

ANA MESSUTI

UN DEBER INELUDIBLE

LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE
PERSEGUIR PENALMENTE LOS
CRÍMENES INTERNACIONALES



EDIAR

ÍNDICE

Abreviaturas	7
Aclaración	9
Agradecimientos	11
Prólogo	15
Introducción	23

CAPÍTULO I CONCEPTOS ÉTICO-JURÍDICOS Y MEMORIA HISTÓRICA

1. Conceptos débiles, consecuencias fuertes	33
1.1. <i>La comunidad internacional</i>	36
1.1.1. <i>La comunidad internacional en Vitoria</i>	40
1.1.2. <i>La comunidad internacional en Suárez</i>	44
1.1.3. <i>Aspectos comunes</i>	45
1.1.4. <i>Los individuos como sujetos del derecho de gentes</i>	47
1.2. <i>La "humanidad"</i>	48
1.2.1. <i>Los derechos humanos</i>	58
1.2.2. <i>La Declaración de Derechos Humanos</i>	67
1.2.3. <i>En busca de una legitimación</i>	72
1.3. <i>Soberanía del derecho frente a soberanía del Estado</i>	81
1.4. <i>La conciencia jurídica universal</i>	84
1.5. <i>Otra toma de conciencia</i>	93

2. Derecho y memoria histórica	95
2.1. Memoria social, memoria colectiva y "memoria histórica"	95
2.2. Memoria, vivencia y temporalidad	101
2.3. El acontecimiento límite, el trauma	104
2.3.1. La experiencia del trauma	106
2.3.2. Distinción entre ausencia y pérdida	108
2.3.3. Unicidad	110
2.3.4. La excepcionalidad de un acontecimiento en la historia frente a su utilización como precedente en la justicia	114
3. La temporalización del tiempo del derecho	117
3.1. La relación entre memoria y derecho	122
3.2. Lo irreversible, lo irrevocable	125
4. El juez y el historiador	126
4.1. Diferencia en cuanto a la verdad	127
4.2. Diferencia en cuanto a las controversias	129
4.3. Los juicios de los crímenes internacionales y la memoria	132
4.3.1. "Tu quoque"	138
4.3.2. La no memoria colectiva	139
4.3.3. La memoria histórica como memoria activa	141
5. Una redefinición de la memoria histórica desde la hermenéutica	143
5.1. Ética de la procedencia, ética reconstructiva	146
6. Recapitulación	148

CAPÍTULO II LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO DE PERSEGUIR PENALMENTE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES COMETIDOS EN SU TERRITORIO

1. La obligación	153
1.1. Existencia de la obligación	153
1.2. Contenido de la obligación	156
1.3. Características diferenciadoras de otras obligaciones	156
1.3.1. El "deber de garantía"	158
1.3.2. Distinción entre el derecho de la víctima a que se investigue y la obligación del Estado de investigar	163
1.4. El sujeto de la obligación considerada	167
1.5. Fuentes internacionales de la obligación internacional del Estado de perseguir penalmente los crímenes internacionales cometidos en su territorio	171
1.5.1. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio	172
1.5.2. Convenios de Ginebra	173
1.5.3. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes	173
1.5.4. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas	174
1.5.5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	175
1.5.6. Otros instrumentos de las Naciones Unidas	177
1.6. Fuentes regionales	179
1.6.1. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales	179
1.6.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos	180

1.6.3. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas	180
1.7. Otras fuentes	181
1.7.1. Derecho consuetudinario	181
1.7.2. Los principios generales del derecho	184
1.8. La obligación en la jurisprudencia	185
1.8.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	185
1.8.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos	186
2. ¿Cuáles son los crímenes que generan esta obligación?	189
2.1. Crímenes internacionales	189
2.2. Crímenes contra la humanidad	197
2.2.1. Breve reseña histórica	197
2.2.2. Elemento internacional	206
2.2.3. Instrumentos internacionales que prevén los crímenes contra la Humanidad	225
2.2.4. Las conductas que constituyen el crimen	233
2.2.5. Bien jurídico	251
2.3. Genocidio	253
2.3.1. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio	253
2.3.2. La cuestión de los grupos políticos	268
2.3.3. Informe Whitaker	271
2.3.4. La doctrina	273
2.3.5. La jurisprudencia de los Tribunales Internacionales Ad Hoc	278
2.3.6. Jurisprudencia argentina	281
2.3.7. Jurisprudencia española	287

2.3.8. Definición de los crímenes internacionales	292
3. Recapitulación	292

CAPÍTULO III

CARÁCTER IUS COGENS DE
LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL
DEL ESTADO DE PERSEGUIR PENALMENTE
LOS CRÍMENES INTERNACIONALES
COMETIDOS EN SU TERRITORIO

1. Reseña histórica	295
1.1. La Escuela española	299
1.2. Evolución posterior	310
2. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados	313
2.1. Antecedentes	313
2.2. Análisis de los términos del artículo 53	321
2.2.1. "Norma imperativa del derecho internacional general"	321
2.2.2. "[N]orma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto"	324
2.2.3. "[N]orma que no admite acuerdo en contrario"	329
2.2.4. "[Q]ue sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter"	332
3. Fuentes posibles del ius cogens	334
4. Naturaleza del ius cogens	341
4.1. El concepto de ius cogens como técnica jurídica	341
4.2. Dimensión axiológica del ius cogens	344
4.2.1. Las teorías de la constitución internacional o de los principios constitucionales internacionales	345
4.2.2. Las teorías de los principios fundamentales y las teorías del ius cogens sustantivo	347

4.2.3. El <i>ius cogens</i> como un "mínimo"	355
4.2.4. El <i>ius cogens</i> y el derecho natural	358
4.3. Otras dimensiones	361
4.3.1. Dimensión sistémica	362
4.3.2. Dimensión contextual	364
4.4. Normas de <i>ius cogens</i> y orden público	365
5. <i>Ius cogens</i> y derecho interno	369
5.1. Aplicabilidad a los actos unilaterales de los Estados	372
5.1.1. El <i>ius cogens</i> y los derechos humanos	385
6. El <i>ius cogens</i> en la jurisprudencia	391
6.1. En la Corte Internacional de Justicia	391
6.2. En el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	397
6.3. En los Tribunales para Rwanda y la ex Yugoslavia	398
6.4. En el ámbito interamericano	399
6.5. En el ámbito nacional	403
a) Jurisprudencia argentina	403
b) Jurisprudencia española	405
7. Balance crítico	406
8. Obligaciones <i>erga omnes</i>	408
8.1. Relación entre normas de <i>ius cogens</i> y obligaciones <i>erga omnes</i>	413
8.2. Obligaciones <i>erga omnes</i> y derechos humanos	421
8.3. <i>Ius cogens</i> , <i>erga omnes</i> y crímenes internacionales	423
9. Recapitulación	430

CAPÍTULO IV
LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA
OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE
PERSEGUIR PENALMENTE LOS CRÍMENES
INTERNACIONALES COMETIDOS
EN SU TERRITORIO

1. La responsabilidad internacional del Estado	433
2. Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos	439
2.1. Diferencia entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del individuo	443
2.2. El hecho generador de la responsabilidad internacional del Estado	450
2.3. "Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado"	452
2.3.1. Acción u omisión	452
2.3.2. Hecho atribuible al Estado según el derecho internacional	453
2.3.3. Exclusión de la culpa	458
3. Separación entre el derecho internacional y el derecho interno	459
4. Diferentes grados de responsabilidad	461
4.1. Crímenes y delitos	461
4.2. Ni crímenes ni delitos	471
4.3. Violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa de derecho internacional general	473
4.3.1. Violación grave	474
4.3.2. "Norma imperativa de derecho internacional general"	475
4.3.3. Diferencia entre los conceptos	477

5. Consecuencias del hecho internacionalmente ilícito para los demás Estados	478
5.1. "Invocación"	484
5.2. <i>Contramidas y otras medidas</i>	485
5.2.1. <i>Ejemplos</i>	486
5.2.2. <i>Extensión en el tiempo</i>	488
6. Consecuencias del hecho internacionalmente ilícito para el Estado responsable	490
6.1. <i>Alcance de las obligaciones internacionales del Estado responsable</i>	492
7. El <i>ius cogens</i> y la responsabilidad de los Estados	494
8. Responsabilidad del Estado en relación con el ejercicio de la jurisdicción	498
8.1. <i>Responsabilidad por denegación de justicia</i>	500
8.2. <i>El derecho a la jurisdicción o a la tutela judicial efectiva</i>	502
8.2.1. <i>Ámbito internacional</i>	503
8.2.2. <i>Ámbito nacional</i>	506
8.3. <i>El derecho a saber o el derecho a la verdad</i>	509
8.3.1. <i>Juicios por la verdad</i>	520
8.4. <i>Requisitos que debe cumplir la investigación</i>	524
9. Problemas que se plantean a los gobiernos a la hora de cumplir sus obligaciones internacionales respecto de los crímenes internacionales	530
9.1. <i>Estado de necesidad y otras causas de exención de la responsabilidad</i>	533
10. <i>Recapitulación</i>	540

CAPÍTULO V
 OBSTÁCULOS EN EL ÁMBITO
 NACIONAL AL CUMPLIMIENTO DE LA
 OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DEL
 ESTADO DE PERSEGUIR PENALMENTE
 LOS CRÍMENES INTERNACIONALES
 COMETIDOS EN SU TERRITORIO

1. La prescripción	547
1.1. <i>Marco conceptual</i>	547
1.1.1. <i>El tiempo cuantificado: el plazo</i>	547
1.1.2. <i>La prescripción penal</i>	549
1.1.3. <i>Crítica y defensa de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales</i>	558
1.2. <i>Los instrumentos internacionales</i>	565
1.2.1. <i>Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad</i>	565
1.2.2. <i>Convención Europea sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra</i>	574
1.2.3. <i>Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas</i>	575
1.2.4. <i>Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional</i>	576
1.2.5. <i>La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas</i>	577
1.3. <i>Prescripción e irretroactividad</i>	578
1.3.1. <i>La cuestión de la retroactividad de las normas sobre imprescriptibilidad</i>	580
1.3.2. <i>El problema de la prescripción en Alemania después de Núremberg</i>	583
1.3.3. <i>Jurisprudencia</i>	586

1.4. El tiempo de la interpretación y el derecho intertemporal	591
1.4.1. Casos paradigmáticos	593
2. Amnistía	604
2.1. El concepto y sus orígenes	604
2.1.1. Antigua Grecia	604
2.1.2. Kratos y politeia	607
2.1.3. El proceso como lucha	608
2.1.4. Otros antecedentes	609
2.1.5. La amnistía como medida política	612
2.1.6. Diferencia de otras figuras similares	614
2.1.7. Posibles fundamentos de la amnistía	616
2.2. Los instrumentos internacionales y la amnistía	623
2.2.1. Los Convenios de Ginebra	623
2.2.2. Pacto de Derechos Civiles y Políticos	626
2.2.3. Convención contra el Genocidio	627
2.2.4. Convención contra la Tortura	627
2.2.5. Posibilidad de fundamentación de la prohibición de conceder amnistías en el derecho consuetudinario	629
2.2.6. ¿Qué cabe deducir?	630
2.3. Impunidad como posible consecuencia de las amnistías	634
2.3.1. Impunidad	634
2.3.2. Naciones Unidas	636
2.3.3. Ámbito interamericano	644
2.3.4. El caso español	651
2.3.5. El aporte no gubernamental	661
3. Recapitulación	667

CAPÍTULO VI LEGALIDAD NACIONAL Y LEGALIDAD INTERNACIONAL

1. Los conceptos	671
1.1. Legalidad nacional	671
1.2. La "legalidad" internacional	676
1.2.1. La Cláusula Martens	677
1.3. La costumbre	682
1.3.1. Los dos elementos de la costumbre	687
1.3.2. La costumbre y las convenciones internacionales	692
1.3.3. La constante presencia de la costumbre	698
1.4. Los principios generales del derecho	699
1.4.1. Los principios generales y la costumbre	702
1.4.2. Valor como fuente del derecho internacional de las resoluciones de las Naciones Unidas	705
1.4.3. Papel de las ONG	706
1.5. La jurisprudencia y la doctrina	706
1.6. Autonomía del derecho internacional	708
2. Aplicabilidad de las normas internacionales en el derecho interno	711
2.1. Formas de trasposición o implementación del derecho internacional en el derecho interno	715
2.1.1. Modificación de leyes existentes	717
2.1.2. Codificación independiente	718
2.2. El Estatuto de la Corte Penal Internacional: proceso de adaptación	719
3. La tipificación en los instrumentos internacionales	722
3.1. La legalidad de las penas	724

3.1.1. Las penas no previstas y las previstas	725
3.1.2. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional aplicables	728
3.1.3. La previsibilidad como criterio	731
3.1.4. La accesibilidad como criterio	738
3.2. La solución dada en la jurisprudencia	740
3.2.1. Una sentencia innovadora	740
3.2.2. Algunos comentarios	742
3.2.3. Una sentencia paradigmática: el caso Fujimori	749
3.3. ¿Por qué olvidamos el principio de proporcionalidad?	755
4. Un solo derecho, varios ordenamientos	760
4.1. Introducción	760
4.2. La posición de Kelsen	761
4.3. Las normas constitucionales como puente entre el derecho internacional y el nacional	768
4.4. Acerca de la "ley"	775
5. Otro tipo de legalidad: una legalidad combinada	778
5.1. El principio de legalidad desde la filosofía hermenéutica del derecho	781
6. Recapitulación	787
CONCLUSIONES FINALES	791
BIBLIOGRAFÍA	801
ANEXOS	
I. Jurisprudencia	851
Tribunales argentinos	851

Tribunales españoles	852
Tribunales franceses	853
Corte interamericana de derechos humanos	853
Corte Internacional de Justicia	855
Corte Permanente de Justicia Internacional	856
Comisión Europea de Derechos Humanos	857
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	857
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	858
Tribunal de Núremberg	859
Tribunal Penal Internacional para Rwanda	859
Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia	859
Opiniones consultivas	860
Corte Internacional de Justicia	860
Corte Interamericana de Derechos Humanos	861
II. Instrumentos internacionales	861
III. Informes y otros documentos del sistema de las Naciones Unidas y de otras fuentes internacionales y regionales	865
Secretario General	865
Comité de Derechos Humanos	866
Comisión de Derecho Internacional	866
Consejo de Seguridad	869
Consejo Económico y Social	869
Asamblea General	871
Informes de Organismos Regionales	876