

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD Y
SU IMPORTANCIA PARA EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO**

JOSÉ LUIS CHAN CHAMALÉ

GUATEMALA, ABRIL DE 2011

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD Y
SU IMPORTANCIA PARA EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Por

JOSÉ LUIS CHAN CHAMALÉ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, abril de 2011

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz.
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Jaime Amílcar Gonzáles Dávila
Vocal:	Lic. Edgardo Enrique Enríquez Cabrera
Secretario:	Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo

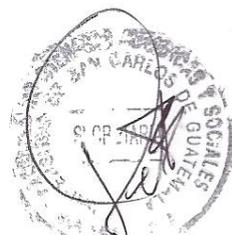
Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Luis Efraín Guzmán Morales
Vocal:	Lic. Alfredo Valdez Aguilar
Secretario:	Lic. Jorge Mario Álvarez Quiroz

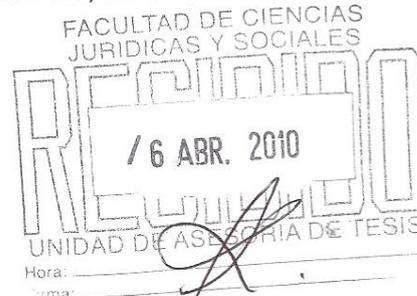
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

**CORPORACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS
BUFETE ASOCIADO**

LIC. WILLIAN EDILZAR RODAS QUIÑONEZ
3ra. Avenida "A" 3-15, Zona 1, Guatemala, C. A.
Teléfono 43982680



Guatemala, 06 de abril de 2010.



Licenciado
MARCO TULLIO CASTILLO LUTIN
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Respetuosamente hago de su conocimiento que procedí a asesorar la tesis del Bachiller **JOSE LUIS CHAN CHAMALÉ**, intitulada **"ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD Y SU IMPORTANCIA PARA EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO"**; y para el efecto me permito exponer lo siguiente:

- 1) El contenido científico de la presente investigación, radica en las diferentes definiciones, doctrinas y teorías, que se aportan, de instituciones del derecho penal sustantivo interno y del derecho penal internacional.
- 2) Se ha hecho uso adecuado de los métodos deductivos, analítico y sintéticos, así como la técnica de investigación bibliográfica, jurídica y documental que permiten darle un soporte realmente estable a la investigación y desarrollarlo de manera sencilla.
- 3) En cuanto a la redacción del presente trabajo, es prudente opinar que se ha observado las técnicas gramaticales, con lo cual se ha logrado brindar definiciones, análisis, analogías, formas comparativas y estudio de causa y efecto, para lograr con ello, una presentación acorde al tecnicismo gramatical.

**CORPORACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS
BUFETE ASOCIADO
LIC. WILLIAN EDILZAR RODAS QUIÑONEZ
3ra. Avenida "A" 3-15, Zona 1, Guatemala, C. A.
Teléfono 43982680**



4) El contenido del presente trabajo investigativo constituye un aporte científico que contribuye para el estudio del, derecho penal sustantivo interno e internacional y a los ilícitos penales que son de trascendencia para el derecho penal internacional, beneficioso para el sistema jurídico penal guatemalteco y como tal debe de ser puesto en práctica en el desarrollo de la aplicación del derecho penal.

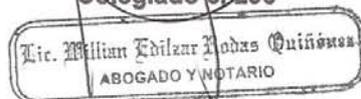
5) Opino que el presente trabajo investigativo contiene las conclusiones y recomendaciones que congruentemente se ajustan al contenido del trabajo.

6) Desde su proyecto inicial la presente investigación ha cumplido con los lineamientos trazados y se ha demostrado la capacidad investigativa del bachiller, ya que utilizo una bibliografía adecuada, realizando las consultas y citas correspondientes.

Es procedente otorgar Dictamen Favorable aprobando el presente trabajo de Tesis, por las consideraciones citadas, porque reúne en general los requisitos establecidos en el **Artículo número 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.**

Me suscribo de usted, con muestras de mi consideración y estima.

**LIC WILLIAN EDILZAR RODAS QUIÑONEZ
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 6.296**



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, Guatemala, catorce de mayo de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) LUIS EFRAÍN GUZMÁN MORALES, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JOSÉ LUIS CHAN CHAMALÉ, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD Y SU IMPORTANCIA PARA EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

LIC. ROLANDO SECURA GRAJEDA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



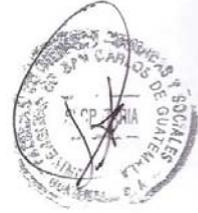
cc.Unidad de Tesis
RSG/slh.



OFICINA JURIDICA

LIC. LUIS EFRAÍN GUZMÁN MORALES
ABOGADO Y NOTARIO

7ª. Avenida 6-53 Zona 4, Oficina 62
6to. Nivel, Edificio "El Triangulo" Guatemala.
Teléfono 5259-6501, 5864-7000



Guatemala, 31 de mayo de 2,010

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Cumpliendo con la disposición contenida en la resolución emanada de esa Unidad de Asesoría de Tesis, de fecha catorce de mayo de dos mil diez, procedí a realizar el análisis correspondiente como REVISOR del trabajo de tesis del bachiller **José Luis Chan Chamalé**, intitulada: "**Análisis jurídico doctrinario de los delitos de lesa humanidad y su importancia para el derecho penal guatemalteco**"; y para el efecto me permito opinar lo siguiente:

- a) La investigación realizada, ha sido discutida y conforme las sugerencias resultantes de su estudio y análisis, posee un contenido científico aceptable, ya que proporciona definiciones, principios doctrinarios y características de instituciones del derecho penal, de la Corte Penal Internacional, delitos de lesa humanidad.
- b) Que luego de analizar el trabajo de tesis, determino que en su desarrollo, se ha hecho uso adecuado de los métodos deductivo, analítico y sintético, para tener una visión amplia respecto de los datos suministrados y las instituciones estudiadas del tema de investigación y se aplicó la técnica de investigación bibliográfica y documental.



OFICINA JURIDICA

LIC. LUIS EFRAÍN GUZMÁN MORALES
ABOGADO Y NOTARIO
7ª. Avenida 6-53 Zona 4, Oficina 62
6to. Nivel, Edificio "El Triangulo" Guatemala.
Teléfono 5259-6501, 5864-7000



- c) En la redacción del trabajo de tesis, opino que se ha observado las técnicas gramaticales, para lograr con ello, una presentación acorde al tecnicismo gramatical.
- d) La presente investigación brinda un aporte científico al ordenamiento jurídico de Guatemala; ya que contribuye con la persecución, castigo y sanción a los individuos que cometan delitos de lesa humanidad dentro del territorio nacional.
- e) Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el trabajo desarrollado.
- f) Se comprueba que se hizo la recolección de bibliografía adecuada, que brinda la posibilidad de ser consultada y confirmada.

Es procedente otorgar dictamen favorable al presente trabajo de tesis, por los antecedentes enumerados y se determina que el mismo se ajusta a lo prescrito por el Artículo número treinta y dos (32) del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Lic. Luis Efraín Guzmán Morales
Abogado y Notario
Colegiado 4,700

Lic. Luis Efraín Guzmán Morales
ABOGADO Y NOTARIO

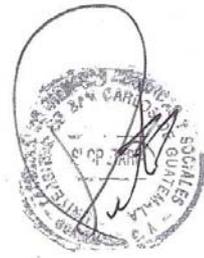
Lic. Luis Efraín Guzmán Morales
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veinticuatro de febrero del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JOSÉ LUIS CHAN CHAMALÉ, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD Y SU IMPORTANCIA PARA EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/slh



DEDICATORIA

- A DIOS: Creador de vida y dador de la sabiduría, gracias Señor por darme el soplo de vida y ser un hombre de bien, que con su ejemplo pueda ayudar a su comunidad.
- A MI MADRE: Catalina Chamalé Chamalé; por concederme el privilegio más grande que es la vida, y por su ejemplo y su apoyo incondicional para ser el hombre que hoy soy cómo pagártelo madre.
- A MI PADRE: Francisco Chan Capriel, por sus consejos, comprensión y cariño incondicional, que Dios te bendiga Papá.
- A MIS ABUELOS: Emilio Chan Tayún, Inécia Capriel Guox; José Eligio Chamalé Sinay, María Chamalé Puluc; desde donde estén les dedico mi triunfo, pido a Dios por sus almas y que descansen en paz.
- A MIS QUERIDOS HERMANOS: Romeo Elías, Francisco Josué, Walter, Marlón Giovanni, Luzbina Magnolia, Maricela gracias porque en ustedes me he inspirado.
- A MIS AMIGOS DEL ALMA: Ana Lucia, Iris, Wendy, Lety, Nancy, Karin, Vilma, Nuria, Lucci, Ana, Luis, Marleny, Mercedes, Roberto, Pancho, Beto, Santiago, Edwin, Tiburón, Mateo, Lulu, Dani, Walter, Jorge, Rodolfo, Pilich, Gori, Edgar, Chus gorra, Chus Pato, Guichin, Balta, Gian Carlos, Taz hermanos(as) para toda la vida.
- A LOS ABOGADOS: Licenciados: Ancelmo Chávez, Ricardo Sandoval, Luis Guzmán, Berner, Carlos.

EN ESPECIAL

Licenciado William, por su apoyo incondicional como asesor; y por qué no al Excelentísimo Licenciado Luís Efraín Guzmán Morales, mi catedrático de derecho laboral, y miembro de mi terna examinadora de la fase privada y revisor, mil gracias porque además de ser un gran maestro es también un gran amigo y consejero para ser una persona y profesional exitoso.

A:

La Tricentenaria, Gloriosa y única Universidad de San Carlos de Guatemala y a mi querida Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; por haberme brindado la oportunidad de estudiar en sus aulas y formarme como un profesional del derecho con sangre sancarlista.

ÍNDICE



Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. El delito.....	1
1.1. Definición del delito.....	1
1.2. Elementos del delito.....	4

CAPÍTULO II

2. Los delitos de lesa humanidad.....	23
2.1. Definición de crímenes de lesa humanidad.....	24
2.2. Evolución de la definición de delitos de lesa humanidad.....	28

CAPÍTULO III

3. Tratados y convenciones contra los delitos de lesa humanidad.....	39
3.1. Genocidio.....	40
3.2. Prescripción.....	43
3.3. Mecanismos para implementar el Estatuto de Roma en la legislación nacional.....	52
3.3.1. El mecanismo de la Ley de Remisión.....	54
3.3.2. El mecanismo de la adopción de una legislación especial relativa al Estatuto de Roma.....	55
3.3.3. El mecanismo de implementación sistemática del Estatuto de Roma.....	56

CAPÍTULO IV



4. Los delitos de lesa humanidad y su importancia para el derecho penal guatemalteco.....	59
4.1. La implementación del Estatuto de Roma como parte de la legislación penal guatemalteca.....	65
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91

INTRODUCCIÓN

La presente tesis surge a partir de la demanda interpuesta por la premio nobel de la paz, doctora Rigoberta Menchú Tum, en España en contra del general Efraín Ríos Mont y otros altos oficiales del ejército a los cuales demanda por comisión de delitos de lesa humanidad, cometidos durante el conflicto armado interno que vivió el país durante la década de los años 80, pero que no pudo demandar en Guatemala porque no se ha ratificado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Ante ese hecho y la denegatoria de llevar a cabo el proceso penal por parte del tribunal español, determinó plantear como problema la importancia que tiene para el derecho penal guatemalteco la adhesión a dicho Estatuto, por lo que se formuló la hipótesis, la cual fue debidamente comprobada, que la necesidad de esa ratificación recaía en el hecho que esa normativa tiene como fundamento la imprescriptibilidad de esos ilícitos, y que permite que las víctimas, sus familiares o un tribunal nacional, así como de otro país, pueda perseguir en cualquier momento a los sujetos activos de esos ilícitos, tanto dentro del país como en cualquier otro Estado parte.

El objetivo principal de la presente investigación reside en determinar la importancia y avance que conllevaría para el derecho penal guatemalteco la ratificación por parte del Estado de Guatemala el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, porque es evidente que sólo así se podrá integrar a las normas internas el contenido de dicho Estatuto, logrando combatir la impunidad que hoy en día se vive cuando se habla del castigo a los sujetos responsables en la comisión de actos que constituyan de lesa humanidad, debido a que en el ordenamiento jurídico ha habido y sigue existiendo un vacío legal, porque cuando dichos actos se cometieron no se estableció y ni se ha establecido quién es el órgano jurisdiccional con competencia para conocer de dichos actos, es por ello que a través de la presente investigación se hacen diversos análisis, dando una explicación a la misma y la importancia que conllevaría integrar a las leyes internas, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Para obtener la información doctrinaria se utilizaron las técnicas de investigación bibliográfica y documental; con lo recopilado entre libros y documentos, se llevó a cabo un proceso de reflexión académica por medio del método deductivo, con el cual se establecieron los fundamentos de la tipificación del delito, la relación entre derecho interno e internacional, así como los fundamentos doctrinarios y legales del derecho internacional, de los derechos humanos como cimientos de los delitos de lesa humanidad; luego con el método analítico se reflexionó sobre las características del delito de lesa humanidad y su diferencia con la tipificación con los ilícitos que son parecidos pero que no encuadran dentro de la violación a los derechos de las personas; con el método sintético se realizó una integración entre lo que son esos delitos y su importancia para el derecho interno.

Posteriormente se reflexiono sobre el objeto de estudio, se realizó el informe final el cual se redactó en cuatro capítulos: Siendo el primer capítulo utilizado para describir los aspectos centrales del delito; en el segundo se analizan los aspectos jurídicos que determinan la existencia de los delitos de lesa humanidad; en el tercero se describen y comentan los tratados y convenciones en materia de derechos humanos; mientras que en el cuarto la importancia de incorporar en la legislación penal guatemalteca las disposiciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, así como la compatibilidad de éste con las disposiciones constitucionales del país.

A partir de lo expuesto en la presente tesis, se considera necesaria la adhesión al Estatuto en mención, pues el mismo sirve como un apoyo legal para el Estado de Guatemala, logrando con ello combatir así la impunidad que ha sido generada por los violadores de los derechos humanos, debido a que los mismos podrán ser procesados no solo en el territorio guatemalteco, sino que pueden también ser detenidos, investigados y hasta sentenciados por cualquier órgano de justicia de los países que se han adherido a esta Convención, con lo que no se hace necesaria la extradición ni el refugio del sujeto activo del ilícito realizado, en otro país en calidad de asilado, que le permita evadir la justicia con relación a los derechos humanos.

CAPÍTULO I

1. El delito

El delito es la infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad ciudadana, resultante de un acto externo de la persona, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso; mientras que el tipo penal es el contenido eminentemente descriptivo de la norma penal, es la previsión legal que individualiza la conducta humana penalmente relevante y que a la vez es la sancionada por la Ley.

1.1. Definición de delito

El delito puede ser considerado como un ente jurídico creado por la ley, a partir de la existencia de una contradicción entre el hecho realizado por la persona y la prohibición establecida en la ley, por eso no se define como acción sino como infracción, lo que supone la antijuridicidad la esencia del delito y no solo su elemento accesorio.

Al decir acto externo o exteriorización de lo pensado, se hace referencia de que no son sancionables los actos internos o pensamientos, sino sólo los actos exteriorizados del hombre o sea aquellos que tienen consecuencias jurídicas en el mundo físico o mundo exterior, de ahí se deduce que si alguien piensa en matar, su idea no se considera delito, mientras la misma no se exteriorice o concretice a través de actos positivos o acciones voluntarias del sujeto; de igual manera, se puede cometer un delito con actos negativos que implican un no hacer lo que la Ley manda a hacer, o sea a la omisión.

Aunque se puede argumentar que el delito no es algo creado por la Ley sino que ésta únicamente lo define o describe en el tipo, siendo el mismo un hecho humano el cual aparece con la persona y desaparecerá con ella, no se puede negar la inexistencia del mismo si no lo regula la Ley, de lo que se colige la inexistencia del delito sin Ley anterior, son las personas, a través de la norma jurídica, quienes determinan las conductas consideradas delictivas y las permisivas, por lo que su ilicitud o legalidad la determina la Ley penal de un país determinado.

El delito es una violación de un derecho fundado sobre normas morales existentes en una sociedad específica, el cual consiste en la violación de un deber, por eso la pretensión de validez es socavada porque lo que ayer fue delito deja de serlo con el paso del tiempo y con la abrogación de la Ley que lo concibió como tal. Esto ocurrió con el adulterio que era un delito que contravenía el deber de fidelidad, hoy ya no es delito ni si quiera una causal de divorcio.

“El delito es la lesión, ofensa, humillación de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad que posee toda persona en el entorno social en el cual convive, en la medida en que son poseídos por la comunidad y en la medida en que son indispensables para la readaptación del individuo que realiza la conducta prohibida por la ley nuevamente a la misma sociedad. Aunque esos sentimientos como se dijo son sentimientos que van ligados a la conciencia del ser humano, se concluye en que estos no son los únicos. Este concepto rechaza lo que la Ley considera como delito”.¹

¹ Gómez Benítez, José Manuel. **Teoría jurídica del delito. Derecho penal, parte general.** Pág. 41.

Para los dogmáticos: “El delito es la acción u omisión voluntaria típicamente antijurídica y culpable, por lo que quedan descartadas las conductas que no son conducidas por la voluntad, como las realizadas por fuerza irresistible, acto reflejo o situaciones ajenas a lo patológico, tal como el sueño”.²

A partir de su definición, se puede establecer que el delito es un acto típico, para lo cual, todo acto humano para considerarse como ilícito debe adecuarse al tipo penal, es decir debe haber tipicidad. Si no hay adecuación no hay delito o peor aún, si no hay tipo, la conducta no es delito. Por eso, todo lo que no está prohibido u ordenado, está permitido.

Mientras que para los causalistas, el delito: “Se basa en la conducta como un elemento primordial del delito, entendida como la acción u omisión que provoca el daño o la puesta en peligro del bien jurídico, siendo la acción que interesa al derecho penal aquella que genera la violación a la norma y la lesión del bien jurídico tutelado. Esta doctrina plantea que el delito se integra por tres elementos: la conducta, el nexo casual y el resultado”.³

La teoría causalista ha sido objeto de mucha crítica debido a que limita la conducta a la acción que produce meramente un resultado, sin contemplar distintos factores que puedan estar involucrados, como la intención y además la prevención. También se encuentra la definición de los finalistas, que según ellos la esencia de esa conducta se

² **Ibíd.** Pág. 42.

³ **Ibíd.** Pág. 43.

presenta en la medida en que se convierte en el ejercicio final.

“La finalidad obedece a la capacidad del hombre de prever, dentro de límites razonables, las consecuencias de su comportamiento, por lo que la intención se convierte en un elemento indispensable. El sujeto activo, al ejecutar la conducta, tuvo la oportunidad de planearla y estar consciente del resultado que obtendrá”.⁴

Esta teoría ha sido criticada respecto a los delitos culposos, ya que pueden presentarse resultados típicos no dolosos.

1.2. Elementos del delito

A partir de las distintas definiciones expuestas, se puede decir que el delito consta de cuatro elementos básicos o niveles analíticos, que son la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, aunque no siempre ha sido así ni los contenidos asignados a cada uno de ellos son aceptados pacíficamente o de modo unánime, incluso, a principios del presente siglo, no se contemplaba el delito de tal manera; es más, desde la segunda mitad del Siglo XIX se desconocían los referidos elementos, examinándose aquel –en esa época- desde dos puntos de vista: La parte objetiva y la parte subjetiva; la primera se refería a la atribución de responsabilidad por la parte externa del hecho y el mal causado en el mundo exterior, mientras que la segunda concernía a la responsabilidad por la parte interna, esto es, la capacidad, conocimiento, intención, móviles, etc., del sujeto.

⁴ **Ibíd.** Pág. 43.

Después de mediados del Siglo XIX los diversos aportes de la doctrina alemana van precisando más el examen de los diversos aspectos que caracterizan a la acción realizada de delito, surgiendo el elemento acción como requisito básico para que el mismo suceda.

A partir de estos elementos se acuña el concepto de antijuridicidad como categoría jurídica objetiva que significaba contrariedad a derecho. “Dicho término se trasladó al área penal particularmente por Von Liszt (1881), siendo entonces la acción antijurídica (que sustituyó en buena medida la llamada acción ilícita, injusta o ilegal) el núcleo del delito. Pero como la sanción penal clásica exige -por lo menos como regla general- la responsabilidad subjetiva (a diferencia de lo que suele ocurrir en lo que al aspecto civil se trate), se agregó a éste el requisito de culpabilidad (que ya venía a determinar esa clase de responsabilidad del individuo ante un acto concreto suyo), concepto utilizado inicialmente por Merkel y Binding, y perfilado modernamente, como último elemento del delito contrapuesto al de la antijuridicidad, por el mismo Von Liszt (1881). Faltaba sin embargo el elemento tipicidad, derivado del concepto de tipo, ya que resultaba obvio que no toda acción antijurídica y culpable podía ser sancionada como delito, a menos que se admitiera que ello era así solo cuando la ley la reprimía con una pena. Surge entonces el mentado elemento, establecido desde un principio sólo como comprensivo de los aspectos objetivos o externos del hecho previsto en la descripción legal”.⁵

La acción típica, antijurídica y culpable se le suele considerar el concepto clásico y típico de delito, el cual comenzó su desarrollo a comienzos del Siglo XIX, y cuyo estudio

⁵ Octavio de Toledo, Eduardo y Susana Huerta Tocildo. **Teoría del delito. Derecho penal, parte general.** Pág. 56.

doctrinario va a ser influenciado más tarde por el positivismo científico.

“Es así como, con base en el método analítico positivo, se llega a distinguir y separar claramente los mencionados elementos del hecho delictivo, estableciendo sus contenidos del siguiente modo: La acción, concepto ontológico base de los demás, era de carácter descriptivo, naturalista y causal (por lo que se denominó causalistas a los impulsores de esa teoría de la acción o criterio, cuya concepción vendría a determinar los restantes elementos de aquel). Es decir, se entendía la acción como impulso de la voluntad, generadora de un movimiento corporal que supone la causación de un resultado, por lo que puede decirse que se trataba de una visión fundamentalmente objetiva, donde lo que destaca es el aspecto causal de las modificaciones o cambios en el mundo exterior que provienen de aquella, sin que se detenga a examinar el contenido propio de la citada voluntad (esto es, sin que interesara en este primer nivel qué fue lo que se propuso el sujeto, o el fin que lo llevó a realizarla)”⁶.

El tipo y por ende la tipicidad, conocida como la acción típica, también tiene un carácter objetivo, pues sólo comprende los elementos externos u objetivos del hecho previsto en la descripción legal, que por lo común son los únicos que aparecen expresados en la norma. De esa manera quedaban fuera del tipo todas las circunstancias subjetivas o internas del delito, por ejemplo el conocimiento, las intenciones, móviles, el descuido o la actitud interna del sujeto activo en la acción, las que pertenecían a la culpabilidad.

Por otra parte, la tipicidad tiene un carácter descriptivo y no valorativo, ya que se afirma

⁶ **Ibíd.** Pág. 57.

que el hecho simple de que una conducta esté descrita en la Ley Penal no implica todavía una valoración negativa ni positiva, sino neutra.

Para el positivismo la antijuridicidad es un elemento objetivo, valorativo y formal, pues sólo se enjuicia la parte externa del hecho, por lo cual lo antijurídico o contrario a derecho consiste en modificar o perturbar un estado o situación jurídica valiosa, y aunque se hace una valoración negativa de la acción, lo valorativo recae sobre lo objetivo, ya que lo que se valora negativamente de la conducta son los resultados externos o indeseables jurídicamente.

Como consecuencia de esta reflexión, se considera que es en la culpabilidad donde se sitúan todos los aspectos subjetivos del delito. Al igual que en la acción se hace referencia a un nexo causal material entre el movimiento y el resultado, en la culpabilidad se da la relación o el nexo psicológico e inmaterial, entre el autor y el hecho, lo cual da lugar a las formas de culpabilidad que reiteradamente mantuvo la anterior doctrina, sustentadora de este concepto: el dolo y la culpa.

El nexo psíquico que une al sujeto activo con el hecho, es la plena voluntad de querer que se produzca el resultado que esta persona espera que se dé con la realización del acto e incluso se nota la atención, porque el sujeto activo conoce lo que hace y quiere que se produzca; por lo que, en el caso de la culpa, resulta más difícil encontrar dicho nexo, los pensadores y seguidores del positivismo jurídico lo ven en que la persona quiso la acción en sí, o en que conoce o podía conocer la producción del hecho típico.

Cabe advertir que como presupuesto de la culpabilidad, los positivistas exigen la imputabilidad, es decir, la capacidad individual bajo condiciones de madurez y normalidad psíquica, así como otras circunstancias subjetivas del agente tales como propósitos, fines específicos, condiciones particulares y otros, las que pueden graduar o excluir la culpabilidad.

“La línea divisoria más relevante para el concepto clásico del delito se da entre la parte objetiva (acción, tipicidad y antijuridicidad) y la parte subjetiva (la culpabilidad). Sin embargo, ello no satisfacía completamente a quienes se ubicaron bajo el dominio, en el campo jurídico, de la filosofía neokantiana, de modo más particular en el área del derecho penal influenciada por la filosofía de los valores de la llamada escuela sudoccidental alemana, que había abandonado el enfoque naturalista del positivismo científico. Con el surgimiento de esta nueva corriente se da énfasis a lo normativo y axiológico, diferenciándose de esta manera -entre otros aspectos- de las llamadas ciencias del espíritu (a las que pertenece el derecho) en el objeto y método que se emplea por las ciencias naturales (ya no va a ser, por ejemplo, el método empírico y de observación de estas últimas el que se va a utilizar, sino que lo esencial es de querer aprehender, entender y valorar significados y sentidos, aplicando las valoraciones a las obras y situaciones humanas)”.⁷

La anterior característica es asumida como la fundamental por la concepción neoclásica del delito, dando lugar a que sus elementos se configuren en mayor o menor medida con el enfoque normativo-valorativo, no siendo estos tan trascendentes que se separen

⁷ Quinteros Olivares, Gonzalo. **Derecho penal, parte general**. Pág. 46.

de modo tajante los elementos objetivos y subjetivos, pues se admiten que ellos puedan entrecruzarse.

Para los neoclásicos, el elemento acción se mantiene en el concepto tradicional, aunque despojado de su carácter naturalista y entendido de modo más amplio; a partir de lo cual se define ahora como conducta humana (o comportamiento), externa y dependiente de la voluntad hacia el exterior. La acción ya no es el simple movimiento corporal, limitada a la conducta activa con olvido de la pasiva, donde encajan los delitos de omisión.

Los neoclásicos siguen manteniendo un concepto causal, donde todavía no interesa el contenido propiamente dicho de la voluntad, sino que lo fundamental es el aspecto externo del comportamiento del sujeto y aunque se acepta que la conducta pueda ser activa o pasiva, lo habitual será la primera con la causación de un resultado, en tanto que para la pasiva se señala la provocación de un resultado con su inactividad, que consiste precisamente en la no modificación del mundo exterior cuando así se requería.

“Poco después surge un nuevo concepto de la acción con un enfoque valorativo más destacado, concibiendo a aquella como un comportamiento humano socialmente relevante, lo que en varios autores apareció unido a la exigencia de imputación objetiva del resultado, de modo que negaban ya la cualidad de acción a la causación de un resultado que no sea jurídicamente imputable al acto; junto a esta posición se desarrollaba la concepción del tipo como ratio essendi de la antijuridicidad que se concibe al tipo con el carácter esencial y naturalmente valorativo, según la cual la

tipicidad no es un mero indicio, sino que implica ya la antijuridicidad”.⁸

Con estos agregados teóricos, el tipo ya no es un elemento puramente descriptivo y valorativamente neutro, sino que tiene como mínimo un carácter mixto, pues se reconoce en primer término que comprende en muchos casos elementos normativos, aunque su función es meramente indiciaria de la antijuridicidad, es admisible que un indicio de desvalor no sea algo puramente neutro.

Por otro lado, la concepción neoclásica considera que el tipo se sigue concibiendo como categoría predominantemente objetiva, pero no de modo exclusivo, puesto que se descubre que en algunos delitos pueden existir elementos subjetivos del tipo que son ánimos o fines específicos distintos del dolo, a partir de lo cual la antijuridicidad se observa con mayor o total vinculación a la tipicidad como mera comprobación lógica de la contrariedad con las normas jurídicas, con lo cual se comienza a utilizar un concepto material de ella, como dañosidad o nocividad social de la conducta.

Esta postura neoclásica también considera que en la culpabilidad se produce un cambio significativo, pues abandona la concepción psicológica y se sustituye por el llamado concepto normativo, según el cual aquella se entiende como reprochabilidad o conjunto de condiciones que permiten formular un juicio de reproche al sujeto por su conducta negativa y porque la misma es causa de efectos dañinos para la sociedad.

Posteriormente, y a mediados del Siglo XX, fue cuando surgió la doctrina finalista quien

⁸ Quinteros. **Ob. Cit.** Pág. 50.

aporta la propuesta de estructura compleja del tipo.

“Uno de los cambios más profundos para la Teoría del Delito fue producida por la denominada corriente finalista de la acción, especialmente al término de los años 40 y hasta la década de los 60, pese a que sus inicios pueden remontarse con Welzel a los años 30, coincidiendo con los orígenes de la teoría social de acción, y con el auge del derecho penal de autor”. El finalismo supera los conceptos causalistas anteriores y concibe la acción atendiendo su principal aspecto subjetivo: El contenido de la voluntad, que radica precisamente en su propósito o fin, ya que esto es lo que distingue la conducta humana de los fenómenos naturales. Tal punto de vista implica que como los posteriores elementos del delito (tipicidad y antijuridicidad) van referidos a la acción, tengan que ser calificativos o predicados que afectan no sólo a la parte externa de la conducta, sino también al elemento que fundamenta aquella, es decir, su finalidad. Al principio en los delitos culposos, Welzel seguía entendiendo que tanto la tipicidad como la antijuridicidad recaían de modo exclusivo sobre la parte externa de la acción (sobre la causación de los resultados desvalorados, ya que la finalidad resultaba jurídicamente irrelevante). Sin embargo, luego modificó su posición, para sostener que en tales hechos también es esencial para el injusto típico otro elemento subjetivo de la acción, diferente de la finalidad, que es la falta de deber de cuidado (o el carácter descuidado en la realización del hecho). Es así como tanto el tipo como la antijuridicidad se subjetivizan, dejando de ser elementos predominante o exclusivamente objetivos, para pasar a tener carácter mixto: El tipo se concibe con un aspecto objetivo (que es la manifestación de voluntad en el mundo físico requerida por el tipo) y un aspecto subjetivo (que es el aspecto interno, la voluntad propiamente dicha, manifestada en el

dolo); así pues, se estructura la concepción compleja del tipo penal, dejando más atrás el tipo simple o unitario que sólo contemplaba en sí el aspecto externo del acto realizado y calificado como acto delictivo al ser ejecutado.

La antijuridicidad igualmente implica un juicio valorativo, aunque se trata de un juicio de contrariedad con la norma objetiva de valoración, sin que suponga todavía un vejamen a la norma subjetiva de determinación, lo cual se examina en la culpabilidad”.⁹

Cuando los finalistas trasladan el dolo y la culpa al tipo, se produce un replanteamiento de este último elemento, aunque manteniendo la concepción normativa que la señala como reprochabilidad. Dicha corriente la despoja de elementos valorativos neutros y le deja sólo aquellos auténticamente relevantes para el juicio de reproche individual.

Esta posición teórica, avalada por un sector mayoritario de la doctrina por ser la más coherente y admisible, supera la idea tradicional del llamado dolo culpable, compuesto del conocimiento y voluntad de realizar la parte objetiva del tipo, además de la conciencia de la antijuridicidad, ya que se concibe como requisito de la culpabilidad plena y lo sustituye por el concepto de dolo natural, el cual es ubicado en el tipo de injusto que podría tener perfectamente un demente o un niño que esté en error de prohibición, independientemente de que luego su conducta sea inculpable.

“Ahora bien los máximos exponentes del finalismo se inclinan hacia la sustentación de una teoría estricta que es el de la teoría de la culpabilidad, frente a la cual surge la

⁹ Quinteros. **Ob. Cit.** Pág. 58

llamada teoría limitada de la culpabilidad, que viene a ser la necesaria complementación de la teoría de los elementos negativos del tipo, presentando ambos enfoques distintos en áreas sensibles del último nivel de análisis del delito, en particular en lo que refiere el error en las causas de justificación o justificación putativa”.¹⁰

Uno de los temas que ha sido objeto de diversas controversias dentro de la teoría del delito, es sin duda alguna el de la culpabilidad. Este elemento ha sufrido modificaciones en su concepción, pasando desde una tesis psicológica, en donde la culpabilidad es entendida como una relación psíquica, sin contemplar el aspecto valorativo, lo que significa que el dolo es parte integrante suya; hasta llegar a una tesis eminentemente normativa, entendiendo a la culpabilidad como un juicio de reproche que supone la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad de la conducta y que el ámbito de autodeterminación del sujeto haya tenido cierta amplitud.

Desde luego, cabe advertir que ciertos sectores de la doctrina han desarrollado otros conceptos de culpabilidad que no necesariamente siguen las pautas establecidas para su tradicional análisis, y en determinados casos, incluso pretendiendo formularlo desde una óptica diferente, o al menos desde una perspectiva orientada hacia criterios que no suelen ser tan conocidos. Aunque dichas posturas no han alcanzado apoyo mayoritario, resulta de interés mencionar algunas de ellas ya que mantienen importantes críticas del concepto comúnmente aceptado, o aún podrían servir como complementos de éste en lo que así pudiera considerarse.

¹⁰ Busto Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal español**. Pág. 165.

De lo anterior se desprende la denominada co-culpabilidad, en donde todo sujeto actúa en una circunstancia dada y con un ámbito de autodeterminación también dado, condicionados por causas sociales que no se le pueden cargar al momento de establecer el juicio de reproche, lo cual quiere decir que para graduar la pena se toman en cuenta las necesidades o dificultades que tiene que superar el individuo implicado en el acto para ganarse el sustento propio de cada día para él y su núcleo familiar.

Asimismo, surge la tesis de la culpabilidad fundamentada en la teoría del fin de la pena, que sostiene que aquella puede apoyarse como un puro criterio político, a partir de la finalidad de la pena, lo que significa que si no hay posibilidad de evitar el injusto, carece de sentido sancionarlo; sin embargo, el principal obstáculo a esta tesis radica en que invierte el planteamiento general de la cuestión, según el cual debe conocerse si hay delito para saber si debe aplicar una pena y no a la inversa.

“Otra teoría es la llamada teoría atribuidad, planteada por Maurach y Bacigalupo, según la cual debe distinguirse entre los que es exigencia conforme a un término medio, que fundaría una responsabilidad por el hecho, y la exigencia conforme a pautas individualizadas, que daría lugar a la culpabilidad como juicio de reproche individualizado, por lo que culpabilidad y responsabilidad serían así, dos estadios de una más general atribuidad del injusto. La objeción más relevante ante esta propuesta es que complica de forma innecesaria el contenido de la culpabilidad”.¹¹

Un criterio interesante, aunque polémico es aquel que sostiene de que existe verdadera

¹¹ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Aran. **Derecho penal, parte general**. Pág. 500.

inculpabilidad en los supuestos en que no hay posibilidad exigible de comprender la antijuridicidad de la conducta, mientras que en los casos en que opera una simple reducción del ámbito de autodeterminación del sujeto lo que hay no es inculpabilidad, sino una causa de exclusión de la pena fundada en la escasa culpabilidad; tal distingo lleva al estado de necesidad inculpante y otros presupuestos a la posición degradada de causas de exclusión de la pena, en razón de que la posibilidad de actuar de otro modo no se halla del todo excluida.

“Puede decirse que la culpabilidad normativa fue tomada de Aristóteles, pese a separarse de su aspecto meramente moral y ético para referirlo al área específica del derecho penal. El criterio dominante considera que la culpabilidad debe estimarse como juicio de reproche (reprochabilidad), en el cual al sujeto le haya sido exigible la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta y que las circunstancias en que actuó no le hayan reducido su ámbito de autodeterminación por debajo de un umbral mínimo. Por otra parte, las teorías que ubican el dolo y la culpa en la culpabilidad (causalistas) no siempre exigieron que el primero (dolo culpable) tuviese una efectiva conciencia de la antijuridicidad, sino que hubo algunas que a lado del dolo -pero fuera de él- ubicaron el requisito de la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad, entendiendo como conocimiento potencial o posibilidad de conocimiento. Esta tesitura era más coherente y se mantiene cuando el dolo se elimina de la culpabilidad para trasladarlo al tipo, constituyendo la llamada teoría estricta de la culpabilidad (que aparece actualmente como la de mayor aceptación)”.¹²

¹² **Ibíd.** Pág. 501.

Como respuesta a la postura anterior, surge entonces la denominada teoría limitada o teoría restringida de la culpabilidad, como lógica contemplación de quienes siguen la teoría de los elementos negativos del tipo, según la cual, las causas de justificación son causas de atipicidad, siendo que la tipicidad comprende la ausencia de causas de justificación.

“Así pues, de acuerdo con dicha posición, la consciencia de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad, pero cuando depende del conocimiento de la falta de situación de justificación se ubica en la tipicidad (dolo), mientras que en la primera (teoría estricta) la posibilidad de comprensión del injusto (conocimiento potencial) se haya en la culpabilidad, permaneciendo ajeno al dolo, sea que éste se encuentre en el tipo (estructura finalista) o en la culpabilidad (estructura causalista)”.¹³

Es de tomar en cuenta que en esencia, al comportamiento humano es la base de la teoría del delito, pues si no existe el mismo no hay ilicitud, pues el fenómeno delictual tiene que estar acompañado por una acción u omisión humana.

Lo anterior permite establecer que el deber jurídico es la expresión del sometimiento del sujeto a una voluntad superior del estado que se dirige hacia una conducta humana, descrita de forma general y abstracta en la mayoría de los casos, la misma viene de esta forma determinada y supeditada al imperio de esa voluntad superior, desprendiéndose, por tanto, el imperativo de la norma sobre la voluntad individual; a partir de ello, se entiende que el ordenamiento jurídico penal es un complejo de

¹³ **Ibíd.** Pág. 502.

imperativos. A su vez, el vínculo de la determinación de la conducta y la norma se establece externamente a través del mandato, que representa la imposición del deber de actuar positivo y la prohibición, que constituye la prescripción negativa de la conducta del ser humano dirigida a la abstención de un determinado comportamiento.

“Los mandatos y las prohibiciones del derecho no siempre aparecen expresados de una forma clara y manifiesta, sino que se desprenden indirectamente de las consecuencias de la aplicación de la norma, como es el caso de las disposiciones privativas de derechos. El imperativismo explica, en su versión más ortodoxa, el ordenamiento jurídico como un conjunto de mandatos y prohibiciones. Se admiten, claro está, disposiciones que no son ni preceptos ni interdicciones, pero, como ha señalado Bustos, estas otras reglas que no son imperativos tienen por función crear los presupuestos para el surgimiento o desaparición de un imperativo o bien para anularlo total o parcialmente”.¹⁴

El planteamiento anterior de alguna manera afecta al aspecto funcional que se otorga al derecho penal, porque desde una concepción imperativa de la norma, el fin que pretende el sistema jurídico-punitivo es dirigir la voluntad del individuo en el sentido de obrar conforme a derecho con anterioridad a la comisión de una acción.

"Es claro que todos los imperativos tienen una determinada validez, a la que se dirigen, pues éstos, de hecho, no quieren ser otra cosa más que la expresión de una voluntad,

¹⁴ Borja Jiménez, Emiliano. **Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del derecho penal.** Pág. 32.

que dirige su aguijón o no al menos contra el mero sometido, sino esencialmente contra otro y siempre de alguna forma contra alguien determinado. Como ha señalado Mir Puig, la consecuencia dogmática más importante de la concepción imperativa de la norma penal es la necesidad de incluir en el centro del injusto el momento subjetivo de lo que es la acción de desobediencia: El dolo, pues éste representa la negación acabada del imperativo de la norma: la voluntad negadora de la prohibición o mandato expresado por la norma”.¹⁵

La antijuridicidad, por tanto, se contempla desde parámetros subjetivos porque el centro de la contradicción a la norma no es ya la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico impersonalmente considerado, sino la voluntad rebelde que no se somete al precepto. Esta formulación original de la norma como imperativo encontró algunas dificultades en el desarrollo de la teoría del delito, entre las que cabe destacar la apenas diferenciación entre injusto y culpabilidad o la ausencia de consecuencia jurídica alguna para los hechos ilícitos cometidos por incapaces.

“En efecto, la mera y gran distinción entre injusto y culpabilidad sí se hace difícil cuando la antijuridicidad se fundamenta en la actitud de rebeldía y desobediencia del sujeto a la norma, de carácter eminentemente subjetivo. De otro lado, en la medida en que la norma jurídica es concebida en esta primera época como mandato o prohibición dirigido a todos los ciudadanos, sólo pueden transgredirla sus auténticos destinatarios, esto es, aquéllos que pueden comprender la prohibición y el mandato, es decir, los individuos que tienen capacidad de acción. Se tenía que llegar a la poca convincente conclusión

¹⁵ Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malareé, Hernán. **Nuevo sistema de derecho penal**. Pág. 23.

de que los inimputables no podían cometer actos antijurídicos si no que lo que ellos cometían eran simples transgresiones a la norma. Esta vez, los problemas que planteaba mantener una coherente sistematización de la estructura del delito, junto con el hecho de la distinta tarea que se pretendía asignar al propio derecho penal, actuaron juntamente como las predilectas de la norma sustantiva y como evidentes causas relevantes en la variación del rumbo seguido en la configuración de la esencia de la norma penal".¹⁶

El cambio de orientación, se produce también en el mismo aspecto funcional del derecho penal, porque a finales del siglo pasado y comienzos del presente el punto de vista respecto del fin que persigue se modifica y se dirige a la protección de la sociedad a través de la protección de los bienes jurídicos, obligando así a los teóricos juristas a buscar un concepto de norma que otorgase preeminencia al aspecto objetivo de la lesión de intereses relevantes para la colectividad.

Aparece así una más nítida distinción entre antijuridicidad y culpabilidad: La primera, como juicio objetivo y despersonalizado de desvalor del hecho; la segunda, como juicio de desvalor de la personalidad del autor, resaltando la nueva concepción el aspecto valorativo en la forma de aprehender la realidad. Es precisamente este cambio de perspectiva en los fundamentos de la teoría del delito el que ahora abona el campo del que naciese una nueva concepción de la norma penal más acorde con las modificaciones estructurales en la sistemática del derecho penal. La concepción de la norma penal es ahora deducida del modelo teórico derivado de la estructura del delito.

¹⁶ **Ibíd.** Pág. 24.

El deber jurídico aparece como imperativo que obliga a todos, imputables e inimputables, conduce, a su vez, a una norma que se dirige al individuo en particular, a su conducta interna, para que determine su comportamiento externo conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico, existiendo una relación en donde la causa del resultado fundamenta al injusto objetivo, mientras que lo subjetivo se dirige a la determinación de la conducta del individuo en favor del cumplimiento de la legalidad o bien, en ausencia de ello, fundamenta la culpabilidad.

La formulación de la doble función de la norma penal, tras estos precedentes, encuentra una primera completa elaboración con Mezger. El citado autor alemán, en su intento de encontrar una nítida distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, establece un concepto del injusto netamente diferente al propugnado en su día por Thon o Hold Von Ferneck. "Injusto es, por tanto, todo aquello que se encuentra en contradicción con la voluntad del ordenamiento jurídico, no sólo el menoscabo de sus mandatos y prohibiciones, sino también toda organización de las conductas externas, que se oponen a sus principios reconocibles. Antijurídico es, por tanto, no sólo el culpable, sino el también inculpable ataque de los inimputables a los bienes jurídicos".¹⁷

A nivel general, el derecho penal se concibe como un orden objetivo de la vida, mientras que el injusto como la lesión de ese orden objetivo, por lo que no es imaginable la existencia de la determinación sin la valoración, pues esto último es presupuesto lógico e incondicional de aquella.

¹⁷ **Ibíd.** Pág. 27.

Si alguien quiere determinar algo, tiene que saber con anterioridad lo que quiere determinar, tiene que valorar algo en un determinado sentido positivo o no. Un prius lógico del derecho como una norma de determinación es sobre todo norma de valoración, como orden objetivo de la vida, lo cual permite evaluar la evolución de la norma penal como imperativo, así como su función valorativa y determinativa.

Se podrían poner más ejemplos con relación a la conexión existente entre función del derecho penal, método de investigación, norma penal y estructura del delito. Sin embargo, me voy a limitar a exponer brevemente las tesis del funcionalismo psicológico de Gimbernat, en su versión original, como una representación de esta vinculación interna entre los presupuestos señalados. La pretensión del autor se dirige a buscar un criterio de racionalidad que explique de forma lógica las diferentes instituciones que estructuran el sistema de derecho penal. Se pretende así abandonar todo vestigio ético o moral en los conceptos o presupuestos de ese sistema de derecho penal. De ahí que se parta de un entendimiento psicoanalítico de las relaciones sociales, que explicaría el seguimiento de las reglas jurídicas merced a la inhibición psicológica que produce la amenaza de la sanción correspondiente para el caso de que el ciudadano las infrinja.

Si así es como funciona el comportamiento del individuo en relación con el respeto a las normas de convivencia social, los fines que persigue el derecho penal deben ir encauzados a reforzar el carácter inhibitorio de una prohibición, crear y mantener en los ciudadanos unos controles que han de ser más rigurosos cuanto mayor sea la nocividad social de un comportamiento.

CAPÍTULO II

2. Los delitos de lesa humanidad

Los delitos catalogados de lesa humanidad son una abstracción creada por el derecho internacional para calificar a aquellos delitos por tal brutalidad y magnitud, que alcanzan a vulnerar los valores fundamentales de convivencia, dignidad humana y civilizada de la comunidad internacional. El fundamento teórico contextual del crimen conocido de lesa humanidad es el concepto básico y central de los derechos humanos y la tipificación de su violación.

Los delitos de lesa humanidad son la máxima creación del derecho internacional, a través de su variante penal. Estas construcciones, en principio de carácter académico y doctrinal, progresivamente se han enraizado en la dinámica internacional, a medida que los Estados han venido abrazando sus conceptos dentro de los tratados llegando incluso, en tiempos recientes, a la creación de una jurisdicción penal internacional que pueda juzgarlos.

Estos delitos en términos generales, han tenido como propósito la penalización dentro de la esfera universal, de cierto tipo de conductas que puedan ser perseguidas por distintas jurisdicciones, bien sea nacionales o internacionales, con el objeto de evitar su impunidad.

“La idea fundamental que sustenta estos delitos perseguidos en el ámbito internacional

reside en la creación de una jurisdicción internacional, que permite a un Estado perseguir al culpable fuera de su jurisdicción nacional, pero al mismo tiempo facilitar a otro Estado socio en el tratado perseguirlo en su territorio, evitando así la impunidad que caracterizó una buena parte de estos delitos en el Siglo XX, fundamentada en la importancia política del o los personajes que cometen los delitos, así como la situación interna que rodea la comisión de dichos delitos, entre otras muchas causas”.¹⁸

Ante este hecho, los países se han visto obligados, debido a las necesidades de la cooperación en esa esfera, a dar más flexibilidad al principio de la territorialidad de la Ley penal, creando para ello tratados y convenios que regulen la persecución penal internacional de estos ilícitos que atenta contra los valores sagrados, contra principios de la civilización que debe ser protegidos como tales: Derechos humanos, coexistencia pacífica de las naciones y otros.

2.1. Definición de crímenes de lesa humanidad

El derecho internacional ha venido estableciendo, consistentemente los extremos de esta institución, siendo los elementos que más destacan los siguientes:

- “a. Son ofensas particularmente odiosas de que van en contra de la dignidad humana y constituyen una grave ofensa, humillación, burla o degradación de los seres humanos.
- b. No son eventos ni actos que se encuentran de maneras aisladas o esporádicas,

¹⁸ Amnistía Internacional. **Tribunales penales internacionales. Manual sobre cooperación de los gobiernos.** Pág. 11.

sino que forman parte de una política deliberada del Estado o práctica sistemática tolerada o condenada por el mismo, sea de facto o electo democráticamente dentro del Estado determinado.

- c. Los crímenes deberán ser perseguidos indistintamente si fueron cometidos en tiempo de guerra o en tiempo de paz.
- d. Las víctimas son fundamentalmente las personas civiles de un Estado determinado”.¹⁹

Ahora bien, es importante destacar el hecho que representan los crímenes de lesa humanidad dentro de un espacio como el que constituye la jurisdicción universal en el derecho internacional público, porque el juzgamiento, por parte de algún estado basándose en la jurisdicción universal, requiere de un texto normativo que lo avale, bien sea de carácter local o internacional o al menos un principio de colaboración y reciprocidad internacional. De esta forma, los Estados, a través de sus respectivas administraciones de justicia, pueden construir una red de justicia que contribuya a la eliminación total, en la medida de lo posible, de la impunidad.

En palabras de Cassese: “El asesinato, el exterminio, la tortura, la persecución política, religioso o racial y otros actos inhumanos, solo pueden ser calificados de actos de lesa humanidad, si son parte de una práctica. Actos inhumanos aislados de esta naturaleza constituyen violaciones a los derechos humanos o dependiendo de las circunstancias crímenes de guerra, pero sin el estigma que representa los delitos de lesa humanidad.

¹⁹ Cassese, Antonio. **Derecho penal internacional**. Pág. 67.

Asimismo, es necesario que la ofensa sea parte de una política sistemática o en un plan de abuso generalizado. En cada caso la jurisprudencia ha refinado los elementos necesarios. En el caso Tadić en el Tribunal de la antigua Yugoslavia, para el delito de persecución se considero necesario que el perpetrador estuviera en cuenta de que su conducta era parte de un ataque generalizado a la población civil. En el caso Kuranac, del mismo Tribunal, se refinaba aún más, haciendo innecesario el conocimiento de los detalles del ataque a un determinado grupo. En otros casos, como las deportaciones o persecuciones, se requería el elemento de negligencia culpable, como fue el caso Hinselmann y otros, en la Segunda Guerra Mundial”.²⁰

De esta manera, se puede observar que la conceptualización de esta categoría de crímenes es sujeta de una gran evolución y normalmente producto de un acuerdo de voluntades de los miembros de la comunidad internacional, para sustraerlo de la esfera eminentemente nacional o doméstica y elevarlos a una categoría que los hace sujetos de una jurisdicción universal, donde cualquier Estado o instancia de carácter supraestatal, que tenga competencia y jurisdicción para juzgar y castigar a los autores o responsables de estos crímenes, pueda perseguirlos.

Según Antonio Cassese, existen varias formas de abordar en la práctica estos delitos:

- a. “Cortes nacionales, las cuales se auto adjudican la capacidad para juzgar a los responsables en la comisión de delitos catalogados de lesa humanidad, debido a la ausencia de una acción eficaz del Estado en la esfera internacional. Algunos importantes casos se han desarrollado en esta línea: Shimoda Case en 1963

²⁰ **Ibíd.** Pág. 68.

(Japón), Caso Eichmeann 1962 (Israel) y algunos casos en las cortes de los Estados Unidos como Letelier, por asesinato político relacionado con Chile, Filigartia, por torturas en Paraguay, Siderman por tortura y discriminación, entre otros delitos cometidos.

- b. Levantamiento de la inmunidad por parte de tribunales nacionales, a los personeros o altos oficiales responsables en el Estado.
- c. Utilización de cláusulas de jurisdicción universal, otorgada por distintos tratados.
- d. Establecimiento de comisiones de verdad y reconciliación.
- e. Establecimiento de cortes penales internacionales.
- f. Juzgamiento por parte de tribunales que conforman sistemas de protección de derechos humanos de carácter regional".²¹

Las anteriores son algunas de las expresiones que el respectivo castigo a estos delitos ha tenido en la práctica internacional. Sin embargo, cada una de estas expresiones ha tenido un grado de eficiencia y resultados en relación con el caso bajo proceso y el momento histórico o político que lo ha rodeado.

No se puede dejar a un lado la profunda y valiosa reflexión de carácter doctrinaria que conllevan estos tipos delictuales, donde se diferencia o se habla del vulneramiento de los valores fundamentales de todo ser humano. Estos delitos por su amplia complejidad y su pertenencia fundamental a los tratados de carácter internacional; sin embargo, los mismos presentan insuficiencias prácticas en orden a solucionar los problemas planteados por hechos de carácter delictuosos objetos de los juicios de actos

²¹ Cassese. **Ob. Cit.** Pág. 69.

ejecutados en cumplimiento de ordenes emanados de las autoridades de caracteres superiores, de ahí que la comprensión del alcance de estos ilícitos haya evolucionado en la práctica internacional por la magnitud de las consecuencias jurídicas negativas que dichos actos conllevan en contra de los civiles del Estado en el cual se ejecuten.

2.2. Evolución de la definición de delitos de lesa humanidad

“El concepto de lesa humanidad, aparece por primera vez en una declaración como consecuencia de la matanza de miles de armenios a manos del Imperio Otomano en 1915. La declaración, firmada por los gobiernos Ruso, Francés y Británico se refería a los crímenes en contra de la humanidad y la civilización. Este concepto aparece luego de discusiones entre los distintos gobiernos, ya que en el borrador original se refería a los crímenes en contra de la cristiandad y la civilización. Y los representantes franceses se opusieron por obvias razones, siendo que el Imperio Otomano profesaba el Islam como religión”.²²

Después de la Primera Guerra Mundial se intentó el castigo individual por los crímenes contra la humanidad en ese conflicto. Sin embargo, solo se contaba para la fecha con declaraciones generales, basadas en consideraciones morales y políticas, más que en efectivos conceptos de derecho, que obviamente hubieran permitido el castigo y consecuentemente la imposición de las penas respectivas a los responsables en la ejecución de dichas actividades delictuales.

²² Fernández de Casadevante Romaní, Carlos. **La interpretación de las normas internacionales**. Pág. 46.

“En particular se considera la Convención de la Haya de 1899 como el gran primer intento por lograr una regulación. Sin embargo, dada su vaguedad e imprecisión, el Káiser Wilhelm II no pudo ser juzgado, en particular por el asilo que le concediera el Gobierno de los Países Bajos. En 1945, bajo una gran insistencia de los Estados Unidos, las potencias aliadas suscribieron el Acuerdo de Londres, y en el mismo se acordó crear la Carta para los Tribunales Militares Internacionales, en el cuerpo de dicha Carta se establecía que serían juzgados y castigados las personas encontradas culpables de crímenes contra la humanidad”.²³

Según este Acuerdo suscrito por las potencias victoriosas, los crímenes de lesa humanidad, pueden definirse como: Asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano en contra de la población civil, antes, después o durante la guerra, o persecuciones basadas en razones raciales, políticas o religiosas en ejecución o como parte de otros crímenes dentro de la jurisdicción de este Tribunal, sean o no una violación de las leyes internas del Estado en que se haya cometido.

Estas definiciones, conocidas como los Principios de Nuremberg, fueron aprobadas de forma unánime por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, otorgándoles de esta manera un gran respaldo y aceptación universal. Estos principios fueron el gran resultado de la evolución del derecho internacional hasta esa fecha.

Posteriormente a la aceptación de estos principios es que fueron incorporados a numerosas legislaciones nacionales y han sido objeto de numerosos estudios.

²³ **Ibíd.** Pág. 47.

La gran evolución en la materia jurisprudencial de estos principios de los Tribunales de Nuremberg y de las jurisdicciones de ordenes nacionales fueron sentando sus diversas e importantes bases de todo un cuerpo normativo y doctrinal que facilitó el establecimiento y residencia y aunado a ello otorgó la competencia respectiva de los Tribunales Especiales de la antigua Yugoslavia, Rwanda y la Corte Penal Internacional.

Según Fernández de Casadevante Romaní “Algunos detalles comunes a todos los tribunales que han sido creados por los Estados, bien sea a través de tratados multilaterales o como expresión de la Comunidad Internacional reunida en la Organización Internacional de las Naciones Unidas. Cada uno de los tribunales: Nuremberg, Tokio, Antigua Yugoslavia, Rwanda o Sierra Leona, han contenido un mandato específico para cada uno. Según el caso, este ha sido dentro del territorio de un determinado estado, en un plazo temporal prefijado o para ciertos y determinados delitos, acordados por la comunidad internacional de manera previa en el instrumento internacional que sirve de base para su creación”.²⁴

Por el contrario, la creación de la Corte Penal Internacional, que tiene en su tratado de creación conocido como el Estatuto de Roma, define como una de sus atribuciones la persecución de delitos de lesa humanidad, entre otros delitos de mayor importancia para la comunidad internacional, tiene un amplio mandato, solo limitado por el texto del Estatuto, la aceptación por parte de los Estados miembros y la fecha en que asumieron ese compromiso. Por lo cual se convierte en un antecedente único en la historia del derecho internacional.

²⁴ **Ibíd.** Pág. 48

Otro elemento importante en la ampliación del significado y la clasificación de los delitos de lesa humanidad. Desde principios y hasta finales de la década de los 70 del Siglo XX, estos ilícitos se entendían cometidos desde el Estado. Es decir, que cuando desde el Estado se mata o se tortura, se cometen este tipo de delitos que no prescriben. Pero cuando este delito era cometido por los grupos guerrilleros o insurgentes no recibían esta tipificación; sin embargo, un fallo del Procurador de la Corte Internacional de Derechos Humanos de la Haya, el señor Carlos Moreno Ocampo, ha declarado que todos los asesinatos masivos, son delitos de lesa humanidad, por lo que en la actualidad no importa quien cometa este acto ilegal, será considerado de lesa humanidad, por el sujeto pasivo y no por el activo.

Según palabras de dicho procurador: “Un crimen de lesa humanidad es un ataque sistemático y organizado contra la población civil. Si pudiera probarse que grupos guerrilleros realizan esos crímenes, podría afirmarse que cometen crímenes de lesa humanidad. En el Estatuto de Roma no hay nada que exija que sólo el Estado pueda cometer tales crímenes. En cualquier país, si se probara que una guerrilla produjo ataques masivos y sistemáticos contra la población civil, estamos ante crímenes de lesa humanidad”.²⁵

En esta línea de interpretación se encuentra la definición de crímenes contra la humanidad o crímenes de lesa humanidad, expresada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional comprende las conductas tipificadas como asesinato, exterminio, deportación, tortura, violación, desaparición forzada, ejecuciones

²⁵ Moreno Ocampo, Carlos. **Resolución de la corte internacional de derechos humanos de la Haya**. Pág. 6.

extrajudiciales, secuestro o cualquier otro acto inhumano que cause graves sufrimientos o atente contra la salud mental o física de quien lo sufre. La única condición que define a estos crímenes es que dichas conductas se cometan como parte de un ataque eminentemente de carácter generalizado o de manera evidentemente sistemático contra una población civil y con el pleno conocimiento que dicho ataque constituye un acto degradante, que constituye el menosprecio y humillación contra la vida humana.

Este tipo de delito, no sólo lo comete un Estado, sino también una organización política. Por lo tanto, aquellos crímenes tales como atentados, secuestros, torturas o asesinatos cometidos por una organización terrorista o guerrillera también pueden ser encuadrados como crímenes de lesa humanidad. La palabra lesa significa agraviado, lastimado, ofendido. Por ello, estos tipos de crímenes son de una naturaleza aberrante, que ofende, agravia e injuria a la humanidad en su conjunto. Se trata de delitos que no prescriben, en razón de su gravedad. Es decir, que quienes los cometen, pueden ser perseguidos en todo momento.

El genocidio o asesinato de masas es un delito internacional, clasificado dentro del género de crímenes contra la humanidad. Se trata de cualquiera de los actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Estos actos comprenden la muerte y lesión a la integridad física o moral de los miembros del grupo, el exterminio o la adopción de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el grupo.

Carlos Moreno Ocampo informa que: “La palabra o termino genocidio fue creada por

Raphael Lemkin en 1944, utilizando las raíces genos (del griego familia, tribu o raza) y cidio (del latín cidere, matar). Lemkin quería referirse con este término a las matanzas por motivos raciales, nacionales o religiosos. Su estudio se basó en el genocidio perpetrado contra el pueblo armenio en 1915. No sólo definió este tipo de crímenes aberrantes, sino que se preocupó por que las normas internacionales lo prohíban. El Acuerdo o Carta de Londres de 8 de agosto de 1945, que estableció el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, definió como crímenes contra la humanidad el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano contra la población civil, o persecución por motivos religiosos, raciales o políticos, cuando dichos actos o persecuciones se hacen en conexión con cualquier crimen contra la paz o en cualquier crimen de guerra”.²⁶

Existe una comprensión popularizada de los derechos humanos, común en el lenguaje coloquial, que los entiende como una exigibilidad ética que debe ser respetada y satisfecha por cualquier otro ser humano, y que se sitúa en el campo de las relaciones entre personas; sin embargo, si el término se enfoca desde lo jurídico, en un lenguaje más técnico, se entiende como una exigibilidad operativa que emana de la fuerza vinculante que liga a una estructura garante con la operatividad de esa exigencia, entonces los derechos humanos solo pueden situarse, con propiedad, en el campo de relaciones entre los ciudadanos y su Estado.

En efecto, el único principio que hoy en día se acepta como legítimamente del poder del Estado, es su carácter de estructura garantizadora de los derechos iguales de todos los

²⁶ Moreno. **Ob. Cit.** Pág. 7.

ciudadanos que representa. Esto explica que al Estado se le reconozca el derecho de crear Códigos Penales, sistemas judiciales, policiales y penitenciarios, para que pueda arbitrar, evitar y corregir las agresiones de unos ciudadanos contra otros, dentro de un marco jurídico que son los derechos ciudadanos. Pero cuando es el Estado mismo el que se convierte en agresor de sus ciudadanos, éstos quedarían absolutamente desprotegidos. De allí que la tradición jurídica universal reconoció desde tiempos remotos un área de derechos superiores al Estado, los cuales se reivindican, no ya en calidad de ciudadanos del Estado, sino en calidad de seres humanos, derechos que el Estado tiene la obligación de garantizar, no solo para legitimarse ante sus propios ciudadanos sino ante la comunidad internacional.

Esto toma expresión jurídica cuando los estados suscriben los convenios internacionales de derechos humanos y se vinculan de forma jurídica con su cumplimiento ante la comunidad internacional.

“Por eso la expresión derechos humanos, en contraposición a la de derechos ciudadanos, se reservó para designar esa área de defensa de los ciudadanos, en cuanto seres humanos, ante un eventual Estado-agresor, área que vincula al Estado por encima de su derecho interno, y que al ser transgredida deslegitima al mismo Estado y legitima ipso facto la intervención de la comunidad internacional, que de alguna u otra manera se traduce la solidaridad de especie de los humanos para salvar o salvaguardar de sus atributos esenciales”.²⁷

²⁷ Bos, Adriaan. **Algunas reflexiones sobre la relación entre derecho internacional humanitario y los derechos humanos a la luz de la vigencia del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.** Pág. 3.

Cualquier mirada que se dé a la historia de las formulaciones de los derechos humanos, a través de las cartas o declaraciones de derechos, de alcance nacional o internacional, se comprueba que éstas constituyeron siempre conquistas de los pueblos y sectores oprimidos y victimizados frente a los abusos de las estructuras de poder. De acuerdo a este marco de ideas, la manera más auténtica, consistente, ágil y coherente con los principios filosóficos, jurídicos, políticos, históricos y operativos sustentables, es de continuar considerando los derechos humanos como una reserva jurídica de defensa de los ciudadanos, en cuanto seres humanos, frente al poder estatal, legitimada y operativamente protegida, apoyada y defendida por la comunidad internacional.

“Sobre este mismo fundamento filosófico-jurídico se construye el concepto de crimen de lesa humanidad. Como lo anota en una de sus sentencias el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: El término Crimen de Lesa Humanidad fue utilizado, en sentido no técnico, desde 1915 y en declaraciones posteriores a la Primera Guerra Mundial, pero la primera vez que se usó técnicamente, como concepto independiente, fue en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Nuremberg que enjuicio a los criminales nazis después de la Segunda Guerra Mundial. Lo que motivó a echar mano de esta categoría fue la insuficiencia de la categoría Crimen de Guerra, que no podía aplicarse sino a actos que afectaran a combatientes enemigos, dejando por fuera los crímenes cuyas víctimas eran del mismo país, o de Estados aliados, o apátridas. Por esto, la introducción del concepto de Crimen de Lesa Humanidad respondió a la insuficiencia del concepto tradicional de Crimen de Guerra y se introdujo como una ampliación del mismo. El Tribunal de Nuremberg se limitó a justicia diciendo:

Desde el comienzo de la Guerra de 1939 fueron cometidos Crímenes de Guerra a gran escala que eran también Crímenes de Lesa Humanidad; de allí que en el Artículo 6 del Estatuto, el Crimen de Lesa Humanidad se concibe siempre en conexión con algún crimen contra la paz o en conexión algún crimen de guerra”.²⁸

La más acabada definición que surge de toda esta coyuntura histórica, es la contenida en el proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1954, que define así el crimen de lesa humanidad de la siguiente manera: “Son los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia”.²⁹

El Artículo 18 del proyecto del Estatuto del Tribunal Penal Internacional regula que: Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes:

- a) Asesinato.
- b) Exterminio.
- c) Tortura.
- d) Sujeción a la esclavitud.

²⁸ Bos. Ob. Cit. Pág. 5.

²⁹ Chávez, Luis Fernando. **Lesas humanidad**. Pág. 21.

- e) Persecución por motivos políticos.
- f) Discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos que suponga la violación de los derechos y libertades fundamentales y entrañe graves desventajas para una parte de la población.
- g) Deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario.
- h) Encarcelamiento arbitrario.
- i) Desaparición forzada de personas.
- j) Violación, prostitución forzada y otras formas de abuso sexual.
- k) Otros actos inhumanos que menoscaben gravemente la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves.
- l) Deportación o traslado forzoso de población.
- m) Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional.
- n) Esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.
- ñ) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, sexuales u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.
- o) Desaparición forzada de personas.
- p) El crimen de apartheid.
- q) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental.

En algunos aspectos, estas definiciones ya avanzan sobre la de los años de 1954 en la que la enumeración de algunas conductas, como la desaparición forzada o a la de desplazamiento forzado y ya dentro de un mismo estado, cuya práctica es más reciente, esto determina ya que por conformar parte de los delitos de lesa humanidad, el genocidio no prescribe, porque el mismo es una negación del derecho a la existencia a grupos humanos enteros y no a un pequeño grupo de una sociedad.

CAPÍTULO III

3. Tratados y convenciones contra los delitos de lesa humanidad

La necesidad de proteger a los individuos frente a actos que son contrarios a las más elementales normas de convivencia civilizada de la humanidad, se ha manifestado en la búsqueda y elaboración de conceptos jurídicos y de mecanismos que permitieran enfrentar las formas más crueles y despiadadas contra el ser humano.

En esta búsqueda de la humanidad de amparar a los individuos contra actos contrarios a la moral de la humanidad, fue emergiendo la noción de crímenes de derecho de gentes, más particularmente de crimen de lesa humanidad; asimismo, fue naciendo la idea de que estos actos deben ser objeto de justicia por parte del concierto de la comunidad internacional.

Estos delitos encuentran su fundamentación jurídica en la Resolución 3 (I), Sobre Extradición y Castigo de los Crímenes de Guerra de 13 de febrero de 1946; la Resolución 95 (I), sobre la Confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg de 11 de diciembre de 1946; la Resolución 96 (I) Sobre el Crimen de Genocidio de 11 de diciembre de 1946; la Resolución 170 (II) Sobre Extradición de Criminales de Guerra y Traidores del 31 de octubre de 1947; y la Resolución 180 (II) Sobre Proyecto de Convención Sobre el Genocidio de 21 de noviembre de 1947, todas aprobadas por la Asamblea General de la Organización de la Naciones Unidas.

Mención específica merece la Convención Contra el Genocidio del 10 de diciembre de 1948, que recoge una norma consuetudinaria que ya existía, codificándose como Resolución 260 A (III) Sobre la Adopción de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio y el Texto de la Convención de 9 de diciembre de 1948, ambas de la Organización de las Naciones Unidas.

3.1. Genocidio

El preámbulo de la Convención contra el Genocidio lo define como un delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena. Por consiguiente, cuenta con las características de los demás crímenes internacionales expresados ya en Nuremberg. Pero además, por su gravedad, obliga a los Estados a establecer sanciones penales eficaces o a juzgar los hechos por un tribunal competente, si el acto fue cometido en su territorio o ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

Los orígenes de la Convención revelan la intención de las Naciones Unidas de condenar y de castigar el genocidio como un crimen del derecho de gentes, ya que implica el rechazo del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, rechazo que conmueve a la conciencia humana, inflige grandes pérdidas a la humanidad y que es contrario a la vez a la ley moral y al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas (Resolución 96 (I) de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1946). Esta concepción ideológica conlleva como consecuencia que los principios que están a la

base de la Convención, son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados aún fuera de todo vínculo convencional.

Los tribunales internacionales, igualmente, han ratificado al genocidio con el carácter de crimen contra el derecho de gentes. Así, en su primera sentencia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda aseveró que: “La Convención Sobre el Genocidio es incontestablemente considerada como parte integrante del derecho internacional consuetudinario.”

Más recientemente, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha reiterado el carácter de crimen contra el derecho internacional al genocidio, al afirmar que: “La Sala destaca que el crimen de genocidio es parte integrante del derecho internacional consuetudinario que, además, es una norma imperativa de derecho.”

La noción de genocidio busca la prevención, a través del derecho penal internacional, de un núcleo de derechos fundamentales cuya salvaguarda constituye una norma imperativa de derecho internacional.

“Como lo afirmó la Corte Penal Internacional de Justicia, en su trascendental sentencia relativa al caso Barcelona Traction: Dada la importancia de los derechos que están en juego puede considerarse que los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones erga omnes. Esto significa, que estas obligaciones son exigibles a todos los Estados y por todos los Estados. La Corte Internacional de Justicia señaló en su respectiva sentencia

que estas obligaciones erga omnes se derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la prohibición de los actos de agresión y de genocidio, así como también de los principios y normas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”.³⁰

“La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas señaló, igualmente, que la violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el apartheid, es un crimen internacional que releva de normas imperativas del derecho internacional. Lo que significa que su contenido, su naturaleza y las condiciones de su responsabilidad son establecidos por el derecho internacional con independencia de la que pueda aceptarse en el derecho interno de los estados. En este sentido, no cabe posibilidad jurídica alguna que las violaciones a los derechos humanos más fundamentales, que son los que están comprometidos en el genocidio, no sean sometidas a juicio y sus autores castigados”.³¹

Según estos argumentos, la obligación internacional de un Estado es la de juzgar y castigar a los responsables de crímenes contra la humanidad y de genocidio, porque los tratados en contra de los crímenes de lesa humanidad son normas imperativas del derecho internacional que se les conoce como *ius cogens*, de ahí que ningún tratado internacional y menos una disposición de derecho nacional puede modificar estas normas. Solo una norma que sea de igual jerarquía, o sea que sea norma imperativa de

³⁰ Malagueña Rojas, José L. y Francisco Ferreira de Abreu. **Justicia versus impunidad**. Pág. 34.

³¹ **Ibíd.** Pág. 37.

derecho internacional, puede tener ese efecto. Este principio ha sido reiterado por el Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; esto significa que no puede reconocerse validez jurídica a actos unilaterales de los Estados tendientes a dejarlas sin efecto dentro de su respectiva jurisdicción y tales acciones unilaterales no son oponibles frente a los demás Estados y a la comunidad internacional en su conjunto.

“En virtud del principio de supremacía del derecho internacional, el derecho interno de los Estados no es pertinente para modificar, mediante actos de los poderes públicos de ningún tipo, la naturaleza jurídica del crimen de genocidio ni las obligaciones internacionales que tiene el Estado de juzgar y sancionar los autores de estos crímenes, a fortiori cuando estas son de ius cogens”.³²

Valga aquí destacar, que el Secretario General de las Naciones Unidas, al pronunciarse sobre el acuerdo de paz de Sierra Leone, celebrado en 1999, reiteró que las medidas de amnistía no eran aplicables a graves crímenes internacionales como el del genocidio, crímenes de guerra ni aquellos que violaran los tratados en contra de las penas crueles y degradantes.

3.2. Prescripción

“Los principios del derecho penal internacional presentados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas a la Asamblea General en respuesta al encargo

³² **Ibíd.** Pág. 40.

expreso que le confiere por Resolución 177 (II) de 21 de noviembre de 1947, guardan silencio sobre el límite temporal de la prescripción de los delitos internacionales. O dicho de otra manera, no fijan límite temporal alguno a la persecución de tales delitos; contra la paz, de guerra y contra la humanidad (Principio VI). En cambio, si reafirma la responsabilidad penal individual (Principio I) y que la ausencia de pena en el derecho interno por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional (Principio II)".³³

Casi 50 años después, el Artículo 29 del Estatuto de Roma ha codificado lo que ya era desde Nuremberg una norma consuetudinaria de derecho internacional: que los delitos internacionales previstos en aquel instrumento, son imprescriptibles.

El derecho internacional de los derechos humanos, nacido a partir de la Declaración Universal de esos derechos el 10 de diciembre de 1948, regula las relaciones entre el Estado y las personas que se encuentran bajo su jurisdicción y está conformado por normas consuetudinarias y normas convencionales. Es decir, los tratados de derechos humanos se distinguen de otros instrumentos porque no regulan relaciones de los Estados entre sí sino entre los Estados y las personas bajo su jurisdicción, pues los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano.

A partir de esa Declaración Universal de Derechos, la comunidad internacional discutió

³³ Joyner, Christopher. **Las Naciones Unidas y el derecho internacional**. Pág. 21.

los derechos precisos que ante el Estado podía oponer la persona, en el campo de los derechos civiles y políticos, plasmados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966. Entre tales derechos, se encuentra el del principio de legalidad, de la prohibición de irretroactividad de las leyes penales y de la retroactividad benigna, prevista en el Artículo 15 del mismo cuerpo legal, el cual establece que: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional”.

Con ello, el referido instrumento reconoce que los delitos no son sólo los que están establecidos en el derecho interno sino que existen también delitos de derecho internacional, sobre cuya base se puede imponer una sanción al infractor; mientras que el segundo párrafo del mismo Artículo establece: “Nada de lo dispuesto en este Artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

Ello significa que no puede alegarse que se vulnera el principio de irretroactividad de la Ley penal si se procesa y sanciona a una persona por actos u omisiones que fueran delictivos en el derecho internacional. Es de suma importancia esta disposición, porque reafirma que no hay incompatibilidad entre el principio de legalidad y el derecho internacional. Poco tiempo después, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Delitos de Lesa Humanidad, de 26 de noviembre de 1968, en el contexto en que se debatía en Europa, la cuestión de una posible prescripción de los crímenes cometidos por los nazis

durante la Segunda Guerra Mundial.

En el preámbulo de esta Convención, se recuerdan las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que confirman los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y por la sentencia de ese Tribunal.

En el segundo considerando se trata explícitamente el silencio de las normas sobre la prescripción observando que: “En ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha visto limitación en el tiempo”.

Dicha Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Delitos de Lesa Humanidad, explica que la ausencia de límites para el procesamiento y represión de ambas modalidades delictivas faculta o autoriza a emprender dichas actividades de persecución sin que haya una barrera temporal que lo impida.

El texto del Artículo I de la Convención manifiesta: “Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido (...)”. La norma comprende dentro de los crímenes de guerra a los definidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, en especial a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a los crímenes de lesa humanidad tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, según la definición dada en el Estatuto, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos

debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la convención sobre la materia de 1948.

Todos estos delitos son imprescriptibles, de acuerdo al párrafo B del Artículo I que regula: “Aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”. Con esta disposición, la comunidad internacional reconoce la imprescriptibilidad de la acción penal y de la ejecución de la pena para los delitos mencionados.

Sobre la aplicación de la Convención Sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Delitos de Lesa Humanidad, cabe destacar que existe amplio consenso acerca de la vocación retroactiva de la misma relacionado a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los de lesa humanidad, con lo cual ésta misma se aplicaría a estos ilícitos, aún cuando fueron cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

“Como lo señalara el Relator Especial, Sr. Doudou Tiam, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en cuanto a lo que se refiere básicamente a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, esta Convención es de carácter simplemente declarativo (pues) las infracciones a que la misma se refiere, al constituirse en actividades de lesa humanidad por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha y el lugar de la comisión de los mismos”.³⁴

³⁴ Joyner. **Ob. Cit.** Pág. 49.

Esta posición refuerza a la idea de que en el plano del derecho internacional, la institución de la prescripción no es reconocida de modo general. Ello abarca también a las infracciones graves a los Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario, que por ende obligan a investigarlas, juzgarlas y a sancionarlas.

Además de las Convenciones de las Naciones Unidas referidas, en el sistema regional americano, la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de 9 de junio de 1994 contiene una disposición específica sobre la prescripción, en la misma línea del tratado general mencionado. Así, el Artículo VII, primer párrafo prescribe: “La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción. Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el periodo de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte”.

Esta norma dispone que la prescripción de la acción penal y de la pena no priman sobre el tratado, excepto si existiera una disposición por ejemplo de nivel constitucional, en cuyo caso, siempre habrá un límite de tiempo para perseguir el delito pero hasta el término más prolongado correspondiente al delito de mayor gravedad en el ámbito doméstico del Estado.

Este instrumento regional desarrolla para un crimen específico, el de desaparición forzada de personas, como especie del género delito contra la humanidad, la imprescriptibilidad como norma aplicable; en el caso de la desaparición forzada de

personas, al ser un delito permanente, además, no se considera que la comisión ha llegado a su fin sino desde cuando se tiene noticia del paradero de la víctima, con lo cual, incluso la fijación de un límite temporal se ve superado por este dato de la realidad para los efectos de la persecución penal.

De manera reciente, en el Artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional se establece: “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”.

En un comentario al proyecto modelo de Estatuto para la Corte Penal Internacional basado en el texto del comité preparatorio para la conferencia diplomática de Roma, el apunte sobre la norma finalmente aprobada reconocía que respecto al genocidio y a los crímenes contra la humanidad, es generalmente aceptado que la persecución de esos crímenes no es objeto de prescripción. Se reconocía que podía haber o podría haber un período de limitación para la persecución de los crímenes de guerra, asunto que aparecía más controversial. Pero el borrador optó por no establecer límites temporales a la persecución de dichos delitos.

Los instrumentos generales de protección de los derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Artículo 2.2 y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en el Artículo 1.1, contienen las obligaciones genéricas de cada Estado Parte de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que les permitan garantizar el ejercicio y goce efectivo de los derechos reconocidos en tales tratados y prevenir que esos derechos reconocidos en los mismos no sean transgredidos por los habitantes o por grupos insurgentes o hasta por el propio Estado.

Cuando los órganos de supervisión de estos Convenios analizan en un caso específico si el Estado respetó o no sus obligaciones contraídas, evalúan no solo el derecho concreto que se ha violado, sino también si de acuerdo a la cláusula general indicada, el estado tomó las medidas apropiadas para prevenir la violación, o si producida, la investigó y sancionó. Ello se evidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y del Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De acuerdo con Christopher Joyner: “Uno de los ejemplos específicos del modo como la Corte Interamericana mencionada ha interpretado ese deber de investigar y castigar fue el caso Chumbipuma Aguirre y otros contra el Perú (caso Barrios Altos), en el que se oponía una ley de amnistía a la investigación y sanción de los responsables de estos hechos consistentes en una ejecución arbitraria. Concluyó la Corte que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretenden 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, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De modo expreso, la Corte resta valor a las disposiciones de prescripción tratándose de violaciones graves a los derechos humanos. Con esta definición, el derecho internacional, de los derechos humanos acoge y aplica lo ya existente en el derecho penal internacional apoyándose en que los derechos protegidos, que en el caso Barrios Altos el derecho a la vida, se encuentra entre aquellos que nunca puede ser derogado. Es decir, que forma parte del

llamado núcleo duro de los derechos humanos, y su protección, por ello, es mayor".³⁵

Por eso, la prescripción no puede ocurrir, porque el periodo de prescripción se suspende mientras un caso esté pendiente ante una instancia de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. De no ser así, se negaría el efecto útil de las disposiciones de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados parte. Más aún, si se admite que el tiempo transcurrido mientras que un caso se encuentra sujeto a conocimiento en el sistema interamericano sea computado para fines de prescripción, se estaría atribuyendo al procedimiento internacional una consecuencia radicalmente contraria a la que con él se pretende, por lo que en vez de propiciar la justicia, traería consigo la impunidad de los responsables de la violación a los derechos humanos.

Lo anterior implica que la prescripción no corre mientras exista una controversia pendiente en el sistema interamericano que justamente busca que una violación grave a los derechos humanos no quede impune. La lógica del sistema de protección incluye que un hecho presuntamente violatorio de derechos humanos sea investigado y sancionado, no que sea olvidado y sin castigo.

De acuerdo a lo expuesto, no puede considerarse a la prescripción un derecho humano, porque la misma es una institución jurídica de carácter procesal más débil que otros principios jurídicos como los derechos humanos y ante los cuales, debe retroceder.

³⁵ Joyner. **Ob. Cit.** Pág. 51.

Es de recordar que el tema de los derechos humanos trata de la relación entre el ciudadano y el Estado, no entre ciudadano y ciudadano como aparece en el derecho penal en un delito común. Desde esa perspectiva, la prescripción no opera en los derechos humanos, de ahí se deduce que tratándose de delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra, por ser delitos internacionales son imprescriptibles, siendo excepción al principio de irretroactividad de las normas penales.

3.3. Mecanismos para implementar el Estatuto de Roma en la legislación nacional

La adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998 y su entrada en vigor el uno de julio de 2002, representó la consolidación de un nuevo sistema de justicia penal internacional que actúa de forma complementaria y sumamente importante a la labor de administrar justicia por parte de los tribunales nacionales en los casos donde sean ejecutados los delitos de lesa humanidad. Esta característica reafirma que son los Estados los que tienen la obligación legal y primaria de investigar y juzgar los crímenes catalogados de carácter internacional como lo son el genocidio, de lesa humanidad y de guerra; por lo que dicha Corte sólo podrá asumir su competencia penal sobre un caso determinado cuando los Estados no tengan la suficiente voluntad para administrar justicia o no puedan hacerlo.

A los 10 años de adoptado el Estatuto de Roma. Este tratado se ha convertido en un instrumento para las reformas de la administración de justicia penal de los Estados, en la medida que estos:

“(i) Adopten reformas tendientes al reconocimiento de principios generales del derecho internacional, consagrando el deber de investigar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

(ii) Adopten reformas legislativas necesarias para la investigación y sanción de crímenes internacionales.

(iii) Adopten políticas de fortalecimiento de las instituciones competentes para la investigación y juzgamiento de los crímenes internacionales.

(iv) Adopten medidas efectivas para la protección de víctimas mediante el diseño y aplicación de políticas de fortalecimiento de las instituciones competentes.

(v) Adopten mecanismos eficientes de cooperación judicial internacional, no sólo con la Corte Penal Internacional sino también con órganos de las Naciones Unidas, sistemas regionales de protección de los derechos humanos y otros Estados”.³⁶

Las consecuencias prácticas de no implementar el Estatuto por parte de los estados se pueden resumir a continuación:

“(i) Si un país no tuviera en su legislación penal la regulación de los crímenes internacionales de competencia de la Corte Penal Internacional y éstos se llegaran a cometer en su territorio, el Estado no estaría en la capacidad de investigarlos, juzgarlos ni sancionarlos.

(ii) Frente a la situación anterior, sólo podrían iniciarse procesos judiciales internos por delitos comunes y bajo solo estos supuestos sería posible conceder beneficios, (otorgar amnistía e indultos a las personas involucradas, o declarar la prescripción del caso por

³⁶ Comisión Andina de Juristas. **Lineamientos para la implementación del Estatuto de Roma**. Pág. 3.

el tiempo transcurrido), propiciándose así la impunidad.

(iii) Si un Estado no hubiera incorporado los mecanismos de cooperación judicial y la Corte Penal Internacional solicitara que se practiquen pruebas o que se detengan y entreguen personas presuntamente responsables de crímenes internacionales, dichas solicitudes podrían ser truncadas bajo la argumentación de la transgresión del principio de legalidad y de la violación del derecho de defensa".³⁷

Varios Estados de América Latina han elaborado y adoptado mecanismos de implementación del Estatuto de Roma. Al hacer un análisis comparado de las iniciativas legislativas de implementación, se puede concluir que existe una heterogeneidad en los mecanismos sugeridos y aplicados, identificándose tres principales mecanismos, como son los siguientes:

3.3.1. El mecanismo de la Ley de Remisión

Esta forma incluye el contenido del tratado en el ordenamiento penal interno sin la realización de reforma alguna de la legislación nacional. Se expide una Ley que remita al contenido del Estatuto para su aplicación directa por parte de los funcionarios del sistema de justicia nacional. No se debate sobre la aplicación de los principios generales de derecho penal internacional. Cabe ya resaltar que la Ley de Remisión sólo podría ser aplicable para las partes que corresponden a principios y a crímenes, pero no a la correspondiente a la cooperación con la Corte Penal Internacional, pues para ello se requiere reformas en aspectos específicos de la legislación y/o instituciones del

³⁷ **Ibíd.** Pág. 4.

Estado.

Entre los aspectos negativos de utilizar el mecanismo de la Ley de Remisión, se encuentra la existencia de posibles incongruencias entre el contenido del Estatuto de Roma, la Constitución Política de la República y la Ley Penal de un país dado; asimismo, puede ocurrir que exista poca claridad sobre la aplicación, total o parcial, de los principios generales de derecho penal internacional.

Sin embargo, también se puede tener en cuenta que como aspectos positivos, dependiendo del texto de la remisión, existiría una inclusión total de los principios y crímenes internacionales en la legislación interna, por lo tanto no sería admisible el argumento de falta de tipificación, amparado en el principio de legalidad, para el procesamiento de los actos que constituyan crímenes según el Estatuto.

3.3.2. El mecanismo de la adopción de una legislación especial relativa al Estatuto de Roma

A través de este mecanismo, se elabora una Ley que contemple todos los aspectos contenidos en el tratado, principios generales, crímenes y mecanismos de cooperación, independiente de la demás legislaciones en materia penal y procesal penal. En este caso, dentro de los aspectos negativos se puede señalar el posible conflicto entre la Ley de Implementación y las normas penales y procesales vigentes en el país donde se implementa. Mientras que como aspectos positivos se puede señalar la inclusión total de los contenidos del Estatuto en la legislación interna del Estado.

Por este procedimiento se efectúan las reformas normativas necesarias para la incorporación de los aspectos desarrollados en el Estatuto de Roma en el ordenamiento nacional. Según la decisión de cada Estado, los preceptos del tratado serán incluidos en su Constitución Política, en el Código Penal y/o en el Código Procesal Penal; para esta forma de implementación del Estatuto se considera como aspecto negativo que el proceso de reforma puede extenderse en el tiempo y generar el desinterés de los legisladores, mientras que el aspecto positivo es que dicho proceso ayudaría a mejorar las condiciones legislativas no favorables, en tanto se elimina cualquier posibilidad de incongruencia entre el tratado y la norma nacional, por lo cual serviría para mejorar en general las disposiciones vigentes relacionadas a implementación del Estatuto de Roma.

En el caso de Guatemala, el Estado no se ha adherido al Estatuto de Roma, lo cual se debe más a razones políticas, que no son motivo de la presente tesis, más que a causa de índole jurídica, porque en la opinión consultiva que requirió el Presidente de la República a la Corte de Constitucionalidad, ésta emitió la Resolución número 171-2002 del 25 de marzo de 2002, en donde al responder sobre la constitucionalidad de dicho Estatuto resolvió en la literal D del numeral VIII: OPINION DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD que: “El ordenamiento constitucional guatemalteco no presenta ningún inconveniente en que el Estado de Guatemala apruebe y ratifique el Estatuto de la Corte Penal Internacional”.

Lo anterior permite establecer la validez legal de la incorporación del Estatuto de Roma a la normativa jurídico-legal guatemalteca con rango de Ley constitucional, puesto que este tratado internacional es para operacionalizar la protección de los derechos humanos, tiene preeminencia sobre el derecho interno de acuerdo al Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Es a partir de estos elementos que puede establecerse la existencia de un derecho específico, como son los derechos humanos, porque en función del mismo la justicia guatemalteca puede acudir a los tribunales extranjeros para que los mismos por encontrarse obligados por su adhesión al Tratado de Roma, asuman como propios la persecución de las personas sindicadas de delitos de lesa humanidad; de igual manera, la justicia guatemalteca estaría obligada a perseguir penalmente a cualquier ciudadano de otro país que sea sindicado de esos ilícitos y que se encuentre en Guatemala.

CAPÍTULO IV

4. Los delitos de lesa humanidad y su importancia para el derecho penal guatemalteco

De acuerdo con la normativa moderna, las medidas de orden interno no afectan ni invalidan el derecho internacional ni sus disposiciones, por consiguiente, el deber de perseguir y sancionar no puede ser opuesto a disposiciones de prescripción emanadas del derecho interno, tratándose de violaciones graves a los derechos humanos.

Al encontrarse Guatemala dentro de los países que respetan y exigen que se respete el derecho internacional, adquiere la obligación moral de que las normas sobre los derechos humanos sean derecho imperativo en el país, por lo que debe adecuar su legislación penal a las nuevas tendencias que se van consolidando entre los países democráticos sobre la persecución y juzgamiento de aquellas personas sindicadas de delitos tipificados como de lesa humanidad.

Aún cuando en la historia reciente del país se tuvo un conflicto armado de carácter no internacional, en donde los defensores de los derechos humanos han denunciado que oficiales de alto rango del ejército guatemalteco cometieron delitos de lesa humanidad, es importante que Guatemala se adhiera al Tratado de Roma, puesto que su vinculación al mismo le permite establecer las responsabilidades del pasado, pero lo más importante, puede prever que en el presente caso y en el futuro no se vuelvan a cometer esos actos, aún cuando ya no exista conflicto armado, pues estos ilícitos se

cometen aún en tiempos de paz y si no están debidamente tipificados, quedan impunes permitiendo a los actores volver a cometerlos, aunque si bien en las convenciones y tratados sobre derechos humanos, estos ilícitos contra la humanidad no prescriben, esta imprescriptibilidad es posible si estos están debidamente tipificados en la legislación interna.

La necesidad de dotar a las instituciones del Estado con las herramientas posibles para la investigación y sanción de crímenes internacionales requiere fundamentalmente que éstos sean incorporados adecuadamente en la legislación interna.

Aún cuando el Estado de Guatemala tiene la libertad para analizar y adecuar el contenido del Estatuto, de acuerdo con las circunstancias y necesidades particulares, para hacer viable su aplicación, es necesaria la adopción de una regulación específica en el Código Penal y en el Código Procesal Penal.

Lo importante, sea cual fuere la decisión del Estado, es que el Estatuto de Roma constituya el referente de los mínimos requeridos para la represión de crímenes internacionales. Además, deben estar claros los objetos de protección y las conductas prohibidas.

La ardua y gran tarea de incorporar al derecho guatemalteco las disposiciones del derecho internacional no es fácil, pues requiere tomar en consideraciones varios aspectos que muchas veces son discrepantes e inconmensurables, dado que la naturaleza del derecho nacional y del derecho internacional es demasiada distinta.

En este sentido, se debe recordar que el derecho internacional se basa en el consenso de los Estados que conforman la comunidad internacional; se trata de una relación entre iguales, en virtud del cual todo está permitido, salvo expresión en contrario. Por su parte, el Estado de Guatemala, en su fuero interno, opera dentro del marco que le define la Constitución Política de la República.

La diferencia entre el derecho interno y el derecho internacional se agrava en el campo del derecho penal, toda vez que éste suele ser rígido y exige una gran precisión a nivel nacional, mientras que los tratados y convenciones son muchas veces flexibles y ambiguas.

Por lo que corresponde al ámbito internacional, el punto de partida son los tratados que buscan penalizar conductas, teniendo como referencia el derecho internacional de los derechos humanos, pues en el mismo se encuentran las normas que limitan la injerencia estatal en la esfera de las personas, siendo el principio de legalidad el elemento fundamental sobre el cual se erigen los límites del actuar estatal, debido a que la legalidad tienen aspectos centrales como la aplicación estricta de la Ley penal, la exigencia de que los tipos penales estén contemplados en la Ley para evitar los tipos penales en blanco y la precisión en la definición de las conductas.

Estos aspectos son considerados determinantes para efectos de la implementación de las obligaciones que el Estado de Guatemala contrae al ratificar un tratado, pues exigen que las conductas sean lo suficientemente precisas como para evitar la inclusión de tipos penales abiertos o indeterminados, porque en este aspecto es donde la inclusión

de un tratado en la norma interna presenta un obstáculo, pues las conductas descritas en el mismo suelen estar plagadas de elementos normativos ambiguos.

El motivo por el cual las definiciones de conductas que se redactan en los tratados son indeterminados es que los mismos no han sido diseñados para constituir tipos penales, sino un marco conceptual para las obligaciones que los Estados parte adquieren al ratificar estos instrumentos y donde tipificar internamente es solamente uno de sus deberes, por eso es que en el Estatuto de Roma si se definen y tipifican los delitos de lesa humanidad, porque este acuerdo se redactó con ese fin; sin embargo, el mismo tampoco es posible incorporarlo al derecho nacional sin que sea adecuado a la realidad jurídica guatemalteca, pues de lo contrario se estaría violentando el principio de legalidad.

Para evitar el quebrantamiento a dicho principio, debe extraerse la materia de la prohibición de cada una de las definiciones establecidas en el Estatuto de Roma, entendiendo la misma como los hechos que buscan evitar a través de la amenaza de la pena. En este caso, se está ante el análisis de los tipos penales, por lo que se debe identificar en estas definiciones la norma jurídica cuya violación será materia de la sanción penal.

La reflexión sobre el tipo penal, obliga a determinar el bien jurídico que subyace a la sanción establecida en la definición, que a su vez permita construir los tipos penales en el ámbito nacional mediante el uso de una estricta técnica legislativa, porque de esa manera se logra compaginar la materia de la prohibición con el principio de legalidad.

“La Corte Europea de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la relación entre el principio de legalidad y un delito internacional como lo es la discriminación racial. En el caso *Jersild vs. Dinamarca* se determinó que el principio de exacta aplicación de la Ley penal debe respetarse aun cuando se tipifique internamente, en cumplimiento de una obligación estatal, un delito internacional. Si bien la importancia del delito deberá tomarse en consideración al momento de hacer el balance entre la legalidad penal y la materia de la prohibición, la gravedad del delito no justifica por sí sola, el incumplimiento de este principio. Esta resolución parece confirmar el hecho de que el principio de legalidad es un límite a la libre tipificación de los delitos internacionales”.³⁸

Partiendo de los elementos que definen al principio de legalidad, se deben extraer de las definiciones los bienes jurídicos que se buscan proteger, auxiliándose de los antecedentes o las exposiciones de motivos, lo cual no es simple pues para que un bien jurídico, en este caso colectivo, pueda ser susceptible de protección penal debe tener un referente en la persona o en alguna institución que coadyuve en la protección directa del mismo.

Cumplir con el principio de legalidad obliga a excluir todo tipo de ambigüedades y conceptos difusos como bienes jurídicos, lo cual a su vez garantiza que no se desincentive el ejercicio de otros derechos y libertades que califican como derechos humanos a través de la amenaza penal. Un análisis de los bienes jurídicos internacionales lleva a la reflexión de que ya existen diversos tipos penales en el ámbito

³⁸ Dondé Matute, Javier. **Implementación de delitos internacionales**. Pág. 3.

del derecho penal guatemalteco que protegen a aquellos o que, por lo menos, coinciden con la materia de la prohibición. Así por ejemplo, la tortura, en donde el bien jurídico es la integridad física de la persona, se encuentra regulado en el Artículo 201 Bis, teniendo un sujeto activo calificado, pues debe cometerse, por orden, autorización, apoyo o aquiescencia de autoridades del Estado o por miembros de bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o de cualquier otro fin delictivo.

Lo mismo sucede con tipos penales complejos como los crímenes de lesa humanidad. Las conductas que constituyen este delito internacional, en gran medida, ya se encuentran tipificadas internamente: asesinato, violación, esclavitud, discriminación racial, desaparición forzada, entre otros. Sin embargo, el crimen de lesa humanidad tiene un ingrediente adicional, porque para que el mismo se realice, se debe cometer en el contexto de un ataque generalizado o sistemático, de ahí que este elemento excluye la posibilidad de que un hecho aislado de los antes mencionados se penalice como tal, por lo cual se puede suponer que no es deseable tipificar los crímenes de lesa humanidad como tal, pues estos pueden impedir la adecuada protección de los bienes jurídicos que, de forma aislada, protegen estas conductas.

Es decir que, si esas conductas no resultan de un ataque generalizado ni se llevan a cabo de manera sistemática, es imposible tipificarlos como delitos de lesa humanidad y bajo el principio de que la duda favorece al sindicado, esas conductas quedarían impunes; sin embargo la importancia de que la regulación interna incorpore los delitos de lesa humanidad es que los mismos son imprescriptibles y de persecución en todos

los Estados que se han adherido al tratado que le da origen a la Corte Penal Internacional.

4.1. La implementación del Estatuto de Roma como parte de la legislación penal guatemalteca

El Estatuto de la Corte Penal Internacional es un tratado multilateral que como una de sus principales características fusiona, en su contenido, las violaciones al derecho internacional humanitario y las violaciones a los derechos humanos; por lo tanto, de ser ratificado por el Estado de Guatemala, entraría a su ordenamiento jurídico como uno de los tratados internacionales en materia de derechos humanos a que se refiere el Artículo 46 de la Constitución Política de la República y por ello, con preeminencia sobre el derecho interno.

Lo anterior implica que si el Estatuto en mención colisiona en alguna forma o entra en conflicto con alguna norma de derecho público interno de Guatemala, prevalece el primero, esto porque los derechos humanos y garantías vinculadas a ellos, reconocidos en los tratados internacionales y ratificados por el Estado de Guatemala, tienen el mismo rango que las leyes constitucionales, por lo que la Ley desarrollará los procedimientos necesarios para que las autoridades competentes investiguen, juzguen y sancionen a los responsables de cometer crímenes internacionales.

De conformidad con los Artículos 1 y 4 del Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional es un tribunal permanente que ejerce jurisdicción sobre personas

individuales, respecto de los crímenes más graves y de trascendencia internacional que se encuentran regulados en dicho tratado; la misma tiene personalidad jurídica internacional y la capacidad jurídica necesaria para el desempeño de sus funciones, las que puede ejercer en el territorio de cualquier Estado Parte o, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado.

La posibilidad de que el Estado de Guatemala se someta a la jurisdicción de un tribunal internacional, en una cesión voluntaria de parte de su soberanía, es constitucionalmente permisible ya que el Artículo 171 inciso l) subinciso 5) de la Constitución Política de la República de Guatemala así lo establece; además, existen precedentes como por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que no hace falta ahondar en este punto, desde el momento que constitucionalmente aparece aceptado lo que algunos publicistas llaman abandono de soberanía.

El hecho de que el Estatuto establece que la Corte Penal Internacional ejerce su jurisdicción sobre personas individuales debe entenderse únicamente como un paso más en la evolución del derecho penal internacional, en el cual, los Estados facultan a dicho tribunal para juzgar aquellos casos en los cuales se determinen que su sistema judicial es incapaz o los gobernantes de turno no tengan la voluntad para hacerlo.

A este respecto, debe reiterarse la posibilidad de que el Estado de Guatemala se sometan a la jurisdicción y competencia de un tribunal internacional y, al referirse al Estado de Guatemala, no debe entenderse en relación exclusivamente al Estado como persona jurídica de derecho internacional, sino a aquella forma de organización social,

con todo sus elementos e implicaciones, entre las cuales está el sistema por el cual administra justicia en su territorio.

Debe tenerse presente que el Estatuto contempla como una de sus máximas, el principio de complementariedad, según del cual la Corte Penal Internacional únicamente ejerce su jurisdicción respecto de un caso particular, cuando el Estado competente para juzgarlo no cuente con un sistema de justicia capaz de hacerlo o no exista la voluntad de hacerlo; en todo caso, deberán estar excluidas las causales de inadmisibilidad a que se refiere el Artículo 17 del Estatuto.

En otras palabras, si el Estado de Guatemala cumple con su obligación de administrar justicia, la Corte Penal Internacional se encontrará imposibilitada de conocer nuevamente del caso; disposición en similar sentido se encuentra contenida en el Artículo 46 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, de la que Guatemala es parte.

El Estatuto permite que las autoridades judiciales de Guatemala puedan investigar, juzgar y sancionar por crímenes internacionales cometidos tanto dentro como fuera del territorio nacional; sin embargo deben abstenerse de ver un caso cuando otro Estado o la Corte Penal Internacional ya lo esté haciendo.

El que un sujeto de derecho internacional ejerza sus funciones en el territorio de un Estado tampoco es algo inusual; por el contrario, es una práctica internacional amparada también en la cesión voluntaria de la soberanía del Estado. Un aspecto que

es necesario aclarar en este punto es el relativo a la naturaleza de la disposición del Estatuto de Roma en análisis; la posibilidad de que la Corte Penal Internacional ejerza funciones en el territorio de un Estado no debe interpretarse como una excepción al principio de exclusividad del poder judicial del Estado guatemalteco de administrar justicia dentro del mismo, lo cual se encuentra consagrado en el Artículo 203 constitucional, puesto que la jurisdicción y competencia que ejerza la Corte en mención es complementaria a la jurisdicción nacional y, por lo tanto, no la subrogará.

Aspectos como la composición, organización y administración de la Corte Penal Internacional son intrascendentes a efecto de determinar la adecuación o no del Estatuto de Roma a la Constitución Política de la República de Guatemala, puesto que son normas de aplicación interna para dicho tribunal internacional.

De acuerdo al Artículo 5 del Estatuto de Roma, la competencia de la Corte Penal Internacional se circunscribe a los crímenes más graves, de trascendencia para la comunidad internacional, específicamente, a los crímenes de genocidio, lesa humanidad, de guerra y de agresión. Dicha competencia la ejerce únicamente después de la entrada en vigor de su Estatuto, respecto de los estados que lo ratifiquen.

El análisis jurídico-doctrinario en cuanto a este punto se centra respecto de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra, puesto que el crimen de agresión no es competencia de la Corte Penal Internacional sino hasta que se aprueba una disposición en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales ejercerá su competencia respecto al mismo; esta disposición deberá adoptarse a través

de enmiendas al Estatuto y, al tenor del Artículo 121 numeral 5 del mismo, sólo será aplicable a los estados que la acepten; por ello, sería prematuro hacer consideración al respecto. Igual suerte corre cualquier otro crimen o delito que con posterioridad pudiere incorporarse a los que son competencia de la Corte Penal Internacional.

El delito de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y el crimen de guerra son conductas reprochadas jurídica y socialmente, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, y en la evolución del derecho han surgido distintas corrientes positivadoras que han perseguido, y logrado en la mayoría de casos, su tipificación como crímenes de mayor trascendencia que atentan contra la paz y la seguridad mundiales. Guatemala no es la excepción y, para citar sólo algunas de las obligaciones que al respecto ha adquirido en el ámbito internacional debe recordarse que es parte de la Convención Para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus dos Protocolos adicionales, y de gran cantidad de instrumentos internacionales de derechos humanos, sin mencionar que en la legislación ordinaria contempla en el capítulo IV del Título XI, Libro II, del Código Penal (Artículos 376 al 380) conductas delictivas totalmente compatibles con los crímenes tipificados en el Estatuto.

No obstante lo anterior, se estima innecesario determinar si las conductas tipificadas como los crímenes que serán competencia de la Corte Penal Internacional se encuentren o no contemplados en el ordenamiento jurídico guatemalteco, toda vez que el mismo Estatuto garantiza el principio de legalidad en materia penal, establecido también en la Constitución Política de la República de Guatemala, de tal forma que, al

garantizar el Estatuto que la Corte no conocerá de ningún caso con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los estados que sean parte, se encuentran en perfecta adecuación a las normas contenidas en los Artículos 15 y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la posibilidad de iniciar procesos judiciales por crímenes internacionales siempre estará vigente pues, de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Estado guatemalteco, son imprescriptibles, pero para que la imprescriptibilidad tenga efecto se requiere la incorporación de estos crímenes en la legislación nacional.

Por eso es que a partir de esa imprescriptibilidad de esos delitos, tampoco se conceden amnistías, indultos, derechos de gracia u otras medidas similares a las personas responsables de cometer crímenes internacionales, cuyo fin sea evadir investigaciones o procesos penales; asimismo, el Estatuto establece que aún cuando en un Estado esté prohibido aplicar la pena de cadena perpetua, no procederán los recursos que traten de impedir que la Corte Penal Internacional siga un caso, en razón de que el Estatuto permite este tipo de sanción.

Sin embargo, en el tribunal internacional sólo podrán ser investigados y procesados por cometer crímenes internacionales los individuos que tengan 18 años o más, aún cuando el Estado de Guatemala adopte o modifique la edad mínima para la aplicación del derecho penal a ciertas conductas, no generaría conflicto con la Corte Penal

Internacional, debido a que ésta siempre juzgará a personas mayores de 18 años, independientemente de la edad penal considerada a nivel interno.

De la misma manera, en el Estatuto se prohíbe la sanción con pena de muerte, destierro y demás sanciones que establezcan un trato cruel, inhumano o degradante a la persona declarada responsable.

En torno a las responsabilidades por las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, los mismos no serán considerados delitos de función, aun cuando sean cometidos por miembros activos de las fuerzas armadas o de la policía, por eso el fuero militar será competente para conocer de los delitos de función cometidos por personal de las fuerzas armadas y policiales en servicio activo, mientras que los civiles no serán investigados ni juzgados por el fuero militar; de igual manera, la legislación penal sobre crímenes internacionales debe incluir la participación de agentes militares.

Al establecer la participación delictiva, la norma interna a crearse para tipificar los delitos de lesa humanidad, debe contemplarse:

- Quien comete el crimen (incluye la tentativa).
- Quien instigue a otros a cometer el crimen (incluye la proposición e inducción).
- Quien sea cómplice de quien cometa el crimen.
- Quien encubra el crimen cometido.
- Quien proporcione instrumentos para cometer el crimen.

En el caso de la instigación, se debe ampliar el concepto para que en el mismo se considere al superior militar, policial o civil como responsable por el crimen internacional que cometan sus subordinados cuando haya omitido actuar incumpliendo su deber de garante, por la falta de control efectivo de la fuente de peligro; cuando el mando militar o policial hubiere sabido o hubiere debido saber de la conducta criminal de sus subordinados y no hubiera ejercido control efectivo, la Ley penal considerará que su conducta fue cometida con dolo; o cuando el mando civil no haya ejercido control efectivo debido a que deliberadamente hizo caso omiso a la información que le indica claramente la fuente del peligro, la Ley penal considerará que su conducta fue cometida con dolo.

Asimismo, la Ley penal deberá distinguir las conductas exigibles al superior militar, policial o civil para efectos de determinar las sanciones aplicables.

Las conductas son:

- a. Antes del crimen: Adopción de medidas de prevención.
- b. Durante el crimen: Adopción de medidas tendientes a cesar la conducta criminal.
- c. Después del crimen: Adopción de medidas tendientes a la represión de la conducta criminosa cometida.

La falta de adopción de medidas que tiendan a la represión de las conductas criminosas cometidas por subordinados no pueden ser equiparadas sólo a la omisión de interponer la denuncia ante la autoridad judicial, por lo que ni el personal civil ni el militar o policial

podrán dejar de ser declarados los responsables por los crímenes que hayan cometido en cumplimiento de una orden de una autoridad superior.

Es de tomar en cuenta que en la normativa sobre crímenes de lesa humanidad, se debe regular que los altos funcionarios del Estado que son investidos con inmunidades de acuerdo a la Constitución Política de la República de Guatemala o los tratados internacionales, no podrán hacer uso de estos privilegios en caso de que sean denunciados por esos ilícitos dentro o fuera del territorio nacional.

Debido a que uno de los principales retos que han tenido los tribunales internacionales para castigar el genocidio, ha sido demostrar la existencia de una intención especial de destrucción total o parcial, de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, para su regulación en Guatemala, se puede tomar como guía la lista de indicadores, elaborada por el Tribunal Ad-hoc para Ruanda, que contiene:

- a. El número de personas afectadas;
- b. la singularización física de un grupo o de su propiedad;
- c. el uso de lenguaje degradante hacia los miembros de un grupo específico;
- d. las armas empleadas y el nivel de daño corporal efectuado;
- e. el planeamiento metódico de las acciones;
- f. la manera sistemática de matar; y
- g. el grado de destrucción efectivo o estimado de un grupo.

Las condiciones legales que se requieren para encuadrar adecuadamente del tipo penal

de genocidio en la legislación penal guatemalteca son:

1. Que la conducta tenga como objetivo atacar a la población civil.
2. Que se tenga conocimiento que el ataque constituye un crimen de lesa humanidad.
3. Que la conducta se realice como parte de un ataque generalizado o sistemático, requiriendo para lo primero que las conductas criminales se realicen a gran escala y para lo segundo la organización de una serie de actos dirigidos contra la población civil como parte de un plan.

De igual manera para considerar a una o a unas personas víctimas del genocidio deben existir los siguientes requisitos:

- La acción se realiza en contra de individuos por el único fundamento de su pertenencia al grupo.
- La acción se realiza en contra de individuos con la intención de destruir total o parcialmente al grupo al que pertenecen.
- No se requiere que el grupo esté conformado por un número mínimo de personas, sin embargo se demanda que el acto genocida esté dirigido a un número sustancial de miembros del grupo, por lo menos más de uno, pues el Estatuto habla de miembros.

Cabe destacar que para el proceso de implementación de los crímenes de lesa humanidad en la Ley Penal guatemalteca, se debe tener en cuenta que la Corte Penal Internacional sólo tiene jurisdicción sobre aquellos cometidos como parte de un ataque

generalizado o sistemático contra la población civil, dejando las otras conductas bajo la competencia exclusiva de las instancias nacionales.

De lo anterior se desprende que las conductas tipificadas como delitos, pero que no son consideradas como de lesa humanidad o crímenes de lesa humanidad en el ámbito internacional, no puede la Corte Penal Internacional juzgarlas porque esas conductas no están contempladas en su Estatuto.

En lo que corresponde a los crímenes de guerra, a fin de evitar una doble regulación de conductas distinguidas por conflicto internacional y conflicto no internacional, es importante la existencia de un capítulo único sobre estos crímenes, abarcando disposiciones especiales a las situaciones que sean del campo exclusivo de cada conflicto.

Por otro lado, la estructura para la regulación de los crímenes internacionales como parte de la legislación penal guatemalteca debe contener aspectos relacionados con la protección de personas protegidas por el derecho internacional humanitario, protección de bienes, protegidos por ese derecho, la protección de misiones humanitarias, la proscripción de ciertos medios para la conducción de las hostilidades, y la proscripción del uso, producción y distribución de ciertas armas en los combates.

La protección de personas protegidas por el derecho internacional humanitario comprende la sanción de actos de homicidio, torturas u otros tratos inhumanos, la deportación, el traslado o confinamiento ilegal, la toma de rehenes, la muerte de las

personas que hayan depuesto las armas, el sometimiento a mutilaciones o experimentos científicos, la obligación de participar en operaciones bélicas contra su propio país, los actos de violencia sexual, la utilización de las personas como escudos humanos, el reclutamiento de niños para participar en las hostilidades y el desplazamiento de la población civil, entre otras conductas.

La protección de bienes protegidos por ese derecho incluye la destrucción de bienes y apropiación ilícita o arbitraria de estos, la realización de ataques contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias, los hospitales y demás lugares que no sean objetivos militares, la destrucción o confiscación de bienes del enemigo, entre otras conductas.

La protección de misiones humanitarias implica la prohibición de dirigir intencionalmente ataques contra el personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una operación de mantenimiento de la paz, en misiones humanitarias y demás organizaciones reconocidas por los Convenios de Ginebra. Lo cual también abarca el uso de emblemas, distintivos, uniformes y otros elementos que permitan identificar a los miembros de estas organizaciones.

La proscripción de ciertos medios para la conducción de las hostilidades incluye la dirección ataques intencionalmente contra la población civil y objetos civiles, la realización de ataques que causen pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil, el bombardeo de ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares, el saqueo de una ciudad o una

plaza, entre otras conductas. La proscripción del uso, producción y distribución de ciertas armas en los combates: regula el empleo de veneno o armas envenenadas, el empleo de gases asfixiantes, tóxicos o similares, o cualquier líquido, material o dispositivo análogo, el empleo de armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que causen daño superfluo o sufrimiento innecesario en la población civil, entre otras conductas.

El ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional está condicionado, por el Estatuto, a cuatro aspectos:

- i. Sólo podrá hacerlo a partir de que dicho tratado entre en vigencia (Artículo 11).
- ii. De acuerdo al Artículo 12 únicamente ejercerá su competencia sí:
 - “El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate es parte del Estatuto, o el mismo se cometiere a bordo de un buque o aeronave con matrícula de ese Estado.
 - El Estado del que sea nacional el acusado es parte del Estatuto.
 - El Estado que no sea parte y en cuyo territorio (inclusive naves o aeronaves matriculadas en él) se cometiere el crimen o que el acusado fuere su nacional, acepta someterse a la jurisdicción y competencia de la Corte Penal Internacional”.
- iii. De conformidad con el Artículo 13 de dicho instrumento internacional, cuando un Estado parte o el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas remite al ente acusador ante la Corte Penal Internacional (Fiscal) una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de los crímenes de su competencia; o, el fiscal de el ente investigador ha iniciado de oficio una investigación.

- iv. El caso no debe adolecer de alguna de las cuestiones de inadmisibilidad a que se refiere el Artículo 17.

Los primeros dos supuestos no son más que simples reglas de competencia territorial aceptadas tanto por la doctrina del derecho penal como por los ordenamientos penales de gran cantidad de Estados que, para el caso de la Corte Penal Internacional, constituyen la delimitación que los Estados (que ceden parte de su soberanía) hacen del ámbito territorial de su competencia.

El que un Estado parte remita una situación al Fiscal de la Corte Penal Internacional o bien que éste inicie de oficio una investigación no presenta ningún cambio respecto a la constitucionalidad del Estatuto, ya que estas posibilidades representan únicamente el acto introductorio en un proceso de naturaleza penal.

La remisión de una situación por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones a la Corte Penal Internacional, se podría hacer sea o no parte Guatemala del Estatuto, en forma similar a lo que ha sucedido en relación a los tribunales internacionales de Nuremberg, Tokio, Rwanda y la Antigua Yugoslavia, incluso sin la preexistencia de un tratado como el Estatuto; si por el contrario, el texto de la norma en cuestión no constituye una excepción al principio de que el Estatuto sólo será aplicable a los Estados que lo ratifiquen o acepten, el mismo sólo podrá consistir en otra forma de iniciar un proceso penal ante la Corte Penal Internacional, por motivo de la comisión de un hecho delictivo, que tampoco presenta inconformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala.

Para el análisis respecto al proceso ante la Corte Penal Internacional, debe partirse de la premisa de que las normas que regulan el proceso que se seguirá ante la misma, necesariamente deben caer dentro del ámbito del derecho penal internacional, puesto que no sería lógico pretender que las normas procesales de un tribunal internacional deben ser las mismas que uno, varios o todos los estados que se han sometido a su jurisdicción y competencia contempla en su derecho interno.

De esa cuenta, la regulación de las distintas fases procesales y actos que se realizan en las mismas es materia propia de la norma internacional, como sucede en el Estatuto de Roma, lo que hace inviable realizar confrontación de las mismas con el ordenamiento jurídico guatemalteco. Sin embargo, si es deber del Estado de Guatemala el velar porque en el eventual caso de que sus gobernados sean sometidos a proceso penal ante un tribunal internacional, la actuación de éste se enmarque dentro del régimen de garantías y derechos que la Constitución le reconoce a todos sus habitantes.

El Estatuto de Roma dispone que la Corte Penal Internacional adecuará su actuación a los principios generales del derecho penal, específicamente a los relativos a la cosa juzgada; de legalidad; de irretroactividad; presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo; así como el de inmediación y reconoce varios derechos del imputado que persiguen una real, justa y efectiva defensa técnica, así como el respeto al debido proceso, con todas las implicaciones que el proceso conlleva con relación al procesado. Tales disposiciones guardan perfecta armonía con las normas constitucionales guatemaltecas contenidas en los Artículos 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17,

20 y 32. Adicionalmente, los principios, garantías y derechos que incorpora el Estatuto de Roma son contestes con lo que al respecto establecen los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que Guatemala ha ratificado y que por virtud del Artículo 44 constitucional han engrosado los derechos fundamentales reconocidos en la Ley matriz guatemalteca.

Un aspecto de relevancia importante del proceso penal y sus implicaciones que amerita alguna consideración específica es el que se relaciona a las penas que contempla el Estatuto. Dicho Estatuto establece que una vez finalizado el proceso respectivo ante la Corte Penal Internacional, si el fallo fuere condenatorio dicho tribunal podrá imponer como penas:

- La reclusión por un número determinado de años y que no exceda de 30 años; o
- la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

Lo anterior tampoco se encuentra en contradicción con el ordenamiento constitucional guatemalteco, toda vez que el ordenamiento jurídico penal guatemalteco ha regulado que la comisión de un crimen o delito acarrea una responsabilidad civil. En virtud de la cual, el decomiso de dichos bienes, productos o haberes del condenado, como pena accesoria en si misma, que consiste en la pérdida de los objetos que provengan de un delito o falta y de los instrumentos con que se hubieren cometido, no debe de constituir limitación al derecho de propiedad consagrado en el Artículo 41 de la Carta Magna de Guatemala.

De igual manera, el que la Corte Penal Internacional pudiera ordenar que las sumas o bienes producto de las multas o decomisos que acuerde, sean transferidos a un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas no es más que una simple forma de asegurar la reparación de los daños y perjuicios provocados por el crimen.

De acuerdo a los Artículos 86 y 88, todos los estados partes del Estatuto deben cooperar plenamente con la Corte Penal Internacional, si así se solicitare, en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de su competencia; asimismo, dichos estados se asegurarán de que en su derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en el Estatuto.

Lo anterior es parte de las prácticas más usuales en el campo del derecho internacional como lo es la cooperación entre estados o entre éstos y organizaciones u organismos internacionales; esta cooperación va desde aspectos como detención y extradición de personas, pasando por observación en procesos electorales y mediación en conflictos, hasta financiación y ejecución de proyectos de desarrollo y está regulada, en la mayoría de los casos, por acuerdos o tratados entre las partes y, en otros casos, por las costumbres y prácticas internacionales.

En vista de lo señalado, las formas de cooperación que el Estatuto de Roma contempla, no constituyen más que simples compromisos que un estado adquiere al formar parte del Estatuto, al igual que cuando se hace parte de cualquier otro acuerdo o convención internacional, por lo que no se podrá hacer uso de la invocación de la inexistencia de procedimientos en el orden interno para cooperar con el fin de impedir la cooperación

con la Corte Penal Internacional.

El Estatuto de Roma, en el Artículo 102, conceptualiza el término entrega de una persona como aquella que un Estado hace a la Corte Penal Internacional de conformidad con dicho tratado diferenciándolo de la extradición puesto que ésta se refiere a la entrega de personas entre estados, según lo dispuesto en un tratado o convención particular.

Por lo que cuando una persona se encuentre bajo la jurisdicción del Estado de Guatemala y cuya detención y entrega haya sido solicitado por la Corte Penal Internacional, sea para la investigación, juzgamiento, o ejecución de una sanción, será remitida a la misma en los términos y condiciones establecidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Asimismo, de acuerdo a la Corte de Constitucionalidad, según el expediente número 171-2002: “Esta acepción del término entrega es, sin lugar a dudas, un término de nuevo cuño en la jerga jurídica positiva; sin embargo, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corte, la interpretación de la Constitución debe hacerse armónicamente desde su contexto, a fin de establecer el espíritu de cada una de sus disposiciones, como pilares fundamentales del Estado de Guatemala”.

No obstante que la Constitución Política de la República de Guatemala no hace alusión al concepto entrega de personas a un tribunal internacional, sí merece llamar la atención a lo que respecto dispone el Artículo 27 de que la extradición se rige por lo

dispuesto en tratados internacionales, que por delitos políticos no se intentará la extradición de guatemaltecos, quienes en ningún caso serán entregados a gobierno extranjero, salvo lo dispuesto en tratados y convenciones con respecto a los delitos de lesa humanidad o contra el derecho internacional.

Asimismo, el Estado de Guatemala podrá recibir a una persona condenada por la Corte Penal Internacional para hacer efectiva la ejecución de la sentencia en los establecimientos penitenciarios bajo su jurisdicción, para lo cual no será aplicable el régimen nacional de ejecución de penas contenidas en la Ley del Sistema Penitenciario, sino solo el régimen establecido por la Corte Penal Internacional.

Sobre este punto, la Constitución guatemalteca, de reconocido carácter eminentemente humanista, en una postura de vanguardia cedió anticipadamente parte de su soberanía en términos bastante amplios, en aras de que no quedará impune algún crimen o delito cometido por un guatemalteco que atenta contra la paz y seguridad de la humanidad.

El legislador constituyente, en ejercicio de la soberanía que le fuera delegada, decidió apartarse de un principio fundamental del estado como es la no extradición por delitos políticos, para aquellos casos en que se esté frente a crímenes de lesa humanidad o contra el derecho internacional, categoría dentro de la cual justamente encuadran los crímenes establecidos en el Estatuto. Por ello, tampoco se aprecia inconformidad entre las disposiciones del mismo y de la Constitución Política de la República de Guatemala en relación a este aspecto. En relación a que en el Estatuto se compromete a los que lo ratifican a asegurar que en su derecho interno existan procedimientos aplicables a las

distintas formas de cooperación con la Corte Penal Internacional, se considera que la obligación no es ajena a las costumbres y prácticas internacionales porque constantemente, los estados adquieren compromisos de legislar en tal o cual sentido ante organismos internacionales especializados como la Organización Mundial del Comercio, la Organización Mundial de la Salud, etcétera; incluso, dentro del ámbito interno, se adquieren compromisos a este respecto, tal y como es el caso guatemalteco durante el proceso de paz, lo cual no contraría al orden constitucional guatemalteco.

Adicionalmente, debe traerse a colación la naturaleza de Tratado Sobre Derechos Humanos del Estatuto, y por tal razón, el rango con el cual ingresaría al ordenamiento jurídico guatemalteco, en el caso de que Guatemala llegara a ser parte del mismo, puesto que sus normas tendrían una potestad tácita de reforma o derogación de las leyes ordinarias que lo contravengan.

La importancia que tienen los delitos de lesa humanidad para el derecho penal de Guatemala se debe a que la lesividad que caracteriza a estos delitos ya no se desenvuelve en el ámbito individual o colectivo de la sociedad guatemalteca, sino que inflige el daño a la humanidad entera.

Este carácter internacional de los delitos de lesa humanidad se debe a dos aspectos: El primero se debe a que inflige un daño directo a un grupo de personas o a un colectivo con características étnicas, religiosas o políticas y el segundo aspecto está determinado porque estos ilícitos causan daño a toda la humanidad por la vía de la representación, porque la naturaleza de los mismos evocan el dolor y sufrimiento que provocan dichos

actos a otros seres humanos y se presume que tal tipo de hechos socava la dignidad misma de los individuos por el mero hecho de cometerlo a pesar que no estén directamente involucrados los nacionales de otros países.

De esa manera, el daño que producen los delitos de lesa humanidad se traslada por representación a toda la comunidad internacional, convirtiéndose en un delito internacional. De ahí la clave para la diferenciación que existe entre delitos nacionales o internos de los delitos de lesa humanidad.

CONCLUSIONES

1. Se considera una debilidad en el derecho penal guatemalteco, la falta de regulación del crimen de lesa humanidad en Guatemala, porque al definirse en la doctrina que el mismo se realiza a partir de un ataque generalizado o sistemático contra un grupo social o población se busca proteger a futuro a grupos étnicos, religiosos, culturales o políticos contra la persecución.
2. En la actualidad, debido a la falta de tipificación de los delitos de lesa humanidad y por la prevalencia de que la duda favorece al sindicado, puede suceder que ante crímenes cometidos a partir de conductas racistas en contra de grupos étnicos pueden quedar en la impunidad porque no hay crimen sin ley anterior, y como consecuencia esas conductas quedarían impunes.
3. Aún cuando el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, contempla ejercer su jurisdicción respecto de un caso particular, cuando el Estado competente para juzgar al responsable de esos ilícitos, no cuenta con un sistema de justicia capaz de hacerlo o no exista la voluntad de hacerlo, mientras no sea ratificado el mismo, los culpables de estos delitos no pueden ser perseguidos por este tribunal.

4. Al no ratificar Guatemala las disposiciones del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se ve limitada a trasladar a la Corte Penal Internacional el enjuiciamiento de autores de crímenes de lesa humanidad que se cometieron durante el conflicto armado interno, con lo cual las presiones sufridas por los juzgadores que conocen estas causas seguirán manifestándose porque el Estado no cuenta con la capacidad para protegerlos.

5. La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, también permite fortalecer la lucha por la vigencia de los derechos humanos, pues aún cuando en un país determinado quien cometa un ilícito tipificado como tal goce de protección de las autoridades de turno, podrá ser juzgado en una oportunidad posterior, cuando ya no tenga ese respaldo institucional.

RECOMENDACIONES

1. El Ministerio de Relaciones Exteriores, debe promover cursos informativos a los abogados nacionales que ejercen la profesión a nivel nacional, como fuera de nuestras fronteras, a cerca de la importancia jurídica que tiene para el Estado de Guatemala la ratificación de las disposiciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, especialmente en relación al fortalecimiento de la justicia a partir de que está asumiendo el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad cometidos en el país.
2. Es necesario que el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, promueva seminarios de sensibilización a sus colegiados, con el propósito de buscar el respaldo necesario para la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y así generar una corriente de opinión entre los juristas del país, orientada a respaldar a que el Estado de Guatemala permita la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, para que esta tenga la facultad de castigar a los responsables de delitos de lesa humanidad cometidos en el territorio nacional.
3. La Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso de la República, debe promover la discusión con los jefes de bloque y jefes de bancadas, con el objetivo de que sea discutida la iniciativa de ley, que debe de ratificar las disposiciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, debido a la importancia que tiene para el país adherirse a este organismo jurídico

internacional.

4. Los diputados al Congreso de República de Guatemala, antes de llevar a cabo la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional o antes de la discusión y creación de una ley que apruebe las disposiciones de dicho Estatuto y que el mismo forme parte de la legislación interna vigente, discuta el contenido de esta las veces que sean necesarias con la sociedad civil , para que su vigor tenga la legitimidad necesaria a partir de que fue elaborado con aportes de los diversos actores sociales.

5. El Presidente de la República de Guatemala, debe de ejercer su iniciativa de ley, enviando al Congreso de la República, una propuesta que contenga la ratificación de las disposiciones del Estatuto de la Corte Penal Internacional, a partir de que resultó favorable la solicitud de opinión consultiva que se presentó a la Corte de Constitucionalidad, donde está manifiesto que no había contradicción jurídica entre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la Constitución Política de la República de Guatemala.

BIBLIOGRAFÍA

- Amnistía Internacional, **Tribunales penales internacionales. Manual sobre cooperación de los gobiernos**, España: Ed. Amnistía Internacional, 1996.
- BOS, Adriaan, **Algunas reflexiones sobre la relación entre derecho internacional humanitario y los derechos humanos a la luz de la vigencia del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**, Argentina: Ed. Tiempos Nuevos, 2001.
- BORJA JIMENEZ, Emiliano. **Algunas reflexiones sobre el objeto, sistema y la función ideológica del derecho penal**. t. II. 2ª. Ed. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1982.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Manual de derecho penal español**, Madrid: Ed. Tecnos, 1984.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan y Hernán Hormazabal Malaree. **Nuevo sistema de derecho penal**. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1987
- CASSESE, Antonio. **Derecho penal internacional**, España: Ed. Arazandi, 2001.
- Comisión Andina de Juristas. **Lineamientos para la implementación del Estatuto de Roma**, Perú: Ed. La Revista, 2005.
- CHAVEZ, Luis Fernando. **Les a humanidad**, México: Ed. Revista CENIPEC 23, 2004.
- DONDE MATUTE, Javier. **Implementación de delitos internacionales**, México: Ed. UNAM, 2008.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos. **La interpretación de las normas internacionales**, España: Ed. Arazandi, 1996.
- GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. **Teoría jurídica del delito. Derecho penal, parte general**, Oxford: Ed. Oxford University Press, 2002.
- JOYNER, Christopher. **Las Naciones Unidas y el derecho Internacional**, Cambridge: Ed. Cambridge University Press, 1999.

MALAGUEÑA ROJAS, José L. y Francisco Ferreira de Abreu. **Justicia versus impunidad**, Barcelona: Ed. Ariel, 2001.

MORENO OCAMPO, Carlos. **Resoluciones de la corte internacional de derechos humanos de la Haya**, Lima Perú: Ed. Pontificia Universidad Católica, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Aran. **Derecho penal, parte general**, Caracas: Ed. Gráficos Franco, 1989.

OCTAVIO DE TOLEDO, Eduardo y Susana Huerta Tocildo. **Teoría del delito. Derecho penal, parte general**, Madrid: Ed. Tecnos, 2004.

QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo. **Derecho penal, parte general**, México: Ed. Ariel, 2001.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala y sus reformas, Decreto 17-73, 1973.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 51 – 92, 1992.