

Recensión a Elena Maculan. *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*. Marcial Pons. Madrid. 2019. 313 páginas.

ALFREDO LIÑÁN LAFUENTE

Prf. Ayudante Dr. de Derecho Penal de la Universidad Complutense

La monografía, que ha sido recientemente publicada en la colección de Derecho penal y criminología de la editorial Marcial Pons, viene a colmar determinados aspectos que no habían sido analizados hasta el momento, con la profundidad suficiente, por la doctrina de lengua hispana. En la monografía se analizan aspectos tan complejos como la naturaleza de lo que se entiende por crimen internacional, las tensiones multinivel entre tratados internacionales, tribunales internacionales, legisladores y tribunales nacionales en la aplicación de crímenes internacionales, la fertilización cruzada, o el activismo judicial como “competidor” o “sustituto” del legislador. Todo ello se hace poniendo el foco en la jurisprudencia latinoamericana, confrontándola con decisiones de los Tribunales Penales Internacionales y el TEDH, lo que ha llevado a calificar a la monografía por CANCIO MELIA¹ como una obra *mestiza* que interrelaciona el Derecho continental (centroeuuropeo), el anglosajón y el de Latinoamérica. OLLÉ SESÉ² considera que la obra, sin formularlo expresamente, parte de una pregunta valiente de difícil respuesta que es la siguiente: ¿Se está aplicando bien el Derecho penal internacional en las jurisdicciones nacionales de América Latina y España? La autora, durante el desarrollo del libro, y tras extractar las sentencias más características en el ámbito de la interpretación de los crímenes internacionales en los tribunales de América Latina, da su fundada opinión sobre este interrogante.

La obra se compone de tres capítulos. En el primer capítulo se aborda el estudio de los crímenes internacionales y su definición; en el segun-

¹ Enunciada en el acto de presentación de la obra, que tuvo lugar el día 16 de septiembre de 2019 en el Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado.

² Enunciada en el acto de presentación de la obra, que tuvo lugar el día 16 de septiembre de 2019 en el Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado.

do capítulo se analizan las tendencias interpretativas de la jurisprudencia latinoamericana respecto de los crímenes internacionales; y en el tercero se profundiza sobre el impacto de la jurisprudencia latinoamericana en la tipicidad penal internacional.

La monografía comienza abordando el complejo asunto del estudio y la definición del crimen internacional como categoría jurídica. Respecto a los mismos, advierte la autora que su complejidad reside en que han sido creados de manera gradual y prevalentemente jurisprudencial, su génesis se encuentra en un área de convergencia entre el Derecho internacional y el Derecho penal, y además gozan de un carácter multinivel (nacional/internacional), lo que provoca falta de uniformidad en su definición y estructura. Y es que, como bien desarrolla Maculan, los conocidos como “*core crimes*”, si bien partieron de un Acuerdo o Tratado internacional, deben la configuración de sus elementos típicos, hasta llegar al relativo consenso de hoy en día, al progresivo desarrollo jurisprudencial de los Tribunales Penales Internacionales y nacionales. La autora lo resume del modo siguiente (p.35): *La emersión de los crímenes internacionales como categoría autónoma ha sido, por tanto, un fenómeno por así decirlo coral, en el que han participado actores internacionales, regionales y estatales, organizaciones internacionales y conferencias de Estados*. A los efectos de demostrar esta hipótesis de partida, Maculan plantea un interesante estudio sobre la evolución de los crímenes contra la humanidad y el genocidio.

Junto a ello, destaca la autora la categoría híbrida del crimen internacional, pues las conductas constitutivas de crímenes internacionales dan lugar también a la grave violación de los Derechos Humanos prohibidas en los Tratados internacionales de Derecho internacional humanitario, lo que ha provocado que exista una falta de homogeneidad en la tipificación multinivel de determinados crímenes internacionales. Para avalar su tesis analiza de manera pormenorizada las distintas formas de concebir la desaparición forzada de personas en las distintas declaraciones internacionales, resoluciones, convenciones y la tipificación de la conducta en el Estatuto de Roma como un tipo específico de crimen contra la humanidad. Ello mismo sucede con la tortura, la cual tiene múltiples versiones al ser analizada a nivel internacional.

Esta disonancia tipificadora también se proyecta sobre las jurisdicciones nacionales, y en esta parte de la obra Maculan descubre los diferentes modos de tipificar los delitos de genocidio, crimen contra la humanidad, tortura y desaparición forzada de personas en distintos estados latinoamericanos. Pero ello no es únicamente tributario de los países de dichas latitudes, sino que también se aprecia en el Código Penal Español. Como ha advertido GIL GIL³, el Código penal español contiene

³ GIL GIL; A. en GÓMEZ TOMILLO, M (Dir). *Comentarios al Código Penal*. Lex nova. 2^a ed. 2011. P. 2001.

dos definiciones de lo que se considera tortura, una en el artículo 174 CP y otra como tipo específico de delito de lesa humanidad en el artículo 607 bis 8 CP lo que provoca una importante quiebra del principio de taxatividad y seguridad jurídica. Otra parte de la doctrina ha denunciado que respecto del delito de desaparición forzada de personas existen dos tipificaciones, como delito común en el art. 166 CP y como delito de lesa humanidad en el art. 607.bis 6º C.P. y que las penas del delito común son más altas que las que el legislador prevé para su figura agravada como crimen internacional⁴.

Todo ello lleva a Maculan a identificar una tensión constante en el proceso de armonización de los crímenes internacionales, pues las legislaciones nacionales introducen elementos propios *que confirman la polifonía en esta rama del Derecho*, enfatizando la autora el importante papel que juegan los tribunales nacionales (penales y constitucionales) en la configuración típica de los crímenes internacionales, advirtiendo que en ocasiones los jueces actúan como *competidores del legislador*, al modificar por vía interpretativa una norma, o *como sustitutos del legislador*, en los supuestos en los que no se ha tipificado el crimen internacional en la legislación nacional y se pretende aplicar directamente como *ius cogens*.

La segunda parte de este primer capítulo se dedica a examinar el régimen especial de los crímenes internacionales, focalizándose en los principios de prohibición de amnistía e indulto e imprescriptibilidad respecto de los mismos. Respecto al primer aspecto – prohibición de amnistías e indultos – Maculan considera que los verdaderos protagonistas en la configuración de esta obligación han sido los tribunales de Derechos Humanos. En este ámbito se contrapone la interpretación estricta de esta posición – defendida por los *human righters* – que abogan por la validez absoluta de este tipo de prohibición en todos los contextos, frente a la interpretación flexible – defendida por los *peace makers* – que aun reconociendo la existencia de un deber general de persecución y castigo de los crímenes internacionales, reconocen determinados contextos extraordinarios donde existen razones para limitar el ejercicio de la acción penal. Respecto de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, si bien existe mayor consenso en su origen y aplicación, la autora pone el foco en la aplicación de la imprescriptibilidad a determinados hechos cometidos con anterioridad a la afirmación de este principio o antes de la entrada en vigor para el Estado concreto de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece la imprescriptibilidad de estos crímenes, detectando en determinados casos una aplicación retroactiva *in malam parte*. Maculan concluye que no se puede afirmar la existencia de una norma de *ius cogens* sobre la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, aunque sí una norma de derecho consuetudinario en

⁴ Cfr. LIÑÁN LAFUENTE, A. *El crimen contra la humanidad*. Dykinson. 2015. Ps.273 y 274.

formación que sí se aplica en tribunales internacionales, pero que no es replicable de manera directa a los tribunales internos, dada su interpretación dispar en este aspecto concreto.

El segundo capítulo se dedica a analizar las tendencias interpretativas en la jurisprudencia latinoamericana, y para ello la autora, tras un intenso estudio jurisprudencial, selecciona un gran número de sentencias de las Cortes Supremas, Tribunales Constitucionales y Corte Interamericana de DD.HH. tomando como criterio orientador de clasificación aquellas que ofrecen una especial aportación a la estructura típica de los crímenes internacionales. Este capítulo se subdivide en dos importantes apartados, los cuales analizan lo que la autora define como tendencia jurisprudencial expansiva y tendencia jurisprudencial reductora o aclaratoria. En este capítulo nos encontramos una cartografía de los procedimientos más importantes respecto a la interpretación de los crímenes internacionales, por lo que resulta de gran utilidad para los investigadores y profesionales del Derecho interesados en el campo del Derecho penal internacional.

La primera tendencia expansiva se identifica en las sentencias que aplican el Derecho penal internacional para castigar hechos delictivos de manera directa- si a la fecha de la comisión de los hechos estos no se encontraban tipificados como crímenes internacionales en la legislación nacional - , o utilizan la técnica de la doble subsunción, calificando los hechos tanto como delitos comunes – que estaban tipificados al momento de cometerse – como crímenes internacionales aplicando por esta vía el Derecho penal internacional e intentando con ello salvaguardar el principio de legalidad. Maculan analiza varias sentencias paradigmáticas en este ámbito de aplicación directa del Derecho penal internacional, ante lo cual se mantiene crítica dado que en los países analizados se encuentra vigente el principio de legalidad y las normas internacionales no cumplen con el doble requisito que impone el principio de legalidad, exigiendo, ex ante, tanto la determinación de la conducta típica como la previsión de la sanción a la que se enfrenta quien la cometa. La ampliación diacrónica genera *una tensión insalvable con el principio de legalidad y con su ratio de garantía ante el poder punitivo Estatal.*

Igualmente crítica se muestra la autora con la técnica de la doble subsunción – utilizada en España en la Sentencia de la Audiencia Nacional nº 16/2005 (Caso Scilingo) – y aún reconociendo que se trata de un mecanismo hermenéutico interesante, éste se convierte *en la creación petoriana de una nueva figura delictiva que no encaja exactamente ni con el crimen internacional ni con el delito común, sino que necesita ambas para configurar todos los elementos típicos.* La conclusión es similar a la expuesta respecto a la aplicación directa del Derecho penal internacional, pues según la autora esta técnica, si bien trata de respetar el principio de legalidad, no lo consigue y se siguen vulnerando el principio de *lex poenalis previa, scripta y stricta.*

Se analiza en esta parte de la obra la jurisprudencia latinoamericana y de la Corte Interamericana que, acogiéndose al carácter permanente del delito de desaparición forzada de personas, sortean la tacha de vulneración del principio de legalidad si, con posterioridad a la comisión del hecho, se ha producido un cambio legislativo que tipifica dichas conductas, habilitando la permanencia de la vulneración del bien jurídico protegido a aplicar una ley posterior. Esta interpretación también fue propuesta en los tribunales españoles para castigar las desapariciones forzadas producidas en la guerra civil española como delito de lesa humanidad, aunque el Tribunal Supremo, en su Auto de 28 de marzo de 2012 considera que no es aplicable al supuesto concreto. Maculan, con matices, considera esta opción más adecuada que las expuestas, *en la medida que no es una modificación subrepticia del sistema de fuentes normativas y es compatible con los principios de reserva de ley, taxatividad y determinación de la ley penal*.

Otro aspecto que la autora incluye dentro de la jurisprudencia expansiva es la tendencia a ampliar la interpretación de los elementos típicos de los crímenes internacionales. Esta situación la ejemplifica con la interpretación del elemento “grupo nacional” que se ha producido, tanto en la jurisprudencia española como en la argentina, para incluir conductas de exterminio dirigidos contra la población por motivos políticos, los cuales no están incluidos como elemento típico en ni en la Convención para la sanción del Genocidio de 1948 ni en las legislaciones analizadas (en este caso la española y la argentina). Por último, pone el foco como tendencia expansiva en la utilización, en algunas jurisdicciones latinoamericanas, del control de constitucionalidad que asiste a los jueces (Colombia, Bolivia, etc).

La segunda parte del capítulo es menos extensa (ya que como advierte la autora en sus conclusiones, ha identificado una prevalencia de la interpretación expansiva), y se centra en rescatar determinadas sentencias en las que se identifica una tendencia reductora o aclaratoria de los crímenes internacionales, desplegadas por distintas Cortes para acotar la aplicación a los supuestos que estrictamente se cumplen sus elementos típicos. Así, se analizan sentencias donde se descarta la aplicación del crimen internacional por ausencia de elementos típicos relativos al contexto necesario, donde se lleva a cabo una distinción entre los crímenes internacionales y los transnacionales, su relación y determinación con los delitos comunes, así como el control de constitucionalidad con efectos reductores. La autora se muestra proclive a defender la tendencia reductora o aclaratoria como método de interpretación válido en el ámbito de la aplicación de los crímenes internacionales, al realizar una labor de determinación de las figuras delictivas internacionales que contribuyen a definir su contenido y perímetro, y aunque ello se traduzca, en algunas ocasiones, en la imposibilidad de aplicar el régimen especial reservado para estos crímenes concluye que, *precisamente el carácter excepcional, así como los efectos contra reum, de este régimen imponen, en mi opinión,*

una interpretación restrictiva de la categoría delictiva que legitima su aplicación.

En el tercer capítulo, la autora cierra el círculo del tema planteado al centrarlo en el impacto que la jurisprudencia analizada durante la obra ha tenido y puede seguir teniendo en la construcción de los tipos penales. Como punto de partida, Maculan lleva a cabo un excuso sobre la tipicidad, profundo y completo, al considerarlo el punto esencial – elemento central de la estructura del delito y principio nuclear del Derecho penal – sobre el que debería pivotar la interpretación de los crímenes internacionales en el Derecho penal internacional. No obstante, la autora expone ante los ojos del lector de un modo muy gráfico que la configuración de los crímenes internacionales en el Derecho penal internacional ha sido muy cercana al Derecho penal aplicado en la época del *ius commune*, asimilándose a un derecho de narración donde se describen hechos o actos en función de lo que ya ha sucedido, adaptando el tipo criminal al contexto específico al que se quiere aplicar, derivado de la relajación interpretativa del principio de legalidad en el Derecho penal internacional.

El punto de inflexión para recuperar la vigencia de estos principios, la autora lo sitúa en la aparición del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, donde se enuncia expresamente el principio de legalidad de los delitos y las penas, la irretroactividad, la prohibición de la analogía, una regla de interpretación estricta y el principio *in dubio pro reo*, lo que supone un paso esencial en dotar al Derecho penal internacional de la garantía de seguridad jurídica y la prevención contra arbitrios judiciales.

En el ámbito de la jurisprudencia nacional en relación con los crímenes internacionales, la autora contrapone la utilización diversa de la tipicidad en las dos tendencias identificadas. Mientras que en la expansiva, la tipicidad se utiliza como una “ganzúa interpretativa” a través de la cual los tribunales fuerzan la definición de los crímenes internacionales para aplicarlos a los casos concretos; en la tendencia reductora/aclaratoria, la tipicidad sirve como dique de contención frente a los intentos de ampliar las categorías delictivas por la vía de la interpretación.

Identifica la autora una corriente neopunitivista en determinados supuestos, que persigue aplicar el régimen especial de los crímenes internacionales para superar escollos como la prescripción y la amnistía y así poder castigar conductas que de otro modo no podrían castigarse, lo que conlleva, en ocasiones, a una extralimitación del juez y *una sobredimensión de la función comunicativa del Derecho penal en detrimento de sus límites, la retribución y la proporcionalidad*. Todo ello se contrapone a la jurisprudencia reductora/aclaratoria, que en cambio cumple la doble función de contribuir a la armonización entre fuentes normativas relevantes para la definición de los crímenes internacionales y al desarrollo de esta rama jurídica.

A continuación, la autora pone el foco en la labor del juez, identificando cuatro escenarios extraídos del análisis jurisprudencial. La sustitución, que se produce frente a la inacción del legislador y pretende aplicar directamente las obligaciones internacionales al sistema nacional. La convalidación, cuando el juez considera suficiente la labor del legislador y aplica el ordenamiento nacional a los crímenes internacionales. En cambio, en el caso que el juez considere que la iniciativa del legislador y el desarrollo normativo ha sido insuficiente, éste puede realizar la labor de corrección si considera que la labor del legislador destapa incumplimientos efectivos en relación con la norma internacional, o puede optar por tomar una posición de *activismo judicial*, que la autora identifica en los casos donde la norma internacional se ha adoptado a la legislación nacional de un modo coherente, pero el juez la considera insuficiente desde su propio entendimiento personal. Esta última situación – denuncia la autora – además de contradecir la separación de poderes, crea un ambiente muy favorable al arbitrio incontrolado del juez y a la falta de coherencia jurisprudencial mínima.

La última parte del capítulo se dedica a analizar el fenómeno conocido como fertilización cruzada jurisprudencial, al plantear la posibilidad de que las contribuciones al desarrollo de los crímenes internacionales sean importadas a los tribunales penales internacionales, completando de este modo un movimiento circular que caracteriza esta rama del Derecho, el cual debe tender hacia una armonización de las figuras delictivas internacionales.

Esbozado el contenido de la monografía, se ha de resaltar que nos encontramos ante una obra que consigue, a través de un lenguaje claro, directo y bien estructurado, abordar un tema especialmente complejo frente al que la autora no se esconde entre devaneos doctrinales y expresa claramente su toma de posición fundamentada jurídicamente. Algo que ha de considerarse como una virtud y demuestra valentía y honradez académica, pues obviamente existen otras corrientes doctrinales que se sitúan frente a lo defendido en partes de la monografía y que defienden, por ejemplo, la aplicación directa del Derecho penal internacional en determinados supuestos.

Maculan, con esta obra, demuestra no sólo el bagaje académico que le acompaña, sino la capacidad de extraer consecuencias del análisis jurisprudencial que son extrapolables a la dogmática del Derecho penal internacional. Por todo ello, considero que su monografía está llamada a convertirse en un libro de referencia en el campo del Derecho penal internacional, del que se derivará, seguro un interesante debate doctrinal, que es a lo que debe aspirar cualquier trabajo académico que se precie.