

S'PRAXI IDE ET PRO

Revista

Julio 2014

34

Revista Penal

Penal



Julio 2014



Revista Penal

Número 34

Sumario

Doctrina:

- La Corte Penal Internacional y el propósito común: ¿Qué tipo de contribución es requerida por el artículo 25(3)d del Estatuto de Roma?, *por Kai Ambos* 5
- El proyecto de reforma del código penal de 2013. Algunas reflexiones político criminales, *por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Ana E. Liberatore S. Bechara* 19
- ¿Reglamentar o prohibir? Cuestiones abiertas ante la regulación jurídica del cannabis en Uruguay *por Pablo Galán Palermo* 34
- Presente y futuro de las insolvencias punibles, *por Alfonso Galán Muñoz* 54
- Las mujeres como víctimas de la denominada “violencia de género” y el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, *por Pastora García Álvarez*..... 83
- La (supuesta) supresión de las faltas en el proyecto de reforma del Código penal de 2013, *por Carmen López Peregrín* 102
- El ocaso de la pena de muerte en la Jurisdicción penal internacional. Un ejemplo para la abolición universal, *por Antonio Muñoz Aunión* 123
- La mujer en el umbral del delito, *por Miguel Ángel Núñez Paz* 131
- Algunas cuestiones en relación con la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en los delincuentes peligrosos, habituales y reincidentes en el Proyecto de Modificación del Código Penal 2013, *por M.ª del Valle Sierra López* 149
- Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control, *por Javier de Vicente Remesal*..... 170
- El modelo chino para el tratamiento de los delitos de bagatela, *por Yu Wang* 204
- Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, *por Gerhard Werle y Boris Burghardt*..... 212

Jurisprudencia:

- La sentencia del caso *Prestige* (Sobre la responsabilidad de las autoridades españolas), *por Carlos Martínez-Buján Pérez* 224

Sistemas penales comparados: Delitos de bagatela (The *de minimis* doctrine in criminal cases) 242

In Memoriam:

- Winfried Hassemer y la ciencia del Derecho Penal, *por Francisco Muñoz Conde* 293

Bibliografía, *por Francisco Muñoz Conde y Manuel Jesús Dolz Lago*..... 299

Noticias: Declaración de Göttingen sobre policía e investigación en Brasil 307



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Elisa Hoven (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Marco Aurélio Florêncio Filho (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Yu Wang (China)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Francesco Diamanti (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



El ocaso de la pena de muerte en la Jurisdicción penal internacional. Un ejemplo para la abolición universal

Antonio Muñoz Aunió

Revista Penal, n.º 34. - Julio 2014

Ficha Técnica

Autor: Antonio Muñoz Aunió

Adscripción institucional: Doctor en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad Autónoma de Chile. Profesor invitado Universidad Autónoma de Tamaulipas. México. Miembro de la Red académica internacional contra la pena de muerte Academicsforabolition.net

Sumario: APROXIMACIÓN HISTÓRICA. 1. El Impulso Europeo. 2. Su regulación en los tribunales especializados e internacionales. 3. Su estado en el Tribunal penal internacional permanente y en los textos de protección de los derechos humanos. 3.1. Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional. 3.2. Organismos de protección de derechos humanos. 3.3. El Tribunal Penal Internacional y los acuerdos de cumplimiento de penas en terceros países, ¿una forma humana de ejecución de la pena, quis custodiet ipsos custodes? 4. A modo de conclusión.

Abstract: International criminal law has attained a milestone in achieving the abolition of the death penalty by vanishing it from the outset of penalties, a success which the international community has been refrained from repeating and nowadays it is swamped due to lack of consensus, thus death penalty is well alive in very distinctive national penal codes. On cursory glance this is indeed paradoxical displaying the incoherence of certain nations where two penal systems overlap, this is blatantly true when those crimes which are perceived by the roots of all mankind cultures as “against all nature” put aside “legalized death”, being disregarded as a faint memory of nooses balancing awkwardly on the galleys of Nuremberg and Tokyo, and keeps functioning for so called normal crimes. Fortunately, an array of different international systems such as the European Union, the Organization of American States and other entities push forward in order to draw an abolitionist pattern thought their memorandums, alas, slowly the surge of Abolitionism keep rising.

Key Words: Death penalty, International criminal courts, human dignity, multilateralism, effect of international sentencing.

Resumen: El Derecho penal internacional ha alcanzado un hito con la abolición de la pena capital al proscribir esta de su sistema de penas, un éxito que la Comunidad internacional en otros foros no ha logrado repetir y donde se encuentra empantanada a falta de consenso, y es por este motivo que pervive en sistemas penales nacionales muy representativos. Esta evolución resulta paradójica y al mismo tiempo muestra la incoherencia de ciertas naciones donde coexisten dos modelos penales contradictorios, que se percibe todavía más cuando las penas para los crímenes más repulsivos en el imaginario de todas las culturas, i. e. ‘de lesa humanidad’ dejan de lado la muerte legalizada quedando ésta como un tenue recuerdo cimbreado en las sogas de los patíbulos de Núremberg y Tokio, y sigue aplicándose para los así llamados crímenes normales. Afortunadamente, otros subsistemas jurídicos internacionales como la Unión Europea y la Organización de Estados Americanos, y otros entes impulsan un marco abolicionista similar a través de sus manifestaciones políticas, con lentitud la marea abolicionista va teniendo efectos.

Palabras clave: Penal capital, Tribunales penales internacionales, dignidad humana, multilateralismo, eficacia condena internacional

Rec. 18-11-2013 Fav. 08-01-2014

APROXIMACIÓN HISTÓRICA

Desde la década de los noventa, uno de los grandes méritos del Derecho penal internacional ha sido, por un lado cierta salida de un letargo como consecuencia del final de la guerra fría, no hay que olvidar fracasos como el *Convenio para la prevención y represión del crimen de Genocidio* adoptado en 1948 que fuera de los ámbitos académicos nunca tuvo eficacia, y el tribunal en ella descrito nunca entro en vigor, y por otro, la humanización y sujeción a la legalidad de los varios Estatutos; en cierta manera, la flexibilidad y heterogeneidad de objetivos del Derecho penal internacional es una ventaja por cuanto a las penas existentes¹.

Como ya apunta el título de este artículo, la pena capital no es más que una sombra en la Jurisdicción penal internacional, con su aplicación, mediante ahorcamiento por los Tribunales de Núremberg y Tokio², siendo la última vez que la muerte se empleó como castigo en el caso *Eichmann* por parte de las autoridades judiciales del Estado de Israel que conservan esta pena para el castigo de Genocidio. Ciertamente, otras formas de matar bajo la autoridad soberana del Estado perviven pero estas son contrarias al derecho internacional humanitario *ad initio* como muestra la existencia de Relatores especializados de las Naciones Unidas tendentes a su monitorización y denuncia.

Existe el convencimiento de que la misión de la Justicia internacional es buscar la verdad y la reparación de las víctimas, de esta forma se han manifestado todos los Organismos con jurisdicción en materia de derechos humanos desde la década de los cincuenta. Los derechos humanos también existen para los grandes criminales³, y el objetivo primario de la reclusión

es la rehabilitación lo que incluye la posibilidad de la libertad provisional cuando se cumplen los requisitos legales⁴. El objeto de este artículo no es analizar la sustitución de la pena capital por la cadena perpetua, un debate abierto en numerosos países pero de una importancia relativa para la Justicia internacional, dónde no se trata de desactivar al enemigo público sino evitar la repetición de sus actos, reparar las atrocidades y lanzar un mensaje inequívoco a la opinión pública frente a la impunidad con el objetivo de consolidar la paz y la seguridad internacionales.

1. El Impulso Europeo

En el contexto del Derecho internacional europeo, se habla en este punto de un *espacio libre de la pena capital*⁵ que ha hecho que Estados vecinos retencionistas orbiten hacia la desaparición de la misma, empujados por diversos motivos; políticos, humanistas, diplomáticos o comerciales⁶. Asimismo, a través de la protección diplomática inherente al pasaporte de la Unión Europea, más de 400 millones de personas tienen garantizada la intermediación de los representantes diplomáticos en todo proceso capital⁷, lo contrario, no sólo sería una violación del Tratado de Lisboa, instrumento más reciente de la unificación europea, sino también cierta complicidad con los Estados retencionistas ya condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Al-Saadoom et al c. Reino Unido* en 2009, que concluye con el razonamiento de que “tanto en tiempo de guerra como de paz, los países europeos no pueden conculcar el derecho a la vida tanto dentro como fuera de sus fronteras y que el *non refoulement* también se extiende a la pena de muerte”⁸.

1 Drumbl, A.M.; *Atrocity, Punishment and International Law*. Cambridge University Press 2003

2 El Tribunal Militar Internacional de Núremberg fue creado en la Conferencia de Londres de 1945 por acuerdo entre las cuatro potencias aliadas vencedoras, y el de Tokio mediante Declaración del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas en el extremo Oriente (general Douglas Mc Arthur). Ambos compartían una crítica común, la de haber sido establecidos *ex post facto* y por los vencedores. Sobre el primero, véase, Muñoz Conde, F.; Muñoz Aunión, M.; ¿Vencedores o vencidos? Tirant lo Blanch 2003

3 Véase, *Principios de Derecho y Política penitenciaria europea. Penología y derechos humanos* (Coord. Traducción Antonio Muñoz Aunión. Editorial Tirant lo Blanch 2013.

4 Véase, el razonamiento del Tribunal para la antigua Yugoslavia, en el caso *Drazan Erdinovic* condenado a 5 años y puesto en libertad por las altas posibilidades de rehabilitación.

5 Bou Franch, V.; “El Consejo de Europa y la abolición total de la pena de muerte en Europa”. *Revista Jurídica del Perú* núm. 41, 2002 pp. 201 y sgs.

6 Por ejemplo, véase, el asunto *Ocalan c. Turquía*, en detalle, Bou Franch, V.; “Reflexiones sobre la pena de muerte en el asunto *Ocalan c. Turquía*”. *Revista electrónica de estudios internacionales*. Diciembre 2004 núm. 8

7 Véase, Muñoz Aunión, A.; “La Unión Europea hace frente a la pena de muerte con nuevas competencias” en *Hacia la Abolición universal de la pena capital* (eds.) Arroyo, Biglino, Schabas 2010 pp. 119-129

8 En mayor detalle, véase, Manacorda, S.; “Death penalty for war crimes: new lessons from the European court of human rights” *International Symposium on abolition or moratorium of death penalty*. University of Istanbul. 2010 en <http://insanhaklari.istanbul.edu.tr/olmpapers.html>; num.applic. 61498/08, Sentencia TEDH de 30 de junio 2009

Esta obligación de no asistir indirectamente a los países que aún conservan la pena de muerte tiene también un componente material, como muestran las recientes iniciativas legislativas de la Unión Europea⁹.

De hecho, la actividad económica internacional es un terreno en el que las reglas internacionales se aplican tanto a nacionales como a sus países¹⁰, las Constituciones nacionales y la protección internacional de los derechos humanos no sólo tienen un efecto vertical sino también horizontal, en otras palabras, el marco constitucional impone obligaciones a los actores privados quienes están obligados a observar los derechos fundamentales consagrados en sus textos nacionales, y de igual forma en los instrumentos europeos, en sus relaciones con terceros. Junto a este tipo de responsabilidad que podríamos denominar horizontal también encontraríamos la clásica responsabilidad internacional del Estado¹¹.

Tampoco será objeto de análisis la figura de las garantías diplomáticas de no ejecución de la pena capital, como condición *sinequanon* para la entrega de un detenido en un tercer país¹².

La desaparición de la pena capital responde en el Derecho internacional a un proceso gradual de primacía en la interpretación y transversalidad de los instrumentos de derechos humanos donde la dignidad humana y la desaparición de las penas degradantes y la tortura ocupan una posición superior a la tradicional soberanía estatal¹³, ya que como apuntaba Neumann en su alegato contra la pena de muerte “no hay más horrible tortura que el conocimiento de la propia muerte”¹⁴.

2. Su regulación en los tribunales especializados¹⁵ e internacionales

Primero, de todo, los fines de las jurisdicciones internacionales en un orden meramente enunciativo son los siguientes: justicia, reconciliación, y paz, una vez hecha esta precisión pasamos a citar los artículos que muestra la alergia patógena a la pena capital en este modelo de Tribunales. Así con la adopción del Estatuto del Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia, art. 24¹⁶, como en el Tribunal penal internacional para Ruanda, art. 23¹⁷, Tribunal especial para Sierra Leona, art. 19¹⁸, el Tribunal del Líbano, art. 24.

9 Véase, Reglamento sobre la prohibición de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infringir tortura u otros tratos, o penas crueles, inhumanas o degradantes, núm. 585/2013 20 junio 2013 DOCE L 169/48, lista que se amplió en 2011 a las exportaciones de agentes anestésicos barbitúricos de corto o medio efecto que quedan sujetas a una autorización previa por parte de autoridades nacionales. DOCE 21/12/2011. En este sentido, cabe recordar la acción de ONGs como REPRIEVE que consiguió que en 2010, y frente a pronunciamientos judiciales contrarios, el Gobierno británico y otros, prohibieran las exportaciones de medicamentos a los Estados Unidos o a terceros países desde donde pudieran ser enviados al primero, y que indirectamente también ha llevado a la adopción de este nuevo Reglamento en razón de las falencias del primero, lo que responde a una cuestión de eficacia, ya que su espíritu es dotar a la Unión de una respuesta a nivel nacional más rápida y eficaz. De manera general, véase, Bharat M.; “The Obligation to refrain from assisting the use of the death penalty” 62 (3) *International & Comparative Quarterly* (2013) pp. 523-556.

10 M.W. Janis, *An Introduction to International Law* 5 ed. Wolters Kluwer 2008 p. 295

11 Los Estados deben controlar la conducta de sus empresas exigiendo que en su actuación se rijan de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos y la falta de supervisión o no hacerlo en su debido momento conllevaría también la vía procesal del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

12 Véase, el asunto paradigmático *Soering*; cfr. Robert Gregg, “The European Tendency Toward Non-Extradition to the United States in Capital Cases: Trends, Assurances and Breaches of Duty”, 10 *U.MIAMI INT’L & COMP.L.REV.*113 (2002). También empleadas para impedir actos de tortura, esta última, evidentemente, de un mayor grado de fiscalización, en cualquier caso, la doctrina no es muy partidaria de esta vía alternativa a las normas generales de Derecho internacional.

13 Véase, Arroyo Zapatero, L.; “La pena de muerte como trato cruel, inhumano y degradante”. *Revista de Occidente* pp. 5-26 n. 385 2013; ---; “La pena de muerte como trato cruel, inhumano y degradante”. *Revista brasileira de ciencias criminales Brasil* 2013. En la doctrina anglosajona, véase, Schabas, W.; *From Kindler to Burns: International Law is nourishing the Constitutional Living tree*, Conferencia Pena de muerte y Derecho Internacional de los derechos humanos, Galway septiembre 2001

14 Neumann, E.; *Pena de muerte. La crueldad legislada*. 2005

15 Por este término se conoce a aquellas jurisdicciones penales mixtas creadas a instancias de las Naciones Unidas, ya sea a través de un Acuerdo entre el gobierno y las Naciones Unidas (Tribunal Especial para Sierra Leona, Salas Especiales para Camboya, Líbano), o a través de un Reglamento de una Administración de Transición (Paneles Especiales de Timor Oriental) cuya existencia se explica porque cubren con exhaustividad las lagunas del sistema creado por el Estatuto de Roma al que, por otro lado, sirven a través de un principio general de subsidiariedad.

16 De las penas, 24. 1 La Cámara de primera instancia sólo impone penas de prisión.

17 De las penas, 23. 1 La Cámara de primera instancia sólo impone penas de prisión.

18 De las penas, 19. 1 La Cámara de primera instancia impondrá a la persona condenada penas de prisión de duración determinada. La Cámara podrá, si lo considera apropiado, utilizar la práctica del Tribunal de Ruanda en este ámbito.

1¹⁹ Camboya, art. 10²⁰ las Cámaras Especiales de Timor Oriental²¹, o el propio Tribunal penal creado por el Estatuto de Roma, art. 77²² (infra) y con independencia de la naturaleza jurídica base de su creación, todos ellos comparten una misma lógica, la muerte de los culpables no pone fin a la crueldad cuyo germen trasciende la maldad humana, sumándose características exógenas; ciertamente, el Derecho penal internacional no utiliza la misma lógica penológica que el derecho penal nacional o la Criminología, en ocasiones tan distintos como las propias soberanías²³, pero a nivel mundial se ha asentado una visión compartida por la mayoría de naciones de que la pena de muerte es contraria a la dignidad humana²⁴. Además, en esta categoría de crímenes la pena de cárcel conserva un significado de instrumento de “purificación del cuerpo político”, y en cierto sentido la ausencia de la muerte como pena muestra que nos acercamos a una forma aceptada de moral universal.

3. Su estado en el Tribunal penal internacional permanente y en los textos de protección de los derechos humanos

3.1. Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional

Ya en la fase de negociación existía cierto consenso de que la pena de muerte no tendría cabida en el Esta-

tuto, de hecho tanto las ONGs que participaban como partes de la sociedad civil se ocuparon de la lista de penas posibles anexas a los delitos incluidos en el Estatuto, como el grupo de Estados que se conocía como *like minded*, compartían ideas abolicionistas²⁵. Schabas sostiene que el silencio del Estatuto de Roma sobre los fines de la pena muestra la imposibilidad de alcanzar un acuerdo al respecto pero la ausencia de este debate pone de relieve algo más importante, “el hecho de que la punición no ocuparía un lugar central en la actividad del TPI”²⁶. Si bien no se prohibió, en base al principio del respeto a la soberanía que aquellos países partes en el Estatuto siguieran conservando sus penas, situación esquizofrénica que se planteó ya en el caso de Ruanda, y Bosnia Herzegovina²⁷ donde los mismos crímenes, internacionales o no tipificados en el Código penal eran castigados invariablemente con la pena capital, y comportamientos aún más graves no lo eran por el Tribunal internacional penal de Ruanda con sede en Arusha, Tanzania²⁸. Situación esta peculiar, que se explica porque fue este país el que acudió al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para solicitar el establecimiento de este órgano²⁹, a diferencia de la antigua Yugoslavia que lo considero una imposición onusiana contraria al principio de no injerencia en los asuntos

19 De las penas, 24. 1 La Sala de primera instancia impondrá al condenado una pena de cadena perpetua o de privación de libertad por un número determinado de años... Véase, Fraschina, A.; “Una nueva Jurisdicción penal de carácter internacional: El Tribunal especial para el Líbano”. REEI núm. 16 diciembre 2008

20 Penas, 10 La pena máxima por los crímenes de la competencia de las Salas Especiales será la reclusión a perpetuidad

21 Sobre sus difíciles comienzos, véase, De Bertodano, S.; “Current developments in internationalized courts. East Timor-Justice Denied”. *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 2, n. 3 pp. 910-926

22 Penas aplicables. Art. 77.1 La Corte podrá ... imponer ... una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

23 En realidad no se han realizado investigaciones dirigidas a crear una criminología o victimología específica de los crímenes internacionales, como apunta, Irioa, P.; *Políticas del castigo y Derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal*. Ed. Ad Hoc 2012

24 Véase, mapa interactivo de amnistía internacional, en <http://www.es.amnesty.org/temas/pena-demuerte/mapa/>

25 La Comisaria de la Unión Europea, Emma Bonino que representaba la posición común de esta Organización, los delegados de Amnistía Internacional y la Ong Hands off Cain habían lanzado un llamamiento a la comunidad internacional para abolir la pena capital y alcanzar una moratoria a inicios del del nuevo milenio; lo que posteriormente ha ido teniendo continuidad. De hecho, existe un nuevo llamado a alcanzar esta moratoria para el 2015 en línea con los Objetivos del Milenio, cfr., Arroyo Zapatero, L.; *El camino hacia la moratoria universal de la pena de muerte. Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje a Gerardo Landrove* pp. 93-105 Tirant lo Blanch 2011

26 ---; “The Penalty provisions of the ICC Statute” en Shelton, D.; (ed.) *International Crimes, Peace and Human rights. The role of the International Criminal court* Transnational Publishers Nueva York 2000 pp. 134-135

27 El asunto del serbo bosnio Herak, primera condena por genocidio desde la Segunda guerra mundial, condenado a muerte por el Tribunal de Bosnia - Herzegovina, posteriormente cambiada la pena a 20 años de reclusión.

28 Situación que se derivó de la admisibilidad de la jurisdicción concurrente prevista en el artículo 8 y que fue uno de los condicionantes que el gobierno ruandés impuso cuando de forma voluntaria pidió al Consejo de Seguridad el establecimiento de este órgano, lo cual fue una diferencia principal respecto al establecimiento coercitivo del Tribunal Penal para Yugoslavia. Cfr. Strain, J./Keyes, E.; “Accountability in the aftermath of Rwanda’s Genocide” en Stromseth, E.; (ed.) *Accountability for atrocities: National and International Responses*. Nueva York Transnational Publishers 2003. En cualquier caso, las consecuencias fueron en cierta medida remediadas con el procedimiento de usos y costumbres de reconciliación y perdón llamado gacaca, que literalmente significa “justicia en la hierba”

internos de un Estado y de la legalidad internacional³⁰. Estos problemas de incoherencias no son nuevos, así son numerosos los casos de imputados que han traspasado fronteras en busca de un territorio abolicionista, por ejemplo Canadá como Estado seguro frente a Estados Unidos³¹; o el propio territorio europeo³². A esto se añade, la situación de un Estado fallido como Iraq que desde el 2004 ha reintroducido la pena capital para delitos graves y crímenes de guerra si bien la invasión del país se diseñó para acabar con la barbarie del régimen de Saddam Hussein³³.

En cualquier caso, la jurisdicción de los Tribunales internacionales³⁴ tiene primacía sobre los nacionales y la obligada entrega del imputado a través de la cooperación judicial internacional, en un procedimiento distinto y más rápido que el de la tradicional extradición, en cierta manera garantiza que su vida será respetada. En el ámbito de aplicación del derecho europeo, existe un procedimiento paralelo que se conoce como orden de detención y entrega, sin mayor importancia dado que la pena capital se encuentra proscrita en sus subsistemas de normas³⁵.

Gradualmente la marea expansiva del abolicionismo ha ido ganando la batalla y la intransigencia davidia-

na frente al Goliat humanista del abolicionismo pierde apoyo³⁶. De hecho, en 2001 cuando el terrorismo internacional golpeó el sistema onusiano, con la agresión a Estados Unidos lo que llevo a este país a la realización de actividades autorizadas por el Derecho internacional con otras claramente contrarias al mismo, respecto de estas últimas destacamos las comisiones militares aprobadas por la Orden Presidencial de 13 de noviembre de 2001 que autorizaba una situación “de jurisdicción global de pena de muerte”³⁷ estructura que fue inhabilitada por la Diplomacia concertada de actores internacionales, tanto Estados como organizaciones, que demuestra la fortaleza de la posición abolicionista mayoritaria en el mundo, que primero llevo a una modificación orgánica de la adopción de la sentencia, de la mayoría a la unanimidad de jueces militares de la Comisión, y a que hasta la fecha no haya habido condena en este sentido, con la salvedad de la ejecución extrajudicial de Osama Bin Laden o los conocidos como asesinatos selectivos incluso contra propios ciudadanos, claramente condenables desde el punto de vista de la legalidad internacional, y asimismo censurados en el foro interno como violación de la Quinta enmienda de la Constitución norteamericana³⁸.

29 Mediante una carta dirigida al Secretario General, declaraba que un Tribunal similar al ya existente para la ex Yugoslavia podría contribuir a promover la paz y la reconciliación entre las partes aún en conflicto y evitar elementos desestabilizadores. Sin embargo, voto en contra de su implementación en el Consejo de Seguridad por cuestiones como su ubicación y por no contar con la pena de muerte entre sus penas. Cfr. Power, S.; “A Problem from Hell” America and the age of genocide 484-85 (2002).

30 Estos argumentos se han planteado hasta la actualidad, véase, Memorandum sobre el procesamiento del Presidente de la República federal de Yugoslavia por actos cometidos desde 1991. International Progress Organization.

31 Desde el 2001, la posición es firme por parte de Canadá, así el caso Burns c. Canadá, de 15 de febrero de 2001, el Tribunal Supremo considero que la extradición a un país sin garantías de que la pena capital no sería impuesta representaba una violación de la sección 7 de la Carta canadiense de derechos y libertades; en mayor detalle, William, Schabas, “From *Kindler* to *Burns*: International Law is Nourishing the Constitutional Living Tree” presentation, Conference on Capital Punishment and International Human Rights Law, Galway, September 20, 2001.

32 Véase, Asunto Soering c. Reino Unido en Nieto Martín, A.; “La cooperación judicial en la Unión Europea como medio de lucha contra la pena de muerte y la expansión de los derechos humanos” en *Hacia la abolición universal de la pena capital*. Tirant lo Blanch 2010 pp. 463 y sgs.

33 Cfr. Con el barbarismo de ejecución del propio Presidente del país y seguidores, véase, Donini, M.; La condanna a morte di Saddam Hussein: Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla “necessaria sproporzionazione della pena nelle gross violations”. Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña n. 12 2008 pp. 283-302 y el caso Al Saadoom infra.

34 Véase, Gil Gil, A.; “Tribunales Penales Internacionales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a distancia-Facultad de Derecho, 2da. Época, marzo 2000.

35 Existe una amplia bibliografía, pero sobre ambas, en mayor profundidad, cfr. Lirola Delgado, I.; Martín Martínez, M.M.; “La Cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: el Estatuto de Roma y la Orden Europea”. Anuario de Derecho Internacional n. 20, 2004, pp. 173-240.

36 El *hard core* de países retencionistas lo ejemplifica bien la postura de un país como Trinidad y Tobago cuyo representante en el Grupo de trabajo sobre penas durante la Conferencia de Roma sostuvo la posición tradicionalmente mantenida por algunos países musulmanes: “queremos dejar claro que no consideramos la cuestión de la pena capital como un asunto de derechos humanos”.

37 U.S. DEP'T OF DEF., MILITARY COMM'N ORDER NO. 1 § 6(G) (2002)

38 El asesinato del ciudadano estadounidense Anwar Al-Awlaki en septiembre de 2011 incluido en una lista de personas preparada por los servicios de la CIA que permitía la eliminación de las mismas sin mayor dilación, y cuya existencia nunca ha sido admitida por la Administración Obama. Sobre su legalidad, véase *Al-Aulaqi v. Panetta* (*Al-Awlaki v. Panetta*) en <http://www.aclu.org/national-security/al-aulaqi-v-panetta>

En la lucha contra el terror Estados Unidos y el resto de Estados se necesitan recíprocamente, la asistencia en materia de inteligencia, policial y judicial sólo debe hacerse en el marco del respeto de los derechos humanos³⁹.

En la actualidad, alrededor del 70 % de países del mundo han renegado de la pena capital de una forma u otra⁴⁰.

3.2. Organismos de protección de derechos humanos

A. Europa. En 1983, los países miembros del Consejo de Europa tomaron una iniciativa conjunta e innovadora, impulsado por las propias modificaciones nacionales⁴¹, de avanzar hacia posiciones abolicionistas con la adopción del Protocolo n. 6 que prohíbe la pena capital en tiempos de paz. Hubo que esperar a una circunstancia sobrevenida de carácter extraordinario para que se ampliase la abolición a todo tiempo, lo cual ocurrió a raíz de la detención del líder terrorista del PKK kurdo en una operación rápida por las fuerzas especiales turcas y su posterior juicio donde la pena capital era una triste realidad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos con su argumentación⁴² y la presión europea consiguió el compromiso del gobierno turco de no cumplir con la condena pero se planteó la interrogante de que sí por su gravedad determinados actos terroristas eran equiparables a una situación de guerra, el Consejo de Europa carecía de una posición común abolicionista para delitos en tiempos de guerra lo que planteaba un doble rasero de difícil explicación; de ahí la adopción, poco tiempo después del Protocolo n. 13 que prohíbe la pena de muerte en toda circunstancia, así su artículo 1 lee: “Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a dicha pena ni ejecutado”.

Si bien Opcionales y sin cambiar el sentido de un Tratado redactado en un momento histórico bien contextualizado, con la excepción de Bielorrusia, todos los países se han sentido obligados a ratificarlos lo que convierte a Europa en el único continente que está libre de pena capital. En el subsistema de la Unión Europea, en diciembre de 2000, ésta adoptó su Carta de Derechos Fundamentales cuyo artículo 2 declara: “1. Toda persona tiene derecho a la vida. 2. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte o ejecutado”.

B. América. El cambio de los tiempos se puso de manifiesto en la propia negociación que llevo a la adopción del Pacto de San José, el instrumento global para la protección de los derechos humanos en el continente americano⁴³, y en el ámbito específico de la pena de muerte, desde 1990 un Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte que vincula a 13 países del continente, y que se consideró un paso gradual para alcanzar la abolición y ciertamente esto ha sido así ya que con la excepción de algunos estados de Estados Unidos de América⁴⁴ e islas del Caribe, nos encontramos ante un espacio geográfico aún más extenso que el europeo, libre de la pena capital. También aquí la jurisprudencia de la Corte de San José a través de una interpretación dinámica y *pro homine* ha considerado la pena capital como contraria a valores propios de los que debe gozar el ser humano, a saber, su dignidad, salud, integridad física, prohibición de la tortura, respeto del debido proceso, e incluso al ejercicio de la protección diplomática en caso de extranjeros⁴⁵; así como contrario a que la pena de muerte mandatoria sea conforme a la legalidad internacional⁴⁶.

39 Véase, Muñoz Aunión, A.; “International Judicial Cooperation: The U.S. Servicemen deployed abroad and the plight against the death penalty” *International Symposium on abolition or moratorium of death penalty*. Universidad de Estambul 2010, p, 3 <http://insanhaklari.istanbul.edu.tr/olmpapers.html>

40 Véase, Amnistía Internacional <http://www.es.amnesty.org/temas/pena-de-muerte/>

41 Principalmente, la eliminación de la pena de muerte en los códigos penales de países tan representativos como Alemania, Inglaterra, o Francia, más en profundidad sobre este último país, véase, Badinter, R.; *La Abolición*, Tirant lo Blanch 2012.

42 Ocalan c. Turquía (No. 46221/99) Sentencia de 12 de marzo 2003, paras. 188-189

43 El representante de Estados Unidos se refirió a “la tendencia general, bastante aparente, a la desaparición gradual de la pena capital” Además, al mismo tiempo que se negoció el tratado principal, un grupo importante de países firmo una declaración en la que pedía la elaboración de un protocolo que aboliera la pena capital, para aquellos países que quisieran llevar más lejos su compromiso.

44 El conocido como excepcionalismo de este país, véase, la reciente monografía ilustrativa de este hecho de David Garland, *Una Institución particular, la pena de muerte en Estados Unidos en la era de la abolición*. Ediciones Didot 2013. En todo caso, esta situación gradualmente va en remisión, así son numerosos los estados que por distintas razones han pasado a un estatuto de abolicionista de facto, o a una moratoria.

45 El derecho a la información de asistencia consular en el contexto de las garantías del debido proceso, Opinión consultiva OC - 16/99 de 1 de octubre de 1999, además, véase.

46 Asunto Hilaire, Constantine y Benjamin et al. v. Trinidad y Tobago, sentencia de 21 de junio de 2002.

Por su parte, el Tribunal Supremo de Estados Unidos como se muestra en el asunto *Atkins c. Virginia* de 2002, también comienza a ser receptivo a la opinión abolicionista mayoritaria de la Comunidad mundial, al menos por cuanto a la prohibición de la ejecución de enfermos mentales y menores.

C. África, la Carta africana de derechos humanos y de los pueblos reconoce el derecho a la vida y no se refiere a la pena capital, si a esto se le añade que la misma es aplicada con cierta repetición en este continente, parecería que sólo nos encontraríamos ante una limitación implícita no vinculante, sin embargo, las recientes decisiones judiciales de Tribunales constitucionales como el de Sudáfrica utilizando una interpretación dinámica de la Carta defiende la abolición de la pena⁴⁷.

D. A nivel global, el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos en la transición del abolicionismo de facto al de iure

Este instrumento supuso un avance respecto del vacío regulatorio previo al transformar la lacónica frase “derecho a la vida” en un texto complejo que reconoce la pena de muerte como una excepción o límite al derecho a la vida, y aquellos países que la conserven debían aplicarla sólo para los delitos de mayor gravedad⁴⁸, por tribunales ordinario, previa regulación de procesos de recursos y clemencia, debiendo quedar prohibida para menores de edad y mujeres embarazadas. Por último, el espíritu del texto es gradualmente abolicionista como se infiere del párrafo: nada en este artículo podrá invocarse para retrasar la abolición de la pena capital por los Estados partes en el Pacto.

De hecho, una vez acabada la guerra fría, y tan pronto se inició el debate de que la pena capital no era propiamente una cuestión inherente a la política penal de los Estados, por ende ajena a la intervención de la Comunidad internacional, y que existían conexiones con los derechos humanos⁴⁹, se iniciaron los trabajos para adoptar el Protocolo facultativo segundo al Pacto In-

ternacional de Derechos civiles y políticos que prohíbe desde su adopción en 1991 para las partes la aplicación de la pena capital en toda circunstancia⁵⁰.

3.3. *El Tribunal Penal Internacional y los acuerdos de cumplimiento de penas en terceros países, ¿una forma humana de ejecución de la pena, quis custodiet ipsos custodes?*

El cumplimiento correcto de la pena es parte inseparable del fin de la misma que debe cumplir con los objetivos de humanización que han llevado a la práctica abolición de la pena de muerte en el mundo, es por ello, que esta fase de ejecución de penas internacionales debe quedar bajo un estricto escrutinio. Hasta la fecha, el centro de detención del Tribunal penal internacional tiene su sede en una tranquila aldea de Holanda y está destinado a custodiar de manera provisional a aquellas personas imputadas por crímenes de la competencia del Tribunal, a saber, crímenes de guerra, contra la humanidad, genocidio, y actos de agresión, donde las condiciones de reclusión son muy superiores a las previstas en normas internacionales⁵¹, pero no como espacio de reclusión definitiva ya que una vez que la sentencia es firme, los condenados deben ser transferidos desde Holanda a aquellos países que hayan firmado los acuerdos de ejecución de la pena con la Organización que deberían cumplir los estándares mínimos así como los principios del Reglamento de la Secretaría⁵². En la actualidad, el Presidente de la Asamblea de Estados partes ha firmado acuerdos con ocho países, a saber, Austria, Bélgica, Colombia, Dinamarca, Finlandia, Mali, Serbia y Reino Unido; y otros ocho han manifestado su intención de acoger a sus nacionales o residentes condenados por el Tribunal, en algún caso, con la limitación de que la pena no supere el máximo previsto en el país, y son los siguientes: Andorra, República Checa, Honduras, Liechtenstein, Lituania, Eslovaquia, España, y Sui-

47 Véase, Nowak, M.; “Is the death penalty an Inhuman Punishment?” en Theodore S. Orlin, Allan Rosas & Martin Scheinin, *The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretive Approach* 2000 pp. 42-43; también, Chenwi, L.; *Towards the abolition of the death penalty in Africa: A Human Rights perspective*. Pretoria University Law Press 2007

48 Sobre esta intrigante cuestión, véase, Hood, R.; *The enigma of the “most serious” offences*. Centre for Human rights and global justice. Working paper Extrajudicial executions series núm. 9 2006, y las resoluciones de órganos internacionales dirigidas a recomendar una utilización limitada de esta pena a ciertas categorías de crímenes deseablemente expansible a otros.

49 Hurtado Pozo, J.; *Pena de Muerte y Política Criminal*. Anuario de Derecho penal 2007 Fondo Editorial

50 Recientemente, Bolivia ha sido el país núm. 77 que mediante la adhesión a este instrumento se compromete a abolir la pena de muerte en toda circunstancia. Véase, la declaración de la Comisión Internacional contra la pena de muerte <http://www.icomdp.org/cms/wp-content/uploads/2013/07/20-ICDP-Statement-Bolivia-accede-to-the-Second-Optional-Protocol-to-the-ICCPR-July2013.pdf>

51 Véase, estas reglas, a nivel universal y europeo, en Dirk Van Zyl Smit/Sonja Snacken.; *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea. Penología y Derechos Humanos*. Editorial Tirant lo Blanch 2013. pp. 31-81.

52 Véase, art. 103 del Estatuto y texto reglamento ICC-BD/03 - 01-06. Rev. 1 en vigor desde 6 de mayo de 2002.

za. Ciertamente, la política exterior tradicionalmente interesada en la promoción de los derechos humanos ha sido la fuerza detrás de esta iniciativa pero respecto de otros países parece más bien una forma de reconciliarse con la Comunidad internacional, por ejemplo, el caso de Serbia u Honduras, además se plantea la interrogante clásica del artículo 4 de la Carta de Naciones Unidas, primero si están en condiciones de cumplir con estas obligaciones. Sea cual sea la respuesta, lo fundamental es que no existan dobles estándares de trato, como fue el caso con la ejecución de las penas del Tribunal de Ruanda⁵³.

Obviamente, nos encontramos en una fase incipiente por cuanto al cumplimiento de penas por la comisión de delitos internacionales, pero plantear la cuestión es pertinente⁵⁴, ya que resulta necesario adoptar medidas claras que se adecuen a los principios penológicos contemporáneos y que quede meridianamente claro que estas personas son prisioneros de la Comunidad internacional y no del Estado ejecutor de la pena, por ello es necesario establecer un proceso rápido de monitorización mediante visitas in loco, realización de estadísticas, etc..., a través de la firma de Protocolos anexos a los acuerdos, ante un organismo imparcial como puede ser la Cruz Roja internacional asistida por ONGs especializadas cumpliendo de esta forma con el espíritu y la letra del Tratado fundacional del Tribunal Penal internacional⁵⁵ y con las normas generales de protección de los derechos humanos.

La triste realidad de las miles de personas que estuvieron sujetas a detención provisional bajo la jurisdicción del Tribunal internacional para Ruanda en su centro de detención de Arusha, Tanzania, y la falta de visibilidad de las mismas incrementa la preocupación de quien redacta estas líneas⁵⁶; una verdadera justicia

internacional no sólo debe de actuar con la debida independencia sino también con humanidad en todas las fases del proceso, y no sólo en la etapa ejecutoria. De hecho, la pena de muerte no puede ser reemplazada por una condena *ad eternum* en el olvido que sin duda aumenta el número de suicidios de reclusos, muertes que en *condiciones normales* de reclusión aumenta de siete a ocho veces respecto de los índices de suicidio en la población general⁵⁷.

4. A modo de conclusión

Por lo expuesto supra, hay que felicitarse de que el Derecho penal internacional haya superado el compacto frente de los Estados retencionistas, ciertamente muchos de estos países son contrarios a la existencia misma de un Derecho penal internacional y principalmente, son reticentes del órgano judicial que lo personifica, sin embargo, su rápida entrada en funcionamiento y la adhesión libre e incondicional de la mayoría de Estados de la comunidad internacional hace pensar que este órgano se quedará con nosotros por un período de tiempo indefinido y como toda organización internacional, su crecimiento será lento pero inexorable y dado que de su sistema de penas se proscribió la pena capital resulta lógico esperar que aquellos Estados partes que aún la conservan la vayan desterrando de sus sistemas penales, y a modo de un deshielo imaginario gradual, los espacios retencionistas del mundo desaparezcan. Por último y no menos importante, esta victoria de la dignidad humana no puede soslayar la existencia de numerosos frentes abiertos que impiden a la Humanidad alcanzar los objetivos del milenio, en concreto, los asesinatos extrajudiciales, selectivos, el aumento de feminicidios, e inclusive la recurrente figura de los linchamientos colectivos.

53 Stahn, C.; La geometría de la Justicia Transicional. Opciones de diseño institucional p. 121

54 Especialmente, tras la muerte del antiguo presidente de la República de Yugoslavia, Slobodan Milosevic cuya repentina desaparición fue aprovechada por algunos sectores para criminalizar las condiciones de su detención en el Centro de Detención holandés que negó su transferencia a un centro médico especializado en su patología, véase, <http://www.icty.org/> y Zolo, D.; "La morte di Milosevic nel carcere dei vincitori". Il Manifesto 2006.

55 Cfr. ICTY, opinión individual del Juez Shahabuddeen, Fiscal c. Galic, Asunto No. IT-98-29-A, Ch. 30 de noviembre 2006, para. 25. En aras de una humanización y eficacia de estos órganos, se opta por no incluirlo en el régimen de los sistemas auto-contenidos.

56 <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jnz5.htm>. Cfr. con la extraordinaria cifra de alrededor de 125.000 acusados por crímenes internacionales, muchas de ellas durante más de ocho años sin que se concretasen los cargos, para juzgar este número hubieran sido necesarios 200 años. En Kritz, N.; "Progress and Humility: The Ongoing search for post - conflicto justice" en M. Cherif Bassiouni (ed.) Post - Conflict Justice. New York Transnational Publ. 2002 p. 78

57 Ghazala Sattar.; Home Office Research Study 231. Rates and causes of death among prisoners and offenders under community supervision Noviembre 2001, en <http://www.ohrn.nhs.uk/resource/Policy/Ratesdeath.pdf>