

# Delitos contra los derechos humanos <sup>1</sup>

*DIAJ-DER Octubre 2016*

## Contenido:

### Delitos contra los derechos humanos en Alemania

- La fórmula de Radbruch
- El principio de universalidad

### La justicia universal en España

- Subsidiariedad o concurrencia
- La previsión expresa en un convenio internacional
- La presencia del autor en el territorio español
- La nacionalidad de las víctimas
- Vinculación con el interés nacional

### Delitos contra los derechos humanos en Venezuela

- Tipicidad
- Delitos cometidos por funcionarios públicos
- Exclusión de impunidad
- La jurisdicción universal en Venezuela
- Venezuela frente a la jurisdicción universal

## 1. Delitos contra los derechos humanos en Alemania

### 1.1. La fórmula de Radbruch

#### Ejercicio: Guardianes del muro

A pesar de la prohibición casi absoluta de salir de la República Democrática de Alemania, había escapado un 15% de la población a inicios de los años 60s, por lo que se temía la desestabilización política y económica del sistema. La

<sup>1</sup> Basado en: Espinoza, Alexander: El efecto irradiante del derecho de reunión. Alemania, España y Venezuela. Caracas, 2015

migración se tipificó como delito grave y se ordenó a los soldados de la frontera impedir la fuga, incluso a costa de la vida del transgresor.

El 8 de abril de 1971 el joven S. de 18 años de edad pisó una mina en las cercanías del pueblo, en el intento de atravesar el campo minado. Esta le voló el pie izquierdo; a pesar de lo cual logró alcanzar el territorio de la República Federal de Alemania. Allí murió, luego de varias operaciones el 4 de mayo de 1971, como consecuencia de las lesiones.

El 1° de diciembre de 1984 dos soldados de frontera dispararon a las 3:15 sobre el joven S. de 20 años de edad con fuego sostenido, cuando este intentó atravesar el muro con una escalera. Los disparos lo alcanzaron en el área de la espalda. Al herido se le negó asistencia médica. A las 5:15 fue llevado al hospital de la policía popular. Para ese momento se había desangrado. Con asistencia médica oportuna hubiera tenido probabilidades de sobrevivir. Los soldados fueron recompensados, aún cuando sólo se reprochaba la cantidad de munición que había sido utilizada.<sup>2</sup>

*Carl Schmitt* aportó al régimen Nacional-Socialista la fórmula “*nullum crimen sine poena*”, en sentido inverso a la expresión tradicional “*nulla poena sine lege*”. Con ello, no quedaría “*ningún crimen sin castigo*”.<sup>3</sup> El Código Penal de 1935 disponía que también podía ser objeto de sanción penal un hecho que merecía castigo, de acuerdo con la sana conciencia del pueblo. Si una ley penal no era directamente aplicable, entonces la sanción debía ser impuesta, de acuerdo con el espíritu de la norma que mejor se ajuste al caso.<sup>4</sup>

Por el contrario, el principio de legalidad penal supone que, por mucho que una conducta sea socialmente nociva, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídico-penales si antes lo ha advertido expresamente

<sup>2</sup> BGHSt 41, 101 – Guardianes del muro III; BVerfGE 95, 96

<sup>3</sup> Ebert, Derecho Penal Parte General, pág. 8

<sup>4</sup> Epping, Grundrechte, pág. 378

en la ley.<sup>5</sup> Tal limitación puede dar lugar a graves contradicciones valorativas. Se establece una regla de ponderación de valores,<sup>6</sup> según la cual, la potestad sancionatoria del Estado debe retroceder siempre, ante la garantía de seguridad jurídica del individuo.

*Gustav Radbruch* había sido profesor de la Universidad de Heidelberg, hasta su destitución por los nazis en 1933. Finalizada la guerra, publicó un artículo en 1946 denominado “*Injusticia legal y derecho suprapositivo*”, en el cual abordaba el problema de procesos judiciales en curso, tales como en el caso de los denunciantes del nacional-socialismo, quienes argumentaban generalmente su buena fe en la validez de las leyes nacional-socialistas y de las órdenes emitidas en base a las mismas. *Radbruch* desarrolló el tema de la relación entre la seguridad jurídica y la justicia, señalando que tal conflicto debía ser resuelto en el sentido que el derecho positivo conservaba su validez, incluso en casos en que resultare injusto o inconveniente, a menos que la contradicción entre el derecho positivo y la justicia alcance un nivel tan intolerable que la ley deba retroceder ante la justicia, por su carácter de “*derecho incorrecto*”. No sería posible establecer una distinción clara entre los casos de leyes injustas y de leyes que, a pesar de su contenido incorrecto aún mantienen su validez. Pero si sería posible establecer una distinción clara: En los casos en que ni siquiera se pretende alcanzar la justicia; en que la igualdad que constituye el núcleo de la justicia, es rechazada de forma

---

5 BVerfGE 47, 109/124 – Principio de determinabilidad; BVerfGE 71, 108/116 – Prendedor Anti-Energía Atómica; Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, pág. 137

<sup>6</sup> Fuchs, Strafrecht. Allgemeiner Teil, pág. 41

consciente, entonces la ley no sólo es un “*derecho incorrecto*” sino que pierde toda condición jurídica.<sup>7</sup>

El contenido central del argumento de *Radbruch* está referido a la validez de la norma. Determinadas normas, con contenido en extremo injusto no sólo son consideradas sin valor, inmorales, falsas o pervertidas, sino que simplemente se desconoce su carácter de norma jurídica. De tal forma, la injusticia extrema se convierte en no-derecho. Para ello, se ofrecen dos criterios distintos: por una parte, un criterio objetivo, relativo a un “*grado intolerable*” de contradicción entre el derecho positivo y la justicia; por otra parte, un aspecto subjetivo relativo a la falta de intención de establecer una regla justa. En la doctrina actual se emplea sólo la denominada “*tesis del grado intolerable*”, mientras que la tesis de la intencionalidad resulta en la práctica imposible de demostrar.<sup>8</sup> En palabras de Alexy, “las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas”, es decir, la extrema injusticia no es derecho.<sup>9</sup>

En la actualidad se reconoce la posibilidad de establecer excepciones al principio de legalidad penal en casos extremos.<sup>10</sup> Según la fórmula de *Radbruch*, el principio de legalidad penal no sería aplicable, cuando la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance un nivel insoportable.<sup>11</sup> Tal

<sup>7</sup> Dreier, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, pág. 421

<sup>8</sup> Dreier, Gustav Radbruch und die Mauerschützen. JZ 1997, pág. 423; Alexy, Una defensa de la fórmula de Radbruch, pág. 76

<sup>9</sup> Alexy, Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal, pág. 205; Alexy, Una defensa de la fórmula de Radbruch, pág. 76

<sup>10</sup> Art. 7 II del Convenio Europeo de Derechos Humanos; Art. 15. II del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

<sup>11</sup> Alexy: El concepto y la validez del Derecho, pág. 45

sería el caso de normas que contraríen los principios fundamentales de la justicia, que su aplicación suponga un injusto en lugar de derecho.<sup>12</sup> Las situaciones en las que deban desconocerse tales principios, deben ser limitadas a excepciones extremas, en virtud del elevado valor del principio de seguridad jurídica.<sup>13</sup> La vulneración debe tener tal peso que infrinja las convicciones jurídicas generales de todos los pueblos sobre el valor y la dignidad del ser humano.<sup>14</sup>

En caso de que una causa de justificación permitiera el incumplimiento de los elementales principios de la justicia y de los derechos humanos protegidos por el derecho internacional, la misma debe ser desaplicada. En tales casos la condena penal no sería contraria al principio de legalidad penal, pues la causa de justificación habría sido ineficaz desde un principio, debido a la manifiesta injusticia que materializaba. Tales criterios son igualmente aplicables en caso de una práctica del Estado, que ignorarse una interpretación de la legislación aplicable que resulte respetuosa de los derechos humanos generalmente reconocidos. Tal práctica del Estado constituiría de igual forma una injusticia grave, por lo que no puede ser reconocida como una causa de justificación.<sup>15</sup>

Una causa de justificación aceptada en el momento de los hechos sólo podrá dejar de ser considerada a causa de la vulneración de un derecho de mayor rango cuando en ella se exprese una vulneración notoriamente grave de las ideas básicas de justicia y humanidad: la vulneración debe tener tal

<sup>12</sup> BVerfGE 23, 98/106 – Revocatoria de la ciudadanía

<sup>13</sup> BGHSt 41, 101/107– Guardianes del muro III

<sup>14</sup> BGHSt 2, 234, 239

<sup>15</sup> BGHSt 41, 101/105 - Mauerschützen III

peso que infrinja las convicciones jurídicas generales de todos los pueblos sobre el valor y la dignidad del ser humano.<sup>16</sup> La contradicción de la ley positiva con la justicia ha de ser tan insoportable que la ley deba ceder ante la justicia como derecho injusto.<sup>17</sup>

La negación de la validez jurídica de las causas de justificación permite mantener inalterado el contexto normativo de las mismas. En el caso de los guardianes del muro, la eliminación de la causa de justificación permitió la aplicación de la norma penal de homicidio. Una situación distinta es la planteada en torno a si, el derecho natural puede servir de fundamento para la punibilidad de una conducta. Tal posibilidad ha sido rechazada por la doctrina, especialmente en razón de la indeterminabilidad de las normas de derecho natural. Un aspecto central en la historia del derecho natural, ha sido el conflicto entre la conciencia del individuo y la autoridad criminal. El derecho natural ha servido para justificar la resistencia, el levantamiento e incluso la muerte del tirano. Pero en ningún sistema de derecho natural se encuentra una justificación para la penalidad de quienes hubieran obedecido las normas inmorales.<sup>18</sup>

En criterio de la Corte Federal, la pérdida de validez de leyes extremadamente injustas no se aplica exclusivamente a los casos de genocidio o delitos contra la paz o de guerra o contra la humanidad, en los términos del Estatuto de la Corte Militar Internacional de 8 de agosto de 1945. El ámbito

---

<sup>16</sup> BGHSt 2, 234, 239

<sup>17</sup> Alexy, Una defensa de la fórmula de Radbruch, pág. 81

<sup>18</sup> Dreier, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, pág. 428

de aplicación de la fórmula de *Radbruch* tampoco se limita a los delitos contra la Convención de Ginebra de 1949.<sup>19</sup>

La Corte Europea de Derechos Humanos ha declarado que la posición de los tribunales alemanes es compatible con el art. 7 aparte 1 de la Convención Europea de los Derechos Humanos. Estimó que era conforme al principio de derecho internacional que no exige una estricta positividad del derecho penal y que la solución del conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia del caso concreto debe ser realizada en favor de la justicia, tal como ha sido reconocido desde el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nürnberg, en casos de una injusticia material extrema. Tal limitación se corresponde con la Convención Europea de Derechos Humanos.<sup>20</sup>

#### Esquema del ejercicio: Guardianes del muro

1) *Relación jurídica*: Con la penalización del delito de homicidio, el Estado protege el derecho a la vida y limita la libertad de las personas. En la República Democrática Alemana regía una causa de justificación que permitía hacer uso de armas en contra de personas que traspasaran ilegalmente la frontera, en protección del sistema socialista. Luego de la reunificación, debía revisarse si tal causa de justificación era nula, y por ello debía aplicarse una sanción penal por el delito de homicidio.

2) *Constitucionalidad de la causa de justificación*: La Corte Suprema de Alemania, dejó claro que, los disparos en el muro de Berlín no podían ser comparados con el homicidio en masa del nacional-socialismo, al cual estaban referidas las consideraciones de *Radbruch*. Pero de ello no se desprende que la inaplicabilidad de leyes en extremo injustas tenga lugar exclusivamente en el caso de genocidios, delitos contra la

<sup>19</sup> BGHSt 41, 101/107– Guardianes del muro III

<sup>20</sup> EuGHMR, Urteil vom 22. März 2001 – Beschwerden Nr. 34044/96, 35532/97 u. 44801/98 (Streletz, Keßler u. Krenz ./ Deutschland); Dannecker, § 1 párr. 449 LK

paz, delitos de guerra y delitos contra la humanidad.<sup>21</sup>

Lo que hace especialmente odiosa la praxis estatal no es tanto la puesta en peligro de la vida de las personas sino su conexión con la prohibición casi absoluta de emigrar, que reducía al disidente o al descontento a la condición de prisionero en su propio país. Alexy agrega el argumento, según el cual, en el sistema político del que quería huir el fugitivo no existía la posibilidad de modificar las circunstancias mediante una discusión pública libre y una oposición política.<sup>22</sup>

Ello conduce a que el uso de las armas, como lo hiciera el imputado con dolo eventual, no estaba justificado, pues no puede ser reconocida una causa de justificación que se basa en la consideración que el impedimento de la fuga desde una parte de Alemania hacia otra, tuviera mayor valor la preservación de la vida del fugado.<sup>23</sup>

En todo caso, las situaciones en las que deba desconocerse una causa de justificación que se admitía al tiempo del hecho, en razón de su injusticia, deben ser limitadas a excepciones extremas, en virtud del elevado valor del principio de seguridad jurídica.<sup>24</sup>

*Retroactividad:* Es controvertido si la causa de justificación que permitía el uso de armas de fuego en contra de los transgresores de la frontera era conforme al derecho de la República Democrática Alemana. Tanto la Corte Federal de Alemania,<sup>25</sup> como la Corte Europea de Derechos Humanos,<sup>26</sup> coincidieron en que la muerte de jóvenes, que no representaban peligro para nadie y sólo pretendían abandonar el país, era contrario al principio de proporcionalidad.<sup>27</sup>

El Tribunal Constitucional Federal resolvió el problema planteado en el sentido que, la prohibición estricta de retroactividad en el derecho penal tiene como fundamento la especial situación de confianza, en que se encuentran las leyes penales, cuando son dictadas por el legis-

<sup>21</sup> BGHSt 41, 101/106– Guardianes del muro III

<sup>22</sup> Alexy, Una defensa de la fórmula de Radbruch, pág. 91

<sup>23</sup> BGHSt 41, 101/106– Guardianes del muro III

<sup>24</sup> BGHSt 41, 101/107 – Guardianes del muro III

<sup>25</sup> BGHSt 41, 101/110 – Guardianes del muro III

<sup>26</sup> Keßler y Krenz Vs. Alemania, Sentencia del 22 de marzo de 2001

<sup>27</sup> Keßler y Krenz Vs. Alemania, Sentencia del 22 de marzo de 2001



lador democrático sujeto a los derechos fundamentales. Esta situación especial de confianza decae cuando el Estado deja espacios excluidos de tal regulación a través de causas de justificación, en las que promueve la situación injusta, la beneficia y con ello desconoce los derechos humanos que rigen en la comunidad internacional, de la forma más grave.<sup>28</sup> Por lo demás se garantiza la confianza de ser castigado según la ley que regía para el momento del hecho.<sup>29</sup>

## 1.2. El principio de universalidad

Ejercicio: Nicola Jorgic

En 1969, el demandante, ciudadano de Bosnia Herzegovina de origen serbio, entró en Alemania, donde residió legalmente hasta principios de 1992. Posteriormente, volvió a Kostajnica, en la ciudad de Doboj (Bosnia), en la que nació. El 16 de diciembre de 1995, sospechoso de haber cometido actos de genocidio, fue arrestado al entrar en Alemania y detenido preventivamente. Por Sentencia de 26 septiembre 1997, el Tribunal de apelación de Dusseldorf declaró al demandante culpable de once delitos de genocidio, de la muerte de veintidós personas en un caso, de siete en otro caso y de uno en un tercer caso, y de varios cargos de lesiones peligrosas y de secuestro en otros casos. Le condenó a pena de privación de libertad de por vida, señalando la especial gravedad de su culpabilidad.

El Tribunal de apelación estableció que el demandante había creado un grupo paramilitar y con él formó parte de la limpieza étnica ordenada por los jefes políticos serbios de Bosnia y las fuerzas militares serbias en la región de Doboj: participó principalmente en el arresto y el secuestro, acompañados de violencia y de malos tratos, de los musulmanes de sexo masculino de tres ciudades de Bosnia a principios del mes de mayo y en junio de 1992; asesinó a varios habitantes de estas ciudades, y disparó, en junio de 1992, a veintidós habitantes de la ciudad de Grabska (mujeres, minusválidos y personas mayores); posteriormente, con el grupo paramilitar que dirigía, expulsó de su ciudad a

<sup>28</sup>BVerfGE 95, 96/133 - Guardianes del muro

<sup>29</sup>BVerfGE 95, 96/133 - Guardianes del muro

unos cuarenta hombres; bajo sus órdenes, éstos habían sufrido malos tratos y seis de ellos habían sido disparados con bala; un sexto, herido, murió quemado junto al cuerpo de seis hombres muertos; por último, en septiembre de 1992, mató con una porra de madera a un preso de la prisión de Doboij que fue maltratado por los soldados, con el fin de hacer la demostración de un nuevo método de malos tratos y de ejecución.<sup>30</sup>

En el caso del enjuiciamiento a *Nicola Jorgic* la Corte Federal observó que § 6 Nr. 1 del Código Penal (StGB), el derecho penal alemán es aplicable en el caso de delitos de genocidio cometidos en el extranjero. El tribunal negó que existiera una prohibición en el derecho internacional para el ejercicio de la competencia por los tribunales nacionales, basada en el principio de intervención de los pueblos o en alguna norma de la Convención contra el genocidio.<sup>31</sup> Tal criterio fue confirmado por el Tribunal Federal Constitucional.<sup>32</sup>

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció acerca del argumento del demandante, según el cual el principio de no intervención, prohíbe a las jurisdicciones alemanas perseguir a un extranjero que reside en el extranjero por actos de genocidio que es sospechoso de haber cometido en un Estado extranjero contra víctimas extranjeras. Para determinar si la interpretación realizada por los Tribunales internos de las reglas y disposiciones de la legislación internacional pública aplicables en materia de competencia es razonable, el Tribunal observó que, en virtud del artículo primero de la Convención sobre el genocidio, pesa sobre las Partes contratantes una

<sup>30</sup> Asunto Jorgic C. Alemania (Demanda no 74613/01) TEDH Estrasburgo 12/07/ 2007

<sup>31</sup> BGHSt 45, 64/66 - Völkermord und Weltrechtsprinzip

<sup>32</sup> BVerfG · Beschluss vom 12. Dezember 2000 · Az. 2 BvR 1290/99

obligación erga omnes de prevenir y de reprimir el genocidio, cuya prohibición depende del jus cogens. En consecuencia, la competencia para sancionar los actos de genocidio de Estados cuyas leyes prevén que la extraterritorialidad no está excluida debe ser considerada como razonable e incluso convincente.<sup>33</sup>

El Código Penal Internacional<sup>34</sup> define su ámbito de aplicación, relativo a todos los delitos en contra del derecho internacional, señalados en dicha ley, incluso cuando hubieran sido cometidos en el extranjero y no tuvieran una relación específica con Alemania (§ 1).

## 2. La justicia universal en España

El Juzgado Central de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional resolvió incoar sumario por presuntos delitos de torturas y contra la integridad moral, en concurso con uno o varios delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, contra los posibles autores materiales e inductores, cooperadores necesarios y cómplices de los actos cometidos sobre los perjudicados Simón, Juan Enrique, Bruno y Felicísimo durante el tiempo de sus detenciones en diferentes países, siempre bajo la autoridad del Ejército Norteamericano, a los que fueron entregados en los respectivos lugares en los que ésta aconteció (Afganistán Pakistán o Gambia) y su posterior traslado a la base militar estadounidense de Guantánamo (Cuba). El ámbito de los sujetos contra los que se dirigía el procedimiento quedaba delimitado a las personas que tuvieran bajo su guardia y custodia a los detenidos, las que autorizaron o practicaron los actos que se describen. Miembros todos ellos del Ejército Norteamericano o de la Inteligencia Militar y todos aquellos que ejecutaron y/o diseñaron un plan sistemático de torturas o malos tratos inhumanos o degradantes en contra de los prisioneros que tenían bajo su custodia y que habían sido capturados en el

<sup>33</sup> Asunto Jorgic C. Alemania (Demanda no 74613/01) TEDH Estrasburgo 12/07/ 2007, párr. 68

<sup>34</sup> De 26.06.2002 (BGBl. I S. 2254)

marco del conflicto armado declarado en Afganistán y a los que se acusaba de terroristas.<sup>35</sup>

La razón de la utilidad de la existencia de los crímenes contra la humanidad es precisamente la de garantizar su persecución esencialmente por las dificultades extremas o imposibilidad de la persecución interna de esta clase de delitos y el interés de la comunidad internacional es su persecución y castigo no siendo tan importante su concreta tipificación que puede quedar al cuidado de los derechos internos sino establecer un sistema internacional de persecución efectiva.<sup>36</sup>

La Audiencia Nacional, en su decisión dictada el 5 de noviembre de 1998 en el asunto Augusto Pinochet, concluyó que las jurisdicciones españolas eran competentes para conocer del asunto. Respecto al alcance de la Convención sobre el genocidio, los Jueces se expresaron que el artículo 6 del Convenio solo excluye a jurisdicciones distintas a las del territorio en el que se ha cometido el delito y jurisdicciones internacionales pueden ser competentes. Sería contrario al espíritu de la Convención, que trata de impedir que sea cometido con toda impunidad un delito tan grave, de considerar que este artículo limite el ejercicio de la competencia en la materia solo a las jurisdicciones consideradas por ella.<sup>37</sup>

## 2.1. Subsidiariedad o concurrencia

La Audiencia Nacional ha establecido que la no persecución penal de los hechos por parte de la justicia del Estado en que tuvieron lugar los delitos,

---

<sup>35</sup> AAN 70/2014

<sup>36</sup> SAN 2016/2005 de 16 de abril Fj 3

<sup>37</sup> Asunto Jorgic C. Alemania (Demanda no 74613/01) TEDH Estrasburgo 12/07/ 2007

constituye un elemento justificante de segundo grado de la actuación de la jurisdicción española. Si resulta incuestionable la universalidad en la persecución de los crímenes contra la humanidad, lo que implica el reconocimiento de la vigencia de este principio más allá del de territorialidad, sin embargo tampoco cabe en principio excluir éste, en cuanto que aparece como el primero y más natural de los principios de actuación jurisdiccional. La actuación jurisdiccional internacional pierde justificación cuando actúan eficazmente los tribunales del territorio en el ejercicio de su jurisdicción y se satisfacen de forma adecuada las necesidades de justicia. Esta regla resulta igualmente aplicable cuando lo que se ejerce es la jurisdicción internacional por una jurisdicción nacional. La actuación eficaz de las autoridades competentes territorialmente vacía de contenido a la jurisdicción universal.<sup>38</sup>

Al respecto señaló el Tribunal Constitucional que, resulta indudable que existen razones de peso, tanto procesales como político-criminales, que vienen a avalar la prioridad del *locus delicti*, y que ello forma parte del acervo clásico del Derecho internacional penal. Partiendo de este dato, el principio de subsidiariedad no habría de entenderse como una regla opuesta o divergente con la que introduce el llamado principio de concurrencia, y ello porque, ante la concurrencia de jurisdicciones, y en aras de evitar una eventual duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio *ne bis in idem*, resulta imprescindible la introducción de alguna regla de prioridad. Una elemental razonabilidad procesal y político-criminal

<sup>38</sup> SAN 2016/2005 de 16 de abril Fj 6

ha de otorgar prioridad a la jurisdicción del Estado donde el delito fue cometido.<sup>39</sup>

El Tribunal Constitucional advirtió que, una interpretación restrictiva de la competencia jurisdiccional internacional de los tribunales españoles podría producir una vulneración del derecho a acceder a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE como expresión primera del derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales. Por tal motivo ha rechazado el tribunal la exigencia de prueba de hechos negativos así como, la posibilidad de que precisamente la inactividad judicial del Estado diera lugar al bloqueo de la jurisdicción internacional del tercer Estado.<sup>40</sup>

La L.O. 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, estableció que los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España, (a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte, y (b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión. Lo dispuesto en este apartado (b) no es de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal. A fin de determinar si hay o no dis-

<sup>39</sup> STC 237/2005, de 26 de septiembre Fj 4

<sup>40</sup> STC 237/2005, de 26 de septiembre Fj 4

posición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

- a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.
- b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
- c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

El Tribunal Supremo ha advertido que la nueva reforma resulta notablemente restrictiva del principio de justicia universal.<sup>41</sup> Por otra parte, la valoración de si el Estado que ejerza su jurisdicción no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, supone «enjuiciar» la actuación de la Administración de Justicia de otro Estado, lo que no está exento de dificultades y puede conllevar el análisis de cuestiones complejas, tanto desde el punto de vista jurídico, como desde el punto de vista

<sup>41</sup> ATS 8634/2015 de 20 de octubre Fj 2

político- diplomático e incluso histórico, que exigen prudencia en su ejercicio.<sup>42</sup>

En la actualidad, se está tramitando en Chile - país en el que se perpetraron los actos investigados- un procedimiento penal para su investigación, en el que destacan los siguientes datos indiciarios acerca de la ineficacia de la investigación: 1) Tras una ligera actividad investigadora en los primeros meses, la investigación prácticamente se detuvo durante más de un año. 2) La paralización vino a producirse poco después de que la Corte Suprema de Justicia denegara la extradición de los presuntos responsables, precisamente invocando la razón de que se estaba siguiendo un proceso en Chile. 3) Apenas se ha producido impulso de oficio en la investigación, habiéndose limitado a depender de la instancia de parte. 4) En los dos años que la causa lleva abierta no se ha recibido declaración a implicados evidentes, y se ha rechazado la petición de diligencias expresas en ese sentido de la parte querellante. Una vez apreciada la escasa entidad y relevancia de las diligencias practicadas por la justicia chilena en los dos últimos años de investigación, cuando se reabrió el procedimiento penal por cuarta vez, después de haber transcurrido 37 años desde la perpetración de los hechos delictivos, concluyó el tribunal que concurren datos indiciarios suficientes para inferir la falta de voluntad de otro Estado para investigar los hechos delictivos.<sup>43</sup>

## 2.2. La previsión expresa en un convenio internacional

El Tribunal Supremo ha sostenido que la competencia jurisdiccional española sólo sería aplicable, en caso de que un convenio internacional del que España sea parte avale tal extensión de la competencia jurisdiccional. En criterio del Tribunal Constitucional tal interpretación sería en extremo rígorista, así como, además, carente de sostén argumental. Señaló que, en el caso del Convenio sobre genocidio, el mismo determina una obligación de

<sup>42</sup> ATS 8634/2015 de 20 de octubre Fj 2

<sup>43</sup> ATS 8634/2015 de 20 de octubre Fj 4



mínimos que compromete a los Estados a perseguir el crimen de Derecho internacional dentro de su territorio. En tales términos, el citado Convenio no incorpora una prohibición, sino que deja abierta a los Estados firmantes la posibilidad de establecer posteriores mecanismos de persecución del genocidio.<sup>44</sup>

Dicha falta de autorización para la activación de la jurisdicción internacional de modo unilateral por un Estado no se aviene con el principio de persecución universal y de evitación de la impunidad de tales crímenes de Derecho internacional, sino que, antes bien, entra en franca colisión con él.<sup>45</sup>

### 2.3. La presencia del autor en el territorio español

El Tribunal Constitucional estableció que, la presencia del presunto autor en el territorio español es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena, dada la inexistencia de los juicios *in absentia* en esa legislación. Debido a ello institutos jurídicos como la extradición constituyen piezas fundamentales para una efectiva consecución de la finalidad de la jurisdicción universal.<sup>46</sup>

Sin embargo, tal conclusión no puede llevar a erigir esa circunstancia en requisito *sine qua non* para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, máxime cuando de así proceder se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada en

<sup>44</sup> STC 237/2005, de 26 de septiembre Fj 5

<sup>45</sup> STC 237/2005, de 26 de septiembre Fj 5

<sup>46</sup> STC 237/2005, de 26 de septiembre Fj 7

la ley; restricción que, por lo demás, resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución.<sup>47</sup>

A pesar de la anterior declaración, la L.O. 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal estableció importantes limitaciones a la justicia universal, derivadas de la presencia del autor en el territorio español.

El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de conformidad con la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, acordó con fecha 2 de julio de 2014 el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, al entender que no concurren los requisitos legales necesarios para que los Tribunales españoles puedan conocer de los delitos investigados. En cuanto al delito de Genocidio, porque ninguna de las personas querreladas ostenta la nacionalidad española, reside en España o se encuentra en territorio nacional.<sup>48</sup>

El Tribunal Supremo interpretó que cuando el Tribunal Constitucional se refiere en la STC 237/2005, ordinariamente mal interpretada, a un " principio de jurisdicción universal absoluto" se está refiriendo al instaurado por la redacción concreta de la LOPJ de 1985, que no somete este principio a criterio restrictivo alguno. Pero no está estableciendo que este carácter absoluto venga impuesto necesariamente por principios constitucionales, sino por criterios de legalidad.<sup>49</sup>

No compartimos esa posición. Al igual que en el caso de los restantes criterios de conexión, tales como la nacionalidad de la víctima y

<sup>47</sup> STC 237/2005, de 26 de septiembre Fj 7; criterio reiterado en STC 227/2007, de 22 de octubre Fj 5

<sup>48</sup> Fuente: STC 296/2015 de 06 de mayo Fj 2

<sup>49</sup> STC 296/2015 de 06 de mayo Fj 15

la vinculación al interés nacional, el análisis realizado por el Tribunal Constitucional no estuvo únicamente referido a la reducción teleológica de la ley, sino especialmente a la conformidad con la naturaleza y fines de la jurisdicción universal. Estimamos que el legislador no puede imponer limitaciones al derecho de acceso a la jurisdicción, por motivos que no se encuentran justificados de acuerdo con la naturaleza del asunto.

#### 2.4. La nacionalidad de las víctimas

El Tribunal Constitucional se pronunció acerca de la eventual exigencia de otros vínculos de conexión, tales como, el de personalidad pasiva, el cual haría depender la competencia universal de la nacionalidad española de las víctimas. Observó el tribunal que tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal, desbordaría los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional.<sup>50</sup>

La restricción basada en la nacionalidad de las víctimas incorpora un requisito que no puede ser teleológicamente fundado por cuanto, en particular con relación al genocidio, contradice la propia naturaleza del delito y la aspiración compartida de su persecución universal, la cual prácticamente queda cercenada por su base. El tipo legal del genocidio se caracteriza por la pertenencia de la víctima o víctimas a un grupo nacional, étnico, racial o

<sup>50</sup> STC 237/2005, de 26 de septiembre Fj 8; criterio reiterado en STC 227/2007, de 22 de octubre Fj 5

religioso, así como porque los actos realizados tienen la finalidad específica de la destrucción de dicho grupo, precisamente en atención a sus vínculos de pertenencia. La exégesis manejada por la sentencia del Tribunal Supremo implicaría, en consecuencia, que el delito de genocidio sólo sería relevante para los Tribunales españoles cuando la víctima fuera de nacionalidad española y, además, cuando la conducta viniera motivada por la finalidad de destruir el grupo nacional español. La inverosimilitud de tal posibilidad ha de ser muestra suficiente de que no puede ser una interpretación acorde con el fundamento objetivo de la institución.<sup>51</sup>

A pesar de la anterior declaración, la L.O. 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal («B.O.E.» 14 marzo) estableció importantes limitaciones a la justicia universal, derivadas de la nacionalidad de la víctima.

El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de conformidad con la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, acordó con fecha 2 de julio de 2014 el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, al entender que no concurren los requisitos legales necesarios para que los Tribunales españoles puedan conocer de los delitos investigados. Respecto al delito de tortura, porque aun cuando una de las víctimas tiene nacionalidad española, no consta que los querellados, nacionales de la República Popular China, se encuentren en territorio español.<sup>52</sup>

El Tribunal Supremo ratificó el anterior criterio.

<sup>51</sup> STC 237/2005, de 26 de septiembre Fj 9

<sup>52</sup> Fuente: STC 296/2015 de 06 de mayo Fj 2

## 2.5. Vinculación con el interés nacional

El Tribunal Constitucional se pronunció igualmente acerca de la eventual exigencia del vínculo de conexión, referido a la vinculación de los delitos cometidos con otros intereses españoles relevantes. Observó el tribunal que, el sometimiento de la competencia para enjuiciar crímenes internacionales como el genocidio o el terrorismo a la concurrencia de intereses nacionales, no resulta cabalmente conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal. La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad paradigmáticamente en el caso del genocidio, trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados, cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Tales criterios serían incompatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> STC 237/2005, de 26 de septiembre Fj 9; criterio reiterado en STC 227/2007, de 22 de octubre Fj 5

### 3. Delitos contra los derechos humanos en Venezuela

#### 3.1. Tipicidad

La Sala de Casación Penal afirmó, que los delitos de contenido inhumano, castigados en el ámbito internacional, deben ser juzgados sin que valga como excepción la atipicidad.<sup>54</sup>

No se trataba de un argumento central de la sentencia, sino más bien un *obiter dicta*, dado que el asunto estaba referido a la imposibilidad de que sea opuesta la prescripción para garantizar la impunidad de los autores de graves violaciones, especialmente, cuando se trata de delitos antihumanitarios. Debemos advertir en todo caso, que la afirmación de la Sala resulta excesiva. El principio de tipicidad, comprende una diversidad de elementos, por lo que debe estudiarse en cada caso la posibilidad de relativizar alguno de ellos, frente a la necesidad de impartir justicia en casos de lesa humanidad. Ejemplo de ello lo constituye la reiteración del principio *nullum crimen sine lege*, por parte del artículo 22 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aún cuando el principio de determinabilidad resulta en buena medida flexibilizado en el artículo 7 K del citado Estatuto.

El tema es relevante en los casos en que un hecho que resulta a tal punto dañino como para ser calificado de violación a los derechos humanos, no se encuentre previsto como delito en la legislación penal. Una situación distinta, es la referida a si la calificación de un delito común, como un delito de lesa humanidad, requiere de disposición expresa de la ley.

En sentencia de 2001, la Sala Constitucional afirmó que el tráfico de sustancias psicotrópicas y estupefacientes constituye un delito de lesa humani-

<sup>54</sup> SCP-TSJ 29/07/2010 Exp. N° AA30-P-2010-000201

dad, en razón de que se equipara a los llamados crimen majestatis, infracciones penales máximas, constituidas por crímenes contra la patria o el Estado y que, al referirse a la humanidad, se reputan que perjudican al género humano. Según la Sala, el tráfico ilícito de estupefacientes se encuentra comprendido en el supuesto del artículo 7 K del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, referido a otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.<sup>55</sup>

Desde el caso *Mirtha Josefina Zambrano Carrillo*, en 2000 la Sala de Casación Penal ha afirmado que los delitos de drogas son delitos de lesa humanidad y por tanto de lesa Derecho, ya que causan un gravísimo daño a la salud física y moral del pueblo, aparte de poner en peligro y afectar en realidad la seguridad social (por la violenta conducta que causa la ingestión o consumo de las sustancias prohibidas) y hasta la seguridad del Estado mismo, ya que las inmensas sumas de dinero provenientes de esa industria criminal hacen detentar a ésta un poder tan espurio cuan poderoso que puede infiltrar las instituciones y producir un “narcoestado”.<sup>56</sup> En criterio de *Cecilia Sosa*, tal posición carece de sustento jurídico. Tales sentencias comprueban la usurpación legislativa por parte del Tribunal Supremo de Justicia y la falta de seguridad jurídica que tales decisiones generan.<sup>57</sup>

La calificación de lesa humanidad del delito permitió a la Sala a imponer una pena de 10 años de prisión. La acusada había sido sorprendida cuando se trasladaba en transporte público desde San Antonio del

<sup>55</sup> SCON-TSJ 12/09/2001 Exp. N° 01-1016

<sup>56</sup> SCP-TSJ 28/03/2000 Exp. N° C99-0098

<sup>57</sup> Sosa, Los crímenes contra la humanidad, la Corte Penal Internacional y la soberanía, pág. 455

Táchira hacia San Cristóbal, con un paquetico envuelto en papel transparente que contenía 49 gramos de cocaína. El Magistrado *Jorge L. Rosell Senhenn* salvó su voto. Señaló el Magistrado disidente que el criterio aplicado era contrario al principio de proporcionalidad de la pena, en razón de que permitía imponer penas de entre 10 a 20 años de prisión a una persona que posea más de dos (2) gramos de cocaína o más de veinte (20) gramos de marihuana, esto es, una pena mayor a la que corresponde por el delito de homicidio intencional. El fallo cambió el criterio que permitía distinguir entre la posesión y el tráfico. No sólo estar en posesión de droga demostraba que se traficaba con ella (a menos que la excesiva cantidad así lo indicara), sino que era necesario demostrar otros elementos que comprobaran el delito.

En una sentencia interpretativa de 2002, la Sala Constitucional afirmó, sin que hubiera realizado un análisis del tema, que la responsabilidad penal en las causas por delitos de lesa humanidad (delitos comunes) se determinará según lo disponen la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suscrito por Venezuela, en cuanto a la parte sustantiva; y el Código Orgánico Procesal Penal en cuanto a la parte adjetiva.<sup>58</sup> En jurisprudencia posterior, señaló la Sala Constitucional que, la calificación de una infracción penal como delito de lesa humanidad o contra los derechos humanos corresponde al legislador, en razón del principio de legalidad que establecen el artículo 49.6 de la Constitución y, entre otros, el artículo 9 del Estatuto de Roma, así como en resguardo de la seguridad jurídica.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> SCON-TSJ 09/12/2002 Exp. 02-2154

<sup>59</sup> SCON-TSJ 15/04/2005 Exp. 04-2533; SCON-TSJ 06/03/2008 Exp.- 07-1783; también en este sentido, el voto salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, en la sentencia SCON-TSJ 13/04/2007 Exp. 05-1899

SCON-TSJ 15/04/2005 Exp. 04-2533

SCON-TSJ 06/03/2008 Exp.- 07-1783



En otras oportunidades, la Sala Constitucional ha sostenido criterios distintos, sin advertir alguna justificación para una eventual variación de criterio.<sup>60</sup> La sala ha calificado como delito de lesa humanidad a delitos cometidos por empleados de instituciones financieras,<sup>61</sup> delitos contra el patrimonio público y ha reiterado tal calificación en delitos de drogas,<sup>62</sup> sin que la misma derive de una previsión legal expresa.

En nuestro criterio, los delitos mencionados no comprenden conductas que puedan ser calificadas como una “*injusticia insoportable y evidente*”, sino que pone en evidencia la ligereza en el manejo de una categoría de orden excepcional, en favor de una absoluta discrecionalidad del juez.<sup>63</sup> Estimamos que, en el caso de los delitos cometidos por empleados de instituciones financieras, así como los delitos de drogas, no se encuentra presente el elemento de conexión con una conducta imputable al Estado, mientras que en el caso de los delitos contra el patrimonio público, si bien resultan imprescriptibles, por disposición expresa del artículo 271 de la Constitución, sin embargo, no constituyen un atentado grave contra la integridad física o la salud mental o física de las víctimas.

### 3.2. Delitos cometidos por funcionarios públicos

Uno de los elementos que sirven para delimitar entre los delitos ordinarios y los delitos de lesa humanidad, deriva de la imputación del mismo a *la política de un Estado o de una organización*. Sus ejecutores pueden ser agentes del Estado o personas que actúen a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia, como los llamados “*escuadrones de la muer-*

<sup>60</sup> No se trata en sentido estricto de un cambio de criterio sino de los llamados criterios zig-zag, o bumeran, esto es, variaciones frecuentes de criterio sin que pueda establecerse una evolución temporal lógica.

<sup>61</sup> SCON-TSJ 27/05/2011 Exp. N° AA50-T-2011-0439

<sup>62</sup> SCON-TSJ 09/11/2005 Exp. 03-1844; criterio reiterado en abundantes casos, por ejemplo en SCON-TSJ 25/07/2012 Exp.- 11-0352

<sup>63</sup> Espinoza, La reserva legal en el derecho penal y los derechos fundamentales, pág 368

te”. Dentro de las mencionadas organizaciones se incluye a los grupos rebeldes.<sup>64</sup> Las violaciones a los derechos humanos se cometen desde el poder público o gracias a medios que este pone a su disposición de quienes lo ejercen. Tal es el caso, cuando el acto de violencia es realizado directamente por un órgano o funcionario del Estado que ejerce una función pública; cuando el acto de violencia es realizado por particulares que actúan con el apoyo de agentes del Estado o, cuando el acto de violencia se produce gracias al desconocimiento de los deberes de garantía y protección que tiene el Estado respecto a sus ciudadanos<sup>65</sup>

Sin embargo, consideramos excesiva la afirmación de la Sala Constitucional, según la cual cualquier funcionario imputado, acusado o condenado por violar en ejercicio de sus funciones los derechos constitucionales de los ciudadanos, no puede beneficiarse de lo dispuesto en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, o de cualquier beneficio procesal que propenda a la impunidad, porque ello sería desconocer lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución.<sup>66</sup> Es claro que se trata de una afirmación demasiado amplia, que requiere para su delimitación de los correctivos que han sido indicados anteriormente.

Con frecuencia, la calificación del delito, como de lesa humanidad o violatorio de los derechos humanos, se encuentra asociado a la condición de funcionario público, del autor, especialmente en el caso de funcionarios de ejecución:

El día 28 de febrero de 1989 las Fuerzas Armadas asumieron el control del orden público. El balance de pérdidas humanas dejado por los

<sup>64</sup> SCON-TSJ 09/12/2002 Exp. 02-2154

<sup>65</sup> Corte de Apelaciones Edo Aragua 16/06/2008 Causa N° 1Aa 6894/08

<sup>66</sup> SCON-TSJ 13/04/2007 Exp. 05-1899

hechos del 27 y 28 de febrero y primeros días de marzo 1989, fue de trescientos treinta y uno (331) fallecidos y cinco (5) lesionados (...) cifras estas que a las claras luces totalmente desproporcionadas a su sentido estratégico (...) los connacionales a quienes se reprimió, en su mayoría, eran personas que se encontraban desprovistas de armas de fuego y en consecuencia en clara minusvalía defensiva ante la excesiva actuación de las Fuerzas Armadas Nacionales. El imputado Italo Del Valle Alliegro entonces Ministro de la Defensa era la segunda más alta autoridad en todas las cuestiones de mando, gobierno administración y supervisión de la Fuerzas Armadas, en su condición de responsable de la ejecución del Plan Ávila y por consiguiente de las actuaciones desplegadas por las Fuerzas Armadas.<sup>67</sup>

La Sala Constitucional calificó como de lesa humanidad a los delitos de encubrimiento y simulación de hecho punible, en un caso conexo con el delito de homicidio calificado de 3 estudiantes por funcionarios de policía.<sup>68</sup>

La Sala Constitucional ha declarado que, los homicidios de José Rafael y Alberto, constituyeron violaciones graves a los derechos humanos. Presuntamente, el autor de tales delitos fue un funcionario policial, quien hizo un uso abusivo y desproporcionado de la fuerza letal (mediante el uso de un fusil *máuser* calibre 0.30 o 7 mm, también denominado FN-30) contra estudiantes del Liceo “Miguel José Sanz” de la ciudad de Maturín.<sup>69</sup>

De acuerdo con el objeto del presente estudio, debe señalarse especialmente la calificación de lesa humanidad de delitos cometidos por funcionarios de policía, en razón del uso de armas de fuego en el control de manifestaciones públicas:

La parte actora está siendo acusada en el proceso penal que motivó el amparo, por el homicidio de varias personas que fueron impactadas por disparos supuestamente provenientes de las armas de reglamento

<sup>67</sup> SCP-TSJ 29/07/2010 Exp. N° AA30-P-2010-000201

<sup>68</sup> SCON-TSJ 06/03/2008 Exp.- 07-1783

<sup>69</sup> SCON-TSJ 11/03/2015 Exp. nro. 13-0458

que los acusados portaban el 11 de abril de 2002, en la Avenida Baralt de la ciudad de Caracas, en las inmediaciones del denominado Puente Llaguno, cuando desempeñaban activamente sus funciones de agentes del Estado Venezolano, investidos de autoridad y con el equipamiento que prevé la administración para cumplir con la función de policía, en resguardo de una manifestación política de ciudadanos. El delito imputado constituye una violación al derecho humano a la vida recogido en el artículo 43 de la Carta Magna, razón por la cual considera esta Sala que se verificaron todos los requisitos que establece el artículo 29 de la Constitución para impedir que se les aplique a los accionantes en amparo lo dispuesto en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal.<sup>70</sup>

### 3.3. Exclusión de impunidad

Con respecto al contenido del artículo 29 de la Constitución, la Exposición de Motivos señala que el mismo constituye una conquista de la lucha por la protección integral de los derechos humanos; la Constitución impone al Estado la obligación de investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades, al tiempo que establece, sin excepción, que las violaciones de tales derechos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por tribunales ordinarios, a fin de excluir tribunales militares o de excepción de cualquier investigación al respecto.

La Sala Constitucional se ha referido a la inclusión expresa del indulto y la amnistía en la prohibición de beneficios que puedan conllevar a la impunidad en la comisión de los delitos contra los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad. Estas dos instituciones extinguen la acción penal dirigi-

<sup>70</sup> SCON-TSJ 13/04/2007 Exp. 05-1899; Corte de Apelaciones Edo Aragua 16/06/2008 Causa N° 1Aa 6894/08

da a castigar una determinada conducta delictiva y/o hacen cesar la condena y sus efectos, por lo que se prohíbe su aplicación ante la gravedad que implica las violaciones a los derechos humanos.<sup>71</sup> Al respecto ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas.<sup>72</sup>

Si bien en 2002 la Sala Constitucional afirmó que, no es oponible *stricto sensu* el contenido del artículo 29 constitucional a las fórmulas alternativas del cumplimiento de la pena (suspensión condicional, suspensión condicional de la ejecución de la pena, fórmulas alternativas del cumplimiento de la pena y la redención judicial de la pena por el estudio y el trabajo), pues tales fórmulas no implican la impunidad.<sup>73</sup> Sin embargo, posteriormente ha cambiado tal criterio, sin indicar una justificación particular.

Según la Sala Constitucional el artículo 29 de la Constitución no hace distinción entre procesados y penados por esos tipos penales, por lo que se entiende, que deben afrontar el proceso, en sus distintas fases, incluyendo la fase de ejecución, *privados de libertad*; así como tampoco hace distinción entre los tipos de beneficios que les está negado aplicar a los jueces a quienes se encuentren incurso en este supuesto, pues de su contexto se des-

<sup>71</sup> SCON-TSJ 09/12/2002 Exp. 02-2154

<sup>72</sup> Corte IDH Sentencia de 14 de marzo de 2001, Caso Barrios Altos Vs. Perú, párr. 41; Fernández, El proceso penal internacional, pág. 198

<sup>73</sup> SCON-TSJ 09/12/2002 Exp. 02-2154

prende que abarca tanto los previstos dentro del proceso de juzgamiento como los establecidos en la fase de ejecución, entendiéndose, entonces que esta excepción opera en ambos casos, tanto en el otorgamiento de beneficios procesales como en el de los beneficios postprocesales.<sup>74</sup>

En base a tal criterio se ha declarado la imprescriptibilidad de la acción penal,<sup>75</sup> la inaplicación de la retroactividad penal,<sup>76</sup> de la amnistía,<sup>77</sup> así como la negativa de importantes garantías procesales, como las medidas cautelares sustitutivas de la medida de privación de libertad.<sup>78</sup> También ha sido declarada la no aplicación de la garantía prevista en el artículo 244 COPP, referida al decaimiento de la medida de coerción personal al sobrepasar el lapso de dos (02) años.<sup>79</sup> Recientemente, la Sala flexibilizó su criterio, al establecer, con carácter vinculante, la posibilidad de conceder a los imputados y penados por el delito de tráfico de drogas de menor cuantía, fórmulas alternativas a la prosecución del proceso y a la ejecución de la pena.

Con ello se plantea una interpretación doblemente extensiva, tanto por el tipo de delitos calificados de lesa humanidad, como por las consecuencias procesales y de ejecución de la pena. Con ello se subvierte el orden que deriva del principio de presunción de inocencia, así como los principios de resocialización que informan la ejecución de la pena.

<sup>74</sup> SCON-TSJ 26/06/2012 Exp. N° 11-0548

<sup>75</sup> SCP-TSJ 29/07/2010 Exp. N° AA30-P-2010-000201

<sup>76</sup> SCON-TSJ 27/05/2011 Exp. N° AA50-T-2011-0439

<sup>77</sup> Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua 16 de Junio de 2008 Causa N° 1Aa 6894/08

<sup>78</sup> SCON-TSJ 06/03/2008 Exp.- 07-1783

<sup>79</sup> SCON-TSJ 13/04/2007 Exp. 05-1899

La Sala de Casación Penal ha declarado, con fundamento en el principio de irretroactividad de las leyes penales, que la acción penal para perseguir los hechos punibles conforme a la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la actual Constitución, sí pueden beneficiarse de la prescripción de la acción penal.<sup>80</sup>

La Sala Constitucional resolvió en sentido negativo la solicitud de interpretación, de sí el antejuicio de mérito, respecto del juzgamiento de los Altos Personeros del Estado, que gozan tal prerrogativa, constituye un beneficio procesal que pueda conllevar a la impunidad, sino que se trata de un presupuesto de procesabilidad previa al juicio mismo, en atención a la investidura de los altos funcionarios.<sup>81</sup> En la doctrina se afirma, en sentido opuesto al fallo citado, que la legislación venezolana debe garantizar que no exista inmunidad parlamentaria, diplomática, política, religiosa, militar ni cualquier otro tipo, en relación con cargo oficial alguno. Para el enjuiciamiento de delitos graves comprendidos en el derecho internacional no deben aplicarse las normas relativas al antejuicio de mérito o prerrogativa procesal alguna.<sup>82</sup>

En la sentencia citada, la Sala Constitucional concluyó además que:

- 1.- No puede un tribunal penal ordinario actuar *ex officio* en los casos de denuncias o acusación por la presunta comisión de los delitos de lesa humanidad, previstos en el artículo 29 constitucional;
- 2.- La investigación, instrucción y comprobación de los hechos denunciados ante la presunta comisión de los delitos contemplados en el an-

<sup>80</sup> SCP-TSJ 13/06/2006 EXP. RC06-021; SCP-TSJ 08/09/2005 Exp. N° 04-0234

<sup>81</sup> SCON-TSJ 09/12/2002 Exp. 02-2154

<sup>82</sup> Fernández, El proceso penal internacional, pág. 198

tedicho artículo 29, corresponde al Ministerio Público o a los órganos que actúen bajo su supervisión;

3.- La referencia los *tribunales ordinarios* alude tanto a ordinarios como a especiales, los cuales deben atender, como antes se apuntó, a la reserva legal, con el objeto de excluir a los tribunales militares o de excepción de cualquier investigación al respecto.

Tal interpretación restrictiva fue objeto de críticas en el voto salvado de los Magistrados Antonio J. Garcia Garcia y Pedro Rafael Rondón Haaz.<sup>83</sup>

#### 3.4. La jurisdicción universal en Venezuela

El artículo 4.9 del Código Penal dispone que:

Artículo 4. Están sujetos a enjuiciamiento en Venezuela y se castigarán de conformidad con la ley penal venezolana:

9. Los venezolanos o extranjeros venidos a la República que, en alta mar, cometan actos de piratería u otros delitos de los que el Derecho Internacional califica de atroces y contra la humanidad; menos en el caso de que por ellos hubieran sido ya juzgados en otro país y cumplido la condena.

En la doctrina se advierte que esta norma de vieja data, sólo permite el enjuiciamiento de los crímenes internacionales, tipificados en el derecho internacional, cuando se trate de actos cometidos en altamar, lo que limita la jurisdicción de los tribunales venezolanos, dado que excluye los hechos atroces y contra la humanidad cometidos en territorio continental o insu-

<sup>83</sup> SCON-TSJ 09/12/2002 Exp. 02-2154



lar.<sup>84</sup> De allí deriva la necesidad de reformar el paradigma del Código Penal y el Código de Justicia Militar.

En todo caso, se afirma que los Convenios de Ginebra de de 1949 imponen la obligación a los Estados de garantizar que sus leyes penales contengan las disposiciones necesarias para buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer crímenes de guerra y, de ser el caso, hacerlas comparecer ante su propia justicia o entregarlas a otro Estado interesado en castigarlas.<sup>85</sup>

### 3.5. Venezuela frente a la jurisdicción universal

La Corte de Apelación de Valparaíso de la República de Chile se pronunció acerca del recurso de protección deducido a favor de los ciudadanos venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos, quienes según los recurrentes son detenidos de conciencia del gobierno de Venezuela; ambos, en dicho país, se encuentran acusados de instigación pública, agavillamiento, daños a la propiedad e incendio por las protestas antigubernamentales masivas y continuas desde febrero y hasta junio de 2014. La corte rechazó el recurso, señalando al efecto que no resulta posible sostener, que el ordenamiento jurídico chileno confiere a las cortes de apelaciones competencia para extender extraterritorialmente los efectos de ella y, más aún, con facultades de imperio, respecto de actos u omisiones arbitrarios o ilegales cometidos fuera del territorio del Estado chileno.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> Fernández, El proceso penal internacional, pág. 189

<sup>85</sup> Fernández, El proceso penal internacional, pág. 190

<sup>86</sup> CA Valparaíso 28/09/2015 N° Protección-1850-2015

La Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile revocó la anterior decisión, y en su lugar acogió el recurso, disponiendo la medida de requerir, a través del Gobierno de Chile, a la Comisión de Derechos Humanos de la OEA, para que se constituya en el Estado de Venezuela, ciudad de Caracas, cárcel militar Ramo Verde y cárcel común de Guárico o donde se encuentren privados de libertad a la fecha de la Visita los ciudadanos venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos y constate el estado de salud y de privación de libertad de ambos protegidos, recoja sus impresiones y evacúe un informe a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, a fin de que ésta adopte todas las medidas aconsejables a la adecuada protección de sus derechos esenciales, respecto a lo cual se informará a esa Corte.<sup>87</sup>

La Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile observó que, en ciertos casos de singular importancia y trascendencia para la pervivencia de la propia comunidad internacional, ésta ha permitido excepcionalmente la aplicación del principio de extraterritorialidad, o sea, la potestad de juzgar los hechos que acontezcan fuera de los límites políticos de los Estados, sin que medie un tratado vinculante y sin que existan nexos de otra naturaleza, como el de la nacionalidad.

Según la Corte, las personas en cuyo favor se recurre, se encuentran sometidas a privación de libertad por el gobierno de su país en virtud de un proceso aparentemente ilegítimo, por hechos de connotación evidentemente política y sin protección de sus tribunales nacionales, lo que se evidencia por el largo período de encarcelamiento y por la inaccesibilidad a la revi-

---

<sup>87</sup> CS 18/11/2015 Rol N° 17.393 -2015

sión de sus condiciones por organismos y personalidades internacionales (entre ellos un ex presidente chileno, como ha sido destacado en estrados).

La Junta Directiva del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela emitió un pronunciamiento acerca de la decisión de la Corte Suprema de Chile, a través de un comunicado de prensa. El Tribunal Supremo condenó de forma categórica la afrenta contra el país mediante un documento emanado de un órgano de la Corte Suprema del Estado chileno, en el que se cuestiona el desempeño del Sistema de Justicia, especialmente del Poder Judicial, y por ende al pueblo venezolano. Indicó que el documento carece de validez y es absolutamente inejecutable en el orden internacional e interno por violentar principios y normas universales del Derecho Internacional.<sup>88</sup>

En la doctrina venezolana se ha advertido que resulta previsible que Venezuela rechace la visita de la CIDH, tal como ha venido haciendo en otras oportunidades.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> Nota de prensa TSJ 19/11/2015. Con respecto al criterio de la inaplicabilidad de las sentencias internacionales en Venezuela, Sosa, Los crímenes contra la humanidad, la Corte Penal Internacional y la soberanía, pág. 461

<sup>89</sup> Brewer-Carías, Allan R.: Las Cortes Supremas de Costa Rica, Brasil y Chile condenan la falta de garantías judiciales en Venezuela, pág. 6