgan al juez un papel de sustitución, convalidación, corrección de opciones legislativas internas o bien una posición que encaja en el concepto de activismo judicial.

Por último, se mencionan los indicadores y las perspectivas de ampliación de la jurisprudencia analizada y de sus efectos *extra moenia*, por efecto

del diálogo judicial y del fenómeno de fertilización cruzada jurisprudencial, que traslada argumentos y propuestas elaboradas en un determinado ordenamiento a entornos diferentes, tanto nacionales como supranacionales. Estos fenómenos pueden convertir los tribunales latinoamericanos, cuyas decisiones sobre crímenes internacionales aquí se analizan, no solo en simples actores del Derecho penal internacional, sino en verdaderos artífices de su armonización.

Como resulta evidente, este trabajo de investigación se basa fundamentalmente en el análisis directo de fuentes jurisprudenciales, cuidadosamente seleccionadas en función de su relevancia para la definición e interpretación de los crímenes internacionales, teniendo en el trasfondo el marco normativo complejo, articulado por diferentes fuentes nacionales e internacionales, que regula esas figuras. Pero las reflexiones que se desarrollan toman muy en cuenta, evidentemente, también la brillante y muy variada doctrina consultada. Al respecto, el lector atento notará una especie de desfase en las fuentes doctrinales utilizadas en los distintos capítulos, pero ello se debe a los distintos temas y perspectivas abarcados en el trabajo. Así, en el primer capítulo se utiliza sobre todo producción científica especializada en Derecho penal internacional, dentro de la cual prevalecen los trabajos en inglés, aunque sin olvidar las menos numerosas pero importantes aportaciones que ha hecho la doctrina de habla hispana. En el segundo capítulo, en cambio, el análisis del material jurisprudencial va de la mano de consideraciones expresadas por expertos (penalistas, internacionalistas, constitucionalistas) que han tratado de manera específica la interpretación de los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana, muchos de ellos procedentes precisamente de ese continente. En el tercer capítulo, en cambio, se recurre con más insistencia a doctrina penalista española, alemana e italiana, a la luz de las importantísimas contribuciones que ha dado al entendimiento de temas, ya «clásicos» para el Derecho penal, como la tipicidad, el principio de legalidad y el de lesividad, la hermenéutica jurídica y el papel del juez en la interpretación y creación del Derecho, etc. Además, el paralelismo que se describe entre el desarrollo del Derecho penal internacional y la evolución desde el *ius commune* a la moderna codificación penal se basa en gran medida en los estudios de algunos historiadores del Derecho italiano que han analizado esta segunda evolución en profundidad. Por último, en la parte conclusiva del tercer capítulo, al analizar fenómenos y cuestiones que por un lado caracterizan el Derecho penal actual en su conjunto, pero que por el otro aparecen con especial intensidad en el Derecho penal internacional, se ha intentado combinar las sugerencias recabadas de la doctrina especializada en las dos áreas, tomando siempre en cuenta las especificidades de cada una de ellas.

El objetivo de este libro es doble: por una parte, analizar críticamente las tendencias jurisprudenciales evidenciadas, haciendo hincapié en sus efectos para la configuración de las figuras delictivas internacionales, para los prin-

cipios fundamentales en ámbito penal, para el alcance de la intervención punitiva y las dinámicas entre los poderes que participan de la misma. Así, se marca una clara distinción entre los errores argumentativos y los efectos perniciosos que tiene la tendencia expansiva y la valoración positiva que merece la tendencia reductora/aclaratoria.

Por otra parte, a través de este estudio se quiere destacar la importancia de la tipicidad, especialmente en su dimensión dinámica —que se despliega en el juicio de correspondencia que realiza el juez entre los hechos concretos y la disposición legislativa—, y sugerir su plena valorización en la esfera del Derecho penal internacional. Aunque esta área jurídica haya tradicionalmente desconocido el principio de tipicidad, el análisis de la jurisprudencia latinoamericana confirma que se trata de un instrumento muy valioso para mantener o recuperar, en este ámbito, la dimensión garantista que en el Derecho penal moderno se ha consolidado alrededor de unos principios fundamentales. Se propone por ende afianzar la tipicidad de los crímenes internacionales, a través de la acción sinérgica de los legisladores y jueces nacionales, además de las instituciones internacionales competentes, de tal manera que quede claramente delimitada y debidamente legitimada el área de intervención propiamente penal internacional, blindando además el respeto de la dimensión garantista que constituye una de las adquisiciones más difíciles, importantes y necesitadas de protección del poder punitivo de nuestra época.

# CAPÍTULO I

## LOS CRÍMENES INTERNACIONALES Y SU DEFINICIÓN

### 1. PREMISA

Los crímenes internacionales son una categoría delictiva caracterizada por un conjunto de especificidades, relacionadas con su origen, con las fuentes normativas aplicables, con el ejercicio de la jurisdicción sobre ellas y con la disciplina que regula su persecución pena y castigo. Como primera aproximación, se puede decir que se trata de una clase de delitos por los cuales los individuos responden no ante la comunidad política específica a la que pertenecen, sino ante la comunidad internacional en su conjunto<sup>1</sup>. Pero la definición exacta de su concepto y perímetro, así como la identificación del o los rasgos sobre los cuales se fundamenta la atribución de esta calificación siguen siendo objeto de intenso debate. Así, se suele destacar su especial gravedad, cuya percepción es bastante inmediata, pero que en realidad no parece un elemento suficiente para definir y distinguir esta categoría de los delitos comunes<sup>2</sup>. En alternativa, la «teoría de la criminalización directa» subraya que un crimen internacional es una conducta que da lugar a responsabilidad penal individual directamente según el Derecho internacional, con independencia de su tipificación en las leyes nacionales<sup>3</sup>; el criterio jurisdiccional limita la categoría a los crímenes que

---

<sup>1</sup> A. CHEHTMAN, «A Theory of International Crimes: Conceptual and Normative Issues», en K. J. HELLER *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford: OUP, 2019, en prensa (disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3082869](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3082869)).

<sup>2</sup> Algunos delitos comunes, así como los delitos transnacionales, pueden alcanzar la misma gravedad que los crímenes internacionales, especialmente si interpretamos este requisito desde el punto de vista de las víctimas directamente afectadas. Así W. SCHABAS, *Unimaginable Atrocities: Justice, Politics and Rights at the War Crimes Tribunals*, Oxford: OUP, 2012, pp. 34-35. Este criterio se enmarcaría en la senda de la antigua teoría del delito como *malum in se*, en oposición al *malum quia prohibitum*: véase C. STAHN, *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge: CUP, 2018, pp. 19-20.

<sup>3</sup> Esta teoría no consigue, sin embargo, determinar qué exactamente es «creado» por el Derecho internacional, debido a la pluralidad y complejidad de fuentes que lo componen. Además, como se ha señalado recientemente, esta postura no tiene un fundamento sólido en el Derecho

son o han sido objeto de la jurisdicción de tribunales penales internacionales<sup>4</sup>; algunos autores han otorgado una relevancia central al requisito de que los actos se cometieran en el marco de una organización, en muchos casos (pero no siempre) estatal<sup>5</sup>; y otras propuestas proponen verificar la concurrencia de un conjunto de rasgos diferentes, como el reconocimiento de la naturaleza criminal del acto, el derecho o deber de perseguirlo penalmente, la atribución de una base jurisdiccional, diseñando de esta manera una categoría especialmente amplia<sup>6</sup>. Ante los problemas conceptuales que cada una de estas propuestas plantea, hay quien ha llegado a concluir que no existe una definición común, conformándose con la idea minimalista de que un crimen internacional es «un delito definido por el Derecho internacional»<sup>7</sup>.

---

positivo y conlleva la necesidad de acudir a conceptos y fundamentos propios del Derecho natural, con todas sus limitaciones. La tesis opuesta, de la «criminalización nacional» (según la cual algunos actos se califican como crímenes internacionales porque el Derecho internacional obliga a todos los Estados a criminalizarlos y perseguirlos penalmente) sí tendría un apoyo más sólido en el Derecho positivo existente, pero hoy en día no la defiende nadie: K. J. HELLER, «What is an International Crime? A Revisionist History», *Harvard International Law Journal*, vol. 58, núm. 2, 2017, pp. 353-420. Es más: esta tesis quedaría claramente desmentida por la jurisprudencia que se analizará en el cap. II, que fundamenta la condena por crímenes internacionales en el Derecho internacional consuetudinario, incluso en ausencia de disposiciones nacionales que tipifiquen esos delitos (comparte la misma objeción A. CHEHTMAN, «What is an International Crime?: What Kind of Question it is and How we Should Answer it», *ibid.*, p. 5).

<sup>4</sup> Cfr. R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON y E. WILMSHURST, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3.<sup>a</sup> ed., Cambridge: CUP, 2014, p. 3. Este criterio tampoco es concluyente, porque los tribunales penales híbridos o internacionalizados han incluido en su jurisdicción delitos normalmente no contemplados en la categoría, en ocasiones llegando a afirmar expresamente su presunta naturaleza de crímenes internacionales (como ha ocurrido con el terrorismo ante el STL: véase STL, AC, «Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging» (STL-11-01/i/AC/R176bis), 16 de febrero de 2011, §§ 85 y ss., y, para un comentario crítico, K. AMBOS, «Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism under International Law?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, núm. 3, 2011, pp. 655-675.). Asimismo, la *African Court of Justice and Human Rights*, que no ha llegado a crearse formalmente todavía, abarca en su jurisdicción el terrorismo, la trata de seres humanos y la piratería, considerándolos también crímenes internacionales.

<sup>5</sup> A. CHEHTMAN, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, Oxford: OUP, 2010, cap. 4. No obstante, el mismo autor en un trabajo más reciente ha admitido haber cambiado de postura, afirmando que se trata de un requisito no necesario para configurar la categoría: A. CHEHTMAN, «A Theory of International Crimes», cit., pp. 18-19.

<sup>6</sup> El profesor Bassiouni, uno de los «padres fundadores» del Derecho penal internacional, propone por ejemplo un concepto amplio o extensivo de crimen internacional, en el que tienen cabida 27 categorías distintas de delitos: M. C. BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, 2<sup>nd</sup> revised ed., Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2013, pp. 142 y ss. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) también ha adoptado una combinación de tres requisitos para determinar el concepto de crimen internacional: son figuras delictivas que se originan en normas del Derecho internacional; generan responsabilidad penal individual y su persecución penal es independiente de los ordenamientos estatales, ya que puede llevarse a cabo a nivel internacional (ICTY, *Tadić*, TC Judgment, 2 de octubre de 1995, § 94).

<sup>7</sup> R. O'KEEFE, *International Criminal Law*, Oxford: OUP, 2015, pp. 47 y 56.